

HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR

EFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NULO

DOUTORADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO – 2007**

HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR

EFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NULO

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Civil, sob orientação do Professor Doutor Renan Lotufo.

SÃO PAULO – 2007

BANCA EXAMINADORA

Esta obra é dedicada à minha esposa Winnie, à minha mãe Neide e à memória de Fued Miguel Temer, referência ética, moral e profissional da minha vida.

Agradeço ao Professor Renan Lotufo, expoente do direito, que a mim ofereceu o privilégio da sua orientação neste trabalho e na minha vida acadêmica.

RESUMO

O trabalho objetiva verificar a possibilidade de negócios tipicamente nulos, apesar da nulidade, terem seus efeitos preservados.

Para tanto, inicia com o estudo dos negócios jurídicos nos planos da existência, de modo breve, da validade e da eficácia. Posteriormente, estuda as hipóteses de nulidade e anulabilidade, para então verificar quais critérios podem justificar a preservação dos negócios tipicamente nulos.

Nos capítulos iniciais, examina a validade e os efeitos dos negócio jurídico, com o estudo de alguns aspectos relativos à existência. Cuida de identificar seus elementos e suas condições de eficácia.

Para alcançar o estudo específico dos efeitos do negócio nulo, examina as distinções entre nulidades e anulabilidade e a natureza dessas invalidades. Nesse contexto, cada uma das situações previstas no Código Civil como hipótese de nulidade e anulabilidade é analisada, assim como determinadas características das ações ajuizadas com o fim de desconstituir ou declarar a nulidade do negócio.

Os efeitos dos negócios inválidos, indiretos e diretos, e os princípios que podem justificar a preservação deles são analisados, em confronto com sua utilidade para o instituto.

Em capítulo próprio, examina as situações em que a eficácia de um negócio tipicamente nulo poderia ser preservada, em face da incidência de princípios e valores que pudessem justificar tal conclusão.

No capítulo final, apresenta jurisprudência que demonstra a existência de situações concretas, casuísticas, que se sujeitam às conclusões a que chegou.

ABSTRACT

This work verifies the possibility of typically void transactions having their effects preserved in spite of the nullity of the transaction.

It starts with the study of legal transactions as regards their existence, in a summary fashion, their validity and effectiveness.

Afterwards the hypothesis of absolute nullity and mere voidability are studied in order to verify which criterion could justify the preservation of the typically void transactions.

In the first chapters the examination of validity and the effects of the legal transaction is done with the study of some aspects concerning the existence. The study has the objective of identifying the elements and the conditions of effectiveness.

In order to reach the specific studies of the void legal transaction, the distinctions between nullity and voidability and the nature of the referred invalidity have been examined. In this context, each situation foreseen in the Civil Code as a hypothesis of nullity and voidability has been analyzed, as well as some characteristics of the law suits filed in order to dissolve or declare the nullity of the transaction.

The direct and indirect effects of the void legal transactions and the principles that can justify their preservation are analyzed and confronted with their purpose to the institute.

In a proper chapter, the situations in which the effectiveness of a typically void transaction could be preserved in light of the applicability of principles and values that could justify such conclusion have been studied.

In the final chapter presents jurisprudence that demonstrates the existence of concrete situations to which the conclusions of this work are applied.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 NEGÓCIO JURÍDICO	14
1.1 Existência.....	14
1.2 Requisitos de validade do negócio jurídico e autonomia privada	15
1.3. Eficácia dos negócios jurídicos.....	18
1.3.1 Eficácia	18
1.3.2 Eficácia e validade	21
2 INEXISTÊNCIA, INVALIDADE E INEFICÁCIA.....	24
2.1 Inexistência	25
2.2 Invalidades	29
2.3 Ineficácia.....	34
3 INVALIDADE E A DISTINÇÃO DE SEU TRATAMENTO	36
4 NULIDADE.....	41
4.1 Hipóteses de nulidade na parte geral do Código Civil.....	43
4.1.1 Incapacidade	44
4.1.2 Objeto impossível, ilícito ou indeterminável.....	48
4.1.3 Motivo ilícito, determinante e comum às partes.....	51
4.1.4. Não se revestir da forma prescrita em lei	52
4.1.5 Preterição de solenidade considerada pela lei essencial para a validade do negócio .	54
4.1.6 Fraude a lei imperativa	55
4.1.7 Lei declara taxativamente nulo ou proíbe o negócio sem cominar sanção.....	58
4.2 Simulação.....	60
4.3 Outras hipóteses de nulidade	67
4.4 Observações finais	68
4.5 Nulidade parcial	68
5 ANULABILIDADES	71
5.1 Introdução	71

5.2 Negócios anuláveis	73
5.2.1 Incapacidade relativa	73
5.2.1.1 Proteção que a lei confere aos incapazes	75
5.2.2 Defeitos dos negócios jurídicos	77
5.2.2.1 Erro	79
5.2.2.1.1 Preservação do negócio celebrado por erro	82
5.2.2.1.2 Indenização decorrente do desfazimento do negócio	83
5.2.2.2 Dolo	84
5.2.2.2.1 Dolo por omissão	88
5.2.2.2.2 Dolo de terceiro	89
5.2.2.2.3 Dolo do representante legal	90
5.2.2.2.4 Dolo de ambas as partes.....	91
5.2.2.3 Da coação.....	92
5.2.2.3.1 Coação provinda de terceiros.....	97
5.2.2.4 Do estado de perigo	97
5.2.2.5 Da lesão.....	101
5.2.2.6 Fraude contra credores.....	103
6 AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE.....	110
7 AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO.....	114
8 EFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NULO	116
8.1 Efeitos do negócio e eficácia	116
8.2 Oponibilidade do contrato	118
9 INVALIDADES E INEFICÁCIA COMO SANÇÃO.....	122
10 EFEITOS DA INVALIDADE E DA INEFICÁCIA.....	127
11 PRINCÍPIOS GERAIS	135
12 PRINCÍPIOS DA CONFIANÇA E DA APARÊNCIA	141

13 PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO	150
14 PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (<i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>) E NEGÓCIOS NULOS	152
15 CONVERSÃO E CONFIRMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO	165
16 EFEITOS DIRETOS DO NEGÓCIO NULO.....	180
17 EFEITOS DAS NULIDADES EM FACE DE TERCEIROS	193
18 REGRA GERAL DE SUPERAÇÃO DAS INVALIDADES	203
19 OPERATIVIDADE DA REGRA DA SUPERAÇÃO DAS NULIDADES	211
19.1 Nulidade em função da incapacidade absoluta do declarante.....	211
19.2 Nulidade decorrente da venda de apartamento em construção antes do registro do memorial de incorporação (art. 32 da Lei n. 4.591/64).....	215
19.3 Reconhecimento judicial de regime de bens diverso do formalmente ostentado pelos cônjuges e negócios jurídicos realizados sem consentimento de ambos.....	216
19.4 O desaparecimento da causa de invalidação do negócio após sua realização e a convalidação voluntária do negócio nulo com retroatividade dos efeitos do novo negócio.....	218
19.5 Cessão de crédito nula e pagamento efetuado pelo devedor ao cessionário.....	219
19.6 Venda de coisa alheia	219
19.7 Nulidades formais e execução voluntária	220
19.8 Recondução tácita de contrato de seguro por mais de uma vez.....	221
20 CONCLUSÕES	223
REFERÊNCIAS.....	235

INTRODUÇÃO

Obrigaç o   a rela o jur dica por interm dio da qual o credor tem o direito de exigir do devedor determinada presta o consistente em dar, fazer ou n o fazer.

Trata-se, pois, de uma rela o jur dica que se estabelece entre ao menos duas pessoas, que tem por objeto uma determinada conduta humana devida por uma delas   outra.

Tais rela es jur dicas t m a lei como fonte mediata ou imediata, isto  , surgem em raz o de disposi es legais, que lhe dar o vida de modo direto ou indireto.

No primeiro caso, a rela o jur dica nasce direto da lei, independentemente da vontade humana, ou em situa es em que ela n o tem significado expressivo.   o que ocorre, por exemplo, com a obriga o alimentar, decorrente da mera rela o de parentesco, sem a necessidade de qualquer ato de cont do volitivo. Basta que se verifique a situa o disciplinada no artigo 1.694 do C digo Civil para que surja a obriga o de prestar alimentos, sem que haja qualquer outro elemento de liga o entre esse dispositivo e a exist ncia da obriga o.

Em outros casos, por m, a lei n o   fonte direta da obriga o, porque para que ela surja, h  necessidade de alguma conduta   qual se aplique a norma que lhe d  vida. Diz-se, ent o, que a lei   fonte mediata da obriga o.

De acordo com a li o de Orlando Gomes, fonte   “o *fato jur dico* ao qual a lei atribui o efeito de suscit -la”, pois, prossegue, “entre a *lei*, esquema geral e abstrato, e a *obriga o*, rela o jur dica singular entre pessoas, *medeia* sempre um *fato*, ou se configura uma situa o, considerando id neo pelo ordenamento jur dico para determinar o dever de prestar”.¹

¹ Orlando Gomes, *Obriga es*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 31.

Embora não tenha especificamente disciplinado as fontes de obrigações, o Código Civil regulamentou diversas delas, como, por exemplo, os contratos, os atos unilaterais e os atos ilícitos.

Mário Júlio de Almeida Costa considera procedente a crítica à redução das fontes apenas aos negócios jurídicos e à lei, mas registra que, em certas hipóteses, é a declaração de vontade que gera diretamente a obrigação – como ocorre com os contratos e as declarações unilaterais –, enquanto em outros casos, o surgimento dela independe de qualquer manifestação de vontade negocial (enriquecimento sem causa e responsabilidade civil).²

Os negócios jurídicos e as declarações unilaterais são portanto fontes de obrigações em que a vontade tem papel preponderante, pois por seu intermédio é que surge a relação jurídica que autoriza o credor a exigir determinada prestação do devedor.

Para a validade e eficácia dos negócios jurídicos, é essencial que determinados requisitos sejam preenchidos e que certos limites sejam observados, do contrário, serão sancionados pelo ordenamento jurídico, que lhes negará validade ou lhes subtrairá a eficácia, impedindo-os de gerar obrigação.

O presente trabalho tem por objeto identificar as hipóteses em que o contrato nulo deve ter sua eficácia preservada como se válido fosse. A nulidade, como sanção do ordenamento jurídico aos negócios celebrados com contrariedade a valores e interesses públicos pode não se justificar. Há situações típicas de nulidade, à luz da literalidade dos dispositivos legais, que, no entanto, não merecem a incidência da sanção de invalidade em virtude da necessidade de preservação de outros valores – mais importantes que os primeiros, ou tão importantes quanto eles –, que justificam que se prestigiem os efeitos diretos do negócio nulo.

Ainda que sejam previstas inúmeras opções legislativas nesse sentido – como a conversão do negócio nulo ou a ressalva dos direitos de terceiros de boa-fé em face do negócio simulado –, e que outros autores já tenham tratado da questão em face da doutrina

² Manuel Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 10. ed., Lisboa: Almedina, 2000, p. 180.

dos atos próprios ou do *venire contra factum proprium*, o que se pretende neste trabalho é localizar os elementos que identifiquem uma possível regra geral para tratamento do tema.

Tal regra geral seria deduzida do conjunto de elementos positivados no sistema, dos valores jurídicos a defender, da solidariedade estabelecida no artigo 3º, I da Constituição Federal e da eventual desproporcionalidade entre a sanção e o dano decorrente da invalidade.

No desenvolvimento do tema, em primeiro lugar será abordado o negócio jurídico em seus planos de existência, validade e eficácia. Em seguida, tratar-se-á da distinção e dos casos específicos de nulidade e anulabilidade para, em seguida, serem examinadas as disposições e os institutos voltados à preservação dos negócios nulos. Finalmente, será feita uma tentativa de oferecer uma regra geral para o reconhecimento da validade de contratos tipicamente nulos.

Desde logo, diga-se que não se enfrentarão casuisticamente diversas situações em que seria possível prestigiar a nulidade – como o casamento putativo, por exemplo –, nem se aprofundará o estudo dos casos de anulabilidade e nulidade, que serão tratados apenas como referência à abordagem central do trabalho.

Em face da amplitude do tema, será necessário centrar o estudo da questão no plano da validade e da eficácia do negócio nulo, e só cuidar de tudo quanto lhe seja conexo apenas de modo superficial, naquilo que não se relacione com, repita-se, o ponto fundamental que se deseja examinar.

1 NEGÓCIO JURÍDICO

1.1 Existência

Negócio jurídico é a manifestação de vontade que se destina a criar, regulamentar ou extinguir relações jurídicas.

Após abordar os conceitos em geral adotados para o negócio jurídico, Antônio Junqueira de Azevedo anota que, segundo a concepção voluntarista, eles sempre partem da vontade particular, atribuindo-se a ela a intenção de buscar certos efeitos, circunstância que, de fato, caracteriza o negócio jurídico.³

O autor critica a concepção voluntarista, afirmando que, nessa definição, o ato jurídico não se confunde com o negócio, mas também se caracteriza por um ato de vontade lícito que visa a produzir efeitos jurídicos. Acrescenta que o conceito voluntarista tem ainda a imperfeição de não compreender situações em que há negócio jurídico não desejado pelas partes, como ocorre com a conversão dos negócios jurídicos.⁴

Na lição de Antônio Junqueira de Azevedo, “o negócio jurídico deve ser examinado em três planos sucessivos de projeção (existência, validade e eficácia)”. E prossegue: “Elemento é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe”, “requisitos (de *requirere*, requerer, exigir) são condições, e exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins” e “fatores é tudo o que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte”.⁵

Os elementos estão ligados à existência do negócio, enquanto seus requisitos referem-se à sua validade.

³ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6.

⁴ *Ibidem*, p. 7.

⁵ *Ibidem*, p. 29.

Elementos do negócio jurídico são aqueles que formam sua estrutura e lhe dão condição para existir. São eles:

“A *forma*, que a declaração toma, isto é, o tipo de manifestação que veste a declaração (escrita, oral, mímica, através do silêncio etc.), o *objeto*, isto é, o seu conteúdo (as diversas cláusulas de um contrato, as disposições testamentárias, o fim que se manifesta na própria declaração etc.) e, finalmente, as *circunstâncias negociais*, ou seja, o que fica da declaração de vontade, despida da forma e do objeto, isto é, aquele *quid* irredutível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos.”⁶

O Código Civil brasileiro não disciplinou o negócio no plano da existência e ao tema deste trabalho importa apenas fazer-lhe referência, pois a questão a enfrentar se encontra posta no plano da validade.

1.2 Requisitos de validade do negócio jurídico e autonomia privada

Para que o negócio jurídico existente seja válido, são essenciais os requisitos relacionados no artigo 104 do Código Civil: capacidade do agente, objeto possível, lícito e determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei.

Para Francisco Amaral, “a vontade é elemento fundamental na produção dos efeitos jurídicos, sendo necessário, como é óbvio, que ela se manifeste, se exteriorize”.⁷

Para que o negócio jurídico seja válido, a vontade deve se formar conscientemente no íntimo do agente e se exteriorizar, de modo a chegar ao conhecimento do destinatário. Para tanto, o agente deve ter discernimento, isto é, condições de saúde e de maturidade para compreender a realidade em que se inserirá sua vontade.

⁶ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 31. A esses elementos, que denomina intrínsecos, Junqueira de Azevedo acrescenta os chamados extrínsecos: agente, lugar e tempo do negócio (Ibidem, p. 33).

⁷ Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 389.

Como anota Renan Lotufo, “a declaração de vontade é uma manifestação *consciente* de vontade, emitida por um sujeito de direito”.⁸

De acordo com Francisco Amaral, “a manifestação da vontade é todo comportamento, ativo ou passivo, que permite concluir pela existência dessa vontade”. Deve levar em conta, aduz, o significado que ela tem para o terceiro, de modo a conferir efetividade ao princípio da confiança.⁹

A vontade em exame é a vontade negocial, caracterizada pela intenção de produzir efeitos autorizados e tutelados pelo ordenamento jurídico. Não se confunde, pois, com a manifestação de vontade que apenas exterioriza a vontade interna, sem o elemento negocial. A vontade negocial, em última análise, distingue o negócio jurídico do ato jurídico em sentido estrito.¹⁰

De acordo com a lição de Renan Lotufo, “enquanto certos atos produzem efeitos *independentemente da vontade de quem age*, nos negócios jurídicos, ao contrário, os efeitos são intencionalmente queridos pelo agente”¹¹. Prossegue o autor, afirmando que negócios jurídicos são meios pelos quais a autonomia privada se realiza, como causa geradora de relações jurídicas “abstratamente e genericamente, admitidas pelas normas do ordenamento”.¹²

Outro dos requisitos de validade do negócio jurídico diz respeito ao seu objeto, que deve ser lícito, possível, determinado ou determinável (art. 104, II do CC).

Ilícitos são os negócios que visem a objeto contrário à lei, à moral ou aos bons costumes.

⁸ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 289.

⁹ Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, cit., p. 389.

¹⁰ *Ibidem*, p. 390.

¹¹ Renan Lotufo, *ob. cit.*, p. 271.

¹² *Ibidem*, mesma página.

Impossíveis são os que tiverem por objeto algo que não possa ser realizado em caráter absoluto, e não apenas relativo. Será relativa a impossibilidade se ao menos uma pessoa puder realizá-lo.¹³

A impossibilidade também pode ser jurídica, identificada nos casos em que o ordenamento jurídico não admite a realização do negócio tal como ajustado pelos contratantes.

O terceiro dos requisitos de validade do negócio jurídico é a forma (art. 104, III do CC), que será livre, a menos que a lei exija expressamente que ela seja especial (art. 107 do CC).

A análise dos elementos de validade do negócio também compreende a dos contratos. Contratos são espécie de negócio jurídico. Representam ajustes de vontades que criam, regulam ou extinguem relações jurídicas de natureza patrimonial. E essa patrimonialidade é que os distingue dos negócios jurídicos em geral.

Os contratantes dispõem de seu direito levando em conta sua autonomia. Conforme a lição de Massimo Bianca, a autonomia privada reflete um aspecto das liberdades individuais, mas seu reconhecimento deve se inserir na concepção de que o ordenamento se inspira na solidariedade social, valor consagrado pela Constituição.¹⁴

Claudia Lima Marques pondera que a ordem jurídica pode limitar a autonomia privada precisamente porque é, afinal, a responsável por seu reconhecimento.¹⁵

¹³ Rose Melo Venceslau, O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137), in Gustavo Tepedino (Coord.), *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

¹⁴ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, 2. ed. ristampa, Milano: Giuffrè, 2000, v. 3, p. 32. Por isso, “a vinculação contratual, tendo embora, na verdade, o seu fundamento primário na autonomia privada das partes, apenas adquire vigência no plano jurídico-positivo mediante um ‘reconhecimento’ por parte do Estado e da ordem jurídica, sendo, além disso, garantido por estes com sanções, que vão até à execução forçada” (Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direitos privados*, Lisboa: Almedina, 2003, p. 71).

¹⁵ Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 212.

Massimo Bianca aponta as dificuldades para se avaliar em que medida o princípio da solidariedade incide diretamente sobre a autonomia privada, mas afirma que o controle da liberdade negocial constitui nova perspectiva na tradicional teoria dos contratos.¹⁶

É certo, porém, que a autonomia privada é subordinada à solidariedade social, idéia que se concretiza na boa-fé como preceito que governa o exercício dos poderes contratuais.¹⁷ E a autonomia privada também se vê limitada por bons costumes e normas de ordem pública, como registra Arruda Alvim.¹⁸

A autonomia negocial deixou de ser primordialmente um meio de satisfação de exigência privada, para se enquadrar em um aspecto mais amplo de justiça e socialidade.¹⁹

Na lição de Joaquim de Sousa Ribeiro, a produção autônoma dos efeitos que do negócio resultam a partir da autonomia privada “é então sustentada por outros princípios, o da auto-responsabilidade e o da proteção da confiança”, de maneira que, “no âmbito da autonomia privada, há que ter em conta outros vectores funcionais que não passam pela tutela da vontade do declarante. Instrumento de liberdade individual, o negócio jurídico, sobretudo quando em veste contratual, é também uma forma de organização de relações económicas e sociais, o que levanta exigências de regulamentação que muitas vezes se não compadecem com um acolhimento absoluto da vontade real de um dos participantes”.²⁰

1.3. Eficácia dos negócios jurídicos

1.3.1 Eficácia

A eficácia do negócio jurídico é o último dos planos propostos por Antônio Junqueira de Azevedo para o exame do negócio jurídico e compreende os efeitos

¹⁶ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 34.

¹⁷ *Ibidem*, mesma página.

¹⁸ Arruda Alvim, A função social da propriedade, in Débora Gozzo; José Carlos Moreira Alves; Miguel Reale (Coords.), *Principais controvérsias no novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

¹⁹ Francesco Lucarelli, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano: Giuffrè, 1964, p. VI.

²⁰ Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Lisboa: Almedina, 2003, p. 47.

“manifestados como queridos”²¹. Vale dizer, são os efeitos próprios do negócio realizado. A essa altura de sua obra, Antônio Junqueira de Azevedo observa que há atos nulos eficazes e atos eficazes, a despeito de sua invalidade.²²

Ainda segundo Junqueira, a ineficácia pode se dividir em simples ou relativa. A primeira é aquela em que falta um elemento que assegure sua eficácia plena, e a segunda, a que decorre da inoponibilidade do contrato a terceiros.²³

Segundo o autor, “muitos negócios, para a produção de seus efeitos, necessitam dos fatores de eficácia, entendida a palavra *fatores* como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado”.²⁴

Os fatores de eficácia são de três espécies:

“a) os fatores de atribuição da eficácia em geral, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz; é o que ocorre no primeiro exemplo citado (ato sob condição suspensiva), em que, durante a ineficácia, poderá haver a possibilidade de medidas cautelares, mas, quanto aos efeitos do negócio, nem se produzem os efeitos diretamente visados, nem outros, substitutivos deles; b) *os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados; quer dizer, antes do advento do fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, o negócio produz efeitos, mas não os efeitos normais; os efeitos, até a ocorrência do fator de eficácia, são antes efeitos substitutivos dos efeitos próprios do ato; é o que ocorre no segundo exemplo citado, em que o negócio, realizado entre o mandatário sem poderes e o terceiro, produz, entre eles, seus efeitos, que, porém, não são os efeitos diretamente visados; c) *os fatores de atribuição de eficácia mais extensa*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros, ou, até mesmo, *erga omnes*.”²⁵

A eficácia revela, pois, a produção dos efeitos jurídicos, de modo que um contrato será eficaz quando produz efeitos jurídicos, ou seja, altera a relação jurídica existente até então.

²¹ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 48.

²² *Ibidem*, mesma página.

²³ *Ibidem*, p. 52.

²⁴ *Ibidem*, p. 54.

²⁵ *Ibidem*, p. 55.

Massimo Bianca observa que a eficácia representa a atuação da vontade das partes, mediante o exercício da autonomia negocial. Anota, contudo, que tais efeitos podem divergir do conteúdo contratual, o que ocorre, por exemplo, quando houver inadimplemento do contrato. Nesse caso, assinala, o contrato produzirá efeitos que não são os previstos pelas partes no ajuste firmado.²⁶

O mesmo autor ensina que a ineficácia indica geralmente a falta de produção de efeitos do contrato, mas também pode corresponder a uma noção mais restrita, equivalente à ineficácia provisória.²⁷

Segundo Massimo Bianca, a ineficácia provisória representa a temporária ausência de efeitos jurídicos, em razão de uma condição voluntária ou legal, mas, nesses casos, o vínculo estabelecido entre as partes subsiste.²⁸

Essa vinculação, porém, não exige empenho dos contratantes, porque elas não estão ainda obrigadas a realizar a programação contratual. As partes também não devem impedir a eficácia do contrato, devendo atuar com boa-fé.²⁹

Francesco Lucarelli critica a posição dominante a respeito do conceito de ineficácia, por considerá-la excessivamente restrita. Prefere identificá-la com a regulamentação da garantia de interesses privados das partes, ou de uma delas, ao menos, de modo que não se trata de “não produzir os efeitos desejados pelas partes ou impostos pela lei”, mas sim de compreender a totalidade de hipóteses em que se produzem efeitos inidôneos, a concretizar interesses mercedores de tutela para os contratantes: seja em razão de não haver exatidão e consciência na vontade manifestada, seja por circunstâncias supervenientes que desnaturem a funcionalidade dos efeitos previstos originalmente.³⁰

No plano da eficácia, pois, é possível identificar a efetiva alteração no mundo jurídico provocada pelo negócio jurídico. Tais efeitos, como se viu, podem ser opostos a terceiros, ou não, e suspensos pela vontade das partes, ou por determinado dispositivo

²⁶ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 523.

²⁷ *Ibidem*, p. 524.

²⁸ *Ibidem*, p. 524.

²⁹ *Ibidem*, p. 524.

³⁰ Francesco Lucarelli, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, cit., p. 242.

legal. Podem ainda não estar em conformidade com o interesse e o desejo dos contratantes. De todo modo, está no plano da eficácia o estudo dos efeitos do contrato.

1.3.2 Eficácia e validade

Segundo Emilio Betti, a distinção entre negócios inválidos e ineficazes resulta do fato de ao negócio inválido faltar um elemento essencial para a sua constituição ou um pressuposto de validade, enquanto que a circunstância determinante da ineficácia resulta da consciência social ou da lei, que levam em consideração: a) o funcionamento prático do negócio; e, b) os limites sociais a serem observados pela autonomia privada – considerados os interesses das próprias partes, na tentativa de tutelar a paridade e a igualdade, ou ainda, os interesses de terceiros, que suportam conseqüências do negócio, embora a ele sejam estranhos.³¹

O autor observa que a inoponibilidade do negócio a terceiros (por ausência de registro, por exemplo), ao lado da impugnação, é um modo de ineficácia. A primeira tem natureza defensiva preventiva e passiva do interesse do terceiro, enquanto a impugnação é uma defesa ativa e sucessiva (de reação).³²

Enquanto a validade diz respeito à regularidade do contrato ou do negócio – isto é, refere-se à adequação dele aos ditames legais –, a eficácia se relaciona aos seus efeitos.

Em geral, porém, o contrato válido é apto a produzir efeitos.

Francesco Lucarelli identifica a validade na situação jurídica em que se identifica interesse social a ser tutelado, isto é, valores sociais que a sociedade exige para o reconhecimento *erga omnes* do fenômeno negocial que se introduz no mundo do direito; a ineficácia, a seu turno, é fenômeno intersubjetivo, relacionado a expressões e tutelas

³¹ Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada: Comares, 2000, p. 405.

³² *Ibidem*, p. 407.

recíprocas, justificadoras da criação, modificação e extinção das relações contratuais entre as partes.³³

A posição do referido autor tem o mérito de relacionar a eficácia ao interesse social produzido. Parece afirmar o seguinte: se o interesse social é protegido com a eficácia, o negócio, mesmo caracterizando hipótese de nulidade ou anulabilidade, pode ser conservado em seus efeitos; do contrário, seus efeitos não devem ser produzidos.

Em sua análise, o autor distingue dois aspectos do fenômeno negocial. Em um deles, inclui-se a relevância jurídica do fato contratual, relativa a “noções de validade contratual por intermédio da avaliação estática da perfeição do ato privado”; em outro, o enfoque é da funcionalidade do vínculo contratual e dos aspectos dinâmicos dos efeitos entre as partes, “por intermédio da avaliação dos interesses privados dos contratantes”.³⁴

Joaquim de Sousa Ribeiro também registra o caráter determinante do aspecto funcional do contrato e pondera:

“Numa visão alargada, o consenso das partes é pensado em conjunto com o ‘ambiente’ em que se manifesta, integrando, como factor constitutivo e modelador, um sistema de coordenação vinculativa de acções individuais aberto à comunicação com os outros sistemas de enquadramento e de referência. As declarações de vontade não são o contrato, mas apenas uma componente da sua complexa estrutura normativa, que integra, num todo orgânico e unitário, ‘elementos não consensuais’, fontes de vinculação que não promanam *ex voluntate*, mas da acção performativa dos contextos situacionais em que a relação se estabelece e se desenrola.”³⁵

O autor português afirma ainda que “uma ordem social de paz, segurança e cooperação não é possível sem a postergação do arbítrio individual, sem a imposição de padrões vinculativos de conduta, cuja previsível observância (e garantido sancionamento) funda e consolida expectativas – a base indispensável de toda a interacção”.³⁶

³³ Francesco Lucarelli, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, cit., p. 241-242.

³⁴ *Ibidem*, p. 243-244.

³⁵ Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 15-16.

³⁶ *Ibidem*, p. 30-31.

Em nome da sociabilidade da condição humana e do inter-relacionamento de seus comportamentos é que se impõem limites à liberdade de cada um. Mas, em nome do mesmo valor – a preservação de uma sociedade que se mantenha em paz, segurança e em cooperação – é que se poderá vislumbrar, além dos limites à liberdade individual, a preservação da eficácia de negócios cuja aparência de validade permitiu desdobramentos sociais variados a quem neles confiou, ou ainda, que tenha gerado valores outros igualmente dignos de proteção.

2 INEXISTÊNCIA, INVALIDADE E INEFICÁCIA

Após a identificação e o exame dos planos da existência, validade e eficácia, o estudo do negócio jurídico se desenvolve pelo método da exclusão.

Progressivamente, verifica-se se o negócio é existente; em caso afirmativo, examina-se sua validade; finalmente, se ele existe e é válido, passa-se ao exame da eficácia. Caso não seja existente, não será válido e eficaz. Se não for válido, não será eficaz – conforme o tratamento tradicionalmente conferido ao tema. Não sendo eficaz, não é objeto de exame pelo operador do direito.³⁷

Renan Lotufo observa que o Código Civil brasileiro disciplinou o tema apenas sob o ponto de vista da validade e da eficácia, sem tratar da existência³⁸. Por essa razão, aliás, esse último plano não será desenvolvido mais longamente neste trabalho, que se concentrará substancialmente nos planos da validade e da eficácia.

Sob o aspecto das invalidades – denominação dada ao Capítulo V do Livro III da Parte Geral do Código Civil –, estabelece-se a distinção entre negócios nulos e anuláveis.

A invalidade é a sanção imposta pelo ordenamento ao negócio celebrado com descumprimento de um dos requisitos de validade, ou seja, em contrariedade ao direito.³⁹

A nulidade, afirma Renan Lotufo, corresponde à sanção imposta ao negócio em razão de defeito irremediável que atinja elemento essencial, ainda que não seja a única prevista.⁴⁰

³⁷ Renan Lotufo, *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 280.

³⁸ Renan Lotufo, ob. cit., v. 1, p. 280. A questão também é lembrada por Caio Mário da Silva Pereira: “Não cogitou, entretanto, dos inexistentes, cuja aceitação pela doutrina ainda se conserva no plano das controvérsias, e assim procedeu como seus congêneres” (*Instituições de direito civil*, atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 630).

³⁹ “*Así entonces la nulidad aparece a los ojos del jurista como una sanción de la ley que priva a ciertos actos de sus efectos propios.*” (Jorge Joaquín Llambías, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires: Arayú, 1953, p. 3).

⁴⁰ Renan Lotufo, *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 459. Para Maria Cristina Diener, cuida-se da forma mais grave de invalidação, que se identifica externamente como um negócio perfeito e completo em todos os seus elementos, mas que contém um vício gravíssimo que o torna inidôneo a produzir efeitos (*Il contratto in generale*, Milano: Giuffrè, 2002, p. 752).

No Código Civil em vigor, as hipóteses de nulidade constam do artigo 166, enquanto as de anulabilidade estão indicadas no artigo 171.

Nulidades e anulabilidades se distinguem, sob o aspecto do interesse a proteger. As primeiras são destinadas a evitar, preponderantemente, danos ao interesse geral, social ou de ordem pública. As segundas visam à proteção de interesses predominantemente individuais.⁴¹

O negócio inexistente é aquele que se ressentir de um de seus elementos estruturais (circunstâncias negociais, forma e objeto). É o que ocorre, por exemplo, com o casamento realizado sem a celebração.

Caso o negócio se realize com infração a preceito de ordem pública, a hipótese será de nulidade, como ocorre quando o negócio é realizado pessoalmente – sem representante – pelo absolutamente incapaz. Nesse caso, os efeitos pretendidos pelo particular são contrários aos interesses da sociedade, que devem prevalecer.

Finalmente, nos casos em que a vontade é oriunda de erro, dolo ou coação, lesão e estado de perigo, o ordenamento reconhece que o negócio é passível de anulação, mesmo não havendo regra de ordem pública a proteger. O interesse protegido nesse caso é particular e o interesse público pode tolerar sua subsistência, se o prejudicado não desejar invalidá-lo.

2.1 Inexistência

De acordo com José de Abreu Filho:

“A teoria da inexistência foi concebida no século XX, como uma resultante das indagações emergentes de caráter restritivo, eminentemente textualista, das hipóteses referentes à nulidade. Sua motivação prática tinha por fundamentação o fato comprovado da ocorrência de inúmeras

⁴¹ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 3. ed. actual., 12. reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 610.

situações de gravidade, que não eram previstas pelo legislador e, assim, permaneciam sem a devida sanção, porque sua previsão não havia sido objeto de cogitação no texto da lei.”⁴²

Referido autor esclarece que a base doutrinária da teoria da inexistência resulta de interpretação restritiva do princípio, segundo o qual não há nulidade sem que haja um texto legal que a consagre, o que implicaria admitir a validade de negócios aos quais não se poderia reconhecer eficácia – tal como ocorre, observa, com o casamento entre pessoas do mesmo sexo.⁴³

Para tais hipóteses, constitui-se a teoria da inexistência como uma outra categoria de negócios, ao lado dos nulos e anuláveis. Para existir, o negócio deve conter determinados elementos que lhe dão vida.

A teoria da existência, porém, não contou com aceitação unânime. Há autores que consideram não haver distinção entre negócios nulos e inexistentes.⁴⁴

No entanto, para os autores que admitiram sua utilidade, o negócio inexistente é aquele que carece de “elementos indispensáveis para sua configuração como uma figura negocial”. E “tais elementos são, indiscutivelmente, dois: a vontade e o objeto”.⁴⁵

Marcos Bernardes de Mello figura entre os autores que não concordam com a necessidade de se disciplinarem os atos inexistentes.⁴⁶

Afirma que a concepção clássica considera que inexistente é o ato que não reúne “elementos de fatos supostos por sua natureza ou seu objeto, e em cuja ausência seria

⁴² José de Abreu Filho, *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 337. Massimo Cesare Bianca pondera que a doutrina a respeito da inexistência foi elaborada na França, em tema de matrimônio, tendo em vista a limitação da idéia de anulabilidade para compreender hipóteses que não eram consideradas idôneas para constituir um vínculo conjugal válido, mas que não constavam do rol taxativo de invalidades (*Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 614).

⁴³ José de Abreu Filho, *O negócio jurídico e sua teoria geral*, cit., p. 338.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 339.

⁴⁵ *Ibidem*, mesma página.

⁴⁶ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, 6. ed. reformada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

logicamente impossível de conceber-lhe a existência”, e que a “nulidade ocorria quando houvesse defeito em alguma condição requerida para a validade do ato jurídico”.⁴⁷

Os negócios nulos e os inexistentes devem ser ineficazes. Contudo, alguns autores consideram que os primeiros dependem de desconstituição, enquanto os inexistentes prescindem dela⁴⁸. Mas, como se verá adiante, nem sempre a ineficácia é consequência da nulidade ou mesmo da inexistência.

Bernardes de Mello sustenta seu ponto de vista em duas linhas de argumentação: a) não se trata de uma nova categoria jurídica, mas de mera situação jurídica, precisamente porque o fato não chegou a ingressar no mundo jurídico; e b) o ato inexistente não precisa ser desconstituído judicialmente, porque jamais existiu, e admite o doutrinador que seja declarada a inexistência, mas não que haja desconstituição. Conclui afirmando que “a categoria (jurídica) ato inexistente é inútil e constitui uma contradição, porque, se inexistente o ato, ato não pode ser”.⁴⁹

Mas é a própria manifestação do autor que remete à conclusão de que a identificação dos negócios inexistentes tem relevância para o estudo do tema; seu reconhecimento “foi produto da necessidade prática de resolver um problema criado pela visão defeituosa de certa jurisprudência intransigente na aplicação de princípio (*pas de nullité sans texte*) de sua própria criação e ao qual atribui rigidez infundada”.⁵⁰

Tal distinção, pois, tem inegável interesse e utilidade práticas, seja em razão do enrijecimento da interpretação do princípio referido, seja porque efetivamente não há como identificar os casos de nulidade absoluta por violação a requisitos de validade nos de inexistência oriundos da ausência de elementos de constituição, mencionados por Junqueira de Azevedo.⁵¹

⁴⁷ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, cit., p. 67.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 67-68.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 68.

⁵⁰ *Ibidem*, mesma página.

⁵¹ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 30-39.

Santos Cifuentes⁵² também manifesta sua adesão aos que consideram que os atos inexistentes formam categoria distinta da que contempla os atos nulos, ponderando que ela resolve problemas reais e se ampara em flagrante distinção conceitual.

Ensina o autor argentino que o negócio inexistente não possui um “elemento essencial, um órgão vital”, que o impede de se enquadrar até mesmo na definição geral que lhe confere a lei. Trata-se de uma inexistência jurídica, que não se confunde com o ato nulo que, diversamente, contém um vício que o “priva de seus efeitos normais, ainda que gere outros efeitos”. O ato inexistente, ao contrário, não gera nenhum efeito, porque lhe falta elemento relativo a sujeito, objeto ou forma.

Santos Cifuentes aponta as características e os efeitos do negócio inexistente: a) pode ser postulado em juízo por qualquer interessado e em qualquer fase do processo; b) pode ser declarado de ofício; c) os terceiros não se beneficiam da boa-fé, se o ato anterior é inexistente, diversamente do que ocorre, no direito argentino, em relação aos negócios nulos e anuláveis; e, d) não se aplicam ao negócio juridicamente inexistente as regras de conversão do negócio jurídico.

Massimo Bianca registra, com caráter conclusivo, que a disciplina do contrato nulo encontra seus limites nos casos em que o contrato não existe, ou seja, quando não há uma situação socialmente qualificada como contrato; as dificuldades de identificá-la não justificam que se negue o fundamento da distinção. Ademais, prossegue o autor, em última análise, essa distinção é um problema do próprio direito positivo, que estabelece se e quando merecem tutela os interesses que qualificam o negócio nulo.⁵³

Na lição de Fábio Ulhoa Coelho:

“O negócio inexistente não produz, por outro lado, efeitos jurídicos. A eficácia também é um atributo dependente da existência.

(...)

A importância do conceito de negócio jurídico inexistente está na sua contraposição aos negócios inválidos. Enquanto estes podem, em determinados casos, inclusive de invalidez absoluta, produzir certos efeitos jurídicos, os inexistentes não produzem efeito nenhum. Veja-se o exemplo do casamento putativo, que, embora nulo ou anulável, produz

⁵² Santos Cifuentes, *Negocio jurídico*, 2. ed., Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 719-724.

⁵³ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 616.

todos os efeitos quando estão os cônjuges de boa-fé (CC, art. 1.561). Trata-se de casamento existente, malgrado o vício de validade. Difere, por exemplo, do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nesse caso, o negócio jurídico nem sequer se forma, porque a lei brasileira não atribui à declaração de vontades dos homossexuais voltada à criação do vínculo matrimonial os efeitos jurídicos do casamento. Trata-se, aqui, de negócio jurídico inexistente, inapto a produzir quaisquer efeitos (Rodrigues, 2002:290/292). Atente-se bem aos contornos da questão: aquela declaração de homossexuais não produz os efeitos do casamento porque é negócio jurídico inexistente (falta-lhe juridicidade); se eles viverem como casados ou casadas e construírem patrimônio comum esses fatos (não a declaração de intenção de casamento) têm efeitos jurídicos.”⁵⁴

Neste trabalho não se pretende enfrentar o tema inexistência, em função da concentração do estudo da questão relativa aos efeitos dos contratos nulos. Merece registro, porém, o fato de as codificações contemporâneas começarem a incluir a inexistência como categoria autônoma, ao lado de nulidades e anulabilidades.⁵⁵

2.2 Invalidades

Ultrapassado, ainda que de modo superficial, o estudo do negócio jurídico no plano de sua existência, passa-se a examiná-lo no aspecto de sua validade, no qual, identificados os elementos que lhe dão vida, é necessário verificar se estão presentes seus requisitos de validade.

É compreensível que o ordenamento jurídico “procure cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico de certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica”⁵⁶. Afinal, registra Antônio Junqueira de Azevedo, é o próprio ordenamento que autoriza as partes a emitirem declaração de vontade, conferindo-lhes efeitos jurídicos em conformidade com o que desejaram.⁵⁷

⁵⁴ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil*, São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 317-318.

⁵⁵ José Luis De Los Mozos, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, p. 245-250.

⁵⁶ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 40.

⁵⁷ *Ibidem*, mesma página.

Para ser válido, o negócio deve atender a determinados requisitos estabelecidos por regras jurídicas. Trata-se, portanto, da “qualidade de um negócio jurídico existente” ou “formado de acordo com as regras jurídicas”.⁵⁸

Enquanto no plano da existência os elementos integram o plano da substância, no da validade, eles figuram como adjetivos, de modo que os requisitos de validade correspondem a qualidades dos elementos de existência.⁵⁹

Entre nós, tais requisitos estão previstos no artigo 104 do Código Civil: o agente deve ser capaz; o objeto do negócio deve ser possível, lícito, determinado ou determinável; e a forma será prevista ou não vedada pela lei.

As invalidades não se resumem, porém, às hipóteses decorrentes da violação dos requisitos previstos no mencionado dispositivo, que acarretam a nulidade do negócio, de acordo com o disposto no artigo 166 do Código Civil.

Também acarretam invalidade as violações previstas no artigo 171 do Código Civil, tratadas como anulabilidades.

Destarte, importa distinguir as invalidades em nulidades e anulabilidades.⁶⁰

Segundo Eduardo Zannoni, a doutrina moderna adotou teorias originalmente romanas, ao afirmar que as nulidades ditas absolutas são aquelas em que há violação a norma de ordem pública, enquanto as nulidades relativas (ou os negócios anuláveis) se referem aos vícios de consentimento, à incapacidade e à lesão, revelando então maior interesse na proteção à vítima.⁶¹

⁵⁸ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 41.

⁵⁹ *Ibidem*, mesma página.

⁶⁰ Tal distinção é adotada pela teoria moderna que estuda o tema das invalidades, como se constata em: Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 154. Observa o autor, a propósito da repercussão do estudo do tema no direito comparado: “*Así, en la doctrina francesa se distingue entre nulidades absolutas (o nulidades de orden público) y nulidades relativas (o anulabilidad); en derecho alemán se contrapone, en cambio, la nulidad a la impugnabilidad; en el italiano, la nulidad a la anulabilidad; en español, la nulidad absoluta – nulidad radical, acto nulo – a la anulabilidad.*” (*Ibidem*, p. 154).

⁶¹ Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, cit., p. 155-156.

Assim sendo, a distinção reside fundamentalmente no interesse a proteger, de modo que são inconfundíveis as conseqüências jurídicas de uma e outra: “Há dois graus de invalidade do negócio jurídico. No grau mais elevado, o negócio nulo (invalidade absoluta), no menos, anulável (invalidade relativa). Distingue a lei, na verdade, uma hipótese da outra em atenção aos valores socialmente difundidos.”⁶²

Exemplificativamente: a) a nulidade absoluta pode ser invocada por qualquer interessado, enquanto a relativa só pode ser alegada pela própria pessoa envolvida no negócio; b) na nulidade absoluta, não há possibilidade de o interessado concordar com a validade do negócio e confirmá-lo, ao passo que na nulidade relativa isso pode ocorrer, validando-se o negócio; c) o negócio nulo pode ser declarado de ofício, enquanto o relativamente nulo depende de postulação específica da parte interessada.⁶³

Fábio Ulhoa Coelho observa sobre a questão que:

“Nenhum negócio é inválido, por mais desobedecidas que tenham sido as normas jurídicas sobre a matéria, antes que o juiz decida que ele o é. Nesse aspecto, não existem diferenças entre os graus de invalidade do negócio jurídico. Tanto na hipótese de nulidade, como na de anulabilidade, a invalidação depende necessariamente de processo judicial. Outro aspecto comum aos dois graus de invalidade diz respeito à contemporaneidade das causas. Em ambas, a causa de invalidação existe ao tempo da constituição do negócio jurídico.”⁶⁴

Quanto aos seus efeitos, no direito alemão se afirma que o negócio nulo não produz efeitos nem entre os nele envolvidos, nem em relação a terceiros, enquanto o negócio anulável – denominado impugnável entre os germânicos –, em princípio produz efeitos regulares.⁶⁵

A nulidade é uma sanção imposta ao negócio celebrado com contrariedade a normas jurídicas que regem sua validade, suprindo-lhe os efeitos.

⁶² Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil*, cit., p. 343.

⁶³ A respeito, dentre outros, conferir: Santos Cifuentes, *Negocio jurídico*, cit., p. 772-777. Orlando Gomes registra que “dado o cunho radical da nulidade, pode ser alegada por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, de ofício, ao conhecer do ato ou de seus efeitos, e os encontrar provados. Não lhe é lícito supri-la, ainda a requerimento das partes” (*Introdução ao direito civil*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 498-499). No mesmo sentido: Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 611.

⁶⁴ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil*, cit., v. 1, p. 343-344.

⁶⁵ Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, cit., p 157.

A propósito do tema, pondera Eduardo Zannoni:

“Sucede, sin embargo, que esta condicio ‘iuris negativa’ opera como una sanción de orden normativo por cuanto permite establecer el caracter obligatorio de las reglas que regulan los presupuestos requeridos por la ley para que las potestades jurídicas sean jurídicamente vinculantes. Para admitir esta afirmación, es claro, debe superarse el concepto de sanción sólo como represión o como coacción en sentido amplio, y considerarla como indicador de comportamientos impuestos por el derecho a quienes pretenden poner en movimiento potestades reconocidas al individuo.”⁶⁶

Caio Mário acrescenta:

*“É nulo o negócio jurídico, quando, em razão do defeito grave que o atinge, não pode produzir o almejado efeito. É a nulidade a sanção para a ofensa à predeterminação legal. Às vezes, esta enuncia o princípio, imperativo ou proibitivo, cominando a pena específica ao transgressor, e, então diz-se que a nulidade é expressa ou *textual*; outras vezes, a lei proíbe o ato ou estipula a sua validade na dependência de certos requisitos, e, se é ofendida, existe igualmente nulidade, que se dirá *implícita* ou *virtual*.*

*Na construção da teoria da nulidade, desprezou o legislador brasileiro o critério do *prejuízo*, abandonando o princípio que o velho direito francês enunciava – *pas de nullité sans grief*. Inspirou-se, ao revés, no princípio do respeito à ordem pública, assentando as regras definidoras da nulidade na infração de leis que têm este caráter, e, por esta mesma razão, legitimou, para argüi-la, qualquer interessado.”⁶⁷*

O reconhecimento da invalidade do negócio jurídico implica um juízo de valores do ordenamento, que opta por respeitar a autonomia de vontade do declarante ou os valores do sistema jurídico violados por sua celebração.

É o que se pode extrair da lição de Joaquim de Sousa Ribeiro:

“Quando, pelo contrário, o negócio é impugnável, isso significa que prevaleceu, na valoração normativa, o respeito pela autodeterminação do declarante, a qual funciona aqui como elemento negativo: a sua falta ocasiona a ineficácia do ato. Mas, em ambos os casos, quer quando prevalece, quer quando tem que ceder, a autodeterminação nunca perde as notas que lhe são inerentes de efectividade e de finalismo. É com essa substância própria que ela pode entrar no jogo de ponderação relativa com outros interesses e princípios, com a garantia de lhe ser atribuído o peso que lhe corresponde.”⁶⁸

⁶⁶ Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, cit., p. 162.

⁶⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 632-633.

⁶⁸ Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 47-48.

De acordo com Jorge Joaquín Llambias, as três características que distinguem a nulidade são a sanção da lei, a privação dos efeitos do negócio e a causa da sanção contemporânea ao negócio⁶⁹. O autor distingue a nulidade da inoponibilidade em relação a terceiros: os primeiros são ineficazes desde o nascimento, entre as partes e em relação a terceiros; os segundos são inoponíveis em face de determinadas pessoas que podem se comportar como se o negócio inexistisse – embora conserve sua eficácia em relação às partes e a outros terceiros.⁷⁰

E ainda, sobre a distinção em exame, registra:

“Examinada em si mesma, a falha do ato nulo é radicalmente diferente da do ato anulável. A primeira, como se disse, é taxativa, rígida, determinada, insuscetível de mais ou de menos, invariável em todos os atos da mesma espécie, regulada e mensurada diretamente pela lei. Por outro lado, a falha dos atos anuláveis é, por sua própria índole, e se apresenta como tal, variável, indefinida, fluida, suscetível de mais ou de menos, ligada às circunstâncias concretas que condicionam a realização do ato realizado.”⁷¹

O autor registra que há quem considere que negócios nulos e anuláveis dependem de pronunciamento judicial, mas não advertem que há distinção importante a respeito da função da decisão judicial em uma e outra hipótese: no negócio nulo, a necessidade da sentença é extrínseca, já que não resulta da natureza do negócio celebrado; para os negócios anuláveis, a necessidade de sentença resulta de sua própria índole, pois caberá ao juiz identificar as circunstâncias do caso concreto para identificá-la.⁷²

Na anulabilidade, prossegue o autor, embora o vício também se verifique desde o nascimento, ele se mantém oculto aos olhos da sociedade. Assim, a sociedade tem dúvidas a respeito de sua validade.⁷³

⁶⁹ Jorge Joaquín Llambías, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, cit., p. 4.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 7.

⁷¹ No original: “*Examinada en sí misma, la falla del acto nulo es radicalmente diferente a la del acto anulable. La primera, según se ha dicho, es taxativa, rígida, determinada, insusceptible de más o de menos, invariable en todos los actos de la misma especie, regulada y dosificada directamente por la ley. En cambio, la falla de los actos anulables es, por su propia índole, o se presenta como tal, variable, indefinida, fluida, susceptible de más o de menos, ligada a las circunstancias concretas que condicionan la realización del acto efectuado.*” (Jorge Joaquín Llambías, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, cit., p. 25-26 – Nossa tradução).

⁷² Jorge Joaquín Llambías, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, cit., p. 26.

⁷³ *Ibidem*, p. 27-28.

Jorge Joaquín Llambias dá destaque ao fato de a sociedade e as partes perceberem de imediato que se trata de um negócio nulo, enquanto o anulável não é evidente e identificado desde logo por terceiros.⁷⁴

A distinção, contudo, não se afigura tão evidente. Muitas vezes a sociedade também terá dificuldades para perceber a nulidade do negócio. Destarte, o critério, isoladamente, não é satisfatório para distinguir nulidades e anulabilidades.

Tal distinção não encontra, como se vê, critério único e seguro, mas se dará com maior eficiência se se levar em conta os valores que são protegidos pela sanção de invalidade.

2.3 Ineficácia

Augusto Mario Morello aponta aspectos relacionados a nulidades – que denomina invalidez – e ineficácia, que podem contribuir para a compreensão desse último conceito:

“a) la invalidez resulta siempre contemporánea con la formación o estructuración del acto, en tanto que, en general y como principio básico, la ineficacia es un amplio fenómeno (total o parcial; posterior, inmediato o no, para darse en una fase ya avanzada de la ejecución del negocio) que presupone negocios válidos y perfectos (regulares) en su ciclo formativo pero cuyas consecuencias – en nuestro ámbito, las que se derivan de las relaciones contractuales – o no se dan o se malogran en todo o en parte repercutiendo fundamentalmente sobre los tramos pendientes que quedan así sin virtualidad. La causa de esa pérdida de vigencia – rescisión, resolución, revocación, caducidad del plazo condicionalidad de su operatividad, etc. – es exógena, extrínseca, viene desde fuera en razón de factores gravitantes que inciden en el desenvolvimiento normal del acto;

b) en ocasiones el negocio válido y eficaz, entre partes, no cuenta, en cambio, respecto de terceros. O, como dice Albaladejo ‘las cosas para éstos se hallan como si no hubiere negocio. Así se afirma que es ineficaz frente a terceros, o irrelevante para éstos o inoperante, o que no puede invocarse ante ellos, o que les es inoponible’.

c) a su turno Puig Brutau señala que puede llegarse a un resultado negocial ineficaz por cinco caminos: 1) nulidad; 2) anulabilidad; 3) rescisión; 4) resolución y 5) anomalías atípicas. Dentro de estas últimas englobaríamos a la frustración del contrato por cancelación o pérdida de vigencia o imposibilidad del logro de su finalidad o por no representar ya utilidad para los contratantes;

⁷⁴ Jorge Joaquín Llambías, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, cit., p. 30.

d) la circunstancia que determina la ineficacia, extraña al negocio y posterior a su conclusión, atrapa los pasos, fases o proceso de la ejecución, sea en interés de las partes mismas a fin de mantener una posición de equilibrio, de paridad, de reparto de sacrificios equivalentes; sea en interés de determinados terceros (que, sin embargo, soportan en forma refleja o indirecta sus consecuencias), sea, en fin, porque cae en incompatibilidad con las valoraciones sociales o con las pautas de política que subyacen en todo ordenamiento. Ocurren en forma sucesiva al origen del acto y éste, respecto de las partes o de ciertos terceros, queda en falta de aptitud para consumarse tal como en su nacimiento se había previsto.”⁷⁵

O mestre argentino pondera que a ineficácia também representa uma sanção do ordenamento contra uma infração cometida a partir da concretização de determinado negócio jurídico em desconformidade com o sistema jurídico. Em sentido mais restrito, observa que a ineficácia tem origem em causa extrínseca.⁷⁶

Na lição de Francisco Amaral, todo negócio que produz os efeitos pretendidos pelo agente é eficaz⁷⁷. Massimo Bianca oferece conceito equivalente, acrescentando que o efeito jurídico é uma alteração de uma situação jurídica.⁷⁸

Efeito do contrato é constituir, regulamentar ou extinguir relações jurídicas, como se extrai de sua própria definição.⁷⁹

Desse modo, os efeitos do contrato correspondem à atuação a que visavam os contratantes, ao convencionarem sobre seus direitos e deveres, segundo sua própria autonomia privada.

⁷⁵ Augusto Mario Morello, *Ineficacia y frustración del contrato*, Abeledo-Perrot, 1975, p. 69-71.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 73.

⁷⁷ Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, cit., p. 511.

⁷⁸ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 523.

⁷⁹ Segundo Emilio Betti, em lição invocada por Darcy Bessone, o contrato é o “acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial” (*Do contrato: teoria geral*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5). Inclui-se naquela ampla categoria dos atos de autonomia privada do negócio jurídico, segundo a qual o sujeito dispõe de sua própria esfera jurídica. Os contratos só se aperfeiçoam com a manifestação de vontade de mais de uma parte, ao contrário do que ocorre com os negócios unilaterais. No plano subjetivo, o contrato relaciona-se à vontade das partes, base fundamental de sua formação. Ao examinar a definição de contrato, Lorenzetti afirma que ele é substancialmente constituído pela vontade à qual se acrescentam efeitos. E, enquanto a primeira é imutável, os segundos podem ser alterados, para tornar possível o cumprimento das obrigações assumidas (Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos de direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 534).

3 INVALIDIDADE E A DISTINÇÃO DE SEU TRATAMENTO

Ao disciplinar a expressão invalidade do negócio jurídico, o Código Civil cuida das hipóteses de nulidade e anulabilidade.

Inválidos são os negócios que não produzem os efeitos desejados pelas partes, porque o ordenamento jurídico não o permite. Segundo a gravidade do defeito, o negócio será nulo ou anulável.

A invalidade destina-se a sancionar o negócio indesejado pelo sistema jurídico, que, desse modo, mantém-se protegido.

Como assinala Emilio Betti, “o estudo que temos de fazer demonstrará a oportunidade de se distinguirem duas espécies de problemas: os concernentes ao diagnóstico da anormalidade e os que se referem a seu tratamento jurídico”⁸⁰. Segundo o autor, o Código espanhol não cuidou de fazer essa distinção, tratando de modo indistinto invalidade e ineficácia dos contratos. Esclarece que os conceitos de validade ou eficácia pressupõem um confronto entre o negócio concreto que se examina e o tipo ou o gênero de negócio que se pretende representar. O impedimento à produção dos efeitos tanto pode resultar da ausência de um de seus elementos de constituição ou pressupostos de validade quanto de um elemento estranho ao negócio que signifique obstáculo ao resultado a que se visa.⁸¹

O Código Civil brasileiro estabelece as hipóteses de nulidade no artigo 166, considerando a preponderância do interesse público. Inclui-se ainda entre os negócios nulos o que se realiza de modo simulado (art. 167).⁸²

Na lição de Arnaldo Rizzardo, “as situações de nulidade ou anulabilidade, em princípio, assentam-se na maior ou menor gravidade da infringência à lei. Não necessariamente têm fundo ontológico, ou encontram razão de ser na natureza da infração.

⁸⁰ Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 404.

⁸¹ *Ibidem*, p. 404-405.

⁸² Massimo Cesare Bianca registra que na base da distinção entre negócios nulos e anuláveis está o interesse geral protegido nos primeiros, e individuais, tutelados, nos segundos (*Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 644).

A enumeração revela critério de política legislativa adotada quando da fixação do grau de invalidade dos negócios, podendo variar conforme a época e o lugar”.⁸³

Os casos de anulabilidade estão elencados no artigo 166 do Código Civil e destinam-se a proteger os relativamente incapazes e os que realizam negócios defeituosos (compreendendo todos os vícios de consentimento e a fraude contra credores).

Negócios nulos e anuláveis apresentam as distinções seguintes:

A) a nulidade é decretada em razão do interesse público e a anulabilidade, para proteger o interesse privado da pessoa que é atingida por seus efeitos.

B) a anulabilidade pode ser suprida pelo juiz, ou sanada pela confirmação (arts. 168, parágrafo único e 172 do CC).

A confirmação poderá ser expressa, devendo conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo (art. 173 do CC), ou tácita, quando cumprida em parte pelo devedor que tinha conhecimento do vício (art. 174 do CC).

Por outro lado, decorrido o prazo decadencial, o negócio anulável estará validado, enquanto o nulo não se convalidará nem mesmo pelo decurso do tempo – sendo, portanto, insuscetível de decadência, nos termos do disposto no artigo 169 do Código Civil.

O artigo 172 do Código Civil veda a confirmação do negócio, se isso acarretar prejuízo a terceiro.

É o caso do relativamente incapaz que aliena um bem sem assistência e, atingida a maioria, torna a aliená-lo. Caso ele confirme a primeira venda, estará prejudicando o segundo comprador.⁸⁴

⁸³ Arnaldo Rizzardo, *Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10/01/2002*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 499.

⁸⁴ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: parte geral*, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 155.

C) a anulabilidade, ao contrário da nulidade, não se pronuncia de ofício (arts. 168, parágrafo único e 177 do CC). O efeito do reconhecimento da primeira só se produz com a sentença (*ex nunc*), enquanto os do reconhecimento da nulidade são retroativos (*ex tunc*).

No primeiro caso, a sentença tem natureza desconstitutiva e, no segundo, declaratória.

Enquanto a anulabilidade só pode ser reconhecida em ação própria, ajuizada para esse fim, a nulidade será pronunciada quando se encontrar provada, independentemente da natureza da ação, nos termos do parágrafo único do artigo 168 do Código Civil.⁸⁵

Quando se afirma que o negócio nulo não produz efeito algum, é preciso registrar que essa assertiva significa que ele não produz nenhum dos efeitos que lhe são próprios, mas acarreta outros.

D) as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado e pelo Ministério Público, mas as anulabilidades só poderão sê-lo pelos prejudicados (arts. 168 e 177 do CC).

E) os prazos decadências para alegação de anulabilidades são curtos; ele será de dois anos quando a lei dispuser que é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear a anulação (CC, art. 179 do CC).

O negócio nulo, por sua vez, não será confirmado pelo decurso do tempo, de modo que não há decadência para seu reconhecimento (art. 169 do CC).

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “o negócio jurídico inválido é nulo quanto corresponde a ações humanas que a sociedade repudia com maior intensidade. O grau de invalidação do negócio é máximo porque é grande o repúdio social”.⁸⁶

⁸⁵ Nesse sentido a jurisprudência, cumprindo notar que a decisão foi proferida ao tempo da vigência do Código Civil de 1916, quando a simulação ainda era espécie de negócio meramente anulável, e não nulo, como passou a ser no Código de 2002: “A anulação do contrato, pelo alegado vício da simulação, exige manejo da ação própria (contra todos participantes) não podendo ser apreciada em mera alegação defensiva, máxime quando a natureza da ação não admite a litisdenúnciação e a pretendida denunciada teria participação ativa nesse alegado vício.” (2º TAC – Ap. n. 654.192-00/5, rel. Juiz Vanderci Álvares, j. 10.4.2003).

⁸⁶ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil*, cit., v. 1, p. 349.

Para Leonardo Mattietto:

“Com o devido respeito pelas opiniões em contrário, a distinção entre nulidade e anulabilidade se prende às causas ensejadoras de cada uma das espécies de invalidade (CC1916, arts. 145 e 147; CC2002, arts. 166, 167 e 171), e não propriamente aos seus efeitos ou mesmo ao modo de operar. Quanto ao principal efeito do reconhecimento da invalidade, as duas espécies se aproximam: a consequência tanto da declaração de nulidade do ato nulo, como da decretação da anulação do ato anulável é a restituição ao *status quo* anterior ou, não sendo isso possível, a indenização com o equivalente (CC1916, art. 158; CC2002, art. 182). A previsão legal, como já se expôs, é aplicável tanto aos atos nulos como aos anuláveis. Nem se argumente que, no primeiro caso, o provimento jurisdicional seria meramente declaratório, enquanto que, no segundo, a decisão seria constitutiva. Toda sentença constitutiva possui um conteúdo declaratório: para decretar a anulação, o juiz precisa primeiro reconhecer e declarar a causa de anulabilidade.”⁸⁷

Mas a posição do autor não convence, pois o fato de haver coincidência das consequências do desfazimento não significa que os efeitos de ambas sejam os mesmos. Basta lembrar da facilidade da confirmação e da ratificação e dos prazos prescricionais ou decadenciais. Também o conteúdo declaratório da sentença não a aproxima da natureza meramente declaratória da que reconhece a nulidade – além de poder ser declarada de ofício ou a pedido de maior número de interessados.

Para Mattietto, é equivocada a afirmação de que a declaração de nulidade produz efeitos *ex tunc*, enquanto a que decreta a anulação os produz *ex nunc*, pois ambas impõem às partes que retornem à situação anterior. E arremata: “A eventual proteção de terceiros de boa-fé, diante dos efeitos da anulação, não infirma este raciocínio, nem obsta o reconhecimento da invalidade.”⁸⁸

A rigor, as distinções decorrentes da anulação ou da anulabilidade do negócio são produto de uma opção legislativa.

O legislador, levando em conta a importância da proteção que tem em vista e as consequências do desfazimento do negócio, estabelece as regras próprias de cada situação.

⁸⁷ Leonardo Mattietto, Invalidade dos atos e negócios jurídicos, in Gustavo Tepedino (Coord.), *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 328-329.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 329.

Assim, exemplificativamente, no caso do casamento nulo, o artigo 1.563 do Código Civil estabelece expressamente que haverá retroatividade da sentença que decretar a nulidade, mas ressalva os direitos adquiridos por terceiros de boa-fé a título oneroso. Além disso, o artigo 1.561, em caso de boa-fé dos cônjuges, reconhece a efetividade dos efeitos produzidos até a sentença⁸⁹, e o artigo 1.549 veda a declaração da nulidade do casamento de ofício, restringindo a legitimação para o ajuizamento da demanda.⁹⁰

A respeito especificamente da distinção das nulidades e do tratamento dispensado ao tema em relação ao casamento, Maria Helena Diniz constata que não seria prudente “adotar no âmbito matrimonial, na íntegra, os princípios e critérios do regime das nulidades dos negócios jurídicos”.⁹¹

Essas breves considerações sobre a disciplina das nulidades em relação ao casamento têm o propósito de abrir um parêntese neste capítulo para destacar a possibilidade de o legislador optar, em certas áreas do direito, por mitigar o tratamento que usualmente confere ao tema.

⁸⁹ Antonio Carlos Mathias Coltro, Sálvio de Figueiredo Teixeira; Tereza Cristina Monteiro Mafra, *Comentários ao novo Código Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 17, p. 227-284 e 326.

⁹⁰ Rodrigo Cunha Lima Freire; Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito de família: arts. 1.511 a 1.638*, Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim, Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 14, p. 128-132.

⁹¹ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 5, p. 252.

4 NULIDADE

A nulidade é a sanção prevista para as invalidades consideradas mais graves pelo ordenamento. Tão graves são as irregularidades constatadas, que a sanção é a de nulidade que, como já se viu, implica a invalidação do negócio de ofício, sem previsão de prazo decadencial e sujeita a ser reconhecida em qualquer demanda de modo incidental.

Segundo Massimo Bianca, “a nulidade é a mais grave forma de invalidade negocial. Ela exprime uma valoração negativa do contrato 1) por sua definitiva deficiência estrutural, ou pela falta ou impossibilidade originária de um elemento constitutivo ou, ainda, 2) em razão do dano social que provoca, ou seja, por sua ilicitude”.⁹²

O autor italiano acrescenta que a nulidade implica o reconhecimento definitivo de que o negócio não é idôneo a produzir seus efeitos próprios e, embora não seja passível de convalidação, pode ser convertido em um outro negócio que seja válido.⁹³

A nulidade é total quando alcança a integralidade do contrato, e parcial, quando só atinge parte dele.

Nos contratos plurilaterais, também se poderá falar em nulidade relativa a determinados contratantes.⁹⁴

A nulidade, registra Massimo Bianca, é tradicionalmente concebida como o negócio ao qual falta um elemento constitutivo, de modo que sua deficiência é estrutural; a nulidade relativa tem sua invalidade atribuída a determinado vício de um de seus elementos estruturais. Atualmente, as nulidades são compreendidas como uma exigência de controle externo dos negócios, que acentuam a necessidade delas atuarem como um instrumento de tutela direta dos interesses gerais do ordenamento.⁹⁵

⁹² No original: “*La nullità è la piu grave forma d’invalidità negoziale. Essa esprime una valutazione negativa del contratto 1) per la sua definitiva deficienza strutturale, ossia mancanza o impossibilita originaria di un elemento costitutivo, ovvero 2) per sua dannosità sociale, e quindi pe la sua illiceità.*” (Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 612 – Nossa Tradução).

⁹³ Ibidem, p. 612.

⁹⁴ Ibidem, mesma página.

⁹⁵ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 613.

Assim sendo, o que se pode constatar a esta altura é que as nulidades têm o efeito imperioso que se lhes atribui a doutrina, em razão da necessidade de proteção dos interesses soberanos do ordenamento jurídico, que tem por escopo a organização de uma sociedade solidária e voltada para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Cumpra pois não perder de vista que as nulidades só se justificam porque protegem os interesses sociais consagrados pelo ordenamento. Para que tais interesses não sejam atingidos é que se disciplina a estrutura fundamental do negócio jurídico, cujo desrespeito implicará nulidade. Arnaldo Rizzardo comenta: “Ressaltou-se a maior gravidade das primeiras, como violações de leis ou direitos situados num patamar elevado, do interesse geral e tendo a proteção do Estado, enquanto as últimas dizem respeito a uma das partes ou a um grupo de pessoas.”⁹⁶

Por isso, Massimo Bianca observa que se compreendem entre os interesses a serem protegidos com a sanção de nulidade os direitos dos economicamente frágeis, que venham a suportar sacrifícios em razão da liberdade contratual.⁹⁷

A sanção de nulidade, pois, tem por fundamento a tutela de interesses gerais, contrapondo-se aos casos de anulabilidade, cuja finalidade é a proteção de interesses predominantemente particulares.⁹⁸

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

“Na indicação das razões pelas quais o direito agrava a invalidade dos negócios nulos, costuma afirmar a doutrina que haveria até mesmo interesse público na declaração da invalidade (por todos, Rodrigues, 2002: 285). Não penso que assim seja em todos os casos. Há hipóteses de invalidade absoluta em que são exclusivamente privados os interesses protegidos (o do incapaz, o da parte que fez a declaração sem a presença do tabelião etc.). Há sempre maior repúdio social às ações que se procuram coibir com a invalidade absoluta, mas somente em alguns casos se vislumbra o atendimento a interesse público nas regras sobre nulidade dos negócios jurídicos. Em outros termos, há, de um lado, causas de nulidade do negócio jurídico de interesse do direito privado e, de outro, causas de interesse de direito público.”⁹⁹

⁹⁶ Arnaldo Rizzardo, *Parte geral do Código Civil*: Lei n. 10.406, de 10/01/2002, cit., p. 525.

⁹⁷ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 613.

⁹⁸ Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 363.

⁹⁹ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil*, cit., v. 1, p. 349.

Para Arnaldo Rizzardo, “as previsões de nulidade encontram-se na lei, não se aceitando a criação de outras, a critério das partes. Entretanto, toda vez que em um diploma constam discriminados os requisitos para validade de um ato ou negócio jurídico, não sendo observados, enseja-se o reconhecimento da causa de anulação”.¹⁰⁰

Carlos Ferreira de Almeida pondera que o negócio nulo não vale como negócio jurídico porque viola deveres da ordem jurídica.¹⁰¹

De fato, a nulidade é prevista no sistema jurídico como sanção a uma violação grave ao interesse social que haverá de preponderar. Cuida-se de disciplinar, em caráter geral, o modo de evitar que negócios indesejados para o desenvolvimento de uma sociedade equilibrada e solidária produzam efeitos e comprometam o resultado último que o ordenamento jurídico quer obter.

Assim expostas as questões em exame, podemos concluir com José Luis De Los Mozos: “Tudo nos leva a uma dupla consideração consistente em que a nulidade do negócio jurídico se estende por duas vertentes: uma, a dos atos contrários à ordem pública, e outra, a da falta de um dos requisitos de validade do negócio jurídico.”¹⁰²

4.1 Hipóteses de nulidade na parte geral do Código Civil

As situações de nulidade a serem abordadas nesta passagem serão apenas as que estão previstas no artigo 166 do Código Civil. Tal opção decorre do fato de o principal objetivo deste estudo ser o enfrentamento dos efeitos das invalidades, e não de cada situação específica que a acarreta. Desse modo, a não ser ocasionalmente, somente o rol de nulidades do mencionado dispositivo será analisado, sempre com os olhos lançados para seus efeitos porventura produzidos.

¹⁰⁰ Arnaldo Rizzardo, *Parte geral do Código Civil*: Lei n. 10.406, de 10/01/2002, cit., p. 500.

¹⁰¹ Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Lisboa: Almedina, 1992, v. 1, p. 429.

¹⁰² José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, Madrid: Montecorvo, 1987, p. 143.

É certo ainda que, a partir desse rol, poderão ser identificadas e examinadas as outras situações de nulidade referidas ao longo do Código Civil e de outros diplomas legais.

Assim sendo, passa-se a examinar cada uma das hipóteses relacionadas no artigo 166 do Código Civil.

4.1.1 Incapacidade

O negócio jurídico celebrado pelo absolutamente incapaz figura no inciso I do artigo 166 do Código Civil como negócio nulo.

Seguramente se refere aos incapazes identificados no artigo 3º do Código Civil e tem em vista os negócios realizados diretamente por eles, sem atuação de seus representantes legais e sem autorização judicial, quando exigível.

A noção de capacidade se refere à aptidão intrínseca da pessoa para constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas. Diversamente, legitimação é a aptidão para atuar em negócios jurídicos que tenham determinado objeto, em virtude de uma relação em que se encontra, ou se coloca o interessado, em face do objeto do ato. Assim, o agente capaz não está legitimado a adquirir bem de propriedade do tutelado ou curatelado que esteja sob sua guarda ou administração (art. 497, I do CC).

Na lição de Francisco Amaral, “a vontade é elemento fundamental na produção dos efeitos jurídicos, sendo necessário, como é óbvio, que ela se manifeste, se exteriorize”.¹⁰³

Desse modo, para que o negócio jurídico exista e seja válido, a vontade deve se formar livre e conscientemente no íntimo do agente e se exteriorizar de modo a chegar ao conhecimento do destinatário com clareza e precisão. Para tanto, o agente deve ter capacidade de manifestar sua vontade pessoalmente, ou o sistema jurídico disciplina os modos como o fará, valendo-se dos institutos da assistência e da representação.

¹⁰³ Francisco Amaral, *Direito civil*: introdução, cit., p. 389.

Segundo Massimo Bianca, a tutela da integridade do consenso (ou da vontade) não exclui a prevalência da “autoresponsabilidade em função da tutela da confiança”, que responde à exigência de segurança no tráfico jurídico.¹⁰⁴

O comportamento externo pode ser feito por intermédio de palavras, escritas ou faladas, e também pelo comportamento ou mesmo pelo silêncio, como assegurado pelo artigo 111 do Código Civil.

A manifestação de vontade pode ser expressa, tácita ou presumida. No primeiro caso, resulta da linguagem escrita ou falada, assim como de movimentos que permitam o imediato conhecimento da vontade declarada.

A manifestação de vontade também pode se dar de modo tácito, como ocorre quando o comportamento do agente permite a identificação de sua vontade. É o que está previsto para a aceitação da herança no artigo 1.805 do Código Civil.

Será presumida a declaração de vontade que, não sendo expressa, a lei deduz do comportamento do agente, como ocorre com algumas hipóteses de pagamento ou de prorrogação de locação. Distingue-se da declaração tácita, porque nela é a lei que a estabelece, enquanto naquela, é o destinatário que a constata pessoalmente.

O artigo 105 do Código Civil impede que a parte capaz invoque a incapacidade relativa da outra em seu proveito. Do mesmo modo, impede que a incapacidade relativa aproveite aos co-interessados, salvo se for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.

Contudo, a incapacidade beneficiará os co-interessados – leia-se, aqueles que tiverem o mesmo interesse do incapaz –, se a hipótese for de obrigação com objeto indivisível.

¹⁰⁴ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 24.

O mencionado artigo 105 só compreende a incapacidade relativa, não contemplando os casos de nulidade absoluta, pois, nesses, o negócio será nulo, e não anulável (art. 166, I do CC).

A incapacidade natural, mas não reconhecida juridicamente, isto é, sem reconhecimento processo de interdição, acarretará, para a maioria dos autores, a nulidade do ato, em face da incapacidade do negociante de compreender seu conteúdo.

Contudo, identificada a boa-fé do outro contratante, que não podia conhecer a incapacidade daqueles que com ele contratam, há divergências sobre a possibilidade de preservar a validade do negócio jurídico, para proteger a boa-fé, ou anular o ato, em decorrência da incapacidade.

Na jurisprudência, a abordagem do tema é razoavelmente freqüente¹⁰⁵. Sobre a questão, Mota Pinto anota:

“O novo Código prevê e regula a incapacidade acidental, não na seção das incapacidades, mas entre a falta e os vícios da vontade, dado o facto de não se tratar de uma situação permanente do indivíduo, mas antes de um desvio no processo formativo da sua vontade em relação às circunstâncias normas do seu processo deliberativo. A hipótese está prevista no artigo 257º, onde se prescreve a anulabilidade, desde que se verifique um requisito (além da incapacidade acidental) destinado à tutela da confiança do declaratório: a notoriedade ou o conhecimento da perturbação psíquica. O requisito da notoriedade significa a cognoscibilidade por uma pessoa média, colocada na posição concreta do declaratório.”¹⁰⁶

¹⁰⁵ “Os atos praticados pelos amentais, antes da interdição, serão válidos se aquele que contratou com eles agiu de boa-fé e não podia conhecer suas condições mentais. Aqui, estão em confronto o interesse do incapaz e o da sociedade” (*JTJ* 159/29). “Após a interdição, contudo, consideram-se nulos todos os atos praticados, ainda que em intervalos de lucidez. Senilidade e doenças que não comprometam a capacidade de discernir não geram incapacitação. A decretação da nulidade do ato jurídico praticado pelo incapaz não depende da sentença de interdição. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência da incapacidade, impõe-se a decretação da nulidade, protegendo-se o adquirente de boa-fé com a retenção do imóvel até a devolução do preço pago, devidamente corrigido, e a indenização das benfeitorias. Precedentes citados: RESP ns. 9.077/RS, *DJU*, de 30.3.1992 e 38.353/RJ, *DJU*, de 23.4.2001.” (RESP n. 296.895/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 6.5.2004). “É cabível a ação do artigo 486 do Código de Processo Civil quando a parte, alegando vícios que invalidariam os atos jurídicos em geral, procura desconstituir o próprio ato homologado, não a sentença homologatória. No caso concreto, a sentença é simplesmente homologatória de transação, não a prevista no artigo 485, VIII, do Código de Processo Civil, que regula a desconstituição de decisão cujas conclusões se baseiam em transação. A Turma deu provimento ao recurso para que se prossiga no julgamento da ação de declaração de nulidade como se entender de direito. Precedente citado: RESP n. 13.102/SP, *DJU*, de 8.3.1993.” (RESP n. 151.870, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 19.5.2005).

¹⁰⁶ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 534.

A situação se assemelha à nulidade ou anulabilidade por incapacidade no direito brasileiro, mas confere especial relevância à identificação da perturbação psíquica do declarante pelo declaratório, o que não encontra previsão legal em nosso ordenamento, mas pode ser reconhecido como requisito para a invalidação à luz da boa-fé e da função social, consagradas em inúmeros dispositivos da Constituição Federal e do Código Civil.

Zeno Veloso invoca antiga decisão judicial que declarou que a incapacidade de que trata o atual inciso I do artigo 166 do Código Civil é apenas a que se refere ao judicialmente declarado incapaz, ressalvando os negócios anteriores à interdição, que só seriam inválidos em caso de notória incapacidade.¹⁰⁷

Observa porém que o entendimento não tem previsão expressa entre nós, ao contrário do que ocorre na França, na Itália, em Portugal e na Argentina.¹⁰⁸

Ao tratar do tema à luz do sistema argentino, registra que a boa-fé do contratante capaz é protegida, ainda que o incapaz já esteja interditado, se a incapacidade não for pública e o negócio for oneroso.¹⁰⁹

No Brasil, registra Zeno Veloso, prevalece a posição de que o negócio celebrado pelo incapaz é nulo sempre que se demonstrar que a incapacidade é contemporânea à realização dele¹¹⁰. Contudo, ressalva a existência de bons argumentos em sentido diverso:

“Carvalho Santos adere à lição do excelso Lafayette (cf. Direitos de família, parágrafo 165), de que, ‘na falta de interdição, a incapacidade natural deve ser alegada e provada em cada caso, só se anulando os atos anteriores, provando-se que, ao tempo em que foram praticados, subsistia já a causa da incapacidade’. O eminente intérprete de nosso Código Civil de 1916 enuncia, assim, que o ato pode ser anulado ‘desde que se prove que a pessoa incidia em incapacidade natural por ocasião de praticá-lo’. Mas, sugere, ‘a boa-fé do outro contratante não pode ser posta à margem. De forma que o ato será válido se ele realmente ignorava aquela incapacidade’.”¹¹¹

¹⁰⁷ Zeno Veloso, *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 49.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 49.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 50.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 50.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 51.

Zeno Veloso, após sustentar a conveniência de proteger-se a boa-fé do contratante que celebra o negócio com o incapaz, refere-se ao artigo 181 do Código Civil, que veda a reclamação do que foi pago ao incapaz sem prova de que o pagamento reverteu em proveito deste, para sustentar que incide também ao absolutamente incapaz – e não apenas ao relativamente –, o que dificultaria ainda mais a justa solução para a nulidade do contrato.¹¹²

Ao tema da validade ou invalidade dos negócios celebrados pelos absolutamente incapaz se retornará mais adiante, quando se enfrentar a questão dos efeitos do negócio nulo.

4.1.2 Objeto impossível, ilícito ou indeterminável

No inciso II do artigo 166 do Código Civil, o legislador estabeleceu a nulidade dos negócios cujo objeto seja impossível, ilícito, indeterminado ou indeterminável.

A impossibilidade de que aqui se trata é originária. O objeto do negócio deve ser impossível no momento de sua formação. Se a impossibilidade se verifica após seu aperfeiçoamento, não será hipótese de invalidade – pois não será originária –, mas permitirá a resolução.

Marcos Bernardes de Mello registra a respeito que o negócio deve ser havido como válido se o objeto era impossível no momento do nascimento do negócio, mas vem a se tornar possível no momento do adimplemento da prestação:

“Não importa, portanto, apenas, se o objeto é considerado impossível na ocasião da conclusão do ato. É preciso que o seja quando da prestação. Não se trata de convalescimento da nulidade, que existiria no momento da conclusão do ato jurídico e deixaria de existir depois. É que a impossibilidade física não pode ser considerada apenas puntualmente, em um determinado *ponto no tempo*, mas temporalmente, levando-se em conta o *trato de tempo decorrido* entre a data da conclusão do ato jurídico e a ocasião em que se deva dar o adimplemento da prestação, se não coincidentes. O *ponto temporal* que importa para caracterizar a impossibilidade física é o momento da prestação, naturalmente se essa

¹¹² Zeno Veloso, *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 53.

impossibilidade é originária. (=já existia quando da conclusão do negócio). Se por ocasião da conclusão do negócio jurídico não havia impossibilidade física, não há nulidade se esta veio a caracterizar-se antes da prestação.

Diferentemente, a impossibilidade jurídica é *punctual*. Importa se existe no momento da conclusão do ato. Se posteriormente a impossibilidade é removida, a nulidade não convalesce; o ato nulo não adquire validade pelo desaparecimento da causa invalidante. Há necessidade de que se repita o ato jurídico, para que se tenha um ato válido.”¹¹³

Pontes de Miranda observa a respeito que a impossibilidade jurídica “é ligada a cada momento que passa; não se estende no tempo”. E a inalienabilidade do bem “não se torna eficaz por desaparecimento da qualidade, em virtude de lei nova, porque tal lei seria retroativa e, provavelmente, ofenderia o artigo 5º, XXXVI, da Constituição de 1988”.¹¹⁴

No que se refere à ilicitude, verifica-se que o negócio será nulo se seu objeto contrariar os fins que o ordenamento jurídico considera compatíveis com os interesses sociais que regulamenta.

A ilicitude do objeto, os negócios cujo motivo comum às partes é ilícito e a fraude à lei foram contemplados no artigo 166 do Código Civil como fundamentos para a nulidade do negócio jurídico, em seus incisos, I, III e VI. Todas essas hipóteses representam, em síntese, violação de norma imperativa, da ordem pública e dos bons costumes.

Não são lícitos os atos cujo escopo seja contrário à lei, à moral ou aos bons costumes.

A impossibilidade do objeto é não poder se realizar em absoluto, pois se for relativa, não há que se falar em impossibilidade. E para que seja relativa, basta que ao menos uma pessoa seja capaz de realizar a prestação.

¹¹³ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, cit., p. 118.

¹¹⁴ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Campinas: Bookseller, 2001, v. 4, p. 216-217.

Neste sentido a disposição do artigo 106 do Código Civil, segundo a qual a impossibilidade não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinada.

De acordo com Massimo Bianca:

“A ordem pública indica princípios basilares do ordenamento social. Grande parte destes princípios está expressa na Constituição. Particularmente, são de ordem pública os direitos fundamentais da pessoa. Entre as nulidades, portanto, estão os casos de contratos lesivos a direitos da personalidade no que se refere àquilo que ultrapassa os limites de disponibilidade destes direitos.”¹¹⁵

E exemplifica entre os casos de contrariedade à ordem pública: assunção de obrigação de ceder posto de trabalho, de votar em certo candidato, de renúncia a alimentos futuros e de celebrar contrato lesivo a interesse de terceiro juridicamente protegido.¹¹⁶

Releva notar, nesta passagem, que o interesse do terceiro é protegido pela nulidade do negócio que o prejudica, do mesmo modo que será possível sustentar, oportunamente, em capítulo próprio, que o negócio ao qual se imputa nulidade poderá ter seus efeitos preservados pelo mesmo motivo: proteger interesses de terceiros de boa-fé.

Massimo Bianca afirma que os bons costumes exprimem cânones fundamentais de honestidade pública e privada segundo a consciência social e muitas vezes representa a abstenção de comportamentos que contrariem o senso comum de honestidade.¹¹⁷

Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias e A. M. Morales¹¹⁸ indicam regra pela qual a impossibilidade originária da prestação não implica nulidade. Esclarecem que a alteração repercute na legislação da maior parte dos Estados europeus, mas lhe tecem elogios, observando que pode haver modos melhores de resolver tais conflitos; arrematam o

¹¹⁵ No original: “*L’ordine pubblico indica i principi basilari del nostro ordinamento sociale. Larga parte di tali principi trova espressione nella Carta costituzionale. In particolare, rientra nell’ordine pubblico il rispetto dei diritti fondamentali della persona. Nella nullità ricadono pertanto i contratti lesivi dei diritti della personalità delle parti medesime quando siano superati i limiti di disponibilità di tali diritti.*” (Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 619-620 – Nossa tradução).

¹¹⁶ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 620.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 621-622.

¹¹⁸ Luis Díez-Picazo; E. Roca Trias; A. M. Morales, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid: Civitas, 2002, p. 220-223.

tratamento do tema, esclarecendo que o contrato de prestação impossível poderá ser anulado por erro.

Desde logo, no que diz respeito ao tema das invalidades em exame, cumpre destacar a possibilidade de tal dispositivo encontrar negócios que eram nulos à luz de legislação revogada. Na hipótese, parece sustentável que o negócio até então nulo, passe a ter sua validade ou seus efeitos admitidos, desde que conjugados os demais elementos que se pretende enfrentar adiante: boa-fé, confiança, aparência e interesse público e privado predominante na manutenção, e não na invalidação do negócio.

Com efeito, se o objetivo do legislador era vedar um efeito jurídico nocivo à sociedade e se uma lei sobrevém admitindo que o mencionado efeito não é mais nocivo – ao contrário, por alguma razão, tornou-se necessário e útil –, por qual razão se aplicaria a sanção da invalidação?

É certo que o negócio pode ser admitido como válido e seus efeitos serem prestigiados após a edição da nova lei, sem prejuízo de desfazimento dos efeitos que se produziram antes de sua vigência. Vale dizer, transportar-se a questão do plano da invalidade para o mero plano da ineficácia, sempre e preponderantemente em nome da proteção do interesse social e do atendimento ao interesse público.

4.1.3 Motivo ilícito, determinante e comum às partes

O motivo do negócio jurídico é a razão íntima, subjetiva, pela qual as partes decidem conjugar suas vontades em determinado sentido. Não se confunde com a causa, que é a razão determinante identificada em qualquer negócio jurídico da mesma espécie.

O motivo da aquisição de determinado imóvel em determinado bairro pode ser a conveniência para o adquirente de residir perto do local em que trabalha. A causa será a entrega do numerário com correspondente recebimento do imóvel.

Normalmente, o motivo é irrelevante para a realização dos negócios jurídicos, na medida que as partes desconhecem a razão íntima pela qual a outra decidiu celebrá-lo. O motivo só terá relevância nos casos em que passar a fazer parte do negócio jurídico. É o que ocorre, por exemplo, quando o motivo é inserido no instrumento como condição de sua eficácia.

Para fulminar o negócio de nulidade, o motivo deve ser ilícito e ambas as partes devem conhecê-lo, como resulta do inciso IV do artigo 166 do Código Civil. Isso se verifica se determinado imóvel é alugado com o objetivo de servir de cativo e em determinado crime de seqüestro. Locador e locatário celebram um contrato válido (locação), mas o motivo de sua realização é ilícito (prática do crime de seqüestro), de modo que o negócio deve ser considerado nulo, nos termos do inciso III do artigo 166 do Código Civil.

Na lição de Massimo Bianca, motivos são os interesses que a parte quer satisfazer por intermédio do contrato, mas que não compõem seu conteúdo.¹¹⁹

Ilícito, segundo Zeno Veloso, “é mais do que ilegal. Tem objeto ilícito o negócio que transgride a lei (*contra legem*), como o que é contrário à mora e aos bons costumes”.¹²⁰

4.1.4. Não se revestir da forma prescrita em lei

Na declaração de vontade, é possível distinguir seu conteúdo ou a vontade, que é o elemento interno que a declaração revela, do elemento externo, isto é, a forma, que é o “aspecto exterior do comportamento do agente”.¹²¹

A regra é a liberdade de forma (art. 107 do CC). Forma, segundo Martinho Garcez Neto, “é o conjunto das solenidades que se devem observar para que a declaração da

¹¹⁹ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 623.

¹²⁰ Zeno Veloso, *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 71.

¹²¹ Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, cit., p. 389.

vontade tenha eficácia jurídica. É o revestimento jurídico que exterioriza a declaração de vontade”.¹²²

Nos sistemas modernos, prevalece a liberdade das formas, em contraposição ao excesso de formalismo que prevalecia no passado. Tal princípio visa a assegurar a necessidade de simplificar a circulação de riquezas, estimulando, e não evitando, a celebração de negócios.

Renan Lotufo esclarece que:

“Conforme o tipo do negócio jurídico, o sistema exige determinada forma, logo as formas dos atos e negócios estão prescritas, pelo que devem ser observadas. Como consequência, só poderá existir prova de tal ato, ou negócio, se a mesma estiver conforme a prescrição. Isso é muito importante, porque a denominada liberdade de prova, que é muito referida, só existe quando não há a exceção do requisito de uma forma específica.”¹²³

Ainda nas disposições gerais do Código Civil a respeito do negócio jurídico encontram-se outras duas disposições relativas à forma. O artigo 108 do Código Civil estabelece a exigência da escritura pública para a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta salários mínimos.

O artigo 109, por sua vez, estabelece que nos negócios celebrados com cláusula de não valer sem instrumento público, será ele da substância do ato. Vale dizer, sem o instrumento público, o negócio não será válido.

A forma é exigida pelas razões seguintes: facilitar a prova; garantia de autenticidade; evitar vício de vontade; e ressaltar a relevância do ato.

No que diz respeito à transferência de imóveis, como se pode extrair do mencionado artigo 108 do Código Civil, a exigência de rápida circulação é conjugada com

¹²² Martinho Garcez Neto, *Das nulidades dos atos jurídicos*, 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 89.

¹²³ Renan Lotufo, Provas, in Débora Gozzo; José Carlos Moreira Alves; Miguel Reale (Coords.), *Principais controvérsias no novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 180.

a da forma escrita, cujo escopo é o de deixar evidente a intenção do proprietário de se desfazer do bem.¹²⁴

Há casos, como o da transmissão e constituição de direitos sobre imóveis, em que se exige a forma como condição de validade do contrato (art. 166, IV do CC), mas há outros em que a forma é exigida apenas para prova no contrato. Nessas hipóteses, o negócio é válido, mas, sem forma escrita, será de comprovação árdua, se sua existência for negada. Na reflexão de Francesco Galgano, nessas hipóteses será indispensável a confissão.¹²⁵

4.1.5 Preterição de solenidade considerada pela lei essencial para a validade do negócio

Também a preterição de solenidade que a lei considere essencial para a validade do negócio implica nulidade (art. 166, V do CC).

A regra, ao contrário do que pode parecer, não é mera repetição da que figura no inciso anterior. A interpretação que resulta dos dois dispositivos é a de que um negócio pode ser realizado da forma solene ditada pela lei sem, no entanto, ter sido atendida determinada solenidade que, estranha ao negócio em si, lhe era essencial: “Assim, o ato pode revestir uma solenidade essencial, o vício influenciará todo o negócio, restando este nulo.”¹²⁶

Nesse sentido, pondera Moreira Guimarães que “será nulo o ato que não contiver as solenidades essenciais para a sua constituição, porque a forma que a lei requer pressupõe também que seja feito pelo modo legal”, e exemplifica: o ato solene deve ser realizado na presença do oficial, com a data do ato e a subscrição das partes e das testemunhas.¹²⁷

¹²⁴ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 140.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 141.

¹²⁶ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 461.

¹²⁷ Octavio Moreira Guimarães, *O successor singular perante os actos juridicos restrictos ou desfeitos*, São Paulo: Saraiva, 1936, p. 83.

4.1.6 Fraude a lei imperativa

Leis imperativas são as que protegem interesses públicos relevantes e que não admitem contrariedade. Diversamente das normas de natureza privada, ou dispositivas, seu conteúdo não admite modificação por vontade das partes.

A lei imperativa nem sempre implica nulidade, pois é possível que outra sanção seja cominada para a sua violação, o que afastará o reconhecimento da nulidade.¹²⁸

O negócio que violar lei imperativa representa dano social a ser sancionado com a vedação de seus efeitos.

Contudo, muitas vezes o contrato não viola diretamente a lei imperativa. As partes se valem de expedientes vários para, sem contrariá-la diretamente, obterem o mesmo resultado proibido.

A fraude à lei decorre da utilização de meios para ludibriar a incidência da norma imperativa. Distingue-se da violação à lei, porque essa é direta, ao contrário da fraude à lei, na qual o contrato fraudulento não viola, em si mesmo, a norma imperativa.¹²⁹

Na definição de Massimo Bianca, a fraude à lei se verifica quando as partes se valem de um contrato para realizar um resultado proibido, mediante a combinação de outros atos jurídicos.¹³⁰

Para identificá-la, é irrelevante que as partes tenham intenção deliberada de evitar a incidência da norma, mas tal circunstância é exigência doutrinária na Itália.¹³¹

¹²⁸ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 618.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 625.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 625.

¹³¹ *Ibidem*, p. 626.

Registra, a propósito, Massimo Bianca que “do contrato fraudulento recorre-se à famosa definição de Paulo como sendo o ato em conformidade com a letra da lei, mas contrário a seu espírito”.¹³²

O negócio celebrado em fraude à lei remete ao debate a respeito de sua distinção em relação aos negócios que contrariam diretamente a lei.

Regis Velasco Fichtner Pereira define a fraude à lei como “a possibilidade de alguém, através de negócios jurídicos não expressamente proibidos, alcançar resultado não permitido por norma imperativa, ou se furtar a se submeter a efeitos impostos pela lei em determinadas situações”.¹³³

Para os adeptos da teoria subjetiva, a fraude à lei se caracteriza por um elemento constitutivo fundamental: a intenção de evitar a incidência da lei. A esse elemento, a doutrina contemporânea acrescenta um elemento objetivo: a obtenção de um resultado análogo ao que é vedado pela lei.¹³⁴

Massimo Bianca, à luz do direito italiano, destaca a distinção entre a fraude à lei e a fraude contra credores, ponderando que, nesse último caso, o contrato é apenas ineficaz em relação ao autor da demanda revocatória, sem que se caracterize sua nulidade.¹³⁵

Faz menção também aos casos em que o negócio visa a impedir a terceiro o exercício de determinado direito – como a preferência na venda do fundo agrícola, no direito italiano –, em que a jurisprudência italiana admite a validade do negócio, mas permite que o terceiro exerça o direito que lhe cabia.¹³⁶

A fraude à lei também se distingue do negócio do negócio simulado: “A simulação pode ser um meio para evitar a aplicação de uma norma imperativa, mas o meio

¹³² No original: “*Del contratto fraudolento ricorre ancora la famosa definizione di Paolo quale atto conforme alla lettera della legge ma contrario al suo spirito.*” (Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 626 – Nossa tradução).

¹³³ Regis Velasco Fichtner Pereira, *A fraude à lei*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 95.

¹³⁴ Massimo Cesare Bianca, ob.cit., p. 626.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 627.

¹³⁶ *Ibidem*, mesma página.

não se constitui por um contrato que indiretamente persegue o fim vedado, mas sim ocultando o contrato ilícito.”¹³⁷

Regis Velasco Fichtner Pereira aponta como elemento fundamental da distinção entre simulação e fraude à lei o fato de a primeira destinar-se a ocultar a realidade jurídica, enquanto a segunda procura impedir a incidência da norma por meio alternativo. E acrescenta que o teste para saber qual das figuras incide ao caso consiste em saber se o negócio é sério e as partes desejam se submeter aos efeitos dele decorrentes, ou se tinham a intenção de iludir. Na fraude à lei, os fraudadores desejam a consequência jurídica do negócio, mas esse resultado é precisamente o que o ordenamento pretendia evitar.¹³⁸

Em nosso sistema, a fraude à lei integra as hipóteses de nulidade, o que é criticado por Regis Velasco Fichtner Pereira:

“Dois reparos, porém, devem ser feitos ao disposto no Projeto de Código Civil no que se refere ao tema.

O primeiro diz respeito à decretação de nulidade do ato praticado em fraude. Conforme já se salientou ao comentar a regra do Código Civil da Espanha, não há porque se taxar de nulo o ato praticado em fraude à lei. Trata-se de violação de norma jurídica por meios indiretos. Nada mais coerente portanto que se aplicar a sanção prevista na norma fraudada, já que os efeitos alcançados são equivalentes, devendo, assim, ser também equivalente a sanção para a inobservância da norma imperativa, mesmo sendo tal inobservância efetuada por meios indiretos.”¹³⁹

A outra crítica dirigida por Regis Velasco Fichtner Pereira ao dispositivo de que ora se trata se relaciona à possibilidade de sua redação gerar interpretação que considere necessário o elemento intencional do agente – “tiver por objetivo” –, o que lhe parece dispensável.¹⁴⁰

¹³⁷ Tradução do original: “*La simulazione può essere il mezzo per evitare l’applicazione di una norma imperativa, ma il mezzo no è qui costituito da un contratto que indiretamente persegue in fine vietato bensì dall’occultamento del contratto illecito.*” (Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 627).

¹³⁸ Regis Velasco Fichtner Pereira, *A fraude à lei*, cit., p. 49-50. A mesma explicação é oferecida por Francisco Ferrara, para quem o negócio em fraude à lei é sério, e não meramente aparente (*A simulação dos negócios jurídicos*, Campinas: Red Livros, 1999, p. 90-93).

¹³⁹ *Ibidem*, p. 107.

¹⁴⁰ *Ibidem*, mesma página.

4.1.7 Lei declara taxativamente nulo ou proíbe o negócio sem cominar sanção

O inciso VII do artigo 166 do Código Civil estabelece a nulidade do negócio cuja celebração for taxativamente declarada nula pela lei ou for proibida por ela sem cominar sanção.

Massimo Bianca comenta a distinção entre a hipótese em exame e os outros casos de nulidade, ponderando que a lei imperativa pode cominar ao negócio sanção diversa da nulidade e acrescenta que haverá nulidade, porém, se a lei proibir o ato sem cominar outra sanção. Assim sendo, conclui, a sanção prevista pela própria disposição legal, diversa da nulidade, esgota as conseqüências legais, não se admitindo que, além dela, se declare a nulidade.¹⁴¹

Como ensina Francesco Galgano, são nulos os negócios jurídicos quando violam normas imperativas, ainda que a nulidade não esteja expressamente prevista; as anulabilidades, diversamente, só podem ser reconhecidas se expressamente estabelecidas.¹⁴²

Consideram-se imperativas ou cogentes as leis que não podem ser alteradas pela vontade das partes, ao contrário das chamadas dispositivas, em geral identificadas por expressões como “salvo disposição em contrário”.¹⁴³

Para Orlando Gomes, “vezes há em que a nulidade do ato não está prevista em lei, mas subentendida. Também nessa hipótese será nulo”. Logo adiante, o autor observa que as nulidades são textuais ou virtuais. As primeiras são consignadas expressamente e “a virtual, quando implícita, depreendendo-se da função da norma na falta de sanção explícita”.¹⁴⁴

¹⁴¹ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 618.

¹⁴² Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 251-252.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 252-253.

¹⁴⁴ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, cit., p. 486.

Ora, se o autor admite interpretação legal para chegar à nulidade, por que ela não pode se prestar para interpretar e salvar os efeitos do negócio? Parece adequado registrar desde aqui que é possível levar em conta os elementos da situação protegida pelo texto legal para declarar sua nulidade (virtual), mas não menos sustentável que se conclua em sentido diverso, se sua preservação está mais adequada ao interesse social e ético a proteger.

Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto,

“A interpretação nos negócios jurídicos é a actividade dirigida a *fixar o sentido e alcance decisivo dos negócios*, segundo as respectivas declarações integradoras. Trata-se de determinar o conteúdo das declarações de vontade e, conseqüentemente, os efeitos que o negócio visa produzir, em conformidade com tais declarações, e virá a produzir, se não houver qualquer motivo de invalidade.”¹⁴⁵

A teoria da interpretação origina duas concepções opostas: subjetivista e objetivista. A primeira considera que o intérprete deve buscar a vontade real do declarante; a segunda, que deve visar ao sentido externo da declaração, com fundamento em determinados dados objetivos.

Mota Pinto assegura que a posição preferível é a doutrina da impressão do destinatário. Segundo ele, “é a mais justa por ser a que dá tutela plena à legítima confiança da pessoa em face de quem é emitida a declaração”. Acresce – e por isso se justifica a sua aplicação mesmo quando o declarante não teve culpa de exteriorizar um sentido diverso da sua vontade real – ser a posição mais conveniente, por ser largamente favorável à facilidade, à rapidez e à segurança da vida jurídico-negocial.¹⁴⁶

O autor observa porém que, para prevalecer a impressão do destinatário a respeito do negócio jurídico, deve haver imputação ao declarante, ou seja, que ele possa “razoavelmente contar com ele”. Do contrário, “não se verificando tal coincidência entre o sentido objetivo correspondente à impressão do destinatário e um dos sentidos ainda imputáveis ao declarante, a sanção parece ser a nulidade do negócio”.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 444-445.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 447.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 448-449.

Antônio Junqueira de Azevedo, no que diz respeito à interpretação, sugere uma solução conciliadora para as posições subjetivistas e objetivistas, a fim de que o critério da boa-fé seja usado ao lado da intenção do agente.¹⁴⁸

4.2 Simulação

A simulação caracteriza o negócio jurídico que aparenta ser o que de fato não é, ou que aparenta ser algo diverso daquilo que realmente se efetivou. Oferece pois uma aparência diversa do verdadeiro desejo das partes. O engano é deliberadamente escolhido pelas partes.

Nos casos em que o negócio aparente não pretende ocultar outro negócio, tendo por objetivo apenas aparentar realidade inexistente, a simulação será absoluta.

Nas hipóteses em que a aparência de negócio oculta um outro negócio – esse efetivamente verdadeiro e correspondente ao interesse das partes –, haverá simulação relativa. O negócio oculta será denominado dissimulado.

Na simulação, há uma manifestação de vontade destinada a produzir resultado que não corresponde à verdadeira intenção do declarante.

O Código Civil disciplina a simulação em seu artigo 167, cujo parágrafo 1º prevê que ela poderá recair sobre a identidade dos contratantes, sobre o conteúdo da declaração ou sobre a data do instrumento.

A simulação pode ser inocente ou maliciosa, segundo exista ou não intenção das partes de prejudicar terceiros. Nos casos em que a simulação não tem por objetivo prejudicar terceiro, não há razão para declará-lo nulo, como se extrai do artigo 167 do Código Civil, que prevê a possibilidade de subsistência do negócio dissimulado, se válido for na substância e na forma.

¹⁴⁸ Antônio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 164.

A distinção entre simulação fraudulenta e inocente perdeu relevância no novo Código Civil, uma vez que, em ambos os casos, haverá nulidade. Além disto, a malícia recíproca não impedirá o reconhecimento da nulidade, ou mesmo sua invocação por aquele que esteja se prevalecendo da própria torpeza para obtê-la.¹⁴⁹

A simulação acarreta a nulidade do negócio, mas a invalidação não pode prejudicar terceiros de boa-fé, como assegura o parágrafo 2º do artigo 167 do Código Civil.

Assim, o negócio simulado será ineficaz em face do terceiro cujos direitos são prejudicados e será eficaz se o terceiro, de boa-fé, confiou em sua aparência.¹⁵⁰

De acordo com o artigo 169 do Código Civil, os negócios nulos – inclusive o simulado, portanto –, não se convalidam nem mesmo pelo decurso do tempo. Dessa forma, a simulação pode ser reconhecida, a qualquer tempo.¹⁵¹

Isso porém não significa que a regra do artigo 167 não possa ser aplicada, pois ela não implica convalidação do negócio nulo, mas sim a subsistência de outro negócio, o dissimulado, que é válido.

¹⁴⁹ “Os recorrentes celebraram contratos de parceria pecuária, porém querem sua anulação ao fundamento de que praticaram ato simulado, tratando-se, em realidade, de contratos de mútuo com juros usurários, a conhecida ‘vaca-papel’. Então o Tribunal *a quo* afastou a anulação, lastreando-se no princípio de que ninguém pode vir a juízo para alegar a própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Nesta instância, a Turma, prosseguindo o julgamento, entendeu que os recorrentes poderiam requerer, em juízo, a anulação daquele ato simulado, determinando a remessa dos autos ao Tribunal *a quo* para que proceda ao julgamento da apelação. É necessário admitir que um dos contratantes requeira a anulação do ato simulado com fraude à lei para que se faça cessar a própria fraude e se aplique a lei turbada. Anotou-se, também, que o novo Código Civil não mais distingue a simulação inocente da fraudulenta e nem proíbe que um dos contratantes alegue a simulação em defesa contra o outro (art. 167 do CC/2002). Precedentes citados: RESP ns. 2.216/SP, DJU, de 1º.7.1991; 196.319/MS, DJU, de 4.9.2000 e 331.200/MS, DJU, de 20.5.2002.” (STJ – RESP n. 441.903, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.2.2004). No direito italiano, a intenção fraudulenta é também dispensável, prevalecendo a preocupação da tutela com o terceiro, que é prejudicado ou que confia no negócio simulado (Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 697).

¹⁵⁰ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 340.

¹⁵¹ Com acerto, Massimo Cesare Bianca observa que a doutrina italiana se equivoca ao afirmar que somente a simulação absoluta é insuscetível a prazos prescricionais, prescrevendo a ação para reconhecimento da validade do negócio dissimulado, porque em ambos os casos o que há é um acertamento do negócio simulado (*Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 710-711).

Na Itália, segundo Bianca, a lei declara o negócio simulado sem efeito entre as partes, de maneira que a doutrina prevalente afirma que a hipótese é de nulidade, mas mais apropriado é imputar-lhe ineficácia, pois não há irregularidade do contrato.¹⁵²

No tema da simulação, merece registro, porque relacionado intimamente ao tema central deste trabalho, o fato de se poder admitir como válido o negócio simulado para evitar prejuízo a terceiros de boa-fé.

A regra do artigo 167, parágrafo 2º do Código Civil tem por objeto evitar os efeitos da nulidade do negócio, se isso puder prejudicar terceiros de boa-fé. Desse modo, seja o que fica prejudicado pelo negócio nulo, seja o que celebra contrato confiando em sua validade, merecerão proteção do sistema.

Assim, o que se identifica nessas hipóteses é a possibilidade de se protegerem os efeitos de negócio que a lei afirma ser nulo sempre que o valor a proteger – a boa-fé, a confiança e a aparência – for mais digno de tutela do que o reconhecimento da razão da invalidade.

Enquanto entre os participantes do negócio simulado o efeito será o desejado por eles – o negócio dissimulado (simulação relativa) ou a manutenção das posições jurídicas existentes (simulação absoluta) –, em relação a terceiros, preponderará a tutela da boa-fé com que eles se comportam em face do negócio. A boa-fé de que se trata na espécie é a subjetiva, correspondente à ignorância da lesão ao direito alheio.¹⁵³

Essa opção se ampara na necessidade de se proteger a aparência do negócio em nome da segurança da circulação dos direitos.¹⁵⁴

Como ensina Alberto Trabucchi, as partes do negócio simulado não podem invocar a nulidade em relação a terceiros, em nome da tutela conferida à confiança e aos efeitos atribuídos à publicidade de alguns atos.¹⁵⁵

¹⁵² Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 696.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 705-708.

¹⁵⁴ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 706. No mesmo sentido: Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 341.

¹⁵⁵ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 41. ed., Padova: Cedam, 2004, p. 112.

Referido autor esclarece que a boa-fé do terceiro será protegida, tanto para preservar a eficácia do negócio simulado, quanto para prestigiar o negócio dissimulado, se o terceiro demonstrar que lhe interessa a preservação desse último. Acrescenta que o credor da parte que celebra negócio simulado igualmente merecerá proteção, para ter acesso ao patrimônio acrescido ficticiamente.¹⁵⁶

Por outro lado, observa que se houver conflito de interesses entre o credor do que adquire e o do que aliena por negócio simulado, prevalecerá o interesse desse último, em face da anterioridade do crédito.¹⁵⁷

Sobre tal conflito, Luís A. Carvalho Fernandes pondera que a solução não pode ser oferecida diretamente, mas sim a partir de critério geral para “presidir à arrumação das várias questões que nesse campo se pode suscitar (...), tendo, por certo, presente a idéia esboçada nas nossas referidas lições policopiadas, escreveu Mota Pinto, na 2ª edição da sua Teoria Geral do Direito Civil, que ‘não parece resultar diretamente do artigo 335 do Código Civil uma solução para o problema. É que justamente o problema consiste em saber se os direitos em conflito são iguais ou desiguais sob o ponto de vista do merecimento de tutela jurídica’.”¹⁵⁸

Mas Francesco Galgano ressalva a prevalência da eficácia contra a ineficácia, em nome do interesse preponderante na circulação dos bens.¹⁵⁹

Após indagar se a simulação é inoponível somente ao terceiro de boa-fé prejudicado ou se também o é ao que deixa de lucrar, Carlos Alberto da Mota Pinto conclui no sentido de que o negócio simulado não poderá prejudicar, mas não vai a ponto de “originar vantagens ou lucros que nada legitima”.¹⁶⁰

À luz do artigo 243º do Código Civil português, correspondente ao nosso artigo 167, parágrafo 2º, Mota Pinto afirma que seu objetivo é o de “proteger a confiança dos terceiros”, de maneira que “feita uma venda por 100 e tendo-se declarado simuladamente

¹⁵⁶ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 113.

¹⁵⁷ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 113. Nesse sentido: Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 341.

¹⁵⁸ Luís A. Carvalho Fernandes, *Estudos sobre a simulação*, Lisboa: Quid Juris, 2004, p. 144-145.

¹⁵⁹ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 341.

¹⁶⁰ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 484-485.

um preço de 30, um preferente não pode invocar a sua qualidade de terceiro de boa-fé, para preferir pelo preço declarado; é-lhe oponível a nulidade do negócio simulado, sendo admitido a *preferir pelo preço real*”.¹⁶¹

Contudo, parece que não seria idêntica a solução se a simulação fosse absoluta e dissesse respeito à própria existência do negócio aparente, em que a proteção da confiança implica dar eficácia ao que de fato não é real. É o que ocorre, por exemplo, quando a alienação é simulada de Paulo para Pedro, para evitar a penhora, mas Pedro aliena o bem a Márcio, que o adquire de boa-fé. Se a venda de Paulo a Pedro inexistiu, na realidade, a Márcio apresentou-se como boa e verdadeira, de modo que a aquisição há de prevalecer.

O tema remete a outros conflitos: os que se estabelecem entre os terceiros que desejam a invalidade e os que desejam sua validade.

Carlos Alberto da Mota Pinto enfrenta o tema do modo seguinte:

- “a) Conflito entre credores comuns ou quirografários do simulado alienante e credores comuns do simulado adquirente. Parece ser de aceitar a solução que M. de Andrade propugnava: deve-se dar-se preferência aos interesses dos últimos, salvo se os créditos duns e doutros são anteriores ao negócio simulado, continuando, todavia, nesta última hipótese, a manter-se aquela preferência, se os credores do adquirente fictício obtiveram penhora ou arresto sobre os bens transmitidos pelo acto simulado, antes de proposta pelos credores do transmitente a respectiva acção de simulação;
- b) Conflito entre credores comuns do simulado alienante e subadquirente do simulado adquirente. Parecem dever prevalecer os interesses dos subadquirentes do simulado adquirente;
- c) Conflito entre subadquirentes do simulado alienante e subadquirentes do simulado adquirente. Visto que as duas aquisições são havidas como válidas, trata-se do problema geral da incompatibilidade entre direitos reais adquiridos do mesmo transmitente: prevalece a venda mais antiga ou a que primeiro foi registrada.”¹⁶²

Luís A. Carvalho Fernandes investiga o fundamento da tutela a terceiro de boa-fé na simulação. Diverge da doutrina majoritária, que o identifica na confiança e na responsabilidade, e afirma que tais princípios só protegem o terceiro de modo indireto, uma vez que tutelam os interesses do declaratório – e, segundo Fernandes, a tutela dos

¹⁶¹ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 485.

¹⁶² *Ibidem*, p. 486-487.

terceiros se verifica precisamente porque não há proteção aos declaratórios por aquelas teorias e o declarante pode invalidar o negócio.¹⁶³

O autor português também não considera a iniquidade ou a torpeza dos simuladores e mesmo a insegurança para o tráfico como fundamento da proteção ao terceiro. A primeira seria insuficiente e só justificaria a inoponibilidade ao terceiro se ele fosse a própria pessoa a que a simulação quer prejudicar, afastando-se, por exemplo, a incidência da regra aos sucessores, hipótese em que não haveria iniquidade. A segunda implicaria uma inoponibilidade geral da simulação – não restrita ao de boa-fé –, o que é inadmissível.¹⁶⁴

Também a teoria da aparência é descartada pelo autor. Observa a dificuldade de essa teoria justificar a tutela dos credores do “simulado adquirente”. Mas admite que a tutela da aparência é protegida pela inoponibilidade da simulação a terceiros, acrescentando que, para tanto, é essencial que o terceiro confie na aparência e, para tanto, haverá de ignorar a simulação, agindo, portanto, de boa-fé.¹⁶⁵

Luís A. Fernandes arremata seu exame sobre o tema com a conclusão de que a proteção do terceiro em virtude de negócios simulados está fundamentada na boa-fé, consistente no desconhecimento da simulação ao tempo em que constituídos os direitos.¹⁶⁶

Em seguida, discorre sobre a aplicação da boa-fé nesses casos, afirmando que se cuida da subjetiva, e não da objetiva, e que ela só é merecedora de proteção se o terceiro realmente não conhece a simulação.¹⁶⁷

As considerações de Luís A. Carvalho Fernandes sobre o tema são corretas e pertinentes.

¹⁶³ Luís A. Carvalho Fernandes, *Estudos sobre a simulação*, cit., p. 103-104.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 103-104.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 106-107.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 107.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 108-109.

No entanto, não parece que seja necessário isolar a boa-fé como fundamento da proteção ao terceiro. Sem dúvida que tal requisito é essencial e preponderante, mas também a proteção da confiança e da responsabilidade, a teoria da aparência e mesmo a torpeza dos simuladores são úteis e necessários para as conseqüências a que se visa. Se insuficientes quando considerados isoladamente – e mesmo que se lhes atribua um valor secundário em relação à boa-fé –, é inegável que se somam para autorizar a eficácia do negócio nulo, como são os simulados.

Adiante se pretende afirmar que a discussão é relevante e pertinente não apenas para os negócios simulados, mas igualmente para outras hipóteses de nulidade, sempre que a tutela dos terceiros se sobrepuser a qualquer interesse legítimo dos contratantes, como pondera Luís A. Carvalho Fernandes, em relação aos negócios simulados.¹⁶⁸

Como se vê, a sanção da nulidade dos negócios simulados não prevalece quando se justifica a proteção de outro interesse – o do terceiro de boa-fé –, que se revela superior, em virtude do interesse social aqui preponderante.

Itamar Gaino, em obra monográfica a respeito da simulação, enfrenta suas características no novo Código Civil e conclui que há possibilidade de o juiz reconhecer a nulidade do negócio simulado, não havendo necessidade de ação para isso. Acrescenta que já não existe limite de legitimação para a ação de reconhecimento da nulidade do negócio simulado.¹⁶⁹

Em relação aos terceiros de boa-fé – que no caso é a subjetiva (ignorância da lesão ao interesse alheio) –, Itamar Gaino observa que sua proteção em face dos contratos simulados está amparada no artigo 167, parágrafo 2º do Código Civil, e pondera:

“A proteção ao terceiro de boa-fé é uma exigência da vida moderna, sempre ávida de certeza e segurança nas relações econômicas. A teoria da confiança, por isso, superou a primitiva teoria da vontade. Esta se formou à luz de idéias individualistas, enquanto aquela procura corresponder à tendência social do Estado contemporâneo. Neste, busca-se dar prevalência às necessidades sociais, ainda que à custa do sacrifício de certos interesses singulares.

¹⁶⁸ Luís A. Carvalho Fernandes, *Estudos sobre a simulação*, cit., p. 119.

¹⁶⁹ Itamar Gaino, *A simulação dos negócios jurídicos*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 155.

Duas razões jurídicas se conjugam, portanto, na formação do *princípio da inoponibilidade da nulidade* da simulação a terceiros. A primeira concerne ao *princípio da boa-fé objetiva*, que norteia o comportamento humano tanto na preparação como na formação, bem assim na execução dos negócios jurídicos. Esse princípio da boa-fé aplica-se às partes simuladoras, que, não tendo observado, sujeitam-se às consequências previstas no ordenamento jurídico, que as impossibilita de opor a nulidade do negócio aos terceiros. A segunda razão liga-se ao princípio da confiança, que, como salientamos no itens 1.1.4, 1.2 e 1.3.1, agora permeia o nosso direito civil, na proteção do tráfico jurídico.”¹⁷⁰

E ainda cuidando da proteção do terceiro de boa-fé diante do contrato simulado, Itamar Gaino assegura que “do exercício da autonomia privada pode resultar contrato inválido, passível de ser assim reconhecido em juízo. E pode resultar contrato que, embora geneticamente inválido, é capaz de subsistir no mundo jurídico, em razão da inoponibilidade da nulidade a terceiros de boa-fé”.¹⁷¹

Mesmo sem perder de vista que o autor se refere ao caso específico no contrato simulado – em que a regra do parágrafo 2º do artigo 167 do Código Civil é específica quanto à proteção aos terceiros –, não se pode deixar de reconhecer que a conclusão teria incidência às invalidades em geral, desde que, destaque-se, o valor de ordem pública a proteger pela sanção de nulidade não preponderasse sobre a tutela dos interesses do terceiro.

4.3 Outras hipóteses de nulidade

Massimo Bianca identifica uma tendência de leis especiais se valerem da sanção de nulidade em função da tutela do contraente hipossuficiente¹⁷² e observa que essas normas evitam danos sociais em situações que requerem a intervenção legal para preservar o princípio constitucional da igualdade recíproca.¹⁷³

¹⁷⁰ Itamar Gaino, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 95-96.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁷² Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 623-624. Dentre essas hipóteses, faz menção à legislação italiana em matéria bancária e de relações de consumo (p. 624).

¹⁷³ *Ibidem*, p. 624.

As regras sobre nulidades aplicam-se na íntegra às cláusulas abusivas dos contratos, em especial às que se inserem em contratos tipicamente de consumo.¹⁷⁴

4.4 Observações finais

A invalidade do instrumento não induz à do negócio, se ele puder ser provado por outro modo (art. 183 do CC). Caso a invalidade parcial do negócio seja separável das demais disposições do pacto, não prejudicará a parte válida, e a invalidação da obrigação principal invalidará a da acessória, embora o contrário não se verifique (art. 184 do CC).

Caso o negócio seja anulado (por nulidade ou anulabilidade), as partes restituir-se-ão ao estado em que antes se encontravam. Se isso não for possível, o artigo 182 do Código Civil estabelece que deverão ser indenizadas pelo equivalente.

Nos que se refere aos incapazes, o artigo 181 estabelece que não serão obrigados a restituir o que foi pago por quem com eles realizou negócio anulado, se não se provar que em proveito deles reverteu a importância paga.

O artigo 170 estabelece a possibilidade de conversão do negócio nulo naquele que as partes supostamente realizariam se pudessem prever a nulidade.

4.5 Nulidade parcial

A nulidade parcial pode ser objetiva ou subjetiva. Não atinge todo o negócio, mas parte dele, uma de suas cláusulas ou um de seus elementos.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Zeno Veloso, *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 144-145.

¹⁷⁵ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 591. Do mesmo teor: Arruda Alvim, *Direito civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 78-80, (Coleção Estudos e Pareceres).

Em sentido objetivo, diz respeito a uma parte do conteúdo do contrato, o que o torna parcialmente insuscetível de realização, que pode ser referir à execução da prestação ou a uma de suas cláusulas.¹⁷⁶

No sentido subjetivo, atinge o vínculo em relação a uma das partes de um contrato plurilateral.

Em virtude inclusive do princípio da conservação do negócio, a nulidade parcial não acarreta a invalidade do contrato como um todo¹⁷⁷, mas há exceções, como por exemplo a do artigo 848 do Código Civil, que estabelece a nulidade de toda a transação, se uma de suas cláusulas for nula.¹⁷⁸

De acordo com Massimo Bianca, a legislação italiana só autoriza a nulidade do contrato em razão da nulidade parcial se se conclui que o negócio não teria se realizado sem aquela parte do contrato que é havida como nula – ou seja, a nulidade não afeta cláusulas essenciais, sem as quais ele não teria sido celebrado, e podem ser substituídas por normas imperativas¹⁷⁹. No sentido subjetivo, a nulidade do contrato só se verifica se houver demonstração de que a parte em relação à qual o ajuste é nulo era considerada indispensável para a sua conclusão.¹⁸⁰

Outro tipo de nulidade parcial referido por José Luis De Los Mozos compreende os negócios de conteúdo imperativo, ditado por regras que atendem a necessidades sociais e econômicas.¹⁸¹

No Brasil, as conclusões ora expostas encontram substrato no artigo 184 do Código Civil.

¹⁷⁶ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 638.

¹⁷⁷ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 326.

¹⁷⁸ Claudio Luiz Bueno de Godoy observa que se trata de decorrência lógica da indivisibilidade da transação (*Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, Coordenação de Cezar Peluso, Barueri, SP: Manole, 2007, p. 717).

¹⁷⁹ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 327.

¹⁸⁰ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 639. No mesmo sentido: José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 593.

¹⁸¹ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 593.

Já à luz do Código Civil de 1916, Orlando Gomes ponderava que a nulidade parcial acarretará a total, caso contamine as outras cláusulas do contrato. E será apenas parcial, se a nulidade puder ser isolada.¹⁸²

De todo modo, até mesmo para salvar o negócio naquilo que não for prejudicado pela nulidade parcial, é necessário não perder de vista a vontade que originou sua formação.¹⁸³

¹⁸² Orlando Gomes, *Contratos*, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 213.

¹⁸³ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 1, p. 638.

5 ANULABILIDADES

5.1 Introdução

A anulabilidade, na lição de Massimo Bianca, é a forma de invalidade que acarreta a ineficácia do contrato por decretação judicial, distinguindo-se dos negócio nulo por produzir efeitos provisoriamente, até ser considerado ineficaz por sentença.¹⁸⁴

Legitimada para ajuizar a ação de anulação do negócio é a parte em cujo benefício se estabelece a anulabilidade. Trata-se de um remédio judicial que se destina a proteger a vontade livre e consciente do declarante, assim como o incapaz, como se extrai do artigo 171 do Código Civil.

Por razões idênticas, o Código Civil prevê ainda hipóteses diversas de anulação do negócio (arts. 119 e 496, exemplificativamente).

Como observa Massimo Bianca, a anulabilidade protege interesses particulares, no sentido de que tutela posições que se encontram inferiorizadas em virtude de suas características individuais que, nos casos de anulação, prevalecem em relação ao interesses gerais.¹⁸⁵

Nos negócios anuláveis, os requisitos essenciais estão presentes e não há contrariedade à lei ou à moral e aos bons costumes, mas somente um defeito.¹⁸⁶

A circunstância de o negócio anulável produzir efeitos imediatos já levou alguns autores a não cuidarem do tema no plano das invalidades.¹⁸⁷

Massimo Bianca, todavia, considera que essa tese é insatisfatória, pois reúne diversas situações de contratos definitivamente eficazes a outras em que, por determinada

¹⁸⁴ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 642.

¹⁸⁵ *Ibidem*, mesma página.

¹⁸⁶ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 594.

¹⁸⁷ Dentre eles Francesco Messineo, como esclarece Massimo Cesare Bianca (*Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 643, nota n. 4).

deficiência, ele é considerado anulável, de modo que não se justifica afastar as anulabilidades das hipóteses de invalidade.¹⁸⁸

Arremata o autor italiano anotando que, em linha de princípio, o contrato anulável produz efeitos provisoriamente, pode ser anulado em demanda sujeita a prescrição e pode ser convalidado.¹⁸⁹

Forte na lição de Rodolfo Sacco, Massimo Bianca, subestima a distinção entre anulabilidade e nulidade, observando que ninguém poderá ser compelido a cumprir contrato anulável por dispor de uma exceção que justifica o reconhecimento da invalidade referida, subtraindo-lhe eficácia.¹⁹⁰

As regras a respeito de anulabilidade aplicam-se aos atos jurídicos, como se extrai do disposto no artigo 185 do Código Civil brasileiro.

Como leciona Massimo Bianca a propósito do tema, as regras serão aplicáveis aos atos jurídicos em sentido estrito sempre que houver efeitos desfavoráveis ao autor ou ao seu destinatário.¹⁹¹

Para Arnaldo Rizzardo:

“De menor grau e menor intensidade a ofensa à lei que a nulidade, a anulabilidade decorre da violação a vários princípios de direito, mas essencialmente de natureza privada ou particular, sem atingir a ordem jurídica estabelecida pelo Estado. Alcança os atos que ofendem as pessoas, e decorre da presença de vício da vontade na realização do negócio.

Em geral, surge da imperfeição da vontade, da falta de liberdade na sua expressão, da carência de discernimento em decidir, como quando o negócio emana de um incapaz ou da eventualidade de estar obnubilada a mente por fatores que impedem a perfeita compreensão daquilo que está realizando.”¹⁹²

¹⁸⁸ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 643.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 643.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 644.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 644.

¹⁹² Arnaldo Rizzardo, *Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10/01/2002*, cit., p. 523.

5.2 Negócios anuláveis

Como se extrai do disposto no artigo 171 do Código Civil, são causas de anulabilidade a incapacidade relativa e os defeitos do negócio jurídico (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores).

Em vários outros dispositivos específicos, contudo, o legislador faz menção à anulabilidade dos negócios jurídicos, tal como ocorre no conflito de interesses entre representado e representante (art. 119 do CC) e na venda de ascendente para descendente sem consentimento dos demais e do cônjuge (art. 496 do CC).

Critérios semelhantes são encontrados no Código Civil italiano que, como entre nós, contempla a sanção de anulabilidade para os casos em que a valoração normativa revela menor gravidade, em confronto com os casos de nulidade, deixando a cargo do titular do interesse lesado optar pela invalidação do negócio.¹⁹³

Assim sendo, identificar-se-ão a seguir as principais hipóteses de anulabilidade do negócio jurídico tratadas no artigo 171 do Código Civil brasileiro, afastando-se o enfrentamento dos casos de anulabilidade encontrados em dispositivos isolados no Código Civil ou em outros diplomas legais.

5.2.1 Incapacidade relativa

A aptidão para ser titular de direitos e deveres é inerente ao ser humano e essa qualidade se chama personalidade jurídica. Todos aqueles que a têm são pessoas.¹⁹⁴

Pessoa, portanto, é todo ente físico ou moral com personalidade, isto é, dotado de aptidão para ser titular de direitos e deveres.

¹⁹³ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 645.

¹⁹⁴ Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, cit., p. 213.

Uma vez adquirida a personalidade, a pessoa pode atuar na realidade jurídica, na qualidade de sujeito de direito – ou seja, elemento subjetivo da relação jurídica. Não há sujeito sem direito, nem direito sem sujeito. Capacidade é a possibilidade que todo homem tem de ser titular de direitos e deveres (art. 1º do CC).

A doutrina tradicional trata personalidade e capacidade como sinônimos, do que discorda Francisco Amaral¹⁹⁵. Enquanto personalidade é a aptidão para ser titular de direitos e deveres, a idéia de legitimidade está vinculada a alguma capacidade específica, que leva em consideração determinada relação jurídica.

Desse modo, uma pessoa plenamente capaz de compreender a realidade e discernir a respeito de suas conseqüências pode não estar legitimada para certo negócio jurídico, em decorrência da ausência de uma legitimação específica. Daí decorre a noção de legitimidade.

Assim, o cônjuge plenamente capaz não está legitimado para alienar imóvel de sua propriedade exclusiva, sem a *outorga uxoria*, desde que não seja casado pelo regime da separação absoluta de bens (art. 1.647, I do CC). E o pai de família não se legitima a alienar bem a um de seus filhos, se os demais não consentirem expressamente (art. 496 do CC).

Tais exemplos permitem que se distinga a capacidade – que leva em conta o aspecto interno e geral da pessoa – da legitimidade, na qual o predomina a posição específica da pessoa em relação à relação jurídica.

Todo homem tem capacidade para ser titular de direitos e obrigações, mas nem sempre pode exercê-los pessoalmente. Condições de idade, saúde e desenvolvimento intelectual podem limitar o exercício pessoal de direitos.

A teoria das incapacidades tem função protetiva dos interesses dos incapazes.

¹⁹⁵ Francisco Amaral, *Direito civil*: introdução, cit., p. 216.

A incapacidade para o exercício de direitos pode decorrer de limitações impostas pela idade ou por doença. Em ambos os casos, com maior ou menor intensidade, não há aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil, isto é, a capacidade de fato ou de exercício. Os incapazes não estão impedidos de participar da vida jurídica, mas devem fazê-lo mediante representação ou assistência, segundo a incapacidade seja absoluta ou relativa.

O Código Civil estabelece as hipóteses de incapacidade absoluta em seu artigo 3º: os menores de 16 anos, aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos, os que não puderem exprimir sua vontade, mesmo que por causa transitória.

Os relativamente incapazes são, por sua vez, relacionados no artigo 4º do Código Civil: os maiores de 16 e menores de 18, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e os pródigos.

O negócio praticado por eles, sem a necessária assistência, é anulável.

Para anulá-lo, deve ser prejudicial ao incapaz e ele não pode ter ocultado dolosamente essa circunstância (art. 180 do CC). Protegem-se, nesses casos, a boa-fé e a segurança nos negócios.

De acordo com artigo 1.782 do Código Civil, a interdição por prodigalidade só privará o interdito dos atos de mera administração.

5.2.1.1 Proteção que a lei confere aos incapazes

Tendo em vista a incapacidade plena de exercício dos incapazes, os absolutamente incapazes atuarão por intermédio de seus representantes, enquanto os relativamente o farão assistidos por quem possa representá-los.

O negócio realizado pelo absolutamente incapaz sem representação é considerado nulo pelo disposto no inciso I do artigo 166 do Código Civil. O praticado pelo relativamente incapaz é anulável, nos termos da regra do inciso I do artigo 171 do mesmo diploma legal.

O novo Código Civil instituiu em seu artigo 119 nova modalidade de proteção ao incapaz, tratando do conflito de interesses que pode se estabelecer entre ele e seu representante.

Essa regra referente a conflito de interesses não contempla apenas os interesses patrimoniais, mas também os casos em que a alienação, por exemplo, exclui a possibilidade de o incapaz residir no imóvel vendido, tal como pretendia (art. 1.691 do CC).

Parece ser possível reconhecer conflito de interesses mesmo para os negócios realizados com prévia autorização judicial. Basta imaginar a hipótese em que a autorização judicial seja concedida em face de omissão do representante a respeito do conflito de interesses.

A regra só se aplica às hipóteses de representação legal, embora o capítulo, como um todo, contemple a convencional¹⁹⁶. O prazo decadencial de 180 dias do parágrafo único do artigo 119 do Código Civil flui da cessação da incapacidade ou da data do negócio jurídico.

O legislador quis fixar um prazo curto para a alegação de decadência efetuada por quem não seja o próprio incapaz, reservando a esse último o mesmo prazo, mas contado da data da cessação da incapacidade.

Nesse caso, o prejuízo suportado pelo incapaz resultará do conflito entre os seus interesses pessoais e de seu representante. Esse prejuízo e o próprio conflito deverão ser examinados judicialmente, levando em conta a situação em concreto.

¹⁹⁶ Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a regra também se aplica à representação voluntária. (*Novo curso de direito civil: parte geral*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 108).

Trata-se de um caso de anulabilidade não prevista na regra geral do artigo 171 do Código Civil. O artigo 119 só terá a incidência se aquele que contrata com o incapaz conhecesse ou devesse conhecer o conflito de interesses. Do contrário, será protegido o interesse do terceiro de boa-fé.

Haverá conflito de interesses, por exemplo, quando as prestações estabelecidas no negócio forem desproporcionais, o que fará presumir o conhecimento pelo terceiro.

Embora não se trate de vício de consentimento, o conflito de interesses se assemelha à lesão, disciplinada no artigo 157 do Código Civil, de modo que será legítimo invocar a aplicação analógica do parágrafo 2º desse dispositivo legal, que autoriza a manutenção do negócio realizado, desde que haja suplementação da prestação ou redução da vantagem.

No conflito de interesses entre o representante e o representado, porém, a vontade não contém vício decorrente da necessidade ou da inexperiência, mas do desrespeito à realização dos interesses efetivos do representado – objetivo essencial da representação.

5.2.2 Defeitos dos negócios jurídicos

A vontade que se exterioriza na formação do negócio jurídico tem origem em motivos, ou seja, em razões pessoais e íntimas que, em princípio, são irrelevantes para a validade do negócio. Para o direito, em regra, as razões íntimas pelas quais alguém celebra um contrato não são importantes para a sua validade.

Pode ocorrer, contudo, que o desejo íntimo se ampare em engano da pessoa que declara, ou ainda que tenha sido distorcido por razões que interferiram em sua formação, de modo ilícito ou indesejado. Nesses casos, recaindo o erro sobre aspectos essenciais, os motivos não serão indiferentes ao negócio jurídico e ao direito.

Caso alguém realize um negócio crendo em situação inexistente ou que não corresponda àquela que imaginava existir, a ordem jurídica lhe confere mecanismos para invalidá-lo.

Como leciona Renan Lotufo, “o negócio jurídico somente é perfeito quando a vontade é declarada de maneira lícita, livre e consciente, isto é, de acordo com a lei, com a correta noção da realidade”.¹⁹⁷

Identificado um defeito na formação ou na declaração da vontade, capaz de prejudicar o próprio declarante ou terceiro, ou violar a ordem pública, haverá defeito suscetível de invalidação¹⁹⁸. Desse modo, além de a vontade ser emanada de agente capaz, tal como previsto no artigo 104, I do Código Civil, é essencial que ela seja livre e espontânea.

Em seu processo de formação, a vontade pode não estar em conformidade com a realidade existente, porque se encontra distorcida aos olhos do declarante. E a declaração, por sua vez, poderá estar em divergência entre o que quer o agente e aquilo que ele efetivamente exterioriza por intermédio dela.

A respeito do tema, Renan Lotufo conclui: “A vontade pode ser atingida no caso de o agente ter falsa noção das pessoas, dos objetos ou de outros elementos do negócio. A declaração é defeituosa se não há paridade entre o que o agente realmente busca e o que efetivamente declara.”¹⁹⁹

As motivações que podem comprometer a manifestação de vontade são denominadas vícios de vontade. São deficiências identificadas no processo de formação do consentimento, que comprometem sua exteriorização para formar o negócio jurídico.

Ocorrendo vício de consentimento, estabelece-se uma disparidade entre a vontade real e a declaração, de modo que surge conflito de interesses entre a proteção do autor da declaração e a segurança dos negócios jurídicos.

¹⁹⁷ Renan Lotufo, *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 289.

¹⁹⁸ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile*: il contratto, cit., v. 3, p. 646.

¹⁹⁹ Renan Lotufo, *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 379.

5.2.2.1 Erro

O Código Civil adotou o princípio da responsabilidade de quem declara e da confiança de quem a recebe.

Deste modo, diversamente do que ocorria no sistema do Código Civil de 1916, para o reconhecimento do erro haverá necessidade de que aquele que não errou saber, ou poder saber que o outro contratante havia errado.²⁰⁰

Tanto a ignorância – o total desconhecimento da realidade – quanto sua deficiente compreensão (erro propriamente dito) acarretam as mesmas conseqüências. Nos dois casos, o negócio é anulável, pois o agente não o realizaria se conhecesse a realidade ou se a compreendesse adequadamente.²⁰¹

Pondera Menezes Cordeiro que o erro acarreta uma “avaliação falsa da realidade: seja por carência de elementos, seja por má apreciação destes”.²⁰²

De acordo com Renan Lotufo, o erro é a falsa noção da realidade que atinge a vontade do declarante, fazendo com que ela se externe de modo diverso do que ocorreria se o conhecimento fosse correto.²⁰³

O erro, como defeito do negócio jurídico, está definido no artigo 138 do Código Civil, do qual se extrai que ele se verificará quando a declaração de vontade emanar de erro substancial que pudesse ser percebido por pessoa de diligência normal.²⁰⁴

²⁰⁰ Nesse sentido, a lição de Renan Lotufo (*Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 379).

²⁰¹ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: parte geral*, cit., v.1, p. 356. Ana Luiza Maia Nevares esclarece porém que o “erro é a noção falsa que o agente tem de qualquer dos elementos do negócio jurídico, enquanto a ignorância é a ausência completa de conhecimento” (O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil, in Gustavo Tepedino, Coord., *A parte geral do novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 254).

²⁰² António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português: parte geral*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 2000, v. 1, t. 1, p. 597.

²⁰³ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 381.

²⁰⁴ O erro haverá de ser identificado por ocasião da celebração do negócio – isto é, deve ser contemporâneo a ele –, diversamente das alterações de circunstâncias, que levam em conta eventos posteriores à formação do negócio: “No erro sobre a base do negócio, porém, há de aplicar o regime comum do erro: a anulabilidade. A situação ocorre já no momento da celebração do negócio” (António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português: parte geral*, cit., v. 1, t. 1, p. 624).

De acordo com o disposto no artigo 138 do Código Civil, o erro só permitirá a anulação do negócio jurídico se puder ser percebido por pessoa de diligência normal.

Desse modo, a pessoa que recebe a declaração daquela que errou só estará sujeita à anulação do negócio se podia saber do erro em que incidia o outro.

Adotou-se, como visto, o princípio da responsabilidade de quem declara e da confiança daquele que recebe a declaração.

Na definição de Renan Lotufo, “o erro é a falsa noção que a pessoa tem de qualquer elemento do negócio; representa uma falsa noção da realidade. Influi na vontade do declarante, impedindo que este esteja em consonância com sua motivação”²⁰⁵. O declarante não consegue reconhecer a falsa noção da realidade, considerando-se a diligência normal das pessoas.²⁰⁶

Mas não se cuida, apenas de tutelar o declarante, havendo necessidade de se consagrar o princípio da proteção da confiança, protegendo-se ainda o destinatário da declaração, que podia ou não reconhecer o erro, de acordo com a diligência ordinária das pessoas.²⁰⁷

Vale dizer: tanto quem declara, quanto quem recebe a declaração, deve certificar-se de que a realidade presente a ambos foi corretamente compreendida. Nos casos em que aquele que recebeu a declaração do que errou estivesse em condições de identificar o erro, é justo que o negócio seja anulado. Contudo, se não havia como reconhecer a existência do erro, o negócio deve ser conservado e validado.²⁰⁸

²⁰⁵ Renan Lotufo, *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 381.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 382.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 382. Para Massimo Cesare Bianca, a questão do reconhecimento do erro pelo destinatário da declaração é o limite fundamental estabelecido em razão da necessidade de tutelar a confiança (*Diritto civile*: il contratto, cit., v. 3, p. 648).

²⁰⁸ Renan Lotufo, *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 382 e 383. Entre nós, essa posição é perfilhada por Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: arts. 1º a 420, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 269).

Com efeito, se ambos agiram de boa-fé e um deles errou, sem que conscientemente o outro tenha disso se aproveitado, não há razão jurídica ou ética que justifique a anulação do negócio.

Verifica-se, portanto, que o Código Civil adotou os princípios da confiança e da responsabilidade no tratamento dos defeitos do negócio jurídico. Não se preocupou apenas com a vontade daquele que declara, mas com a responsabilidade com que o faz e, simultaneamente, cuidou de proteger a confiança depositada pelo outro contratante na declaração que lhe é dirigida.

Para comprometer a validade do negócio, porém, o erro deverá ser substancial (art. 138 do CC). Substancial é o erro cuja presença faz com que o agente realize negócio que não realizaria se o conhecesse. Ou, ainda, realizaria de outro modo. Revela-se de tamanha importância que, se fosse conhecida a verdade, o consentimento não se externaria.

Ensina Renan Lotufo que “a *substantividade* ou a *essencialidade* do erro ocorre quando ele ofende a natureza do negócio celebrado, ostentando falsa consciência da realidade, pois traz diversa noção do objeto e identidade ou qualidade da outra parte. Mas o erro só terá tal característica se essa falsa noção da realidade fora questão determinante para a formação do consenso”.²⁰⁹

Em oposição ao erro substancial, acidental é o erro que diz respeito a circunstâncias de menor importância, referentes a aspectos secundários do objeto ou da pessoa, incapazes de evitar a realização do negócio, ainda que conhecido pelo declarante.²¹⁰

É o artigo 139 do Código Civil que define as espécies de erros substanciais.

O erro será considerado substancial quando disser respeito à natureza do negócio (realização de venda em lugar de doação, ou realização de empréstimo em lugar de doação); ao objeto principal da declaração (aquisição do imóvel A no lugar do imóvel B) ou a uma de suas qualidades essenciais (prateado e não de prata); à identidade ou à

²⁰⁹ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 382.

²¹⁰ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: parte geral*, cit., v. 1, p. 357.

qualidade essencial da pessoa a quem se refere a declaração de vontade, desde que tenha influído nela de modo relevante (doar a B por ter salvado minha vida, quando quem o fez foi A); e quando for de direito e não implicar recusa à aplicação da lei, desde que este seja o único motivo ou o principal do negócio jurídico.

O Enunciado n. 12. da Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos da Justiça Federal tem o conteúdo seguinte: “Na sistemática do artigo 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”.

Assim, o reconhecimento pelo destinatário, e não a escusabilidade do erro, será essencial para o seu reconhecimento.

Luís A. Carvalho Fernandes observa que a exigência da escusabilidade do erro destina-se a evitar que o erro grosseiro do declarante autorize a anulação do negócio, mas observa que ele é irrelevante para o erro, porque o Código português – tal como o nosso, registre-se – a ele não faz menção.²¹¹

5.2.2.1.1 Preservação do negócio celebrado por erro

O artigo 144 do novo Código Civil assegura a validade do negócio jurídico se a pessoa a quem a manifestação se dirigiu se oferecer para executá-la de acordo com a vontade real do manifestante que errou.

Esse dispositivo atende ao princípio da conservação do negócio jurídico, permitindo que ele seja preservado, a despeito do erro. A conservação do negócio atende ao preponderante interesse público consistente em evitar desfazimento de negócios, o que implica insegurança e interrupção do fluxo de circulação de riquezas.

Ocorre, na realidade, um fato superveniente ao momento da formação do negócio jurídico que faz desaparecer o vício que o atingia. Aquele que se beneficiaria do erro, ou

²¹¹ Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria geral do direito civil*, 3. ed. rev. e actual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001, v. 2, p. 155-156.

que simplesmente negociou com quem havia errado, concorda em consumir o negócio tal como realmente pretendido pelo declarante.

Se isso se verifica – o negócio se aperfeiçoa de acordo com a vontade real –, não se justifica a anulação.

5.2.2.1.2 Indenização decorrente do desfazimento do negócio

O Código alemão denomina interesse negativo a compensação devida ao contratante que não concorreu para o erro. O Código brasileiro, porém, não dispõe de regra semelhante.

Carlos Roberto Gonçalves invoca Pontes de Miranda e Sílvio de Salvo Venosa para concluir pela necessidade de se indenizar o contratante que não concorreu para o erro.²¹²

Vale invocar, neste ponto, a lição de Giovanni Ettore Nanni, que afirma ser hipótese de invocar o princípio que veda o enriquecimento sem causa aos casos em que, como ocorre com o erro, o negócio seja anulado, tornando-se imperioso que as partes retornem ao estado em que se encontravam anteriormente.²¹³

Desse modo, anulado o negócio por erro, as partes devem restituir o que receberam por conta dele, pois nada justifica que se apropriem da prestação.

A indenização por perdas e danos – inconfundíveis com a restituição, porque relativa aos prejuízos, aos lucros cessantes e aos danos extrapatrimoniais – não será, porém, devida, se não houver culpa dos contratantes.

No caso do destinatário da declaração, a culpa preponderante no erro sempre lhe será imputável, pois, tendo percebido ou tendo podido perceber o erro do declarante,

²¹² Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: parte geral*, cit., v. 1, p. 369-370.

²¹³ Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 365.

permaneceu inerte – registrando-se que não há lugar para a anulação se ele não percebeu o engano. E sendo sua culpa a razão determinante do engano, não haverá como admitir a condenação do declarante a indenizá-lo.

Diversamente, será o destinatário o culpado pelo erro do declarante, a quem caberá postular a indenização dos danos suportados, pois a culpa preponderante pelo desfazimento do negócio será imputável a ele, em razão de sua omissão.

Solução diversa só será possível no caso de o erro do declarante revelar-se grave – imperdoável –, quando será possível reconhecer-se, em tese, culpa concorrente.

O negócio eivado de erro é anulável, segundo o artigo 171, I do Código Civil, e o prazo decadencial aplicável ao caso está previsto no artigo 178, II do Código Civil, que o estabelece em quatro anos contados da data da celebração do negócio.

Segundo Menezes Cordeiro, “o erro provoca a nulidade, não por si, mas pela falta de correspondência entre a vontade real e a declarada, que ele implica”.²¹⁴

E a identificação do erro dependerá sempre da interpretação do contrato, que se fará a partir da complexidade da manifestação de vontade²¹⁵, permitindo apurar a exata compreensão das condições do negócio pelas partes e, conseqüentemente, evitando a anulabilidade, sempre que a intenção correta e adequada das partes puder ser preservada.

5.2.2.2 Dolo

Ospina Fernández e Ospina Acosta identificam o dolo em toda ação praticada por alguém para criar na mente de outra uma razão para consentir, valendo-se de uma conduta recriminada pela boa-fé, uma vez que esse motivo determinante não é real.²¹⁶

²¹⁴ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português: parte geral*, cit., v. 1, t. 1, p. 603.

²¹⁵ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 646.

²¹⁶ G. Ospina Fernández; E. Ospina Acosta, *Teoria general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Temis, 1994, p. 202.

Na lição de Renan Lotufo, “é o artifício ou expediente astucioso empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, aproveitando ao autor ou a terceiro, como é a intenção de causar dano ilegalmente”.²¹⁷

Haverá dolo quando o erro do declarante for provocado por malícia de alguém. Segundo Massimo é qualquer forma de embuste que modifica a vontade contratual da vítima.²¹⁸

No dolo, a formação interna da vontade é comprometida pela intervenção de um elemento externo intencional de alguém que provoca, deliberadamente, uma distorção na vontade que será declarada.

O dolo só autoriza a anulação do negócio quando for a sua causa (art. 145 do CC). Mais especificamente, é possível afirmar que o negócio será anulável se determinante para o consenso, ou seja, se a malícia induzir o contratante a celebrar contrato que não celebraria sem essa intervenção ilícita.²¹⁹

Renan Lotufo assevera que, para a maioria dos doutrinadores nacionais, o dolo se caracteriza pela presença de quatro elementos: “1º) a intenção de induzir o declarante a praticar o ato; 2º) que os artifícios empregados sejam graves; 3º) que tenham sido a causa determinante da declaração; 4º) que procedam da outra parte, ou que sejam por esta conhecidos, se procedentes de terceiros”.²²⁰

O dolo é mais grave que o erro – uma vez que sua caracterização conta com a conduta maliciosa de alguém –, de modo que, em determinadas situações, o erro pode não

²¹⁷ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 398. Dessa situação é exemplo esta decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Lesão. Cessão de direitos hereditários. Engano. Dolo do cessionário. Vício do consentimento. Distinção entre lesão e vício da manifestação de vontade. Prescrição quadrienal. Caso em que irmãos analfabetos foram induzidos à celebração do negócio jurídico através de maquinações, expedientes astuciosos, engendrados pelo inventariante-cessionário. Manobras insidiosas levaram a engano os irmãos cedentes que não tinham, de qualquer forma, compreensão da desproporção entre o preço e o valor da coisa. Ocorrência de dolo, vício de consentimento. Tratando-se de negócio jurídico anulável, o lapso da prescrição é o quadrienal (art. 178, § 9º, inc. V, ‘b’ do CC).” (STJ – RESP n. 107.961, rel. Min. Barros Monteiro, RSTJ 163/337).

²¹⁸ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 663.

²¹⁹ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 664. Segundo Galgano, o dolo é determinante quando se verifica que sem ele o consentimento não teria sido dado (*El negocio jurídico*, cit., p. 306).

²²⁰ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 399.

conduzir à anulação, mas o dolo sim. Como ensina Massimo Bianca, o dolo tem por resultado levar o sujeito ao erro, mas ele se caracteriza mesmo sem a presença dos elementos caracterizadores desse.²²¹

Não se confunde o dolo civil com o criminal, que corresponde à intenção deliberada de obter um resultado vedado pela lei. O dolo criminal se verifica quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (art. 18 do CP).

Principal é o que se revela razão determinante da declaração que origina o ato jurídico. Acidental é o não impediria a realização do negócio, ainda que interfira em seu conteúdo e pode dizer respeito aos pressupostos, elementos, efeitos e motivos do contrato, desde que, sem a conduta maliciosa, se conclua que ele não teria sido celebrado.²²²

Somente o dolo principal autoriza a anulação do negócio. O acidental só obriga à satisfação de perdas e danos (art. 146 do CC). Não se nega o direito de a vítima do dolo postular indenização também quando o negócio for anulado, mas nesse caso, a hipótese será decorrente de interesse negativo, ou seja, de reparação de prejuízos oriundos do interesse de não haver consumado o contrato.²²³

No caso do dolo acidental, diversamente, o prejuízo resulta da inferioridade das condições do negócio celebrado pela vítima, valendo notar que também nesses casos a malícia caracteriza ilícito, autorizando a reparação.

A distinção clássica entre dolo bom e dolo mau talvez já não se justifique, em face do princípio da eticidade, em que se destaca a boa-fé objetiva. Os deveres anexos impostos aos contratantes os obrigam a agir com lealdade e a prestar integralmente as informações úteis e necessárias a ambos, de modo que admitir certo grau de malícia parece intolerável na concepção contemporânea do direito.²²⁴

²²¹ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 664. O autor registra haver maior reprovação social no dolo do que no mero erro, pois aquele que atua com malícia não merece tutela jurídica (Ibidem, p. 665). E pondera que a vítima do dolo pode postular a anulação do negócio com fundamento no erro, se não puder provar o primeiro e o engano for conhecido da outra parte (Ibidem, p. 668).

²²² Ibidem, p. 664.

²²³ Ibidem, p. 667.

²²⁴ Essa a reflexão de Renan Lotufo sobre o tema, em aula ministrada em 2004 na Escola Paulista da Magistratura.

A lição de Judith Martins-Costa a propósito das conseqüências da boa-fé objetiva para o contrato é a seguinte:

“Sendo certo que o domínio da boa-fé objetiva é o direito das obrigações, e em especial o dos contratos, importa insistir numa outra constatação: diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação de riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade. Justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela *função social* que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, função esta, ensina Miguel Reale, que ‘é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica’.”²²⁵

Nenhum dolo deve ser tolerado, salvo se a malícia para divulgar as vantagens do negócio for de tal forma exagerada que não seja capaz de comprometer a declaração da vontade de alguém – o que, na realidade, significará dizer que não houve dolo principal, pois ele não é idôneo a enganar a vítima.

Para justificar a anulação do negócio jurídico, o dolo deve ser grave. Ou seja, deve ser suficiente para enganar a vítima, consideradas suas condições pessoais, isto é, em concreto.²²⁶

Segundo Massimo Bianca, a idoneidade do dolo indica a necessidade de haver nexo de causalidade entre a conduta dolosa e a estipulação do contrato ou a modificação de seu conteúdo²²⁷. Caso os meios utilizados sejam insuficientes para ludibriar a vítima, não se considera demonstrado o dolo.²²⁸

É mais uma vez Massimo Bianca quem observa que o chamado dolo bom é considerado insuficiente para a anulação do negócio porque equivale ao exagero de qualidades do bem oferecido para negociação, o que não o torna idôneo para levar o contratante ao engano, nem é socialmente reprovável.²²⁹

²²⁵ Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 457.

²²⁶ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 666.

²²⁷ *Ibidem*, p. 666.

²²⁸ *Ibidem*, p. 666.

²²⁹ *Ibidem*, p. 667.

O exagero, nesses casos, é percebido, de maneira que o engano não produz o efeito lesivo reprovado no dolo.

Francesco Galgano observa a dificuldade de distinguir dolo bom e dolo mau na atualidade, ponderando que o progresso técnico é capaz de convencer o homem médio da possibilidade de coisas que no passado pareciam inimagináveis.²³⁰

Assim sendo, só se pode afirmar que há dolo bom onde não houver o dolo capaz de violar a vontade livre do declarante, de maneira que o dolo bom não é dolo para os fins do estudo do defeito do negócio jurídico.

5.2.2.2.1 Dolo por omissão

Dolo por omissão é o dolo negativo, que se configura pela violação de um dever de agir. De acordo com o artigo 147 do Código Civil, é o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra haja ignorado, e que, se conhecido, a teria levado a não celebrar o negócio.

No campo das obrigações, o dever de dizer a verdade é genérico e resulta da necessidade de boa-fé. O dever de informar, por seu turno, resulta, no campo contratual, imperioso, e está presente na fase pré-negocial, na fase de execução, e até mesmo na pós-contratual.²³¹

São pressupostos do reconhecimento do dolo por omissão: a) negócio bilateral; b) intenção de induzir o outro contratante à prática de um ato que o prejudica e beneficia o outro; c) ter o agente do dolo silenciado sobre circunstância relevante, quando lhe cumpria revelá-la; d) ser a omissão causa do consentimento; e, e) partir a omissão do outro contratante.

²³⁰ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 311.

²³¹ Sobre o tema, ver: Christoph Fabian, *O dever de informar no direito civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Sobre o dolo por omissão, Francesco Galgano registra que há duas espécies de dificuldade a enfrentar: buscar um ponto de equilíbrio entre o dever de informar e o direito de reserva e a determinação da fronteira entre o dever de informar, de um dos contratantes, e o de auto-informar-se, do outro.²³²

Assim, Galgano invoca o exemplo do funcionário que exhibe seu currículo ao empregador, informando seu empregador anterior, mas omitindo que foi demitido por corrupção. Conclui que a informação do empregador anterior era devida por ele, mas a carga depreciativa se incluía em seu dever de reserva, ainda que o empregador não estivesse impedido de diligenciar sobre seus antecedentes (auto-informar-se, pois).²³³

5.2.2.2 Dolo de terceiro

Renan Lotufo identifica três hipóteses de dolo de terceiro: “1^a) o dolo é de terceiro, praticado com cumplicidade com a parte beneficiária; 2^a) o dolo é de terceiro, a parte não cooperou na sua ocorrência mas tinha conhecimento, ou devia ter conhecimento pelas circunstâncias, do dolo do terceiro; 3^a) o dolo é de terceiro, e é completamente ignorado pela parte beneficiada”.²³⁴

Nos dois primeiros casos, o negócio é anulável, de acordo com a regra do artigo 148 do Código Civil²³⁵. O dolo do terceiro vicia o negócio, quando é determinante, e for ao menos cognoscível daquele que dele se beneficiou.

Francesco Galgano, porém, observa que o engano de terceiro que autoriza a anulação deve ser conhecido, e não apenas cognoscível, pelo contratante que obteve a vantagem ilícita²³⁶. Dele, porém, se diverge, porque a boa-fé objetiva, a conduta idealizada do cidadão que atua de modo cooperador e solidário, não é compatível com a ação de

²³² Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 309.

²³³ *Ibidem*, p. 309-310.

²³⁴ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 405.

²³⁵ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 306.

²³⁶ *Ibidem*, p. 306.

quem, podendo identificar o dolo, dele se aproveita na celebração de um contrato, ou negligencia nas cautelas exigíveis do contratante padrão.²³⁷

A negligência do beneficiado com o dolo do terceiro é que justificará a anulação do negócio.

Contudo, se ele não tinha como conhecer o dolo do terceiro, o negócio deve ser preservado, prestigiando-se o princípio da conservação, que melhor atende ao interesse público, sem prejuízo do disposto na segunda parte do artigo 148 do Código Civil, que prevê que o terceiro deverá indenizar as perdas e danos da parte ludibriada.

O beneficiado porém que não se comportou com malícia ou negligência, não será obrigado a indenizar.

Essa disposição também alcança os negócios unilaterais²³⁸. Neste ponto, porém, é de se destacar a lição de Carlos Roberto Gonçalves, que pondera que nesses casos é irrelevante o conhecimento do dolo pelo beneficiado: “Caio Mário, citando Ruggiero e Colin e Capitant, menciona que, nos ‘atos unilaterais, porém, o dolo de terceiro afeta-lhe a validade em qualquer circunstância, como se vê, por exemplo, na aceitação e renúncia de herança, na validade das disposições testamentárias’.”²³⁹

Caberá ao lesado, nas demandas anulatórias fundadas em dolo de terceiro, provar que o contratante beneficiado pelo dolo tinha, ou podia ter conhecimento, de sua ocorrência.

5.2.2.2.3 Dolo do representante legal

O artigo 149 do Código Civil impõe responsabilidade indenizatória pelo dolo do representante, distinguindo porém as conseqüências dela decorrentes, segundo a representação seja legal ou convencional.

²³⁷ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 405.

²³⁸ *Ibidem*, p. 406.

²³⁹ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: parte geral*, cit., v. 1, p. 377.

No caso da representação legal, a responsabilidade do representado se limita à vantagem obtida por ele, uma vez que sua incapacidade não lhe permite fiscalizar a conduta de seu representante, além de se cuidar de representante que lhe é imposto por lei e atuação judicial.

Mas se a hipótese é de representação convencional, a responsabilidade do representado é integral, pois ele terá culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, tendo em vista que ou não escolheu adequadamente, ou não fiscalizou sua atuação, como deveria.

Verifique-se que a leitura do artigo 149 do Código Civil remete ao artigo 933 e assegura que o representado, nesse caso, tem responsabilidade objetiva. Ao comentar esse dispositivo, Carlos Roberto Gonçalves faz expressa menção ao risco criado pelo mandante ao escolher o mandatário para que ele pratique atos em seu nome.²⁴⁰

O representante não é terceiro na relação jurídica, na medida que atua em nome do representado, sem defender ou perseguir a satisfação de interesse próprio. Desse modo, se atua nos limites dos poderes que lhe foram conferidos, pratica o ato como se fosse o próprio representado.

5.2.2.2.4 Dolo de ambas as partes

A regra do artigo 150 do Código Civil, que veda a pretensão de anulação do negócio ou de indenização, se ambas as partes procederam com dolo, não representa compensação ou neutralização do dolo dos negociantes, mas desprezo do Judiciário pelo clamor daqueles que atuam de modo torpe.²⁴¹

Vale observar porém que, aparentemente, se ambas as partes celebraram o negócio com propósito comum ilícito, o caso será de nulidade, tal como previsto no artigo 166, inciso III do Código Civil.

²⁴⁰ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: parte geral*, cit., v. 1, p. 378.

²⁴¹ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 410.

5.2.2.3 Da coação

Coação é toda pressão exercida sobre um indivíduo para determiná-lo a concordar com um ato ou a praticá-lo. O ato coator deve ser injusto e grave para que se caracterize o vício e a conseqüente invalidade do negócio realizado por sua causa.

O Código Civil não contempla a coação física, também denominada absoluta, mas apenas a coação moral.

Na coação absoluta falta a própria vontade, uma vez que inexiste o consentimento. Assim, não se pode falar em vício, já que o próprio negócio jurídico não existe.²⁴²

O Código trata da coação moral, cuja identificação acarreta a anulabilidade do negócio jurídico. A coação não é o próprio vício, mas sim o temor que ela provoca no agente cuja vontade se exterioriza de modo defeituoso.

Examinando a coação no Código Civil de 1916, alguns autores²⁴³ consideravam que sua caracterização dependia de que a ameaça fosse de mal maior do que aquele que se pretendia obter com a efetivação do negócio jurídico.

Desse modo, não haveria coação se alguém fosse ameaçado com a danificação de um veículo de R\$ 10.000,00, se o negócio jurídico fosse acarretar um prejuízo de R\$ 100.000,00. Essa interpretação resultava do disposto na parte final do artigo 98 do Código Civil de 1916.

Essa disposição, porém, foi suprimida e não consta do texto do artigo 151 do Código Civil de 2002.

É que a exigência de que o mal fosse maior do que o ato extorquido gerava distorções, em inúmeras hipóteses. Para constatá-las, aliás, basta dizer que ninguém está obrigado a ser vítima de prejuízo de qualquer espécie – superior ou inferior – em relação a

²⁴² Luís Díez-Picazo; Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, Madrid: Tecnos, 2001, v. 2, p. 57.

²⁴³ Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, cit., p. 493.

outro que não deseja ou que não é obrigado a suportar. Como registra Francisco Amaral, a comparação deve ser repudiada, pois “não sendo, de qualquer modo, espontânea a manifestação de vontade, o consentimento está viciado e o negócio torna-se anulável. Por outro lado, a adoção rigorosa desse critério impossibilitaria muitas vezes a aplicação da lei, como, por exemplo, no caso de “ameaça de um dano moral, para extorquir um valor material”²⁴⁴. Nessa última hipótese, haveria dificuldade de confrontar valores heterogêneos.

Ademais, muitas vezes comparar o mal à pessoa, à família ou aos seus bens e o prejuízo econômico não é possível.

A ameaça ou violência de que se trata na coação artigo 151 do Código Civil não é aquela que apenas influencia a autonomia da vontade. Embora não exclua a vontade do negócio jurídico, diminui a liberdade de quem o constitui.

A coação é um vício de vontade, pois incide sobre o querer do indivíduo, tornando-o impróprio para a produção de efeitos jurídicos.

Entre um mal de que tem receio e a prática de um negócio jurídico que não deseja, o agente opta por essa última alternativa, diversamente do que faria se não houvesse a ameaça que o intimida.

Os requisitos para a coação são:

1. A ameaça deve ser a causa determinante do negócio. Se o negócio fosse se realizar de outra forma, sem a ameaça, há dano suscetível de indenização, mas não é possível anular o ato. Deve haver o nexo de causalidade entre a ameaça e a anuência extorquida. Sem ela, o negócio não teria sido celebrado.

2. A ameaça deve ser grave²⁴⁵. Deve ser uma ameaça à liberdade, de um dano sério ao corpo, à vida, à honra, do agente, de pessoa de sua família e ou até de pessoas de seu estreito relacionamento, a quem não deseje a efetivação da ameaça.²⁴⁶

²⁴⁴ Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, cit., p. 493-494.

²⁴⁵ Orosimbo Nonato, *A coação como defeito do ato jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 125-126.

²⁴⁶ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 414.

A gravidade da ameaça não pode ser objetivamente quantificada, mas se caracteriza se provocar na mente do agente o aparecimento de um temor capaz de comprometer sua vontade.

Na doutrina, dois critérios são adotados para avaliar a gravidade da coação: a) abstrato, que leva em conta o homem médio; b) concreto, que considera as condições pessoais da vítima, levando em conta seu sexo, educação, temperamento, etc.

Como se verifica do artigo 152 do Código Civil, o critério concreto é que foi adotado entre nós.

3. A ameaça deve ser fundada e injusta, ou seja, capaz de realmente impressionar a pessoa. Contudo, não pode representar exercício regular de um direito, o que caracterizaria a cláusula excludente de antijuridicidade, de acordo com o disposto no artigo 23, inciso III do Código Penal.

Injusta é a ameaça que contrarie o direito, seja por configurar ilícito, seja por sua abusividade.

Temor reverencial é o mero receio de desagradar pai, mãe e outras pessoas a quem se devam obediência e respeito²⁴⁷. Aqui o mal que compõe a ameaça é menos grave. Caracteriza-se pelo mero desagrado.

O legislador, no artigo 153 do Código Civil, valeu-se da expressão simples temor. Se o temor reverencial estiver acompanhado de outros elementos coatores, pode haver coação. Se a ele se acrescentar alguma violência, haverá coação.²⁴⁸

O temor reverencial existe quando uma das pessoas ocupar uma posição hierárquica superior a outra. Essa posição pode decorrer de relações profissionais ou familiares.

²⁴⁷ Orosimbo Nonato, *A coação como defeito do ato jurídico*, cit., p. 159.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 420.

De acordo com Renan Lotufo, o temor reverencial não basta para caracterizar a coação, “uma vez que é conveniente para a sociedade que exista esse temor, que se entende ser útil ao saudável funcionamento do corpo social”.²⁴⁹

A ameaça de demissão de um empregado, para constranger a praticar determinado ato, não se limita ao mero temor reverencial. Autoriza concluir que a conduta ameaçadora caracteriza a coação, e não mero temor reverencial.

Deixa de haver temor reverencial no caso da filha que se casa com alguém por exigência do pai, que a ameaça com internação em hospital psiquiátrico em caso de recusa. Sopesado o comportamento paterno e seus antecedentes agressivos, é possível reconhecer a coação, e não mero temor reverencial, justificando-se, em consequência, a anulabilidade do casamento.

O exercício regular de determinado direito e o simples temor reverencial não justificam o reconhecimento da coação, de acordo com o disposto no artigo 153 do Código Civil.

Para caracterizar a coação, o constrangimento deve ser injusto. Desse modo, não se pode admitir a anulabilidade do negócio em decorrência do exercício normal de um direito.

O exercício do direito, porém, deve ser normal, e não abusivo. Caso o exercício do direito não leve em consideração sua função econômica e social, estará caracterizado o abuso definido no artigo 187 do Código Civil.

Esse dispositivo legal aponta a ilicitude do exercício abusivo do direito. Em consequência, nessas hipóteses, poderá caracterizar-se a coação.

²⁴⁹ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 420.

A ameaça poderá ser injusta se, com o seu exercício, o negociante obtém mais do que ele haveria de conceder ao titular, ou se se destina à obtenção de uma vantagem indevida.²⁵⁰

4. A ameaça deve ser atual ou iminente e inevitável. Deve estar prestes a ocorrer e deve ser inevitável, uma vez que se for impossível, remoto ou evitável, o fato não é capaz de viciar o negócio. Não se trata de exigir que ocorra imediatamente, mas deve ser suficiente para fundar o temor forte que caracteriza a coação.

Segundo Díez-Picazo e Gullón, a iminência se relaciona à maior ou menor proximidade do mal prometido e à maior ou menor possibilidade de evitá-lo, pois “não há verdadeira ameaça se se trata de um perigo incerto, remoto e não concreto”.²⁵¹

5. O prejuízo ameaçado deve recair sobre a pessoa do agente, seus bens, pessoas de sua família ou terceiros cuja circunstância justifique o temor. O conceito de família é amplo, incluindo pessoas ligadas por laços de consangüinidade ou comparável à afetividade. Incluem se companheiros, filhos adotivos, primos etc.

Pessoas de ligação estreita com o paciente poderão justificar a caracterização da coação, como se verifica do disposto no parágrafo único do artigo 151 do Código Civil.

Adotou-se no artigo 152 do Código Civil o critério concreto para averiguação da existência de coação e de sua gravidade. O juiz identificará a coação verificando o caso concreto, isto é, examinando as características da vítima da ameaça, sexo, idade, saúde, temperamento e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade da mesma.

Examinando as características individuais da vítima é que se poderá concluir se a anuência do paciente foi extorquida em razão da ameaça.

Prevalece, pois, a idéia de que as circunstâncias concretas é que devem ser examinadas. Mas a coação não se caracteriza se houver exagerada covardia.

²⁵⁰ Luís Díez-Picazo; Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, cit., p. 57.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 57.

Embora o Código não distinga, tal como ocorre no dolo, a coação que vicia o ato deve ser sua causa determinante (coação substancial), pois se se referir a elemento que não impediria a consumação do negócio (acidental), só se justifica a indenização por perdas e danos.²⁵²

5.2.2.3.1 Coação provinda de terceiros

A atual redação do artigo 154 do Código Civil contém modificação expressiva em relação ao disposto no artigo 101 e seu parágrafo 1º do Código Civil de 1916. Estabelece que o negócio só será anulável se a parte que contrata com o coagido tiver conhecimento prévio da existência da coação provinda do terceiro, ou se pudesse tê-lo.

Ou seja, se a pessoa que celebra negócio com o coagido não sabia, nem podia saber da coação, o negócio é válido. No entanto, como se verifica do artigo 155 do Código Civil, o terceiro coator responderá pelas perdas e danos causadas ao coacto.

Tutela-se novamente a boa-fé. Dá-se proteção à confiança daquele a quem se dirige a declaração do coacto, que não pode ser prejudicado por ato de terceiro, do qual não tinha, nem podia ter conhecimento.

Em contrapartida, o artigo 155 do Código Civil impõe ao terceiro coator a obrigação de indenizar o coacto pelos prejuízos que causar, pois o coacto terá celebrado negócio que não desejava, ou de modo diverso do pretendido.

5.2.2.4 Do estado de perigo

De acordo com o disposto no artigo 156 do Código Civil, o estado de perigo se configura quando alguém, premido pela necessidade de salvar-se ou pessoa de sua família, de grave dano conhecido da outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.²⁵³

²⁵² Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: parte geral*, cit., v. 1, p. 380.

²⁵³ Segundo Fernando Rodrigues Martins, os elementos do estado de perigo são: “a) a existência e a atualidade de um dano grave; b) o nexo de causalidade entre o grave dano e a declaração obtemperada para o negócio; c) o conhecimento do fato de perigo pela contraparte receptora da declaração; d) a assunção de uma obrigação de excessiva onerosidade; e e) o intuito do declarante de salvar a si próprio, um familiar ou um terceiro” (*Estado de perigo no novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171).

O primeiro dos requisitos para a caracterização do estado de perigo é a premente necessidade de salvar-se ou pessoa da família – isto é, a existência de um risco de grave dano. O parágrafo único do artigo 156 do Código Civil confere ao juiz a possibilidade de se reconhecer essa situação quando a vítima for pessoa que não integre a família do contratante. Nesses casos, serão consideradas as circunstâncias afetivas que vinculam psicológica e afetivamente a vítima e a pessoa que realiza o negócio.

O exame da gravidade do dano deve ser feito com a análise de elementos concretos (sexo, idade, condição física etc.), e não com amparo em pontos abstratos (homem normal, homem médio etc.).

Esse dano deve ser atual, pois o perigo que pode provocá-lo já está em curso, não se tratando apenas de uma probabilidade. E é irrelevante que tenha origem na natureza ou que resulte da ação humana.²⁵⁴

Ainda que o perigo seja apenas putativo, poderá se caracterizar o estado de perigo.²⁵⁵

Ademais, não é preciso que o perigo realmente exista, sendo suficiente que o declarante suponha que ele exista e faça o negócio em razão disso. Nesse caso, porém, nos termos do artigo 156 do Código Civil, o destinatário da declaração deve ter conhecimento de que o declarante supunha estar em perigo.²⁵⁶

Por outro lado, se o perigo existe, mas o declarante o desconhece, ou não acredita que ele possa lhe causar tão grave dano, não se caracteriza o defeito, segundo ensina Tereza Ancona Lopes.²⁵⁷

²⁵⁴ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 684.

²⁵⁵ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 431. Do mesmo teor: Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 685.

²⁵⁶ Teresa Ancona Lopez, *Negócio jurídico concluído em estado de perigo*, in José Roberto Pacheco Di Francesco (Org.), *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 317.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 317.

Referida doutrinadora invoca a doutrina italiana e observa que o dano não precisa ser inevitável, bastando que o sujeito tenha “limitadíssima liberdade de determinação”, nem injusto, pois se isso ocorrer, a hipótese será de coação.²⁵⁸

Quanto ao segundo aspecto, porém, parece que a melhor interpretação é a que considera que a injustiça não integra o tipo do estado de perigo, mas nada impede que a necessidade de salvar-se resulte de ato injusto, ainda que possa haver aproximação da coação – pois a distinção entre esta e aquele é que nesta o perigo pode não ser causado com o objetivo específico de provocar o negócio, enquanto naquele a ameaça visa precisamente a conduzir o declarante a firmá-lo.

Acrescente-se que no estado de perigo, a ameaça deve dirigir-se à integridade física, à honra ou à liberdade da pessoa, e pode ter origem em ação humana ou natural, provocada por terceiro, ou até mesmo pelo próprio declarante.²⁵⁹

A doutrina considera que a gravidade do dano deve ser examinada levando em conta as circunstâncias em concreto. E pode decorrer da conduta humana, voluntária ou não, ou de um fato da natureza.²⁶⁰

Também é requisito para a identificação do estado de perigo que ele seja o motivo determinante da declaração. O perigo deve ser o causador da declaração, estabelecendo-se entre ambos uma relação de causalidade.²⁶¹

Este defeito do negócio jurídico pode ser reconhecido pela assunção de obrigação excessivamente onerosa em decorrência da necessidade de salvar-se. A onerosidade excessiva levará em consideração o equilíbrio das prestações do negócio.

A onerosidade excessiva da obrigação deve ser examinada objetivamente e ser contemporânea ao momento da realização do negócio.

²⁵⁸ Teresa Ancona Lopez, O negócio jurídico concluído em estado de perigo, cit., p. 318.

²⁵⁹ Ibidem, p. 318.

²⁶⁰ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: parte geral*, cit., v. 1, p. 393.

²⁶¹ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 684.

Na lição de Renan Lotufo:

“Cumpre destacar que estamos falando de obrigação onerosa (imediate, única, visível de pronto, que imediatamente destrói a relação de equivalência entre a prestação e a contraprestação), e não de *onerosidade excessiva* (que destrói o sinalagma em consequência de alteração de circunstâncias no curso da existência de negócios de prestação continuada). Esta última reclama a aplicação da intervenção no contrato para o reequilíbrio das prestações, sob pena de rescisão do negócio, o que fez com que muitos se referissem à cláusula *rebus sic stantibus* (ou, ‘como deveria ser antes’), reclamando a volta de um *status quo ante* em que havia certa equivalência. A divergência doutrinária será oportunamente vista. Na obrigação onerosa, desde o nascimento do negócio não existe equilíbrio algum, pois obrigação nasce extremamente excessiva, sendo esta concomitante à declaração.”²⁶²

No estado de perigo, portanto, o desequilíbrio entre as prestações está presente no momento do surgimento da obrigação, e não decorre de fatores posteriores que interferem no equilíbrio entre elas.

O primeiro requisito tem natureza subjetiva. O segundo, objetivo.

A obrigação excessivamente onerosa não é aquela que apresenta alguma desproporção entre as prestações, sendo essencial que o desequilíbrio seja excessivo.

Outro requisito para o reconhecimento do estado de perigo é que ele seja conhecido pela parte contrária. Como ensina Renan Lotufo, no estado de perigo “fica claro que a outra parte quer tão-somente aproveitar-se da situação do declarante para tirar-lhe vantagem, o que poderíamos dizer de evidente exemplo de má-fé”.²⁶³

Caso o negociante não saiba do estado de perigo em que se encontra a outra parte, reconhecendo-se sua boa-fé – que, aliás, é presumida –, o negócio não é anulável.

No confronto entre os interesses do que age em estado de perigo e aquele que atuou de boa-fé, o legislador optou por prestigiar esse último, consagrando novamente o princípio da conservação dos negócios jurídicos.

²⁶² Renan Lotufo, *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 433.

²⁶³ Renan Lotufo, *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 431. No mesmo sentido: Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 687.

Contudo, o fato de o negociante estar de boa-fé não impede que se identifique no caso concreto o vício da lesão que, como se verá, dispensa o conhecimento da necessidade premente pela parte contrária e se satisfaz com a manifesta desproporção entre as prestações.²⁶⁴

Nesses casos, a vítima do negócio não se encontra em condições de declarar livremente sua vontade, porque atua sob a influência de um risco grave e dirigido a ela ou alguém de suas relações.

O negócio realizado em estado de perigo é anulável, de acordo com o disposto no artigo 171, inciso II do Código Civil. No entanto, a anulação do contrato poderá acarretar prejuízo a quem contratou e não provocou a situação de perigo para o outro contratante, hipótese em que se justificará a obrigação de indenizar, para evitar enriquecimento sem causa.

Para evitar essa conseqüência aparentemente injusta, é possível aplicação analógica da regra do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Civil a essas hipóteses. Tal será possível quando não se identificar a má-fé do contratante que, apesar de conhecer o perigo, celebrou o negócio com o propósito de auxiliar a vítima, como pode ocorrer com alguém que adquire o imóvel da vítima de um seqüestro por valor inferior ao real, porque não tem condições de pagar o preço justo.²⁶⁵

5.2.2.5 Da lesão

A lesão é outra modalidade de defeito do negócio jurídico, que se constitui em vício de consentimento.

Caracteriza-se quando alguém obtém um lucro exagerado e desproporcional em decorrência de aproveitar-se da inexperiência ou da situação de necessidade do outro contratante.

²⁶⁴ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 432.

²⁶⁵ Essa a posição defendida por Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro: parte geral*, cit., p. 396).

A necessidade não se estabelece entre vida e morte, mas compreende a necessidade contratual, ou seja, decorre da impossibilidade de evitar o contrato desvantajoso.

A inexperiência, requisito alternativo para a caracterização a lesão, está relacionada ao contrato. Consiste na insuficiência de conhecimentos satisfatórios para a espécie de relação jurídica que se estabelecerá. Não se trata de ausência de cultura ou erudição, mas de inexperiência para a celebração do contrato.

A inexperiência não se confunde com o erro ou com a ignorância, que correspondem ao falso conhecimento ou ao próprio desconhecimento da realidade.

A desproporção entre as prestações deve ser manifesta e avaliada levando em conta o tempo da celebração do negócio jurídico (art. 157, § 1º do CC).

A desproporção entre prestações recíprocas, ou geradoras do lucro exagerado, é elemento objetivo da lesão. A inexperiência ou premente necessidade do lesado é elemento subjetivo.

No caso da lesão, diversamente do que ocorre com o estado de perigo²⁶⁶, não há necessidade de o terceiro que se beneficia do negócio ter conhecimento da inexperiência ou premente necessidade.

Denomina-se dolo de aproveitamento a vantagem obtida com a situação. Os autores divergem nesse aspecto. Alguns consideram que o dolo de aproveitamento depende de malícia, dispensada pelo artigo 157 do Código Civil. Para outros, o dolo se caracteriza pela mera obtenção da vantagem, independentemente da malícia, o que significaria que o dolo de aproveitamento sempre estará presente nos casos de lesão.

Moreira Alves afirma que o dolo de aproveitamento é desnecessário.²⁶⁷

²⁶⁶ Sobre as distinções entre estado de perigo e lesão, ver: Arruda Alvim, A função social dos contratos no novo Código Civil, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 815, p. 28, set. 2003.

²⁶⁷ Moreira Alves, *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114.

Por outro lado, enquanto no estado de perigo a onerosidade excessiva pode se verificar em negócios unilaterais, a lesão só será reconhecida nos bilaterais, pois só ocorre se houver manifesta desproporção entre as prestações.

O parágrafo 2º do artigo 157 do Código Civil autoriza que aquele que se beneficia do negócio suplenente suficientemente o negócio ou reduza seu proveito, com o objetivo de preservar sua validade.

Aquele que se beneficia do negócio, porém, mesmo nas demandas destinadas a anulá-lo, poderá propor a suplementação e confirmação do negócio jurídico.

5.2.2.6 Fraude contra credores

Há fraude contra credores quando o devedor insolvente, ou na iminência de tornar-se, pratica atos suscetíveis de diminuir seu patrimônio, reduzindo dessa forma a garantia que ele representa para resgate de suas dívidas. Não contempla, portanto, um vício de consentimento, na medida que não há equívoco na compreensão da realidade por parte do declarante, nem sua declaração é obtida de modo violento ou sob pressão. A figura é de vício social, que se caracteriza como um negócio realizado com o propósito de causar prejuízo a terceiro, isto é, seu credor.

O tema se relaciona ao Livro das Obrigações, cujo artigo 391 estabelece que o patrimônio do devedor responde pelo inadimplemento das obrigações.

O devedor comete a fraude quando reduz seu patrimônio com a intenção de se tornar insolvente e não dispor de bens para quitar seus débitos.

O devedor pode desfazer-se de seu patrimônio, desde que não se torne insolvente. Somente se ficar privado de patrimônio suficiente para isso é que se caracterizará a fraude.

O defeito se caracteriza tanto quando a transmissão torna o devedor insolvente, como nos casos em que se verifica que ele já está insolvente.

Elementos da fraude contra credores são objetivos e subjetivos. Objetivo é o ato que prejudica o credor por tornar o devedor insolvente, ou porque ele já está nessa situação. Subjetivo é o intuito malicioso de ilidir os efeitos da cobrança.

No caso da gratuidade prevista no artigo 158 do Código Civil, a lei não cogita do ajuste fraudulento. Nem interessa se o donatário conhecia o estado de insolvência. Assim, a fraude se caracterizará apenas com a demonstração da insolvência do alienante.

A transmissão onerosa em fraude contra credores é prevista no artigo 159 do Código Civil. Aqui há conflito entre os credores do alienante e o adquirente de boa-fé. Se o adquirente ignora a insolvência e não podia descobri-la com diligência ordinária, vale o negócio efetuado. Nessa hipótese, não há *consilium fraudis*.

Se houver, o negócio fraudulento é anulado. A má-fé se caracteriza pelo simples fato de o adquirente saber da insolvência. O artigo 159 do Código Civil presume que o adquirente conhecia a insolvência se ela for notória ou se houver motivo para isso.

São duas, portanto, as situações caracterizadoras da fraude: a insolvência do devedor é notória ou o outro contratante tem motivos para conhecê-la. A qualquer delas basta que se some a insolvência do alienante para que seja possível o reconhecimento da fraude contra credores.

No tratamento do tema, prevaleceu o interesse do terceiro de boa-fé, que adquire bem do devedor sem ter conhecimento – ou sem ter razões para ter conhecimento – de sua situação econômica. Somente se estiver presente o concílio fraudulento (*consilium fraudis*) será anulável o negócio. Mas não se exige a conduta desleal e maliciosa do adquirente. A fraude se aperfeiçoa com o mero conhecimento ou a possibilidade de conhecimento da insolvência.

O artigo 160 do Código Civil prevê a possibilidade do adquirente de bem do devedor insolvente evitar a anulação do negócio depositando o preço, caso não o tenha pago ainda.

Para valer-se dessa possibilidade, deve verificar que o preço pago seja justo, ou completá-lo, depositá-lo em juízo e citar todos os interessados.

Em primeiro lugar, verifique-se que o adquirente pode não ter agido de má-fé ao adquirir o bem, de modo que, nesse caso, não se caracteriza a fraude por ausência de concílio fraudatório.

Mesmo assim, se tomar conhecimento de que o negócio prejudicará terceiros, estará obrigado a contribuir com eles, diligenciando para evitar o dano ao terceiro – boa-fé objetiva estipulada no artigo 422 do Código Civil. Se assim não proceder, estará sujeito ao reconhecimento da fraude contra credores, pela presença subjetiva superveniente do *concilium fraudis*.

Caso o valor depositado seja inferior ao montante devido – não porque pagou menos do que o bem valia, mas porque pagou ao devedor parte do preço –, duas alternativas haverá: o adquirente participou maliciosamente do negócio ou só tomou conhecimento do fato posteriormente.

No primeiro caso, deve pagar o valor integral da dívida do alienante com terceiros. No segundo, somente aquilo que ainda falta para a liquidação do preço devido, porque o negócio não era anulável, em face de sua boa-fé na ocasião da celebração do negócio.

Deve haver igualdade no tratamento dos credores quirografários, o que se tem em vista no artigo 162 do Código Civil.

O artigo 163 do Código Civil considera fraudatória a garantia de dívida conferida pelo insolvente a um de seus credores, visando a, mais uma vez, assegurar tratamento paritário aos credores quirografários.

As garantias referidas são as reais (penhor, anticrese, hipoteca e alienação fiduciária), que dão preferência a esses credores. As garantias fidejussórias são irrelevantes para os demais credores, de modo que não caracterizam fraude.

A presunção é absoluta e o credor prejudicado tem apenas o ônus de comprovar a insolvência do devedor. Anulam-se as garantias, mas prevalecem os créditos e o beneficiado retorna à condição de credor quirografário (parágrafo único do art. 165).

O Código em vigor incluiu a ação pauliana entre as que geram anulação do negócio jurídico (art. 171, II do CC). Preservou assim a posição adotada pelo Código de 1916, que considera que a fraude acarreta a anulação do negócio, e não apenas sua ineficácia relativa, como desejava parte da doutrina.²⁶⁸

A posição adotada pelo Código tem sido consagrada pela jurisprudência, como se verifica da Súmula n. 193 do STJ.

Registre-se, porém, apenas no que diz respeito à natureza da sentença, que, mesmo reconhecendo apenas a inoponibilidade do negócio em relação ao credor, sem anulá-lo, a sentença será constitutiva, segundo ensina Cândido Rangel Dinamarco:

“Toda a minha discordância tem assento na teoria da ineficácia superveniente, exposta no parágrafo anterior, bem como no próprio sistema do Código Civil, que para a possibilidade de fazer incidir a penhora sobre o bem alienado, exige que antes seja movida e tenha sucesso a *actio pauliana*, essa possibilidade não existe e a nova situação superveniente é obra da sentença, que então, conforme entendimento geral, por isso mesmo se diz constitutiva. Muito mais convincente é Liebman, ao dizer que a sentença, em casos assim, ‘produzirá nas relações dos interessados essa especial modificação jurídica consistente na revogação do ato. Será, pois, uma sentença constitutiva’. E, escrevendo especificamente para o direito brasileiro, diz que essa sentença ‘restabelece sobre os bens alienados não a propriedade do alienante, mas a responsabilidade por suas dívidas, de maneira que possam ser abrangidos pela execução a ser feita’; nesse restabelecimento e não mera certificação de ineficácia, reside a novidade jurídica que caracteriza o provimento como constitutivo’ (obra citada, p. 437-438).”²⁶⁹

No direito italiano, porém, a sentença proferida na ação pauliana apenas estabelece a ineficácia do negócio celebrado em fraude contra credores, gerando benefício exclusivamente ao credor, atingindo terceiros que participaram de uma segunda alienação se o negócio é gratuito ou se esses últimos agiram de má-fé.²⁷⁰

²⁶⁸ Humberto Theodoro Júnior, Negócio jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Fraude. Lesão, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 780, p. 11, out. 2000.

²⁶⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamento do processo civil moderno*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 563-564. Sobre o tema, confira-se o acórdão publicado em *RSTJ* 101/343.

²⁷⁰ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 713.

Para tal ação, em primeiro lugar, legitimam-se os credores quirografários que já o eram ao tempo em que o ato foi celebrado (art. 158 do CC). Tal legitimidade resulta de não possuírem garantia específica (especial) sobre algum bem determinado do devedor, de maneira que dependem de sua solvência para receberem seu crédito.

Somente os credores que já o eram ao tempo da transmissão do bem pelo devedor estarão legitimados para esta ação (art. 158, § 2º do CC).

Os credores com garantia real em geral não precisam se valer do reconhecimento da fraude contra credores, pois a garantia que lhes foi conferida tem natureza real e, em razão disso, prevalece em face de terceiros adquirentes.

As garantias fidejussórias são irrelevantes para os demais credores, de modo que não caracterizam fraude, pois representam reforço de garantia que não compromete o patrimônio do próprio devedor²⁷¹. A partir desse mesmo argumento, é possível concluir que garantias reais prestadas por terceiros também não autorizam o reconhecimento de fraude contra credores. Com efeito, se o bem dado em garantia é de terceiro, e não do próprio devedor, não há violação à igualdade exigível entre os credores quirografários.

Há hipóteses, contudo, em que a garantia se torna insuficiente para pagamento da dívida garantida e o artigo 158, parágrafo 1º do Código Civil também identifica a fraude contra credores em relação ao restante do patrimônio do devedor.

Não terão legitimidade para ajuizar a ação o próprio devedor e o adquirente que participou do conluio, e será possível, havendo vários credores, que ajuizem a pauliana em litisconsórcio, como previsto no artigo 46, III do Código Civil. Do mesmo modo, os sucessores do credor original atingidos pelo ato fraudulento estão legitimados para a ação.

²⁷¹ Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, São Paulo: Francisco Alves, 1916, v. 1, p. 392.

São passivamente legitimados para a ação o devedor insolvente e a pessoa que com ele contratou, a despeito de o artigo 161 do Código Civil fazer uso da expressão “poderá”. É que não se pode admitir o desfazimento do negócio por demanda em que não figurem todos os seus integrantes. Se o bem for transferido a terceiro que agiu de má-fé, também ele deverá compor a lide.

Vale recordar que o artigo 472 do Código de Processo Civil estabelece que os efeitos da coisa julgada só alcançam as partes do processo, não beneficiando nem prejudicando terceiro.

Ao lado da fraude contra credores disciplinada no Código Civil, o Código de Processo Civil cuida da fraude de execução, que também visa a proteger o credor contra as tentativas do devedor de evitar que seu patrimônio seja atingido, para ser levado ao pagamento da dívida inadimplida.

Segundo o artigo 593 do Código de Processo Civil, haverá fraude à execução quando o devedor alienar ou onerar bens sobre os quais penda ação fundada em direito real, quando houver demanda em curso capaz de reduzi-lo à insolvência e nos demais casos expressos em lei. Como se extrai do mencionado dispositivo, a fraude de execução se distingue da fraude contra credores pela pendência da demanda, exigência que não se verifica nessa última. Também não se cogita, na fraude de execução, de anulação do negócio, mas apenas da ineficácia: “Adoção, portanto, explícita da teoria da *ineficácia* relativa, como ato válido entre as partes e inoponibilidade ao credor prejudicado.”²⁷²

Ademais, na fraude contra credores, é imperioso o ajuizamento da ação pauliana, vedando-se seu reconhecimento incidental, diversamente do que ocorre na fraude à execução.

²⁷² Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, cit., v. 3, t. 1, p. 318.

Yussef Cahali registra que a fraude à execução tem maior gravidade em relação à fraude contra credores, pois, além do prejuízo ao credor, atenta contra a dignidade da Justiça, já que tem natureza processual e se verifica na pendência da lide²⁷³. Além dessas distinções, observa que a fraude à execução pode ser reconhecida incidentalmente e não gera a anulação do negócio, reconhecendo apenas sua ineficácia²⁷⁴. E, acrescente-se, não exige a conduta maliciosa dos que participam do negócio.²⁷⁵

²⁷³ Yussef Said Cahali, *Fraude contra credores*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 385.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 385.

²⁷⁵ “No tocante à propalada higidez de conduta dos embargantes, no trato do negócio e nas cautelas que adotaram preparatoriamente à sua concretização, insta recordar, no tocante à fraude a execução, que ‘não há cuidar, na espécie, da boa ou má-fé do adquirente do bem do devedor, para figurar a fraude. Basta a certeza de que, ao tempo da alienação, já corria demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o à insolvência’ (STF, *Amagis* 11/451; TFR, 3ª Turma, AG n. 57.511/SP, rel. Min. Armando Rollemberg, 26.10.1988, v.u., *DJU*, de 26.6.1989, p. 11.105; *RT* 634/56; *Boletim AASP* 1.597/18-1, apud Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, São Paulo: Saraiva, 1999, nota 24 ao art. 593, p. 627). Mesmo relativizada e abrandada, permanece merecendo fastígio, no tocante à fraude contra a execução, posição bem mais severa para com o devedor e também em vista do adquirente, do que a praticada a propósito da fraude contra credores, pois, afinal e em última análise, naquela, ‘os atos dispositivos do devedor ocorrem no curso de uma relação processual. Neste caso, como parece curial, a fraude adquire superlativa gravidade. O eventual negócio não agride somente ao círculo potencial de credores. Ele compromete, paralelamente, a própria efetividade da atividade jurisdicional do Estado, reclamando reação mais severa e lesta, e recebe o epíteto de fraude contra a execução’ (Araken de Assis, *Comentários de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 6, n. 98, p. 22-225).” (TJSP – Ap. n. 188.232-4/6, rel. Des. Quaglia Barbosa, j. 11.9.2001).

6 AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE

A ação que tiver por objeto o reconhecimento da nulidade do negócio será de natureza declaratória, pois a invalidade opera-se de pleno direito.²⁷⁶

A sentença é necessária, segundo Massimo Bianca, para que a nulidade produza efeitos em face de um título presumivelmente válido.²⁷⁷

Qualquer interessado poderá propô-la, mas a jurisprudência italiana restringe a sua declaração de ofício aos casos em que se pretende executar o contrato, e não a admite se é proposta ação de resolução. Massimo Bianca, contudo, considera discutível essa exclusão, porque também no caso de resolução, a ação tem por fundamento o título, aplaudindo a jurisprudência italiana mais recente que admite a declaração de nulidade de ofício, mesmo nas ações de resolução ou rescisão.²⁷⁸

Outra questão interessante anotada pelo autor italiano citado é a que se refere à impossibilidade de declarar-se a nulidade com amparo em causa distinta da invocada na inicial, em função da obrigação do juiz de se restringir à causa de pedir²⁷⁹. José Luis De Los Mozos, a nulidade poderá ser declarada de ofício em caráter excepcional.²⁸⁰

Segundo Galgano, ainda que se admita a declaração da nulidade de ofício, é necessário observar os princípios processuais sobre o tema e relaciona posições jurisprudenciais a respeito: a) o juiz pode declarar a nulidade de ofício se a validade do negócio é elemento constitutivo da demanda e se as partes debatem sua aplicação e sua execução; b) o juiz não pode fazê-lo se a parte propõe a demanda propondo solução distinta, tal como anulabilidade ou resolução, ou se a nulidade tem outro fundamento; c) a declaração de ofício resulta de demonstração documental que independe de outras

²⁷⁶ Arnaldo Rizzardo afirma a natureza declaratória da sentença que reconhece a nulidade e acrescenta que ela pode ser proferida em ação com pedido de declaração específica ou no curso de outro processo judicial. Pondera que o ajuizamento se revela necessário sempre que o necessário quando o negócio tem aparência de validade e há necessidade de produção de provas (*Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10/01/2002, cit., p. 520*).

²⁷⁷ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 627.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 628-629.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 629.

²⁸⁰ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 578-579.

investigações; d) pode haver declaração de nulidade em qualquer grau de jurisdição, desde que, em primeiro grau, não tenha havido pronunciamento sobre o tema, pois, do contrário, haveria preclusão.²⁸¹

Vê-se dos exemplos da jurisprudência invocada a possibilidade de não se declarar a nulidade do negócio jurídico em inúmeras situações concretas. Nessas hipóteses, é inegável a sobrevivência do negócio reconhecidamente inválido, em virtude de limitações de natureza processual.

Ora, cuida-se inegavelmente de situações de preservação de negócio nulo por fundamento processual, cujo caráter instrumental haveria de se curvar ao interesse soberano na manutenção ou no afastamento dos efeitos do negócio nulo.

Interessados no ajuizamento da demanda serão, além dos contratantes, os terceiros prejudicados pelo contrato nulo, legitimados passivos serão as partes no contrato inválido e todos os terceiros que tenham obtido qualquer vantagem em razão dele.²⁸²

Para José Luis De Los Mozos, aliás, há circunstâncias em que a demanda é admitida a quem tenha provocado a nulidade e, em certas hipóteses, ela tem natureza quase pública.²⁸³

Na Itália, como entre nós, a ação de declaração de nulidade é imprescritível.²⁸⁴

Segundo José Luis De Los Mozos:

“Efetivamente, no direito antigo, o conceito de nulidade dos atos jurídicos era mais definido e concreto, pois se consideravam atos nulos os que eram contrários à lei e que, por isso, não podiam produzir efeito jurídico algum (nulidade *ipso iure*, radical ou absoluta), sem necessidade de prévia declaração judicial, salvo se a nulidade não fosse manifesta, evidente ou notória. Ao contrário, no direito moderno, por influência da doutrina francesa, como corretamente colocado em relevo por F. de

²⁸¹ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 316-317.

²⁸² Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 629. Ver também: José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 579.

²⁸³ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 579.

²⁸⁴ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 629. Contudo: “Admite-se, no entanto, que o correr de um extenso período faça surgir um outro direito, como o reconhecimento do domínio via usucapião.” (Arnaldo Rizzardo, *Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10/01/2002*, cit., p. 518).

Castro, se opera uma confusão na doutrina da nulidade sobretudo por se considerar que para que ela seja levada em conta há necessidade de sua declaração judicial, com o que se pode chegar a confundir com a ‘anulabilidade’, de tal modo que, para evitar tais conseqüências, por outro lado, se trata de reforçá-la naqueles casos em que se aparece bem evidente a nulidade, acudindo a idéia de ‘inexistência’ que, desse modo, e vinculada em sua origem, como veremos, à idéia de ‘nulidades virtuais’ (em contraposição às textuais), aparece como uma nova forma tradicional de seu conceito.”²⁸⁵

É oportuna a respeito do tema a lição de Arnaldo Rizzardo:

“Dessume-se das regras acima que não cabe à generalidade das pessoas demandar a ação de nulidade. Unicamente se repercute no interesse pessoal, ou no patrimônio próprio, é reconhecida a legitimidade para a iniciativa da nulidade. Nessa ordem, ao credor do devedor admite-se o interesse em propor a lide para invalidar a venda dos bens efetuada, eis que a mesma conduz à insolvência, ou impede a satisfação do crédito. Ao juiz outorga-se a grave incumbência de declarar a nulidade, sem que se proponha ação específica para tanto. Desde que chegue ao seu conhecimento o ato ou negócio eivado de nulidade, mas através de uma ação qualquer, ou de um processo que diga respeito a assunto diferente, tem o dever de enfrentar a nulidade e erradicá-la, mesmo que importe essa decisão no destino da questão levada ao seu conhecimento.”²⁸⁶

E, a respeito da possibilidade de o Ministério Público poder alegar a nulidade, arremata: “No pertinente ao Ministério Público, a legitimidade restringe-se àquelas causas que lhe cabe intervir. Se não participa do processo, por não lhe competir a interferência, a qual se restringe basicamente às hipóteses destacadas pelo artigo 82 do Código de Processo Civil, não se aceita a suscitação de nulidade.”²⁸⁷

²⁸⁵ No original: “Efectivamente, en el derecho antiguo, el concepto de nulidad de los actos jurídicos era más definido y concreto, puesto que se consideraban como ‘actos nulos’ los que eran contrarios a la ley y que, por ello, no podían producir efecto jurídico alguno (nulidad ‘ipso iure’, radical o absoluta), sin necesidad de previa declaración judicial, salvo que la nulidad no fuera manifiesta, evidente o notoria. En cambio, en el derecho moderno, por influencia de la doctrina francesa, como certeramente pone de relieve F. de Castro, se opera una confusión en la doctrina de la nulidad sobre todo al considerar que para ésta pueda ser tomada en cuenta es necesaria su declaración (‘constatación’) judicial, con lo que puede llegar a confundirse con la ‘anulabilidad’, de tal modo que, para paliar tales consecuencias, por el lado opuesto, se trata de reforzarla, en aquellos casos en que aparece bien patente la nulidad, acudiendo a la idea de ‘inexistencia’, que de este modo, y vinculada en su origen, como veremos, a la idea de las ‘nulidades virtuales’ (en contraposición a las ‘nulidades textuales’), aparece como una nueva forma tradicional de su concepto.” (José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 558-559 – Nossa tradução).

²⁸⁶ Arnaldo Rizzardo, *Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10/01/2002*, cit., p. 518.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 518.

Para Caio Mário, “se é certo que toda nulidade há de provir da lei, expressa ou virtualmente, certo é, também, que se faz mister seja *declarada* pelo juiz”.²⁸⁸

Como ensina sobre o tema Orlando Gomes: “Teoricamente, pode-se dizer que a nulidade é decretada pela própria lei; o juiz mais não faz do que reconhecê-la e proclamá-la. Praticamente, porém, se esse reconhecimento não for feito, e, para tanto, é preciso que a nulidade esteja provada, o negócio nulo vive, perdura. Neste sentido, nenhuma nulidade é imediata.”²⁸⁹

²⁸⁸ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 633.

²⁸⁹ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, cit., p. 495. Sobre o tema, ver: Álvaro Villaça Azevedo, *Código Civil comentado: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos, coordenação de Álvaro Villaça Azevedo*, São Paulo: Atlas, 2003, v. 2 (arts. 104 a 188), p. 302-303.

7 AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO

A ação destinada a anular o negócio jurídico é constitutiva²⁹⁰, pois modificará a situação jurídica existente, eliminando a vigência do contrato.

Segundo Massimo Bianca, em comentário feito a propósito do dolo, “a demanda de anulação tende a remover judicialmente o contrato. A sentença que acolhe a demanda é uma sentença constitutiva, pois modifica a posição jurídica das partes privando o contrato de sua eficácia original”.²⁹¹

A legitimação ativa é do contratante a quem aproveita a anulação, ou seja, aquele que é incapaz ou que celebrou o contrato sob erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão e o terceiro a quem prejudica a fraude contra credores.²⁹²

Além deles, em cada situação concreta de anulabilidade não tratada especificamente neste trabalho, serão identificados os contratantes ou terceiros vítimas das conseqüências nocivas do negócio anulável.

Para José Luis De Los Mozos, a legitimidade ativa é conferida aos que, sendo parte em um contrato, sofram a causa que dá lugar à anulabilidade, excluindo-se os que a tenham provocado.²⁹³

As ações de anulação são sujeitas a prazo decadencial (art. 178 do CC), de maneira que podem ser conhecidas de ofício, ainda que favoreçam aquele que poderá invocá-la em exceção, tal com previsto no artigo 210 do Código Civil.

Arnaldo Rizzardo, em síntese, afirma que:

“A sentença tem efeito constitutivo, modificando a situação jurídica das partes daí para frente, em vista do futuro, diferentemente do que acontece com a nulidade, quando é declaratória, ou simplesmente declara o que já

²⁹⁰ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 597.

²⁹¹ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 670.

²⁹² Sobre a legitimidade de terceiro, invoque-se a lição de Massimo Cesare Bianca, que afirma que ela se verificará sempre que ele adquirir um direito que se ponha em conflito com o que resulta do contrato anulável (*Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 670).

²⁹³ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 597.

se encontra inválido, com efeito, pois, *ex tunc*. Na anulabilidade, embora se anule o negócio desde o seu nascimento, os efeitos atingem normalmente o futuro. Até a data da decisão judicial, permanecem os efeitos, respeitando-se os direitos de terceiros no pertinente aos frutos e proveitos. Apesar de retornar à data da realização a eficácia, no interregno até o veredicto sentencial teve existência o negócio, não se podendo afirmar que não se constituía.

Daí se conclui que a relação celebrada vale durante o tempo de vigência do negócio, como se dá com uma compra e venda, uma locação, um mútuo, um arrendamento e quaisquer outras avenças. Interrompem-se essas relações a partir do pronunciamento judicial. As ocorrências acontecidas no lapso temporal de validade perduram, não se podendo simplesmente pedir uma indenização cabal dos proveitos havidos.²⁹⁴

Sobre o tema, Leonardo Mattietto registra:

“Quanto ao modo de operar, pois, tanto o ato nulo como o anulável são dependentes de rescisão, não podendo prescindir do reconhecimento judicial. O ordenamento jurídico veda a autotutela, o exercício arbitrário das próprias razões, devendo o prejudicado se socorrer do Poder Judiciário para que, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, possa o juiz pronunciar a invalidade.”²⁹⁵

²⁹⁴ Arnaldo Rizzardo, *Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10/01/2002*, cit., p. 526.

²⁹⁵ Leonardo Mattietto, *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*, cit., p. 330.

8 EFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NULO

8.1 Efeitos do negócio e eficácia

A questão dos efeitos do negócio jurídico está intimamente ligada à noção de eficácia, como é possível extrair da definição que Carlos Alberto da Mota Pinto oferece para ineficácia: “A ineficácia em sentido amplo tem lugar sempre que um negócio não produz, por impedimento decorrente do ordenamento jurídico, no todo ou em parte, os efeitos que tenderia a produzir, segundo o teor das declarações respectivas.”²⁹⁶

Prossegue o professor português observando que, na invalidade, os efeitos não se produzem por vícios ou deficiências do negócio, enquanto na ineficácia, eles são obstados por circunstância externa.²⁹⁷

Os efeitos dos negócios podem ser produzidos se o negócio é válido, embora possam, apesar da validade, não se verificar em certas circunstâncias. Por outro lado, o negócio nulo não terá aptidão para produzir os efeitos dele desejados.

Contudo, como observa Massimo Bianca, embora a nulidade implique uma valoração negativa manifestada pelo ordenamento, nem por isso se exclui a possibilidade de o contrato nulo produzir certos efeitos relativos a terceiros e até mesmo em relação às próprias partes.²⁹⁸

No plano da eficácia, portanto, os efeitos do negócio podem ser os que os contratantes dele desejavam com o propósito de constituir, disciplinar ou extinguir relações jurídicas. Se esse resultado puder se verificar, dir-se-á que o negócio produziu seus efeitos. Do contrário, conclui-se pela sua ineficácia.

Segundo Karl Larenz, as manifestações de vontade que constituem os negócios jurídicos destinam-se ao conhecimento de terceiros, por intermédio das quais o declarante

²⁹⁶ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 605.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 605.

²⁹⁸ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 613.

afirma que determinado efeito irá ocorrer e viger segundo sua vontade; na medida que o ordenamento reconheça sua validade, os efeitos jurídicos se produzem de acordo com a declaração, com sua emissão e seu conhecimento.²⁹⁹

A declaração de vontade, segundo o autor, não é apenas um indício probatório da existência de uma vontade que se destina a produzir efeitos jurídicos, mas também representa o fundamento do cumprimento desse efeito.³⁰⁰

Por outro lado:

“A nulidade é de ordem pública, interessando à própria sociedade, eis que diz com o interesse público. É da segurança do Estado a higidez dos negócios, de modo que prevaleçam as estipulações das declarações de vontade, imprimindo estabilidade nas relações, o que leva a favorecer o próprio desenvolvimento. Nada mais nocivo que a insegurança, pois impede os investimentos, provocando o retraimento do progresso e das próprias atividades humanas. Daí incumbir ao Poder Público munir seus órgãos e as pessoas interessadas de mecanismos e poderes para o ataque de eventuais fatores que desestruturam a validade dos negócios. Nada mais eficiente, para erradicar o mal, que extirpar as causas que o provocam.

Assegura a lei a qualquer interessado e ao órgão do Ministério Público o direito de alegar as nulidades dos artigos 166 e 167 (arts. 145 e 102 do Código revogado), classificadas como absolutas. Outrossim, outorga-se o poder ao juiz de atacá-las, tão logo cheguem ao seu conhecimento, não se permitindo que sejam supridas. Esta a previsão do artigo 168 (art. 146 da lei civil revogada).”³⁰¹

Para Werner Flume, não é correta a afirmação de que o negócio nulo só existe como fato – e não juridicamente -, pois pode produzir conseqüências jurídicas.³⁰²

De acordo com Emilio Betti, para que o negócio produza os efeitos adequados à sua função econômico-social, segundo a intenção das partes, deve haver uma correlação entre esses efeitos e as circunstâncias extrínsecas do negócio (seus pressupostos de validade). A ordem jurídica só atribui eficácia ao negócio se ele estiver em conformidade com um modelo preestabelecido.³⁰³

²⁹⁹ Karl Larenz, *Derecho civil: parte general*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 448.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 450.

³⁰¹ Arnaldo Rizzardo, *Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10/01/2002*, cit., p. 517.

³⁰² Werner Flume, *El negocio jurídico*, Madrid: Fundación Cultural de Notariado, 1992, p. 643-644.

³⁰³ Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 191.

Destarte, os efeitos dos negócios jurídicos correspondem tipicamente à alteração da realidade existente que se procede tal como as partes pretendiam. Vale dizer, segundo sua vontade negocial. Tais efeitos, em geral, não se produzirão se o negócio não dispuser de determinado elemento essencial ou se contrariar regra de interesse social e público pois, nesse caso, à sociedade não convém sua efetivação.

8.2 Oponibilidade do contrato

O princípio da relatividade dos contratos consagra a idéia de que os efeitos contratuais só alcançam os contratantes.

Mas não se pode perder de vista que os contratos muitas vezes produzem eficácia externa, ou seja, alcançam interesses de terceiros que dele não fazem parte. Cuida-se, nesses casos, da oponibilidade do contrato a terceiros.

Massimo Bianca³⁰⁴ se refere à relevância externa do contrato que, segundo ele, decorre, de início, do dever geral de respeitar direitos alheios. Após observar que essa espécie de eficácia pode ser identificada nos contratos relativos a direitos reais sobre imóveis – nos quais a posição jurídica adquirida é eficaz perante toda a comunidade –, registra que também direitos relativos são suscetíveis de tutela perante a generalidade de terceiros.

O autor anota que a legislação italiana não estabelece requisitos para a eficácia externa do contrato, mas para tanto é necessário que o direito tenha por pressuposto o contrato que, de todo modo, deve ser provado. A lei, no entanto, estabelece requisitos para a oponibilidade do contrato, isto é, para que ele prevaleça em confronto com terceiros.

Massimo Bianca enfrenta o tema discorrendo sobre as diversas possibilidades de conflitos que envolvam aquisição de bens para, em seguida, afirmar: “A oponibilidade do contrato exprime a tutela ao adquirente e responde à exigência de segurança à circulação

³⁰⁴ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 573.

jurídica. Aquele que adquire um bem sem fraude deve poder contar razoavelmente com ele, sem que alguém tenha sobre ele um direito prevalente no todo ou em parte.”³⁰⁵

Ainda de acordo com Massimo Bianca, a incerteza sobre a inoponibilidade da aquisição implica incerteza sobre a própria aquisição.³⁰⁶

A questão da oponibilidade do contrato, e mesmo de sua efetividade, não se encerra na noção de que o ajuste de vontades deve produzir os efeitos estabelecidos pelos contratantes, pois “de todo modo, o importante é fixar que pode haver terceiros com direitos conflitantes a sujeitos contratuais e, nesses casos, o sistema de direito positivo institui regras de solução deste conflito, normalmente tendo em vista a manutenção de uma segurança que lhe é imprópria, organizando as expectativas sociais”.³⁰⁷

Importa ainda verificar que o ordenamento jurídico tem interesse na preservação de seus valores, que não podem ser contrariados pela vontade autônoma dos negociantes, já que “o contrato é um modo constituinte de juridicidade, uma fonte de normas de conduta juridicamente vinculantes, dotadas de garantias e sanções que são inerentes ao direito, normas a que cabe uma quota-parte da função ordenadora das relações sociais”.³⁰⁸

A oponibilidade do contrato a terceiros que dele não fizeram parte, portanto, importa também à organização social, que se ampara nos contratos para proceder à ordenação das relações entre seus membros. Não se cuida apenas de exigir que terceiros acatem os termos do contrato celebrado³⁰⁹, mas também que possam tê-los como dignos de respeito e efetividade.

³⁰⁵ No original: “L’opponibilità del contratto esprime la tutela dell’acquirente e risponde alla generale esigenza di sicurezza della circolazione giuridica. Chi acquista un bene senza frode deve potere contare ragionevolmente su ciò, che altri non abbia sul bene un diritto prevalente di fronte al quale il suo acquisto debba cedere in tutto o in parte.” (Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile*, cit., v. 3, p. 576 – Nossa tradução).

³⁰⁶ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 576.

³⁰⁷ Luciano de Camargo Penteadó, *Efeitos contratuais perante terceiros*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51.

³⁰⁸ Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 213.

³⁰⁹ Antônio Junqueira Azevedo, Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

Terceiro interessado, pondera Luciano de Camargo Pentead, “é aquele que detém posição jurídica afim a uma das posições jurídicas das partes ou esteja em situação tal que o suceder de acontecimentos no interior da relação obrigacional pode claramente lhe provocar efeitos prejudiciais”.³¹⁰

Por outro lado, o desrespeito aos contratos corresponde a uma agressão ao sistema jurídico, tal qual ocorre com o desprezo à lei de modo geral, resultando “daí que a violação das obrigações contratuais seja pelo ordenamento sentida como uma ilicitude, uma forma de antijuridicidade que contraria os seus próprios valores e estatuições, produzindo uma reacção análoga à desencadeada pelo não acatamento dos comandos prescritivos de alcance geral”.³¹¹

Dessa forma, como afirma Joaquim de Sousa Ribeiro, “o contrato não pode ser concebido à margem de uma determinada organização político-jurídica. É através dela que fica assegurada a sua credibilidade e capacidade funcional como instrumento de programação do futuro”.³¹²

Assim, o contrato se integra à ordem jurídica – e social –, de modo a ampliar sua incidência para além da esfera jurídica dos contratantes, espalhando mesmo seus reflexos em relação a toda a sociedade que recebe o contrato como fato próprio de sua organização e desenvolvimento.

Nesse sentido a afirmação de Marcelo Benacchio:

“Nessa senda, verifica-se a situação em que uma pessoa, mesmo não prestando sua vontade na gênese do contrato, poderá ser por ele beneficiada, comprovando, a nosso ver, não se cuidar de mera exceção mas sim *que nosso ordenamento abandonou uma rígida delimitação do princípio da relatividade do contrato, admitindo que o contrato possa produzir efeitos favoráveis em favor de terceiro.*”³¹³

³¹⁰ Luciano de Camargo Pentead, *Efeitos contratuais perante terceiros*, cit., p. 48.

³¹¹ Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 213.

³¹² *Ibidem*, p. 213.

³¹³ Marcelo Benacchio, *Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual*, Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, São Paulo, 2005, p. 42.

Na lição de Francesco Messineo, entre as partes, a sentença que declara nulo o negócio irá privá-lo de qualquer efeito e desfazer os que já se houverem produzido.³¹⁴

A nulidade absoluta também implica que o negócio não produza efeitos em relação a terceiros, embora existam exceções, como anota Messineo, referindo-se a hipótese prevista no direito italiano, em que a ação não registrada no Cartório de Registro de Imóveis não poderá prejudicar futuros adquirentes, posteriores ao negócio nulo.³¹⁵

Enfim, a evidência de que os contratos atingem a órbita de direitos daqueles que dele não fazem parte torna necessário identificar esses reflexos como um novo aspecto a enfrentar no estudo das invalidades. Vale dizer, essa repercussão é relevante: a) no que se refere aos efeitos do negócio válido para os terceiros; b) no que diz respeito à intervenção dos terceiros na validade e eficácia dos contratos; e, c) naquilo que a declaração de nulidade ou a decretação de anulabilidade pode representar para os terceiros.

³¹⁴ Francesco Messineo, *Il contratto in genere*, Milano: Giuffrè, 1972, v. 2, p. 382.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 382.

9 INVALIDADES E INEFICÁCIA COMO SANÇÃO

Os sistemas jurídicos estabelecem hipóteses em que os negócios jurídicos são sancionados com invalidade.

A razão fundamental pela qual se nega validade a um negócio é a necessidade de estipular-se sanção à manifestação de vontade em desacordo com o ordenamento. Assim, a sanção consiste em negar-lhe validade e, em consequência, impedi-lo de produzir efeitos. Explica Orlando Gomes que “a sanção é a medida de ordem jurídica que atinge a uma pessoa na sua liberdade ou no seu patrimônio, ou um ato em sua eficácia, que o juiz ordena para restabelecer o equilíbrio de uma situação jurídica”.³¹⁶

A natureza sancionatória da invalidade, segundo Maria Cristina Diener, acarreta a conclusão de que os dispositivos que contemplam os casos de nulidade ou anulabilidade são taxativos, e não exemplificativos³¹⁷. Acrescenta a doutrinadora:

“Partindo do pressuposto de que o negócio tende a realizar a autonomia privada, protegendo os contratantes, para que não se derogue o princípio geral de certeza jurídica, as nulidades são o instrumento pelo qual a lei nega fundamento às manifestações de vontade por intermédio das quais se realiza em contraste com o esquema legal e os interesses gerais do ordenamento.

Portanto, a nulidade representa um juízo de valor dos interesses programados pelas partes em relação aos fins da comunidade.

Em consequência, pela sanção da nulidade, o ordenamento nega a própria tutela a relações que não correspondam a valores fundamentais, suprimindo, desde o início, qualquer efeito do negócio.”³¹⁸

Também a ineficácia tem significado de sanção decorrente da reação do ordenamento jurídico em razão da desconformidade entre seus termos e aquilo que é previsto para a sua realização.³¹⁹

³¹⁶ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, cit., p. 531.

³¹⁷ Maria Cristina Diener, *Il contratto in generale*, cit., p. 754.

³¹⁸ No original: “*Partendo dal presupposto che l'atto negoziale tende a realizzare le esigenze dell'autonomia privata, tutelando i contraenti, purché non si deroghi ai principi generali di certezza giuridica, la nullità appar lo strumento con cui la legge nega fondamento a quelle manifestazioni di volontà attraverso le quali si realizza un contrasto con lo schema legale e con interessi generali dell'ordinamento. Pertanto, la nullità costituisce un indice del giudizio di meritevolezza degli interessi programmati dalle parti rispetto ai fini della comunità. Di conseguenza, attraverso la sanzione della nullità, l'ordinamento nega la propria tutela a programmazioni che non rispondano ai valori fondamentali, e ciò fa non riconoscendo, 'ab initio', alcun effetto al negozio posto essere.*” (Maria Cristina Diener, *Il contratto in generale*, cit., p. 752 – Nossa tradução).

³¹⁹ Luís Díez-Picazo; Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, cit., p. 102.

A ineficácia é absoluta quando atua automaticamente e contra todos. É relativa se só se refere a determinadas pessoas. No caso da ineficácia relativa, o negócio produz efeitos, com exceção de certas pessoas, razão pela qual denominam-se bifrontes. Essa hipótese compreende situações em que há uma expectativa ou um interesse legítimo de terceiro a ser protegido.³²⁰

A invalidação do negócio jurídico, assim como sua ineficácia, portanto, tem natureza jurídica de sanção. Para Orlando Gomes:

“A invalidade é a sanção imposta pela lei ao negócio praticado em desobediência ao que prescreve, ou no qual é defeituosa a vontade do agente. No direito penal, a violação da lei pune-se com uma pena; no direito civil, com a nulidade, porque ‘a lei civil limita a esfera de sua própria defesa à ordem econômica’ (De Gasperi). Na ordem civil, o melhor modo de reprimir as infrações é, segundo o mesmo autor, frustrar o ato, privando-o de eficácia. O efeito jurídico querido pelo agente não se produz, ou se produz limitadamente. (...) nem toda violação de norma imperativa tem como sanção a nulidade. Cumpre distinguir as que se destinam a resguardar interesses gerais das que visam apenas à proteção de interesses especiais de certas categorias de pessoas, como, por exemplo, a dos empregados, dos mutuários, dos inquilinos. A transgressão de preceito imperativo que assegure esses interesses privados dá à outra parte a faculdade de promover a anulação do ato. Este é simplesmente anulável.”³²¹

Na invalidade, verifica-se uma irregularidade jurídica do negócio ou do contrato, justificando-se a sanção consistente em estabelecer sua definitiva ineficácia.³²²

A invalidade, porém, não se confunde com a ineficácia: a invalidade relaciona-se à irregularidade do contrato, enquanto a ineficácia indica a ausência de produção de seus efeitos. Apesar disso, a ineficácia definitiva muitas vezes representa uma sanção que resulta da invalidade.

E a ineficácia definitiva também pode não decorrer de irregularidade do contrato, mas da não verificação de uma condição.

³²⁰ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 606-607.

³²¹ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, cit., p. 485-492.

³²² Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 571.

A validade do negócio leva em conta as regras vigentes ao tempo de seu aperfeiçoamento, segundo a posição adotada em geral pela doutrina, sendo irrelevantes alterações posteriores³²³. Entre nós, tal posição foi consagrada no artigo 2.045 do Código Civil. Massimo Bianca, porém, registra que não se pode perder de vista a possibilidade de fatos supervenientes ao contrato acarretarem sua invalidade.³²⁴

A nulidade do negócio jurídico visa a proteger o ordenamento jurídico, compreendendo os negócios contrários à lei ou os que se ressintam de requisito essencial. José Luis De Los Mozos observa que “a nulidade aparece aqui como uma sanção ao que é contrário ao ordenamento, de qualquer maneira que se manifeste a ordem legal, já que a *ratio* que a anima é sempre uniforme: salvaguardar os valores tutelados pelo ordenamento jurídico”.³²⁵

De acordo com esse autor, a doutrina distingue os negócios nulos em duas espécies, aqueles aos quais falta um requisito essencial e os que são contrários à lei. No entanto, arremata, trata-se de no fundo dizer o mesmo, pois os negócios que se ressentem de um requisito essencial são contrários à lei.³²⁶

Embora a invalidação dos negócios represente uma reação do ordenamento à violação que o acomete, é certo que o interesse social na manutenção dos efeitos das manifestações de vontade – que despertam nos contratantes e em terceiros a convicção de sua idoneidade – justifica que se busque, sempre que possível, evitar a subtração da eficácia do negócio celebrado.

É o que se denomina princípio da conservação dos negócios jurídicos, que Renan Lotufo identifica também no campo da interpretação dos negócios jurídicos: “A interpretação que se faz no âmbito dos negócios jurídicos é sempre nesse sentido, se busca

³²³ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 611.

³²⁴ *Ibidem*, p. 611.

³²⁵ No original: “*La nulidad aparece aquí como una sanción de lo que es contrario al ordenamiento, de cualquier manera que se manifieste el mandato legal, ya que la ‘ratio’ que la anima es siempre uniforme: salvaguardar los valores tutelados por el ordenamiento jurídico.*” (José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 573 – Nossa tradução).

³²⁶ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 573.

salvar o mais possível aquilo que as vontades pretendem e não se busca invalidar as vontades declaradas”.³²⁷

No plano dos efeitos do negócio, diz-se ineficaz o contrato que não produz os efeitos que dele se espera. Cuida-se de uma sanção do ordenamento jurídico decorrente de sua violação. É possível, pois, admitir que um contrato que não atenda à função social seja válido, mas não produza seus efeitos.

O exemplo invocado por Renan Lotufo³²⁸ é expressivo: um sindicato contrata com os trabalhadores rurais que a colheita da cana será precedida de queimada – o que facilita o desempenho da atividade. O contrato é válido, porque atende a todos os requisitos do artigo 104 do Código Civil, mas não atende à função social, pelos danos que a queimada provoca ao meio ambiente e à saúde da população. O contrato, pois, pode ser havido como válido, mas não poderia ser eficaz, em nome do preponderante interesse público que viola.

A distinção de hipóteses entre nulidades e anulabilidades resulta de opção do legislador, segundo juízos de valor ou conveniência.³²⁹

Mesmo a sanção contemplada para as cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor pode se sujeitar a mudanças compatíveis com os interesses sociais a que se relacionam.

Em virtude de ser o Código de Defesa do Consumidor sistema aberto, a despeito da sanção de nulidade prevista no artigo 51, “o caso concreto pode levar o aplicador da lei a trabalhar com outra hipótese, considerando, inclusive, perdas e danos a favor do consumidor, impossibilidade da prestação por fatores supervenientes, ou segundo uma tendência inovadora, ineficácia”.³³⁰

³²⁷ Renan Lotufo, Responsabilidade civil na internet, in Marco Aurélio Greco; Ives Gandra da Silva Martins (coords.), *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 221. Quanto à interpretação como modo de conservação dos contratos contra as invalidades, ver: Rodolfo Luis Vigo, *Interpretação jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 164-165.

³²⁸ Renan Lotufo, Notas de aulas da disciplina Contratos do Curso de Mestrado da PUC-SP.

³²⁹ Luís Díez-Picazo; Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, cit., p. 102.

³³⁰ Cristiano Heineck Schmitt, *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.

No entanto, para a aplicação da cláusula geral de boa-fé, o juiz deve evitar motivações subjetivas, agindo de modo a identificar a convicção geral vigente – obtida a partir de pesquisa da doutrina e jurisprudência.³³¹

Para Cristiano Schimtt, nem todas as hipóteses relacionadas no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor autorizam a declaração automática da nulidade. Várias delas – de que é exemplo a da boa-fé – justificam interpretação do julgador, que não se presume genericamente.³³²

Embora as normas do Código de Defesa do Consumidor sejam de ordem pública (art. 1º), e portanto não possam ser violadas com a validação de cláusulas abusivas, Cristiano Schimtt registra que o diploma consumerista prevê a manutenção do contrato entre os direitos básicos do consumidor (art. 6º, V), o que, em certas hipóteses, poderá justificar a conservação, inclusive, da própria cláusula. Por isso, prossegue, tem sido reconhecida natureza constitutiva à sentença que declara a nulidade da cláusula abusiva, para descartá-la – além de declarar simplesmente sua invalidade – e retroagir ao momento da celebração do negócio.³³³

Por serem de ordem pública, as cláusulas podem ser declaradas de ofício em qualquer grau de jurisdição e são imprescritíveis e insanáveis, inclusive pelo decurso do tempo.³³⁴

³³¹ Cristiano Heineck Schmitt, *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*, cit., p. 92.

³³² *Ibidem*, p. 129.

³³³ *Ibidem*, p. 135-137.

³³⁴ *Ibidem*, p. 139.

10 EFEITOS DA INVALIDADE E DA INEFICÁCIA

Para Díez-Picazo e Gullón, a invalidade decorrente da nulidade absoluta está sujeita à máxima sanção: negar ao negócio jurídico a possibilidade de ter conseqüências jurídicas. Já a anulabilidade – nulidade relativa – implica a possibilidade de o negócio gerar efeitos até que sua eficácia seja destruída pelo exercício de ação destinada a reconhecê-la.³³⁵

De acordo com José Luis De Los Mozos, eventuais efeitos do negócio nulo não serão os do próprio negócio, mas sim outros, de natureza secundária, ou que derivem de uma aparência jurídica, que dependerá de uma ação de anulação para ser afastada.³³⁶

É possível afirmar, portanto, que o reconhecimento de nulidades ou anulabilidades do negócio jurídico tem por efeito a vedação ou a interrupção de seus efeitos normais.

E, acrescente-se, “numa aplicação do princípio de que o acessório segue a sorte do principal, os negócios acessórios de um ato nulo são também inválidos. E o artigo 824 apresenta uma restrição a esta regra, prevendo que as obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor”.³³⁷

Jesús Delgado Echeverría e María Ángela Parra Lucán anotam que tanto a decretação da anulação quanto a declaração de nulidade acarretam a ineficácia do negócio. Registram que o legislador espanhol contemplou de modo expreso apenas a obrigação recíproca de as partes terem restituídas as prestações decorrentes do contrato, mas esse não é o único dos efeitos da decisão.³³⁸

Segundo esse autores, porém, os efeitos da invalidade são mais amplos e distintos. Contemplam também a privação de toda eficácia e relevância jurídica, mas não podem ser havidos como “um nada” que possa ser ignorado pelo direito, de maneira que produzem

³³⁵ Luís Díez-Picazo; Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, cit., p. 103. Segundo José Luis De Los Mozos, porém, a ineficácia máxima é a que decorre do negócio inexistente (*El negocio jurídico*, cit., p. 129).

³³⁶ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 572.

³³⁷ Zeno Veloso, *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 35.

³³⁸ Jesús Delgado Echeverría; María Ángela Parra Lucán, *Las nulidades de los contratos*, Madrid: Dykinson, 2005, p. 203-204.

determinadas conseqüências que não são as do contrato, mas sim as que decorrem da própria lei.³³⁹

A invalidação atinge o campo da eficácia, privando os negócios de seus efeitos, isto é, do poder de interferir na realidade jurídica.

Jorge Joaquín Llambías, ao examinar, dentre outra questões, as conseqüências dos negócios inválidos que sobrevivem a despeito da sanção de ineficácia que os atinge, registra que autores como Vélez Sarsfield e Planiol consideram o tema, respectivamente, “o mais árduo da jurisprudência” e “um dos mais obscuros do direito civil”.³⁴⁰

Segundo Humberto Theodoro Júnior, “reconhecida a anulação de um negócio por sentença, não há diferença entre seus efeitos e os da nulidade. As diferenças registradas entre as duas invalidades são anteriores à decretação judicial e dizem respeito à forma de argüição, às pessoas legitimadas a promovê-la, e ao modo de pronunciá-las (arts. 168 e 177)”.³⁴¹

José Luis De Los Mozos registra que a ineficácia do negócio nulo produz efeitos desde logo, independentemente de declaração judicial, mas, apesar disso, por haver criado uma aparência ou porque alguém se amparou no negócio nulo, poderá haver necessidade da intervenção judicial.³⁴²

De acordo com o artigo 182 do Código Civil, anulado o negócio, as partes devem ser restituídas ao estado em que se encontravam antes de sua realização. Não distinguindo entre nulidade e anulabilidade, como fez nos artigos 166 e 171, o legislador equiparou os efeitos de ambas: nos dois casos, anulado ou declarado nulo o negócio, as partes retornam à situação em que anteriormente se encontravam.

Na lição de Massimo Bianca, à luz do direito italiano, a ação de nulidade pode ser acompanhada da demanda de ressarcimento de danos, recorrendo-se aos limites da

³³⁹ Jesús Delgado Echeverría; María Ángela Parra Lucán, *Las nulidades de los contratos*, cit., p. 204-206.

³⁴⁰ Jorge Joaquín Llambías, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, cit., p. 1-2.

³⁴¹ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, cit., v. 3, t. 1, p. 607.

³⁴² José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 578.

responsabilidade precontratual – hipóteses em que os danos se limitam aos chamados interesses negativos, que compreendem a perda da ocasião favorável e as correspondentes vantagens do contrato no momento do pagamento.³⁴³

O autor acrescenta que as conseqüências variam de acordo com a boa ou a má-fé do possuidor do bem a restituir em face da nulidade – isto é, do conhecimento ou não da causa da nulidade e afirma que os casos de alienação, deterioração e perecimento da coisa são resolvidos de acordo com as normas relativas à repetição do indébito.

No direito italiano, a anulação do contrato não prejudica terceiros de boa-fé, adquirentes a título oneroso. Trata-se de uma posição intermediária entre a que anula o negócio e sacrifica o direito de terceiros e a que os preserva em qualquer hipótese. A exceção, porém, não prevalece nos casos de aquisição a título gratuito e naquelas de anulação decorrente de incapacidade.³⁴⁴

Segundo Leonardo Mattietto, apesar de certa divergência, prevalece o entendimento de que o artigo 158 do Código Civil aplica-se a nulidades e anulabilidades.³⁴⁵

A regra geral, portanto, no tratamento do sistema das invalidades e da ineficácia é a de que os negócios nulos e anuláveis são privados de todo efeito próprio de sua realização. Essa privação corresponde à sanção que se lhe atribui.

No plano da ineficácia, seu reconhecimento produz resultado equivalente: a sanção é vedar a irradiação de seus efeitos.

Mas Massimo Bianca pondera que a nulidade não exclui que o contrato possa ter relevância em relação a terceiros e às próprias partes, como se verifica com a conversão do

³⁴³ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 630-631. O mesmo se dá no direito espanhol (Jesús Delgado Echeverría; María Ángela Parra Lucán, *Las nulidades de los contratos*, cit., p. 223).

³⁴⁴ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 674.

³⁴⁵ Leonardo Mattietto, *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*, cit., p. 321, nota n. 36. Conclusão idêntica prevalece na doutrina e na jurisprudência espanhola (Jesús Delgado Echeverría; María Ángela Parra Lucán, *Las nulidades de los contratos*, cit., p. 224-225).

contrato e com o atraso na transcrição da demanda declaratória de nulidade previstas no ordenamento italiano.³⁴⁶

Na Itália, a sentença que declara nulo o contrato alcança os direitos dos terceiros adquirentes. Contudo, se a demanda não é transcrita até cinco anos do negócio nulo, a sentença não prejudica os direitos dos terceiros adquirentes de boa-fé que tenham providenciado a transcrição anteriormente. A inoponibilidade da sentença ao terceiro não significa que o negócio nulo seja válido, mas permite que o título aquisitivo do terceiro seja eficaz.³⁴⁷

Tal solução prestigia a boa-fé e a confiança despertada pela ausência do registro de demanda declaratória de nulidade no Cartório de Registro de Imóveis por cinco anos após o registro do ato inválido.

Ademais, impõe ao titular do interesse objeto da ação o ônus de registrar seu ajuizamento para afastar a aparência oriunda o registro.

Massimo Bianca, porém, observa que não se conserva esse ônus nos casos em que o negócio não seja imputável ao autor da ação, como ocorre, por exemplo, nos casos de falsidade do contrato ou do mandato de que se valeu o representante.³⁴⁸

É possível que tanto as ações de anulação quanto as de anulabilidade sejam acompanhadas de pedido de ressarcimento de danos, o que equivale ao interesse negativo referente à responsabilidade pré-contratual.³⁴⁹

A anulação do contrato produz efeitos retroativos e acarreta a obrigação de restituir a prestação recebida, sendo relevante, nesse ponto, verificar a existência da boa-fé, ou seja, se o contratante tinha conhecimento ou não da causa da anulação.³⁵⁰

³⁴⁶ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 631.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 631.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 632. A respeito: Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 320.

³⁴⁹ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 672-673.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 673.

Na lição José Luis De Los Mozos³⁵¹, a declaração de nulidade produz efeitos *ex tunc* e acarreta o desfazimento de toda a cadeia de atos ou dos efeitos que se amparem no negócio nulo³⁵², mas – observa com argumento útil ao propósito do presente trabalho –, respeitando-se os terceiros de boa-fé.

Diversamente, à luz do direito alemão, Galgano registra que a declaração de nulidade tem efeitos retroativos e elimina todos os efeitos do contrato nulo entre os contratantes e em relação a terceiros, ainda que de boa-fé.³⁵³

Atualmente, contudo, sempre que os efeitos do negócio puderem ser preservados sem violar os valores fundamentais protegidos pela norma que reconhece a invalidade, será o caso de conservá-lo, em lugar de declarar sua nulidade ou anulá-lo. Comenta Francesco Lucarelli que “de fato, quando a lesão puder ser sanada por intermédio da prestação integrativa (retificação) ou substitutiva (ressarcimento de danos), a exigência de conservação do negócio prevalecerá sobre a anulação, que se constitui na medida extrema a ser aplicada apenas quando a lesão não tenha sido sanada ou seja insanável”.³⁵⁴

Ainda segundo Lucarelli, as pessoas podem exercer sua autonomia contratual porque desse modo poderão realizar interesses merecedores de tutela conforme o ordenamento jurídico, de maneira que a eficácia só se justifica quando permite que o contratante adquira a posição favorável à realização desse interesse.³⁵⁵

Seu pensamento, em síntese, corresponde a afirmar que a invalidade só se justifica se não houver possibilidade de preservar o interesse a que o negócio visava – e que, segundo expõe, merece tutela por ser conveniente ao interesse social.

Joaquim de Sousa Ribeiro adverte que a teoria do negócio jurídico, marcada inicialmente pela predominância da vontade, evoluiu para o “relevo a certos elementos

³⁵¹ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 582.

³⁵² Francesco Lucarelli, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, cit., p. 231.

³⁵³ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 318-319.

³⁵⁴ No original: “*Infatti, ogni qual volta la lesione possa esser sanata attraverso prestazioni integrative (rettifica) o sostitutive (risarcimento del danno), l'esigenza di conservare il contratto prevarrà sull'annullamento, Che verrebbe a costituire la ratio estrema da applicarsi solo allorquando la lesione non sai stata sanata o sia insanabile.*” (Francesco Lucarelli, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, cit., p. XI – Nossa tradução).

³⁵⁵ Francesco Lucarelli, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, cit., p. 231.

exteriormente recognoscíveis” em que os “os efeitos produzidos não correspondem necessariamente aos que foram queridos, mas sim aos que se amoldam ao significado objetivo da conduta declarativa”.³⁵⁶

A invalidade do negócio não deixa, só por ser inválido o contrato, de gerar determinadas impressões e convicções externas – e, acrescente-se, também internas: “O que fundamentalmente conta é, como se diz em sede interpretativa, a *impressão do destinatário*, pelo que pode dar-se por existente uma declaração, ou dar a uma declaração um sentido, contra a vontade efectiva do sujeito sobre quem recai a imputação.”³⁵⁷

Parece correto extrair dessa passagem que o negócio inválido também pode gerar impressões ao destinatário ou a terceiros que sejam dignas de proteção e preservação, em nome de valores mais importantes ao sistema jurídico e social do que a subtração dos efeitos dele decorrentes: “Ora, este critério normativo vem a traduzir-se na tutela do interesse do declaratório e de interesses gerais do comércio jurídico, assegurando-lhe fluidez e segurança.”³⁵⁸

Mário Júlio de Almeida Costa pondera que a eficácia póstuma do contrato “alicerça a figura jurídica da responsabilidade pós-contratual, que se traduz na possibilidade de surgir um dever de indenização derivado da conduta de uma das partes depois da referida extinção do contrato”. Acrescenta que “não obstante se encontrarem cumpridas as obrigações de prestações, se impõe aos contratantes o dever de se absterem de comportamentos susceptíveis de colocar em perigo ou prejudicar o fim do contrato”.³⁵⁹

³⁵⁶ Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 243.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 243.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 243.

³⁵⁹ Manuel Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., p. 318. A propósito: Rogério Ferraz Donini, *Responsabilidade pós-contratual*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 153-154.

Vê-se que na responsabilidade pós-contratual se pode encontrar subsídio para a afirmação de que dos contratantes se pode exigir que se abstenham de postular a invalidação do negócio, pois tal pretensão seria limitada pela boa-fé objetiva.³⁶⁰

A admissibilidade de se postularem perdas e danos pela nulidade ou anulabilidade do contrato é reconhecimento de dever de indenizar, que pode ser representada por perdas e danos ou pela prestação subtraída – equiparável, por exemplo, ao próprio resultado do negócio.

Jesús Delgado Echeverría e Maria Ángela Parra Lucán esclarecem que a propagação da ineficácia do negócio jurídico deve resolver-se em função da natureza do vínculo que une os contratos celebrados pelas partes: se têm o mesmo propósito, ambos são inválidos.³⁶¹

E invocam a propósito o exemplo do menor emancipado que aliena imóvel, para indagar se a nulidade da emancipação acarreta automática nulidade da venda, ou não. Sustentam que se a finalidade da emancipação era a alienação do bem, deve-se declarar sua nulidade, do contrário, ela haverá de subsistir.³⁶²

Os autores espanhóis advertem para a inexistência de uma cadeia de nulidades, por intermédio da qual o vendedor que adquire o bem por negócio nulo verá serem declarados nulos também os contratos que celebrar posteriormente em relação ao mesmo bem. Segundo Echeverría e Lucán, o novo negócio é válido por gerar obrigações entre os contratantes e serve de fundamento para a usucapião.³⁶³

³⁶⁰ “Logo, não é preciso descrever, até o infinito, todo comportamento honesto e leal que se espera das partes. A boa-fé integra o contrato, permitindo o reconhecimento, em cada caso, do dever de conduta que a parte deveria ter adotado. Não me parece inconveniente reunir sob a rubrica da pós-eficácia todas as hipóteses onde as partes, apesar das obrigações principais terem sido cumpridas (dar, fazer, não fazer), devem respeitar determinados comportamentos éticos fundados na boa-fé.” (Enéas Costa Garcia, *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 78-79).

³⁶¹ Jesús Delgado Echeverría; Maria Ángela Parra Lucán, *Las nulidades de los contratos*, cit., p. 208.

³⁶² *Ibidem*, p. 209.

³⁶³ Jesús Delgado Echeverría; Maria Ángela Parra Lucán, *Las nulidades de los contratos*, cit., p. 210. Francisco Eduardo Loureiro examina o artigo 1.238, parágrafo único do Código Civil e afirma que o dispositivo autoriza o encurtamento do prazo da usucapião para cinco anos se o imóvel houver sido adquirido por contrato havido como nulo, desde que tenha sido levado a registro (*Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, coordenação de Cezar Peluso, Barueri, SP: Manole, 2007, p. 1.076).

Criticam também a idéia de que a solução dos problemas do que denominam propagação das invalidades se solucione exclusivamente pela idéia da natureza acessória dos contratos sucessivos. Em primeiro lugar porque os conceitos de principal e acessório são relativos e há operações conjuntas que as partes não desejariam celebrar sem o acessório. Em segundo, porque nem sempre a acessoriedade se verifica exclusivamente pelo conteúdo da obrigação.³⁶⁴

Muitas vezes obter a nulidade ou a anulação do negócio representa abuso de direito, como ensina Mário Júlio de Almeida Costa:

“É a posição sustentada na doutrina portuguesa por Manuel de Andrade, segundo o qual se deve considerar abusivo o exercício de um direito sempre que a conduta do respectivo titular se revele, no caso concreto, gravemente chocante e reprovável para o sentimento ético-jurídico prevalecente na colectividade. Mas esta reacção da consciência pública tanto pode ter na sua base factores subjectivos como objectivos, ou factores de uma outra ordem.”³⁶⁵

Assim sendo, basta admitir que a aparência de um contrato nulo pode levar os contratantes e terceiros, de boa-fé subjetiva e objetiva, a nele confiarem e realizarem relações jurídicas, para se reconhecer que essa ação para declará-lo inválido – presentes certas circunstâncias – terá caráter abusivo

³⁶⁴ Jesús Delgado Echeverría; Maria Ángela Parra Lucán, *Las nulidades de los contratos*, cit., p. 210-211.

³⁶⁵ Manuel Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., p. 72.

11 PRINCÍPIOS GERAIS

Antes de prosseguir na análise das razões que justificam ou não o reconhecimento da invalidade dos contratos em geral, convém examinar alguns aspectos fundamentais para o tema.

Marcos Jorge Catalan observa que “para a adequada compreensão do assunto”, os princípios “devem ser lidos como normas nascidas das crenças e convicções da sociedade acerca de seus problemas fundamentais de organização e convivência, concebidos como padrões juridicamente vinculantes e dotados de elevado grau de abstração, que, por sua vagueza e indeterminação, necessitam de ações concretizadoras para que possam dar a melhor solução para cada caso concreto que se apresente ao exegeta”.³⁶⁶

Como ensina Miguel Reale, “são verdades fundantes” que a sociedade reconhece como verdadeiras e corretas, merecedoras de seu respeito.³⁶⁷

Segundo Marcos Jorge Catalan, trata-se de diretrizes a serem seguidas segundo os axiomas vigentes que, embora variáveis, não perdem a magnitude. E arremata:

“Neste contexto, qualquer reflexão que ignore ou mitigue a importância dos princípios para a ciência jurídica há de ser afastada, pois muitas vezes as regras (norma fechada dotada de conduta e sanção) têm nos princípios o ente que lhes dá essência e que lhes transmite o precioso material genético a alcançar a maturidade para sua justa aplicação diante do caso concreto surgido.”

Por essas razões é que os princípios devem ser revisitados, a fim de que “conceitos superados” não sejam utilizados para proteger interesses individuais, em prejuízo do crescimento do ser humano.³⁶⁸

Após abordar a passagem do sistema fechado adotado no Código Civil de 1916 para o aberto do Código de 2002, Marcos Jorge Catalam observa que está superado o

³⁶⁶ Marcos Jorge Catalan, Do conflito existente entre o modelo adotado pela Lei 10.406/2002 (CC/2002) e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 25, p. 223, jan./mar. 2006.

³⁶⁷ Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 24. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 305.

³⁶⁸ Marcos Jorge Catalan, Do conflito existente entre o modelo adotado pela Lei 10.406/2002 (CC/2002) e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, cit., p. 223-224.

artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que só admite o uso dos princípios em casos de lacuna do direito positivo. Sustenta que a regra está tacitamente revogada, pois os princípios devem ser havidos como instrumento de criação do direito concreto, admitindo-se que o juiz venha a se “abeirar dos fatos”, na busca da promoção da justiça social.³⁶⁹

Para Pietro Perlingieri, “a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização do sistema das normas constitucionais”, pois também se sujeita a juízos de licitude e valor³⁷⁰. E somente se a autonomia privada for digna de proteção pelo ordenamento poderá constituir um valor em si mesma.³⁷¹

De modo geral, são dignas de proteção, e tornam-se valores, as regras jurídicas que sejam contempladas pelo ordenamento visto como um “conjunto de princípios e de regras destinado a ordenar a coexistência”, atuando de modo interdependente, unitário e hierarquicamente disposto.³⁷²

Por outro lado, Perlingieri observa que o ordenamento está na dinâmica entre o privado e o público, que não são termos excludentes ou opostos, propugnando uma “reconstrução do ordenamento não em chave antagonista e separada dos interesses públicos e daqueles privados, mas, sim, em uma perspectiva que analise, a cada vez, a sua graduação ou hierarquia normativa, não somente em abstrato, mas, também, em relação à concreta ordem, atendendo às suas peculiaridades objetivas e subjetivas”.³⁷³

³⁶⁹ Marcos Jorge Catalan, Do conflito existente entre o modelo adotado pela Lei 10.406/2002 (CC/2002) e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, cit., p. 230-231.

³⁷⁰ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 277.

³⁷¹ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 279. Marcelo Benacchio apresenta a respeito a seguinte ponderação: “O processo de recuo da teoria da autonomia da vontade, com a compreensão de novas bases para a autodeterminação do indivíduo, fez com que surgisse o novo paradigma nos contratos, qual seja a doutrina da autonomia privada, que é alicerçada nos valores constitucionais da liberdade do indivíduo e da livre iniciativa, como fundamento e limite, respectivamente, permitindo, nesses termos, a consecução da liberdade dos desiguais. Doravante o ordenamento não seria pura e simplesmente garantidor de qualquer vontade do contratante, como se dava no liberalismo, mas da vontade, cuja validade e eficácia social dependesse diretamente de sua funcionalização e conformidade a outros quadrantes estabelecidos pelo ordenamento jurídico.” (*Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual*, cit., p. 46).

³⁷² Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 2.

³⁷³ *Ibidem*, p. 284-285.

Equivale dizer que a harmonia entre público e privado passa necessariamente pela identificação da graduação e da hierarquia entre valores em conflito em cada situação concreta. São tais noções que se pretende transportar para o estudo das invalidades e seus efeitos.

É o próprio Perlingieri, em afirmação plenamente adequada ao tema deste trabalho, que conclui:

“Se o fundamento de cada ramo do direito de um ponto de vista não somente formal, mas também substancial, deriva do quadro constitucional, os atos e as atividades devem ser influenciados, nos seus requisitos de validade e de eficácia e nos seus próprios pressupostos, pela hierarquia dos interesses que resulta da análise das normas de uma Constituição rígida, fonte privilegiada das relações pessoais, econômicas e sociais.”³⁷⁴

O autor pondera ainda que os interesses públicos e privados devem estar presentes em toda “atividade juridicamente relevante”³⁷⁵ E, em passagem que merece ser transcrita pela sintonia que mantém com a matéria em exame, Pietro Perlingieri assegura:

“Além do mais, nem sempre a violação da forma legal provoca a nulidade (veja-se, por exemplo, a alternativa entre nulidade e anulabilidade do testamento por vício de forma nos dois parágrafos do art. 606 Cód. Civ.); mas, sobretudo, a posição deve ser rechaçada porque inspirada numa concepção mecânica da norma inderrogável, como norma à qual seja inerente a nulidade. De fato, mais que – como seria obrigatório – interrogar-se sobre a finalidade e sobre o fundamento da norma no sistema dos valores, prefere-se partir da previsão da nulidade para identificar a inderrogabilidade; ao contrário, assim como a inderrogabilidade representa não o dado inicial, mas o resultado da interpretação, assim a determinação da sanção (nulidade – e diversa graduação das suas conseqüências – anulabilidade ou ineficácia) é o resultado de uma atenta consideração dos valores e interesses envolvidos: a função da norma não se extrai da ‘sanção’ nulidade, mas é a nulidade que deve ser justificada com base na função (pré-individuada) da norma.”³⁷⁶

Embora o autor tenha feito tais observações ao abordar o tema da liberdade das formas nos negócios, é possível estender sua visão para o estudo das invalidades em geral, sob o fundamento de que os valores protegidos é que devem justificar, ou não, a declaração de nulidade ou a decretação da anulação.

³⁷⁴ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 285.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 285.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 290-291.

Tratando do abuso de direito, Fernando de Sá declara ser imprescindível que toda situação jurídica esteja fundamentada por um valor “que vivifica a forma nos mesmos termos em que é o espírito que anima a matéria. Pouco importa que a tal situação caiba a qualificação de direito subjetivo, seja ele qual for, ou a de que qualquer outra prerrogativa jurídica do sujeito”.³⁷⁷

Na impressão de Frederico do Valle Magalhães Marques, a visão pós-positivista preconiza que os princípios gerais do direito tenham papel de destaque na interpretação e aplicação do direito, atuando como “elo entre o direito e a moral, conferindo ao sistema jurídico um alto grau de abertura e uma forte carga valorativa, visualizando-o como um conjunto de regras e princípios”. Na visão do autor, distingue-se da visão positivista que só identifica os princípios gerais nos elementos estabelecidos taxativamente no ordenamento positivado.³⁷⁸

Prossegue observando que a posição é defendida por Dworkin, que critica os positivistas por conceberem o direito apenas como um sistema de regras, e assinala que os princípios indicam “a direção a ser seguida sem possuírem conseqüências jurídicas predefinidas como as regras”, de modo que a eles se atribui uma dimensão de peso e importância que as regras não possuem.³⁷⁹

Desse modo, no direito contratual, é notável a importância dos princípios, que devem ser mensurados em todas as suas fases (negociação, conclusão, execução e extinção).³⁸⁰

Na lição de Nelson Rosenvald, “uma interpretação dos direitos fundamentais de acordo com a Constituição Federal requer inevitável balanceamento entre a liberdade contratual (autonomia privada) e os outros direitos fundamentais, de modo análogo à aplicação da ponderação de valores no direito constitucional”. Desse modo, prossegue, “decisiva será a visualização da relação jurídica material na qual as partes litigantes se

³⁷⁷ Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do direito*, reimpressão, Lisboa: Almedina, 1997, p. 619.

³⁷⁸ Frederico do Valle Magalhães Marques, O princípio contratual da boa-fé: o direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 7, n. 25, p. 53, jan./mar. 2006.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 54-55.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 56-57.

encontram, mediante tarefa de concordância prática, a qual Hesse define como a coordenação proporcional de direitos fundamentais objetivando uma eficácia ótima, mediante uma técnica de proporcionalidade restrita”.³⁸¹

No que tange à intromissão do julgador na vontade das partes, Nelson Rosendal assevera:

“Mas não podemos nos esquecer de que a idéia de relação obrigacional é muito mais ampla que o acordo de vontades que lhe deu início. A extensão e a complexidade do negócio jurídico alcança todos os fatos e conseqüências que gravitam em torno do contrato, ensejando um dinamismo na relação que ultrapassa as previsões dos contratantes. Seria algo semelhante à criação da norma. Há o primeiro momento subjetivo da vontade do legislador. Porém, entrando em vigor desprende-se de seu criador e objetivamente passa a valer por si só.”³⁸²

Fundado na visão pós-positivista do direito, Frederico do Valle Magalhães Marques arremata:

“Assim, conforme ensinamentos da professora Cláudia Lima Marques, a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha importância. Desta forma, deve haver uma nova leitura do contrato, com a adequada conceituação, interpretação, valoração e aplicação dos – novos e, também, dos já consolidados – princípios que gravitam em torno da relação jurídica constituída pelas partes.”³⁸³

Ainda no que tange aos princípios, merece destaque o fato de a constitucionalização do direito privado justificar a extensão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade às relações privadas.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira destaca a crescente adoção de tais princípios pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobretudo no enfrentamento de temas como discricionariedade administrativa e constitucionalidade das leis e atos normativos. O autor registra que a proporcionalidade é diuturnamente aplicada a relações privadas por essa Corte, e observa que as incertezas dos conceitos indeterminados do Código Civil em

³⁸¹ Nelson Rosendal, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 155.

³⁸² *Ibidem*, p. 169.

³⁸³ *Ibidem*, p. 64.

vigor não dispensam a razoabilidade como critério para fixação de seu conteúdo mínimo.³⁸⁴

Em suas conclusões, o doutrinador expõe a síntese de seu pensamento sobre o tema:

“O direito civil e os demais ramos do direito encontram-se constitucionalizados, o que sugere uma releitura dos seus institutos a partir das normas constitucionais.

A aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas e a abertura textual do novo Código Civil, dentre outros fenômenos, demonstram a importância da aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade na concretização da norma jurídica. Ademais, as peculiaridades do caso concreto e os valores envolvidos, especialmente em uma sociedade pluralista, devem ser levados em consideração no processo hermenêutico, maximizando a idéia de justiça. Isto não significa, entretanto, uma renúncia arbitrária à segurança jurídica, pois, em contrapartida, o aplicador do direito deverá utilizar-se de um processo argumentativo mais rigoroso pautado principalmente pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A motivação das decisões judiciais, que constituem um dos principais deveres dos juízes no Estado Democrático de Direito, abre a possibilidade de cobrança e fiscalização do Judiciário por parte dos cidadãos.

Além disso, a recente introdução da súmula vinculante pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A ao texto da Constituição da República, representa um importante instrumento de limitação de possível insegurança jurídica.

Restou estabelecida a distinção entre a proporcionalidade e a razoabilidade, pois enquanto aquela (proporcionalidade) exerce papel importante na resolução de conflitos entre princípios constitucionais, esta (razoabilidade) é utilizada notadamente na concretização das regras jurídicas.”³⁸⁵

Para Alberto Gosson Jorge Junior, a interpretação das normas feita em função dos valores aproxima-se da “jurisprudência de valorações” defendida por Larenz e oferece melhores condições para a adaptação das normas ao caso concreto. E aponta exemplos extraídos da jurisprudência em que “a aplicação de uma regra de direito deveria ceder (caso da secretária norte-americana), ou efetivamente cedeu (caso do condomínio), a um princípio de direito”.³⁸⁶

³⁸⁴ Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no direito civil, *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio e Janeiro, v. 7, n. 25, p. 127, jan./mar. 2006.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 136-137.

³⁸⁶ Alberto Gosson Jorge Junior, *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117.

12 PRINCÍPIOS DA CONFIANÇA E DA APARÊNCIA

Importa, a esta altura, registrar que a invalidade do negócio muitas vezes acarreta violação aos direitos de terceiros, e mesmo do contratante de boa-fé, que têm razões para crer na regularidade do negócio e na produção de seus efeitos.

Tal conflito remete ao princípio da confiança. Ou seja, à confiança depositada na validade e na eficácia de determinado negócio.

Forte em Karl Larenz e Juan Carlos Rezónico, Cláudia Lima Marques observa que a confiança é “um princípio imanente de todo o direito, é uma diretriz das relações contratuais”, uma “fonte autônoma (*Vertrauenstatbestand*) de responsabilidade (*Vertrauenshaftung*)”.³⁸⁷

Ao tomar uma decisão responsável, prossegue a autora, uma pessoa deve poder confiar na atuação alheia e nas condições criadas pelos outros, para poder determinar o resultado de sua ação, de modo que as condutas na sociedade devem fazer nascer expectativas legítimas nos que nelas confiam.³⁸⁸

Para Arruda Alvim:

“O que está implicado no negócio jurídico, inclusive, senão principalmente, como opção do legislador, é a ponderação dos valores da *vontade* e da sua *declaração*, no sentido de ser imaginável pender-se para uma outra. Se se atribuisse valor e significação à vontade, *em detrimento* da declaração que a albergasse, descartando-se *em escala apreciável a declaração* para concluir que a vontade (= vontade íntima, estritamente subjetiva e não objetivada) é diferente da declarada, haver-se-á de questionar como ficaria a *confiança* daquele que na declaração confiou, que, ademais, terá confiado de *boa-fé*. Aquele que quer e que declara o que quis, não tem uma *responsabilidade* em relação àquele a quem a declaração se endereça? São estes valores que gravitam em torno do negócio jurídico, quais sejam: *vontade*, *declaração*, *confiança* (que deve ser atribuída à declaração), em função da *responsabilidade* do que declara, em relação ao outro. Estas realidades é que impende sopesar e

³⁸⁷ Cláudia Lima Marques, Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 57, p. 18-19, 2006.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 19.

equacioná-las em texto – tais como estavam no art. 85 do CC de 1916 e estão no art. 112 do CC. Este último, curialmente, disciplinou melhor o assunto.”³⁸⁹

Cláudia Lima Marques enfrenta o tema do princípio da confiança com afirmações que merecem transcrição:

“Para Larenz, o princípio da confiança tem suas raízes no personalismo ético: a pessoa livre, social e racional determinará a si mesmo (*Selbstbestimmung*), responderá pelos seus atos (*Selbstverantwortung*) e respeitará a dignidade das outras pessoas (*Achtung der Personwürde*), criando maior harmonia nas relações jurídicas.

Como ensina Luhman, a confiança é um elemento central da vida em sociedade e, em sentido amplo, é a base da atuação/ação organizada (*geordneten Handelns*) do indivíduo. A confiança é, portanto, um elemento básico comum ou suporte fático da vida em sociedade (*ein elementare Tatbestand des sozialen Leben*). Ela nos faz atuar, sair de nossa passividade. Como ensina Lotufo, ‘etimologicamente, negócio jurídico não significa um ato, mas um conjunto de atividades: *nec + otium*, que se pode traduzir em não-ócio’.”³⁹⁰

A mesma autora pondera que a confiança “é um padrão mais visual e menos valorativo ou ético, atuando como verdadeiro paradigma mais vinculado a percepções coletivas e ao resultado fático”.³⁹¹

Alberto Trabucchi cuida especificamente do princípio da confiança para as hipóteses em que a vontade do contratante não coincide com a que foi declarada, apontando, então, a divergência entre a vontade e o negócio aparente, e concluindo que ela deve ser solucionada à luz do princípio que tutela o tráfico.³⁹²

Segundo o autor, o princípio da confiança não significa consagrar o valor absoluto da aparência, mas proteção à boa-fé³⁹³. E acrescenta que as exigências da vida impõem aplicação mais humana e menos rígida dos princípios, observando que a confiança será protegida a partir da aparência do que seja digno de credibilidade, procedendo-se a uma valoração objetiva da situação.³⁹⁴

³⁸⁹ Arruda Alvim, A função social dos contratos no novo Código Civil, cit., p. 15.

³⁹⁰ Cláudia Lima Marques, Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado, cit., p. 19-20.

³⁹¹ Ibidem, p. 31.

³⁹² Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 158.

³⁹³ Sobre a boa-fé objetiva, como a presença da ética nos contratos, ver: Álvaro Villaça Azevedo, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*: curso de direito civil, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 28-31.

³⁹⁴ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 158-159.

Celia Weingarten, na tentativa de definir a confiança, assinala:

“Segundo o define o dicionário da Real Academia Espanhola, a palavra confiança indica que é a esperança firme que se tem de uma pessoa, instituição, organização ou situação concreta e definida.

O sociólogo e economista Francis Fukuyama a define como a ‘expectativa que surge dentro de uma comunidade de comportamento normal honesto e cooperativo, baseada em normas comuns compartilhadas por todos os membros dessa comunidade’, e se conforma em um consenso social estruturado sobre pautas culturais e valores morais transmissíveis genericamente em um âmbito de normalidade ou de indução; é aí, então, que a confiança se objetiva e se acumula como um capital social intangível.”³⁹⁵

Em seguida, centrada no pensamento de Niklas Luhmann, afirma que a confiança emerge de expectativas de continuidade que formam princípios seguros pelos quais podemos conduzir nossas vidas cotidianas.³⁹⁶

Alberto Trabucchi observa que é possível recorrer ao conceito de risco para reconhecer a responsabilidade daquele que, sem culpa, desperta a confiança alheia: “Por isso, em lugar de se pensar em atribuir à responsabilidade o mesmo valor da vontade, é preferível recorrer ao conceito de risco ao qual se expõe o que desperta sem culpa confiança em outro.”³⁹⁷

O autor italiano alerta para a necessidade de se estabelecerem limites à tutela da confiança e da aparência e invoca exemplo de nulidade fundada em violência ou falsidade em que não se justifica a prevalência do interesse do terceiro em prejuízo do interesse da vítima do negócio inválido.³⁹⁸

A observação é relevante. De fato, a tutela da confiança, assim como a dos interesses dos envolvidos nos contratos eivados de vício ou ilegalidade, só pode ser assegurada se houver um valor soberano que a justifique. Não se pode, antecipadamente e em caráter absoluto, consagrar a invalidade ou a validade do contrato ou negócio, sem

³⁹⁵ Celia Weingarten, *La confianza en el sistema jurídico*, Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, p. 45.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 46.

³⁹⁷ No original: “*Per questo, anziché pensare di attribuire alla responsabilità lo stesso valore della volontà, si preferisce ricorrere al concetto di rischio al quale si espone chi há causato l'altrui affidamento non colposo.*” (Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 159 – Nossa tradução).

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 159-160.

confrontar os valores a proteger: validar ou invalidar o negócio, ou prestigiar seus efeitos são questões a serem solucionadas sempre tendo em conta os valores e princípios envolvidos no conflito.

Alberto Trabucchi, tratando do direito italiano, pondera que a anulação não atingirá interesses de terceiros quando eles agirem de boa-fé e houverem adquirido direitos a título oneroso, mas a proteção não terá a mesma intensidade nos casos de negócios nulos³⁹⁹. Contudo, recorda que a transcrição da demanda destinada a decretar a anulação ou a nulidade do negócio no Cartório de Registro de Imóveis após cinco anos da celebração não poderá prejudicar interesses de terceiros que tenham realizado negócios com amparo no pacto nulo ou anulável, se tiverem agido de boa-fé e transcrito o novo negócio antes da averbação da demanda.⁴⁰⁰

No exemplo oferecido pelo autor, Tizio aliena um bem a Caio por negócio nulo em 30 de abril de 2000. Em seguida, doa o bem a Sempronio, que o recebe de boa-fé e registra a doação em 2002. Posteriormente, Tizio ajuíza ação para declaração de nulidade do negócio. Se a averbação da ação ocorrer após cinco anos da realização do contrato (abril de 2005), a sentença de procedência não poderá atingir os direitos de Semprônio, o que será possível se a transcrição ocorrer antes da referida data.⁴⁰¹

No direito italiano, pois, é possível identificar a hipótese como de negócio nulo que produz efeitos válidos e eficazes em relação a terceiros, por expressa previsão legal.

Cuida-se de reconhecer, portanto, que a aparência de validade do negócio nulo – que, portanto, não poderia produzir efeito algum, segundo a clássica doutrina –, acaba por ter efeitos regulares, como se válido fosse, exclusivamente porque desperta a confiança dos terceiros, que merecem, por opção do legislador, proteção superior à que se pretendia conferir ao interesse público consagrado como causa de nulidade.

Ainda que estabelecendo um prazo limite para a incidência do efeito protetivo, o dispositivo é exceção à regra geral de que negócios nulos não produzem efeito. Reconhece,

³⁹⁹ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 160.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 227.

⁴⁰¹ *Ibidem* mesma página.

nessa passagem, que há hipóteses em que valores superiores à proteção de interesses públicos que geram a nulidade justificam a preservação de sua eficácia.

Celia Weingarten aduz que a confiança é um centro de atribuição de efeitos negociais – o que se opõe, segundo a autora, à dogmática tradicional, para quem a autonomia da vontade, exclusivamente, é criadora de efeitos jurídicos. De todo modo, prossegue, o contrato não esgota as possibilidades de criação de obrigações, pois ele não contempla todas os fenômenos sociais. Assim sendo, “a socialização do direito contratual” mitiga a afirmativa de que a autonomia da vontade é o principal centro de constituição de obrigações.

Para a autora, portanto:

“Hoje se admite a existência de vínculos contratuais válidos em casos em que a estrutura do ato jurídico – base da conformação contratual (discernimento, intenção e vontade) – está irremediavelmente afetada; pois apesar da nulidade do contrato, considerações sociais e econômicas fazem que o ordenamento jurídico se veja obrigado a recorrer à ‘ficção’, aceitando-os como válidos.”⁴⁰²

Tal afirmação, segundo Celia Weingarten, indica que as obrigações estão se amparando cada vez mais em critérios objetivos, mais distantes da obediência ao acordo de vontades. O princípio da confiança desempenha então importante papel, ao contribuir para a compreensão das razões pelas quais o negócio nulo pode produzir efeitos, apesar da invalidade.⁴⁰³

Em trecho de grande interesse para o enfrentamento do tema dos efeitos válidos do negócio nulo, a autora afirma:

“Não é, então, a vontade que fundamenta o contrato, como o postula a teoria clássica, mas a confiança juridicamente protegida. A vontade é apenas um dos centros de imputação de efeitos negociais, mas se encontra enormemente reduzida na atualidade, sendo hoje o contrato de negociação individual a exceção, sendo o modelo prevalente o de adesão. Existem efeitos jurídicos que não estão conectados a uma declaração de vontade, mas sim a uma situação objetiva à qual o ordenamento atribui efeitos jurídicos. Do ponto de vista da empresa, ela se obriga em função

⁴⁰² Celia Weingarten, *La confianza en el sistema jurídico*, cit., p. 124.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 124-125.

da aparência e da expectativa jurídica criada, e do ponto de vista do consumidor implica uma aceitação da aparência que decorre da confiança.”⁴⁰⁴

Em função da confiança depositada na outra parte, surgem legítimas expectativas que o contratante tem direito de ver protegidas.

A confiança como princípio merecedor de proteção nas relações jurídicas se relaciona à aparência que, muitas vezes, haverá de prevalecer em relação à realidade e atuará como fonte de direito. Aquele que contribui para a aparência de determinada situação fica obrigado a assegurá-la, uma vez que terá produzido na outra parte uma sensação de confiança naquilo que aparenta ser.

Os elementos identificadores da aparência merecedora de proteção pelo ordenamento jurídico são: “a) um elemento objetivo ou material que alude a uma situação de direito representado por um conjunto de signos exteriores que por sua semelhança ou reiteração no tempo permite albergar expectativas jurídicas; b) um elemento subjetivo ou psicológico que alude à situação concreta de quem invoca a aparência em seu favor”.⁴⁰⁵

Celia Weingarten afirma que o contratante atua com amparo na aparência e é necessário que não tenha podido conhecer a verdadeira realidade, o que distingue o instituto e outros “modelos normativos abstratos que valoram a conduta dos indivíduos de forma uniforme”. E o elemento objetivo que caracteriza a aparência é a intensidade ou a potencialidade de induzir um comportamento, que deve ser conjugado com o elemento subjetivo, para que se verifiquem as condições da pessoa de se convencer daquela falsa realidade.⁴⁰⁶

Claudia Lima Marques sustenta que “quando uma pessoa toma uma decisão responsabilmente deve poder razoavelmente determinar seu resultado, mas, em última análise, deve poder confiar na atuação de outros e nas condições e relações criadas por outros para também poder atuar”.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Celia Weingarten, *La confianza en el sistema jurídico*, cit., p. 125-126.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 133.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, mesma página.

⁴⁰⁷ Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, cit., p. 188.

E prossegue:

“Para Larenz, o princípio da confiança tem suas raízes no personalismo ético: a pessoa livre, social e racional determinará a si mesmo (*Selbstbestimmung*), responderá pelos seus atos (*Selbstverantwortung*) e respeitará a dignidade das outras pessoas (*Achtung der Personwürde*), criando maior harmonia nas relações jurídicas.

Como ensina Luhmann, a confiança é um elemento central da vida em sociedade e, em sentido amplo, é a base da atuação/ação organizada (*geordneten Handelns*) do indivíduo. A confiança, é, portanto, um elemento básico comum ou suporte fático da vida em sociedade.”⁴⁰⁸

Após relacionar a confiança à aparência, a autora registra:

“Em 2004, na França; aparece a tese premiada de Danis-Fatôme, que reconhece que a aparência é um mecanismo em expansão (*mécanisme en expansion*) no direito privado com reflexos profundos nos contratos bilaterais, uma nova espécie de triunfo dos fatos sobre o direito (*au triomphe du fait sur le droit*). Chega ele mesmo a afirmar que hoje a aparência de um ato ou relação se substitui ao próprio contrato ou por vezes é a verdadeira base do contrato. A autora recomenda que a aparência seja reconhecida, em norma positiva, como criando direitos em casos de expectativa legítima (que a autora denomina ‘*croyance legitime*’), considerando a boa-fé subjetiva (*bonne-foi-croyance*) como uma condição prévia (*condition sine qua non*) para que a aparência afaste as outras normas. Concluindo, preconiza a criação de um novo efeito obrigatório da informação, mesmo que falsa e na publicidade, se a aparência cria expectativas legítimas) em pessoas de boa-fé, preconiza também a ineficácia de cláusulas escondidas (*clauses ‘cachées*’), enfim, uma juridicização maior da aparência no direito civil dos contratos.”⁴⁰⁹

Zeno Velos faz coro a tais conclusões, observando que o desfazimento de situações constituídas com amparo na aparência de legitimidade pode prejudicar enormemente pessoas de boa-fé “que confiaram no que era confiável para o comum dos homens, agride e conturba, também os postulados da certeza e segurança do direito”. E prossegue: “A segurança é um princípio tão necessário e importante quanto o da legalidade”.⁴¹⁰

Em suas reflexões sobre o tema, Claudia Lima Marques nota que na nova teoria contratual predominará a declaração da vontade e sua aparência, em detrimento da vontade

⁴⁰⁸ Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, cit., p. 189.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 193-194.

⁴¹⁰ Zeno Veloso, *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 363-364.

interna, prestigiada pela doutrina tradicional. E critica os que valorizam o dogma da vontade em detrimento da segurança das relações jurídicas. Arremata, afirmando:

“Enquanto a *Willenstheorie* de Savigny valoriza o dogma da vontade, como criadora e única legitimadora do vínculo, peca por desconsiderar a necessidade de segurança das relações jurídicas. Assim, propõe a anulação do contrato mesmo tendo em vista a dificuldade de prova da vontade interna da pessoa, e uma eventual boa-fé do outro contraente ou de terceiro que adquiriu o bem. A teoria da confiança (*Vertrauensstheorie*), abrandamento da antiga declaração, valoriza-se mais a vontade declarada do que a vontade interna, tudo como o fim de dar maior certeza e segurança às relações contratuais.

É o elemento social, representando pela *confiança* ganhando força em significação. De modo que, pela teoria da confiança, hoje majoritária admite-se a responsabilidade de quem, por seu comportamento na sociedade, fez nascer no outro contratante a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações.”⁴¹¹

É adequado, pois, invocar o pensamento de Claudia Lima Marques para sustentar que, nas hipóteses de negócios nulos, pode haver justificativa para, em nome da proteção da confiança, das legítimas expectativas, da segurança das relações jurídicas, prestigiar sua eficácia sempre que a contrariedade à norma que decreta sua invalidade for desproporcional ao efeito sancionatório previsto.

No que tange à confiança, Paulo Mota Pinto pondera que sua incidência vai desde a mera proteção indenizatória até o reconhecimento da eficácia definitiva do negócio⁴¹². E acrescenta que esse princípio é freqüentemente associado ao da proteção do tráfico jurídico, ou seja, no “interesse geral na certeza das transações, de suma importância para a realidade econômica”.⁴¹³

Hélio Borghi afirma que o fundamento da teoria da aparência é “justamente a imperiosidade de ordem social e, portanto, política, de se garantir a estabilidade aos negócios jurídicos, dando, assim, integral validade aos interesses legítimos que procedem de modo correto em seus atos”.⁴¹⁴

⁴¹¹ Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, cit., p. 212.

⁴¹² Paulo Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento contudente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 429.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 430.

⁴¹⁴ Hélio Borghi, *Teoria da aparência no direito brasileiro*, São Paulo: Lejus, 1999, p. 45.

Na lição desse autor:

“A aparência do direito produzirá efeitos semelhantes à realidade de direito, não sendo de se levar em grande consideração a afirmação, já aludida, de que tais efeitos prejudicarão os interesses do verdadeiro titular do direito, pois este dispõe, normalmente, de meios legais para impedir que alguém ilegitimado possa usurpar seus direitos; mas, se porventura não usar ou não puder dispor de tais meios deve, então, respeitar a situação do terceiro que agiu com correção no negócio jurídico ultimado, levando em conta a consideração da aparência de direito em relação ao outro agente do negócio (o não titular do verdadeiro direito). Nesta hipótese, resta ao titular do direito a possibilidade de pleitear a reparação dos prejuízos sofridos, em face ao titular aparente.”⁴¹⁵

Mais uma vez, pois, é correto extrair das lições referidas que o que se tem em vista no campo das invalidades são os valores a tutelar. Prestigiam-se os que forem mais dignos de proteção, mais relevantes do ponto de vista do equilíbrio das relações sociais e mais úteis à preservação de uma organização solidária no campo das relações jurídicas. Se tais valores forem prestigiados pela manutenção do contrato que o ordenamento relaciona entre os passíveis de nulidade, não se haverá de declarar a invalidade que, como sanção, deve ser justificada pela violação às mesmas finalidades indicadas.

⁴¹⁵ Hélio Borghi, *Teoria da aparência no direito brasileiro*, cit., p. 45.

13 PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO

Para Leonardo Mattietto é necessário um exame crítico da teoria das nulidades, sobretudo em virtude da consagração do princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos enfatizado pela previsão expressa do instituto da conversão no artigo 170 do Código Civil.⁴¹⁶

O autor esclarece, a propósito:

“Sobre o fundamento do princípio da conservação não se pode deixar de dar razão a Eduardo Correia, quando afirma que a ordem jurídica não é inimiga dos interesses dos indivíduos e do desenvolvimento da vida social: ‘A ordem jurídica não é tabu que fulmine totalmente tudo que lhe não é conforme, mas, muito ao contrário, meio de garantir a consecução dos interesses do homem e da vida social; não é inimiga da modelação dos fins dos indivíduos – mas ordenadora e coordenadora da sua realização. Por isso, só nega proteção, ou, vistas as coisas por outro lado, só sanciona, quando e até onde os valores ou interesses que presidem a tal coordenação ou ordenação o exigem. E a idéia domina toda a teoria dos negócios jurídicos’.”⁴¹⁷

O autor observa que nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos ficou estabelecido que “as cláusulas do contrato devem ser interpretadas no sentido de que são lícitas e eficazes” e que os Códigos franceses, italiano, espanhol e português previram expressamente o princípio da conservação, admitido, acrescenta, pela doutrina alemã, austríaca e inglesa.⁴¹⁸

Leonardo Mattietto afirma que o princípio da conservação é instrumento útil à nova dogmática contratual, porque está relacionado à boa-fé objetiva, “impedindo que se frustrem, ao menos parcialmente, os efeitos pretendidos com a atuação jurídico-negocial das partes”.⁴¹⁹

Mais adiante, pondera:

⁴¹⁶ Leonardo Mattietto, Invalidez dos atos e negócios jurídicos, cit., p. 309.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 336.

⁴¹⁸ Ibidem, p. 336.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 342.

“O contrato não materializa apenas uma operação econômica. Como instituto que integra a ordem jurídica em que o valor fundamental é o da dignidade da pessoa humana (Constituição de 1988, art. 2º, III), é funcionalizado a obsequiar as situações subjetivas existenciais de que participa a pessoa, realizando uma verdadeira função social, com fins que transcendem as meras expectativas das partes e importam, ao invés, para a própria sociedade. Logo, também os valores existenciais da pessoa humana devem ser sopesados, além daqueles de cunho patrimonial, ao proceder-se a conversão.”⁴²⁰

Raquel Campani Schmiedel leciona que:

“A salvaguarda do negócio jurídico, ou seja, o fato de se aproveitar o mínimo dos elementos constitutivos do suporte fático para obtenção do máximo de eficácia, é a idéia essencial contida no princípio da conservação. Mediante o aperfeiçoamento de tais elementos supre-se o defeito que inquinava o negócio jurídico e impede-se que seja fulminado com a sanção da nulidade, do que decorre a eficácia pretendida.”⁴²¹

Claudio Luiz Bueno de Godoy, sobre a função social do contrato, cuida do princípio da conservação e destaca a necessidade de se “procurar o máximo de eficácia dessa que, afinal, é forma de circulação de riquezas mas, primeiro até, instrumento da promoção da dignidade humana e do solidarismo social – o contrato”.⁴²²

Em nome desse princípio é que “quando possíveis interpretações diversas, opte, em vez daquela que a recusa, pela que garanta eficácia ao contrato. Ou, em diversos termos, se uma interpretação nega efeito ao contrato e outra garante, por essa última deve-se guiar o intérprete”.⁴²³

⁴²⁰ Leonardo Mattietto, *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*, cit., p. 343.

⁴²¹ Raquel Campani Schmiedel, *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 41.

⁴²² Claudio Luiz Bueno de Godoy, *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 167.

⁴²³ *Ibidem*, p. 168.

14 PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*) E NEGÓCIOS NULOS

Menezes Cordeiro aponta o *venire contra factum proprium* “numa de duas situações: quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar estritamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue”.⁴²⁴

No caso específico das nulidades, o autor português afirma o seguinte:

“A pessoa que manifeste a intenção de praticar um acto e, a isso, não fique vinculada, integra, normalmente, a previsão de um negócio inexistente ou inválido. A hipótese mais corrente é a da nulidade. Considerar-se que essa pessoa, caso se retrate, incorre em *venire contra factum proprium*, representa uma limitação à própria estatuição de nulidade, em termos de ponderação delicada.

O agrupamento de *facta propria* opera, neste campo, com base no tipo de nulidade, podendo ser antecedido de classificação prévia que atenda à natureza do negócio ferido.”⁴²⁵

Entre as hipóteses específicas a que se refere Menezes Cordeiro, estão alguns de nulidade que, por sua natureza, não poderiam se sujeitar à regra do *venire contra factum proprium*: a hipótese de um advogado que contrata honorários muito inferiores ao mínimo legal, o que contraria norma imperativa; aquela em que um filho postula a declaração de nulidade por ausência de anuência formal com doação a outro filho; e a situação de nulidade fundada na ocorrência de vício por aprovação de negócio aprovado em assembléia de sócios de que todos participaram, quando o ato legalmente previsto seria a aprovação pelo conselho fiscal.⁴²⁶

Vale recordar ainda a afirmação de Fernando Noronha, no sentido de que nulidades resultantes de descumprimento de solenidade exclusivamente probatória não

⁴²⁴ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 747.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 749.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 749-750. Observe-se que são hipóteses oferecidas pelo autor à luz da legislação alemã.

podem ser invocadas por quem estiver cumprindo normalmente o contrato, a despeito de suas nulidades, em decorrência do princípio que veda comportamentos contraditórios.⁴²⁷

Embora afirme que o princípio da boa-fé objetiva não basta para justificar a vedação da proibição do comportamento contraditório, Menezes Cordeiro afirma que esse último é concretização daquele⁴²⁸. Na opinião do autor, a teoria da confiança acrescenta um fundamento ao tema: não se pode alterar o comportamento anterior se ele suscitou confiança nas pessoas. Não se trata de vincular eternamente as pessoas a certo comportamento, mas simplesmente de não frustrar a confiança livremente despertada.⁴²⁹

Menezes Cordeiro, com percuciência, observa que não são todas as situações que impedirão comportamento contraditório, o que permite a oportunidade de aplicar ou não o princípio, conforme a situação concreta em exame.⁴³⁰

O *venire contra factum proprium* é princípio meramente objetivo, que independe de culpa ou de discernimento, segundo parte da doutrina a que se reporta Menezes Cordeiro, que, porém, adverte para a necessidade de não se perder de vista que também o negócio jurídico – e o autor se refere aqui aos seus elementos essenciais e à capacidade de quem declara – é digno de proteção como valor essencial ao ordenamento.⁴³¹

Ao examinar a proibição do comportamento contraditório em face dos principais sistemas jurídicos, Anderson Schreiber esclarece:

“O *venire contra factum proprium* – o ir contra os próprios atos – encontrava-se, assim, inserido no âmbito da autonomia privada do indivíduo, que era livre para contrariar o seu próprio comportamento, para alterar suas posições e dar o curso que bem entendesse à sua vontade, independentemente das expectativas eventualmente despertadas pela sua conduta. Além disto, um dever de manutenção de comportamento coerente pareceria retrógrado, desconforme mesmo ao espírito de revolução e rompimento com as instituições pretéritas. Tudo que se pretendia era negar o passado, e a história demonstra que, em momentos assim, a coerência não costuma ser um imperativo.”⁴³²

⁴²⁷ Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 188.

⁴²⁸ Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 752-753.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 756.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 756.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 760-761.

⁴³² Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39.

As modificações sofridas pela teoria do contrato, porém, acarretaram uma “releitura do direito privado, que, menos obcecada por proteger a autonomia privada como espaço exclusivo de liberdade individual, se empenhe em remodelar o núcleo interno desta mesma autonomia, e de verificar, em cada caso concreto, a sua legitimidade à luz dos valores da sociedade contemporânea, em especial à noção de solidariedade, como respeito à condição humana de todas as pessoas”.⁴³³

Nesse novo contexto, a autonomia privada se condiciona aos valores ditados pela Constituição, com destaque para a dignidade da pessoa humana e a solidariedade: “Na perspectiva liberal, o direito atentava tão-somente para a vontade do praticante da conduta, na perspectiva solidarista, o enfoque se estende também, e com especial importância, sobre o destinatário do ato, ou aqueles que sofram seus reflexos.”⁴³⁴

A circunstância de o negócio ser nulo por infringir norma imperativa não poderia, em princípio, ser superada pelo comportamento da parte que, prevalecendo-se de conhecer a causa da invalidade – enquanto a outra parte a ignora – tira proveito desse fato. No entanto, se o conteúdo da reprovação da lei, segundo Werner Flume, não significa reprovação do ordenamento, mas apenas se relaciona à atuação negocial e ao negócio em si, “é adequado limitar a nulidade entendida como não vigência do negócio jurídico no sentido de negar a um dos contratantes a reclamação da nulidade em consideração a seu comportamento, isto é, valha em relação a ele se o outro postula a invalidez”.⁴³⁵

Tal posição implica, portanto, no reconhecimento de que há hipóteses de nulidade cujo fundamento não prevalece em relação à boa-fé e a valores que superam a causa determinada pela lei para acarretar a nulidade.

No Código Civil, Anderson Schreiber aponta, dentre outros, o artigo 175 como exemplo de codificação do princípio que veda o comportamento contraditório: a

⁴³³ Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 55.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁴³⁵ Werner Flume, *El negocio jurídico*, cit., p. 654.

confirmação expressa ou a execução voluntária do negócio anulável importa extinção de todas as ações, ou exceções, de que o devedor dispuser em relação a ele.⁴³⁶

O autor identifica em nosso sistema a mesma contradição que se identificava nos sistemas europeus de oito séculos atrás, consistente em conviverem disposições que proíbem, com as que autorizam o comportamento contraditório. E registra que as “disposições permissivas não correspondem a situações iníquas, abusivas ou ilegítimas, mas situações em que parece razoável admitir o comportamento contraditório”.⁴³⁷

Para superar tal incoerência, a doutrina passou a buscar o verdadeiro fundamento da proibição do comportamento contraditório: a boa-fé objetiva.⁴³⁸

Segundo Anderson Schreiber, uma das funções da boa-fé objetiva é a de “impedir exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas”. Cuida-se da incidência da boa-fé em sentido negativo, que implica vedação de comportamentos contratualmente estabelecidos, mas que não atendem à cláusula geral de boa-fé. Mesmo portanto que aparentemente lícito, o exercício do direito correspondente torna-se inadmissível, por contrariar a boa-fé.⁴³⁹

Contudo, “a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhe prejuízos”. Do contrário, sem que tenham sido violadas tais expectativas, “não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior”.⁴⁴⁰

Teresa Negreiros adverte que não são todas as expectativas que justificam a incidência do princípio que veda o comportamento contraditório. É necessário que “à luz das circunstâncias do caso, estejam devidamente fundadas em atos concretos (e não

⁴³⁶ Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 69.

⁴³⁷ Ibidem, p. 74-75.

⁴³⁸ Ibidem, p. 76.

⁴³⁹ Ibidem, p. 83-84.

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 90.

somente indícios) praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram confiar na manutenção da situação assim gerada. Mais que isso, o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé objetiva quando não for justificável e, ainda, quando a reversão de expectativas assim ocorrida gere efetivos prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída”.⁴⁴¹

Em abordagem de grande interesse ao tema específico do presente trabalho, Anderson Schreiber registra que nem sempre a vedação ao comportamento contraditório visa à manutenção do comportamento anterior em si, pois ele, em alguns casos, pode ser “antijurídico e o interesse normal do direito seria promover a sua contradição”.⁴⁴²

Tais ponderações são adequadas às situações em que o negócio nulo pode ter sua validade ou seus efeitos prestigiados por conta de um comportamento contraditório do contratante a quem beneficiaria a declaração de nulidade.

Anderson Schreiber nota que nas hipóteses em que o Código Civil autoriza o comportamento contraditório, inexistente a confiança ou ela é “desprestigiada diante de outros elementos que o legislador presume mais relevantes na situação fática contemplada”.⁴⁴³

A proibição do comportamento contraditório tutela a confiança e “aplica-se primordialmente àqueles atos que não são originalmente vinculantes e sobre cuja possibilidade de contradição o legislador não se tenha manifestado expressamente. Sua aplicação é, por esta razão, dita muitas vezes subsidiária, porque restrita àquele campo em que há não há a incidência direta de norma específica autorizando ou proibindo o comportamento incoerente”.⁴⁴⁴

Segundo Anderson Schreiber, a tutela da confiança atribuiu novos contornos ao *venire*, de maneira que ele não representa mera proibição à incoerência, mas sim “um princípio de proibição à ruptura da confiança, por *meio* da incoerência”. Assim sendo, prossegue, “a incompatibilidade ou contradição deixa de ser vista como objeto da repressão para passar a ser tão-somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que

⁴⁴¹ Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 147-148.

⁴⁴² Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 91.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 94-95.

verdadeiramente se protege: a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial”.⁴⁴⁵

Em geral, é da cláusula geral de boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil que se extrai o fundamento normativo do *nemo potest venire contra factum proprium*. E o mesmo se verifica em outros sistemas normativos.⁴⁴⁶

Na lição de Schreiber, “o *nemo potest venire contra factum proprium* desempenha um papel mais amplo do que um princípio geral de direito, sendo aplicável a todas as relações que se incluam no âmbito daquela cláusula geral”; afasta-se do sentido clássico de princípio como mero meio subsidiário, para atuar com um “significado de um comando de conteúdo não-casuístico, genérico, abrangente de uma série relativamente ampla de situações”.⁴⁴⁷

Para Anderson Schreiber, o princípio em exame tem fundamento constitucional na solidariedade social consagrada pelo artigo 3º da Constituição Federal, o que não exclui a utilidade da adoção da boa-fé objetiva do artigo 422 do Código Civil para facilitação de sua incidência.⁴⁴⁸

Parte da doutrina busca o fundamento do *nemo potest venire contra factum proprium* no abuso de direito. Contudo, o abuso de direito e a boa-fé objetiva não se excluem para fins de fundamentar a vedação do comportamento contraditório. O abuso de direito resulta de uma das funções da boa-fé objetiva, consistente em impedir ações contrárias ao resultado socioeconômico do exercício desse mesmo direito, com lesão a direitos alheios.

Na leitura do artigo 187 do Código Civil, o abuso resulta não apenas da contrariedade à boa-fé, mas também de sua finalidade econômico-social e aos bons costumes e, nesse aspecto, tem conceito mais amplo que o da boa-fé. Nos casos em que a

⁴⁴⁵ Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 95.

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 96-97.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 98.

⁴⁴⁸ Ibidem, p. 101-103.

boa-fé impõe comportamentos e serve de critério de interpretação e integração, ela tem abrangência maior que o abuso.

Desse modo: “O *venire contra factum proprium* inclui-se exatamente nesta categoria: um abuso do direito por violação à boa-fé.”⁴⁴⁹

Para identificação dos pressupostos da aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório, não se deve perder de vista que sua função é proteger a confiança. À luz desse objetivo, os pressupostos desse princípio, segundo Anderson Scheiber, são: a) o fato próprio, ou a conduta inicial; b) a legítima confiança em determinado sentido de comportamento; c) o comportamento contraditório objetivamente considerado; e d) um dano ou potencial de dano.⁴⁵⁰

O fato próprio, como conduta humana que inicia relações jurídicas, não pode gerar, ele próprio, a vinculação de comportamento, como ocorre com os contratos, pois esses já são vinculantes por força do próprio direito positivo, independentemente da confiança despertada pela coerência da conduta. O *factum proprium* deve ser, em princípio, não vinculante. Passará a sê-lo ao “gerar confiança legítima na sua conservação”.⁴⁵¹

Em virtude de o fato próprio ser em princípio irrelevante para o direito positivo – e por isso mesmo tornar necessário proteger a confiança –, Anderson Schreiber identifica nessa circunstância a “mais nobre função, qual seja, a de correção das injustiças provocadas pelo formalismo excessivo do sistema jurídico positivo”.⁴⁵²

O segundo dos pressupostos referidos – a confiança legítima – não se relaciona ao aspecto subjetivo do tema, mas a uma identificação objetiva extraída do fato próprio, a ser reconhecida em cada situação concreta.

⁴⁴⁹ Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 114.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, 124.

⁴⁵¹ *Ibidem*, 129.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 129-130.

Anderson Schreiber faz referência a algumas situações não cumulativas, indicativas da confiança despertada: gastos e despesas provocadas pelo fato, publicidade da expectativa, medidas adotadas ou de abstenção provocadas pelo fato próprio, ausência de qualquer sugestão de mudança futura do comportamento.⁴⁵³

A confiança deve também ser legítima, ou seja, encontrar elementos que lhe dêem sustentação no fato inicial. Por isso, se houve ressalva expressa da probabilidade de alteração de comportamento, se a confiança é produto do exagero de credibilidade do confiante, se há má-fé de quem invoca a confiança, não há legitimidade em sua tutela.

O terceiro requisito para a adoção do princípio da proibição do comportamento contraditório é a contradição de comportamentos, que haverá de ser objetivamente constatada, dispensando-se a averiguação do elemento intencional ou subjetivo. Tal conclusão resulta da superação do voluntarismo e do próprio conceito de boa-fé objetiva.⁴⁵⁴

Anderson Schreiber destaca o uso de expressões diversas pela doutrina para se referir ao comportamento contraditório, sempre sinalizando para a natureza aparentemente lícita da conduta contraditória, uma vez que se o direito positivo já o considera ilícito, a sanção resulta da lei, independentemente da tutela da confiança e da solidariedade.⁴⁵⁵

Nada impede que os comportamentos contraditórios sejam simultâneos e não sucessivos, com o que não está de acordo a posição doutrinária majoritária. A confiança a tutelar não se forma no momento da prática da conduta, mas sim posteriormente, quando se verifica sua repercussão, e essa circunstância justificaria o reconhecimento do *venire contra factum proprium* também para comportamentos simultâneos. Dessa forma, “comportamentos contraditórios simultâneos podem ensejar confiança legítima e atrair a aplicação do *venire contra factum proprium* desde que tenham repercutido em momentos diferenciados sobre o titular da confiança”.⁴⁵⁶

⁴⁵³ Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 134-135.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 137.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 137-139.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 143-144.

De modo amplo, é possível dizer que o princípio que veda comportamento contraditório impõe a todos uma vinculação a seus próprios atos, ainda que eles não sejam dotados de requisitos exigidos pelo direito positivo. Destarte, o fundamento desse princípio é “a confiança na coerência daquele que pratica o *factum proprium*” e ela pode ser despertada em todos aqueles em quem venha a repercutir, e não apenas naquele a quem é direcionado.⁴⁵⁷

Dentre as conseqüências do princípio que veda o comportamento contraditório, estão a de impedir a conduta contraditória e a de impor o dever de reparar o dano provocado. O principal, porém, não é obrigar a reparar danos, mas sim o de impedir a conduta.⁴⁵⁸

O princípio que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium nulli concidentur*) “exprime a reprovação social e moral que recai sobre aquele que assuma comportamentos contraditórios”⁴⁵⁹. No entanto, para não bloquear por completo as ações humanas, somente em casos especiais as pessoas são impedidas de agir contra seus atos anteriores, esclarece Menezes Cordeiro, que aponta, entre os exemplos que oferece, indica o cumprimento voluntário do negócio inválido e uma situação de aparência que desperta a confiança das pessoas.⁴⁶⁰

Aproxima-se da doutrina dos atos próprios – ou *venire contra factum proprium* –, o *estoppel*, oriundo do direito britânico, definido como “a doutrina em virtude da qual alguém, por seu modo de agir, com palavras ou atos, produz no outro a crença racional de que certos atos são certos e se conduz com base nessa crença, impedindo o primeiro de negar a conduta que representou com suas palavras ou conduta, quando a negativa haveria de redundar em seu benefício e no prejuízo alheio”.⁴⁶¹

⁴⁵⁷ Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 147-148.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 154-155.

⁴⁵⁹ Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português: parte geral*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 2000, v. 1, t. 1, p. 251.

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 251.

⁴⁶¹ Alejandro Borda, *La teoría de los actos propios*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 25.

Segundo Alejandro Borda, a figura do *estoppel* anglo-saxão contribui para a formação alemã da doutrina do *venire contra factum proprium*⁴⁶². O princípio, porém, é definido por ele como a “paralisação do exercício de um direito”, que sanciona a deslealdade do titular que surpreende o adversário, após ter assumido uma primeira atitude passiva. Desse modo, aquele que tinha identificado na conduta do outro uma aparência de que ele não exerceria o direito é surpreendido pelo comportamento oposto, o que configura abuso de direito, ainda que não haja decorrido o prazo prescricional⁴⁶³. Para o autor, a incidência do princípio depende de que o silêncio do titular do direito gere convicção na outra parte da sua intenção de renunciar a esse direito.⁴⁶⁴

Alejandro Borda considera que o *venire contra factum proprium* tem amparo na boa-fé, na tutela da confiança despertada pelo comportamento.⁴⁶⁵

Ao examinar o conceito da teoria dos atos próprios, Alejandro Borda observa que os autores a identificam com o *nemo potes venire contra factum proprium* e reconhece que ambos se identificam, em linhas gerais.⁴⁶⁶

De fato, a definição oferecida à teoria dos atos próprios por Alejandro Borda revela a proximidade dos conceitos: “Uma regra de direito derivada do princípio geral de boa-fé, que sanciona como inadmissível toda pretensão lícita, mas objetivamente contraditória com relação a comportamento anterior efetuado pela mesma pessoa.”⁴⁶⁷

Aparentemente, o autor distingue ambos apenas por atribuir conceito mais restrito ao *nemo potest venire contra factum proprium*, que significaria apenas a impossibilidade de exercer direito de modo contraditório com comportamento anterior. Tal conclusão se reforça na passagem de sua obra em que a teoria dos atos próprios deve orientar a conduta das pessoas em três aspectos: dar o que é devido para não contrariar conduta anterior; não provocar danos a interesse alheio, nem abusar dos próprios direitos; e “dar mesmo o que

⁴⁶² Alejandro Borda, *La teoria de los actos propios*, cit., p. 41.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁶⁵ Alejandro Borda, *La teoria de los actos propios*, cit., p. 43 e 54. Segundo ele, o princípio da boa-fé implica exigir que as pessoas atuem de acordo com o padrão de conduta social exigível pela ética vigente, de maneira a cooperar e despertar a confiança das outras em suas declarações, que devem ser cumpridas, o que limita o exercício de direitos subjetivos (*Ibidem*, p. 61).

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 53.

não é devido para não descumprir a obrigação de ser devedor de uma doação anterior que jamais poderá ser devolvida nem a Deus, nem à humanidade”⁴⁶⁸. Tal afirmação indica que o autor identifica na teoria dos atos próprios uma maior abrangência, capaz de compreender o *nemo potest venire contra factum proprium*.

Alejandro Borda considera que se trata de uma regra derivada do princípio geral da boa-fé, e não um princípio geral, pois não reúne as características fundamentais que os definem: não admitir exceções, abarcar uma generalidade de situações e ser a base de uma pirâmide que o aceita como uma idéia ainda mais ampla⁴⁶⁹. No entanto, o próprio autor adverte que a maioria da doutrina considera que se trata de verdadeiro princípio.⁴⁷⁰

Para Alejandro Borda, a doutrina se refere à aparência do primeiro ato praticado para justificar sua adoção, oriunda da boa-fé. O autor, porém, diverge da afirmação, assinalando que a aparência só deve ser usada como último recurso, quando melhor explicação não for encontrada, uma vez que sempre que possível, a realidade é que deve ser prestigiada. Aduz que a sanção do comportamento contraditório tem por objeto a necessidade de coerência nos comportamentos. A confiança não está, segundo ele, na aparência, mas sim na obrigatoriedade de comportar-se de modo coerente.⁴⁷¹

Não parece, porém, compreensível que se vá exigir coerência, a não ser em decorrência da necessidade de preservar interesses alheios. Ninguém está obrigado a ser coerente em relação aos seus próprios desejos e interesses. Só se exigirá a coerência se o contrário resultar danoso a quem a esperava. E se a esperava, é porque confiava na aparência de que ela se manteria – logo, na aparência.

Para Borda, a teoria dos atos próprios contém três requisitos: conduta anterior relevante e eficaz, exercício de uma faculdade ou direito subjetivo pela mesma pessoa que cria a situação litigiosa, em razão da contradição existente entre as duas condutas, e a identidade dos sujeitos que se vinculam em ambas as condutas.⁴⁷²

⁴⁶⁸ Alejandro Borda, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 66.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 55-56.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 65.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 67.

Em relação à conduta vinculante inicial, ela deve ser relevante juridicamente, não compreendendo as que não tenham valor jurídico, ou seja, haverá de ser manifestada em certo contexto jurídico e alcançar interesses alheios. Não deve, por outro lado, ser inválida, ilícita ou contrária aos bons costumes e à boa-fé⁴⁷³. Tal conduta haverá de ser recepcionada por alguém que atuará confiando nela.⁴⁷⁴

Quanto ao comportamento contraditório entre condutas simultâneas, Alejandro Borda opina pela impossibilidade da incidência da teoria dos atos próprios, pois não haveria possibilidade de a crença em certo comportamento ser possível, uma vez que a contradição seria desde logo identificada.⁴⁷⁵

Quanto aos negócios nulos, Alejandro Borda considera que, se após a sua realização, o contratante o confirma ou ratifica, expressa ou tacitamente, não poderá ajuizar a ação de invalidação, incidindo no caso a teoria dos atos próprios⁴⁷⁶. Mais adiante, ao identificar situações em que a teoria incide, pondera ser contrário aos próprios atos alegar a nulidade de contrato, se o considerou válido por anos e dele se beneficiou.⁴⁷⁷

Contudo, Alejandro Borda conclui pela inaplicabilidade da teoria, quando se cuida de nulidade absoluta, referindo-se apenas à exceção decorrente do início da execução.⁴⁷⁸

Marcelo J. López Mesa e Carlos Rogel Vide recomendam cuidado, quando se trata de aplicar a doutrina dos atos próprios aos contratos nulos. Dizem que não se pode aplicá-la quando a primeira conduta é inválida, mas isso não significa que não incida em relação a atos confirmatórios de uma nulidade.⁴⁷⁹

Os autores mencionados advertem ainda que, na jurisprudência argentina, há tendência de se recusar a incidência do princípio aos negócios nulos, embora existam decisões que a admitam.⁴⁸⁰

⁴⁷³ Alejandro Borda, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 68-70.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 71.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 74-75.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 70.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 88.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 129.

⁴⁷⁹ Marcelo J. López Mesa e Carlos Rogel Vide, *La doctrina de los actos propios*, Madrid: Réus, 2005, p. 194-196.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 227-230.

A aplicação do princípio do *venire contra factum proprium* aos contratos nulos deve ser admitida em conjunto com os demais elementos que se pretende estabelecer como norteadores das hipóteses de admissibilidade dos efeitos próprios do contrato nulo. Assim sendo, se o contratante atua ciente da nulidade e se comporta depois contrariamente à conduta de reconhecimento do negócio como válido, será preciso verificar se essa conduta que despertou confiança e aparência merece proteção maior do que a razão que justifica a nulidade. Se a conclusão é afirmativa, o negócio nulo há que ser prestigiado, em nome dos diversos valores que preponderam – inclusive a vedação ao comportamento contraditório.

15 CONVERSÃO E CONFIRMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Conversão do negócio jurídico se verifica quando determinado negócio inválido produz efeitos de um outro negócio que, se supõe, as partes teriam desejado se soubessem da nulidade que o acometia.

São requisitos da conversão: a) a nulidade do contrato; b) a idoneidade dos efeitos jurídicos modificados para satisfazer em medida razoável os interesses das partes; c) a presença no contrato estipulado dos requisitos necessários para produção dos diversos efeitos jurídicos; e d) ignorância das partes a respeito da invalidade do contrato celebrado.⁴⁸¹

De acordo com João Alberto Schützer Del Nero:

“O ato decisório, em que culmina o procedimento da conversão do negócio jurídico: a) tem como fim a própria finalidade do procedimento, isto é, a atribuição ou o reconhecimento de (alguma) eficácia jurídica ao negócio *prima facie* juridicamente ineficaz *lato sensu*; b) tem como meio uma qualificação jurídica em que o grau de correspondência isomórfica ou homóloga entre o negócio jurídico e um modelo jurídico-negocial é menor que aquele *prima facie* identificado.”⁴⁸²

Em seguida, Del Nero registra não se admitir a conversão quando a nulidade se fundar no ilícito. Ou seja, é possível admitir a conversão do contrato nulo, desde que o ordenamento “não reprove o propósito prático almejado pelas partes, mas apenas o caminho escolhido”.⁴⁸³

Para obter o verdadeiro sentido da conversão, cumpre distingui-la em formal e material. Ambas resultam do princípio do *favor negotii*. No caso da conversão formal, o negócio com defeito se mantém substancialmente igual, enquanto na conversão material, se transforma em outro, distinto.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 632. Sobre o tema, José Luis De Los Mozos, acrescenta que a conversão supõe ausência de manifestação das partes em sentido contrário a ela (*El Negocio jurídico*, cit., p. 591).

⁴⁸² João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial do negócio jurídico*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 447.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 355.

⁴⁸⁴ José Luis De Los Mozos, *El Negocio jurídico*, cit., p. 589-590. Também sobre o tema: José Luis De Los Mozos, *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona: Bosch, 1959, p. 19-23.

Interessa ainda pela proximidade com o tema em exame, a afirmação de Del Nero quanto à distinção entre conversão e sanção:

“Isso bastaria para afirmar-se: a) a figura da chamada ‘sanção do nulo’, em sentido estrito, nada mais é que derrogação legislativa do princípio da insanabilidade do nulo (*quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*); e b) não há modificação alguma da qualificação jurídica do negócio jurídico *ab initio* nulo, mas, apenas eliminação da nulidade, em decorrência de causa externa a ele e à atuação das partes. Ora, se, a partir de certo acontecimento, não há mais nulidade, desapareceria o próprio pressuposto dilemático do autor do ato de conversão do negócio jurídico, tantas vezes referido neste trabalho: a sanção do nulo se não confunde, portanto, com o procedimento de conversão do negócio jurídico.”⁴⁸⁵

Segundo José Luis De Los Mozos, na conversão material, não há propriamente violação ao princípio de que os negócios nulos não produzem efeitos, pois há uma derivação do negócio e os efeitos produzidos não derivam do negócio nulo, mas de negócio distinto, podendo se qualificar como extranegociais.⁴⁸⁶

Para Massimo Bianca, a modificação resulta da lei, mas não contraria a autonomia privada⁴⁸⁷, em virtude do respeito substancial à vontade das partes; e acrescenta que há divergência da doutrina a respeito do fundamento da conversão: para alguns, vige o princípio da conservação do negócio e, para outros, o da boa-fé.⁴⁸⁸

Para esse autor, a verificação da intenção das partes em converter ou celebrar outro negócio, sem a causa da nulidade, é hipotética, pois o essencial é que haja correspondência entre os efeitos jurídicos modificados e a finalidade das partes, ou seja, a causa concreta.⁴⁸⁹

E acrescenta que a conversão não se aplica aos negócios inexistentes e ilícitos.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial do negócio jurídico*, cit., p. 404-405.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 590.

⁴⁸⁷ Dessa posição, porém, diverge José Luis De Los Mozos, para quem na conversão sempre há contrariedade à autonomia privada, embora a objeção possa ser superada pela natureza dispositiva do instituto, pela boa-fé e pela integração das vontades das partes (*Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, cit., p. 138).

⁴⁸⁸ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 633.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 633.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 633 e 634.

É controvertida a incidência da regra aos negócios anuláveis, pois a conversão não se compadece com a idéia de um contrato que, embora anulável, pode ser convalidado pelas partes. Mas a modificação poderá evitar a anulação, como ocorre, por opção legislativa, com a opção do contratante de superar o erro, oferecendo-se o declarante a manter o negócio nas condições esperadas pelo contratante que errou.⁴⁹¹

A conversão opera-se de pleno direito e pode ser decretada de ofício.⁴⁹²

Massimo Bianca distingue a conversão substancial da conversão de formal, por considerar que ela não altera o negócio jurídico, dando-lhe, contudo, forma diversa; do mesmo modo, refere-se às conversões legais, especificamente previstas pela lei – assim, o endosso tardio, que é considerado cessão de crédito.⁴⁹³

Na lição de Galgano, a conversão está amparada no princípio da conservação dos negócios: em sendo possível, a lei opta por atribuir efeitos ao negócio e prestigiar a circulação de bens.⁴⁹⁴

Francesco Galgano se reporta ainda a determinados limites impostos à conversão pela jurisprudência: não é admitida quando as partes conheciam a nulidade e não é possível quando decorre de ilicitude.⁴⁹⁵

Fabrizio di Marzio aponta a conversão como um dos principais efeitos do negócio nulo. Observa que a questão essencial é que as partes visaram a um resultado econômico e o contrato é um meio para a sua obtenção⁴⁹⁶. Para Di Marzio, a conversão atende a um interesse geral na conservação dos negócios e encontra justificativa no princípio da boa-fé objetiva e na tutela da confiança.⁴⁹⁷

⁴⁹¹ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 634.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 634.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 634-635.

⁴⁹⁴ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 324.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 326.

⁴⁹⁶ Fabrizio Di Marzio, *La nullità del contratto*, Padova: CEDAM, 1999, p. 488.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 503-504.

Em realidade, os princípios da conservação e da boa-fé atuam em conjunto com o mesmo objetivo: “Garantir o mais possível aos contratantes e aos terceiros interessados a tranqüilidade e a estabilidade do comércio.”⁴⁹⁸

Examinando o contrato que tem por objeto um fim ilícito, Di Marzio conclui pela inadmissibilidade da conversão, pois seriam violados “interesses fundamentais da sociedade ou princípios éticos que constituem a moral social”⁴⁹⁹. Nesses casos, a vedação seria do próprio resultado, e não do procedimento, de maneira que entre as conversões vedadas inclui, à luz do direito italiano: pacto sucessório convertido em testamento, loteamentos irregulares e contrato de agência nulo por ausência de qualificação subjetiva e fraude à lei em contratos de trabalho.⁵⁰⁰

Os argumentos expostos coincidem com as idéias gerais desenvolvidas nesse trabalho. Ora, os contratos não podem ser aproveitados, para conversão ou para proteção de seus efeitos diretos, sempre que contrariarem interesses públicos prevalecentes, normas de ordem pública e a boa-fé, ou, enfim, quando o interesse protegido revelar-se superior – em nome dos interesses sociais objeto da disciplina jurídica. Mas, em contrapartida, não poderá prevalecer a rigidez normativa quando, ao contrário, a prevalência dos efeitos diretos do negócio, ou os que resultem da conversão, é o que melhor atende aos mencionados interesses.

Werner Flume observa que o BGB estabelecia a impossibilidade de conversão do negócio nulo em válido, em decorrência do posterior desaparecimento da causa de invalidação. Sustenta que se costuma afirmar que a supressão dessa disposição decorreu de se tratar de uma obriedade. Contudo, pondera, não era óbvia a conclusão, ainda que a aplicação sirva à clareza e à segurança das relações jurídicas.⁵⁰¹

Arnaldo Rizzardo aduz a respeito do tema o seguinte:

⁴⁹⁸ No original: “*Garantirei i più possibile ai contraenti e ai terzi interessti la tranquillità e la stabilità dei commerci*” (Fabrizio Di Marzio, *La nullità del contratto*, cit., p. 505 – Nossa tradução).

⁴⁹⁹ Fabrizio Di Marzio, *La nullità del contratto*, cit., p. 510.

⁵⁰⁰ Ibidem, p. 510-514. No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de se preservarem efeitos do contrato nulo como se fosse válido: REsp. n. 284.250, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 4.9.2001.

⁵⁰¹ Werner Flume, *El negocio jurídico*, cit., p. 646-647.

“Passo primeiro para a compreensão da matéria é a definição de confirmação que, no fundo, não se distingue da ratificação, encontrando-se melhores ensinamentos sobre o assunto em Serpa Lopes: ‘Distingue-se, em doutrina, o conceito de ratificação do de confirmação. ‘Confirmação’ é a restauração da vontade viciada por parte da própria pessoa que a manifestou daquele modo; ‘ratificação’, ao contrário, é a intervenção de uma vontade até então inoperante. Assim, confirma, e não ratifica, o menor que atingido a maioridade, ratifica um contrato por ele outorgado na menoridade relativa; por seu turno, ratifica o mandante que dá por válidas as obrigações contraídas por seu mandatário, excedentes aos poderes outorgados.’

Observe-se, porém, que, na sistemática do nosso Código Civil, não existe esta distinção entre confirmação e ratificação, pois ambas as situações são englobadas sob o título de ratificação.

Portanto, pode definir-se a ratificação como sendo o ato pelo qual uma pessoa faz desaparecer os vícios dos quais se encontra inquinada uma obrigação contra a qual era possível prover-se por via de nulidade ou de rescisão.”⁵⁰²

A confirmação, segundo Santos Cifuentes, não se confunde com a renovação, pois essa representa nova realização do negócio, como se ele não houvesse antes existido, enquanto a confirmação impede que a invalidação se verifique em razão do novo negócio.⁵⁰³

Para a distinção entre conversão e convalidação, José Luis De Los Mozos afirma que na primeira o negócio se converte em outro, enquanto na confirmação há uma excepcional convalidação do negócio. A doutrina sempre reconheceu a possibilidade de confirmação do negócio para os casos de casos de anulabilidade, mas não para os de nulidade.⁵⁰⁴

Atualmente, porém, prossegue o autor, expressiva doutrina admite a incidência da confirmação aos contratos nulos:

“A confirmação ou convalidação excepcional do negócio jurídico, a qual tinha sido referida pela doutrina dominante erroneamente exclusivamente em relação à anulabilidade; mas a doutrina mais recente tem colocado em destaque sua aplicação também aos casos de nulidade e não a todos os casos de anulabilidade.”⁵⁰⁵

⁵⁰² Arnaldo Rizzardo, *Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10/01/2002*, cit., p. 527.

⁵⁰³ Santos Cifuentes, *Negocio jurídico*, cit., p. 819.

⁵⁰⁴ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 134.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 134.

O autor acrescenta que a confirmação será possível se a razão da nulidade ou anulabilidade não se revelar insuscetível de ser sanada, bem como se não houver violação a norma superior de ordem pública⁵⁰⁶. E corresponde a uma hipótese de ato voluntário, o que a diferencia da convalidação e da prescrição.⁵⁰⁷

Os requisitos da confirmação são os seguintes: a) que o vício seja sanável, o que afastaria os negócios nulos de pleno direito; b) que a confirmação seja implementada de modo livre e consciente; e, c) que aquele que confirma esteja autorizado a fazê-lo.⁵⁰⁸

A lição citada permite afirmar que para José Luis De Los Mozos, será possível admitir os efeitos do negócio nulo – portanto, prestigiando sua eficácia – sempre que for possível superar a razão contemplada para sua invalidade e que esse fato não acarrete violação à ordem pública de modo insuperável.

Acrescente-se que o autor também invoca a preservação de valores jurídicos fundamentais como justificativa para manter a validade de negócios nulos⁵⁰⁹. Diversamente, Pontes de Miranda considera a nulidade “inconvalidável: não sobrevém, jamais, validação; salvo se lei *nova* apanha o mesmo suporte fático, o faz não-deficitário, ou simplesmente anulável, e de data anterior, o que só é admissível se o direito, feito pelo poder estatal ou pelo poder constituinte, o permite, ou se a lei mesma, que regeu a entrada do suporte fático no mundo jurídico, ‘construiu’ alguma integração posterior do suporte, atribuindo-lhe efeitos *ex tunc*, o que, em verdade, destoa da boa técnica jurídica”.⁵¹⁰

Tal como o Código Civil brasileiro, o espanhol não consagra situações de validação de certos negócios nulos⁵¹¹, mas José Luis De Los Mozos faz menção a hipóteses de nulidade de disposição testamentária superada pela jurisprudência, quando proveniente de defeito de forma.⁵¹²

⁵⁰⁶ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 135.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 604.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 606.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 133.

⁵¹⁰ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, cit., v. 4, p. 64.

⁵¹¹ O que se verifica nos Códigos Civis italiano e francês, em relação a disposições testamentárias e doações nulas, como informa José Luis De Los Mozos (*El negocio jurídico*, cit., p. 134-135).

⁵¹² *Ibidem*, p. 135.

Arremata afirmando que a vedação à convalidação dos negócios nulos remete a uma concepção excessivamente rígida das diversas categorias de ineficácia do negócio, que sustenta encontrar-se superada, sobretudo em face da realidade, que oferece exemplos de situações de nulidade que se consideram superadas.⁵¹³

O autor, porém, não deixa de afirmar o caráter de exceção da convalidação do negócio nulo – em geral determinado por normas de natureza imperativa. E registra haver outros modos de os contratantes salvaguardarem seus interesses, como, por exemplo, repetindo o negócio nulo.⁵¹⁴

Observa que os sistemas contemporâneos passaram a receber a norma de conversão com certa reserva, deixando mesmo de consagrá-la como regra, ao passo que vão se introduzindo dispositivos gerais que prevêm o princípio da conservação na interpretação dos contratos, no qual se compreenderia a conversão.⁵¹⁵

No sistema brasileiro, a confirmação do negócio jurídico nulo é vedada em qualquer hipótese pelo artigo 169 do Código Civil, inclusive pelo decurso do tempo – leia-se prescrição ou decadência.

Após afirmar que o Código Civil seguiu a doutrina tradicional que considera imprescritível a nulidade, Caio Mário, pondera o seguinte:

“Os modernos, entretanto, depois de assentarem que a prescritibilidade é a regra, e a imprescritibilidade, a exceção (v. n. 121, *infra*), admitem que entre o interesse social do resguardo da ordem legal, contido na vulnerabilidade do negócio jurídico, constituído com infração de norma de ordem pública, e a paz social, também procurada pelo ordenamento jurídico, sobreleva esta última, e deve dar-se como suscetível de prescrição a faculdade de atingir o ato nulo. O princípio reza às testilhas com o artigo 189. Dispõe este que, violado o direito, nasce para o titular a pretensão, mas esta extingue-se nos prazos previstos no Código (arts. 205 e 206). Vale dizer: o direito pátrio, tal como vigorava no Código de 1916, não conhece direitos patrimoniais imprescritíveis. Sendo a prescrição instituída em benefício da paz social, não se compadece esta em que se ressuscite a pretensão para fulminar o ato. Estão, pois, um contra o outro,

⁵¹³ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 587.

⁵¹⁴ José Luis De Los Mozos, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, cit., p. 141-142.

⁵¹⁵ José Luis De Los Mozos, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, cit., p. 144-145. Para Francesco Messineo, a conversão do negócio nulo em outro é uma aplicação do princípio da conservação dos negócios (*Il contratto in genere*, cit., v. 2, p. 382).

dois princípios de igual relevância social: o não-convalecimento do ato nulo *tractu temporis*, e o perpétuo silêncio que se estende sobre os efeitos do negócio jurídico, também *tractu temporis*. E, do confronto entre estas duas normas, igualmente apoiadas no interesse da ordem pública, continuo sustentando que não há direitos imprescritíveis, e, portanto, perante o novo Código, a declaração de nulidade prescreve em dez anos (art. 205).”⁵¹⁶

Humberto Theodoro Júnior sustenta que há necessidade de distinguir entre o contrato nulo executado e o que nunca foi executado. As pretensões decorrentes da execução são prescritíveis, o que acarretará ausência de interesse para a declaratória de nulidade. Diversamente, se o negócio jamais foi executado, ele não produziu qualquer efeito em tempo algum e, em conseqüência, a todo tempo o devedor poderá invocar a nulidade.⁵¹⁷

José Luis De Los Mozos observa com acerto que “uma coisa é o negócio nulo não convalidar-se pelo transcurso do tempo, como já expressava a regra romana, e outra, muito distinta é que se produzam certas situações de direito que apoiadas no negócio nulo venham a ser amparadas pela prescrição extintiva”.⁵¹⁸

A regra do artigo 169 do Código Civil, que veda o reconhecimento da decadência para as ações declaratórias de nulidade, não corresponde à tendência que vinha predominando sobre o tema – e que, diga-se, melhor atende ao interesse público na segurança e estabilidade jurídica.

Basta recordar que a Súmula n. 494 do Supremo Tribunal Federal reconhecia a nulidade da venda feita por ascendente a descendente sem o consentimento dos demais, mas, apesar disso, previa um prazo prescricional de 20 anos.⁵¹⁹

A respeito do tema, José Luis De Los Mozos cuida das hipóteses de usucapião amparada em título nulo. Afirma que a jurisprudência espanhola nega a possibilidade de usucapião ordinária de bens recebidos por um contrato nulo, em face da necessidade de

⁵¹⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 635.

⁵¹⁷ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, cit., v. 3, t. 1, p. 528-529.

⁵¹⁸ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 580.

⁵¹⁹ “O Ministro Luiz Gallotti observou com muita propriedade que se tratando de ato nulo, a prescrição não pode ser de 4 anos, sendo, portanto, de 20 anos, conforme o Código Civil (RTJ 32/639)” (Roberto Rosas, *Direito sumular: comentários às súmulas do STF*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 225).

justo título, mas anota que o fato não impede a usucapião extraordinária, pois ela dispensa a existência do título e a boa-fé.⁵²⁰

E prossegue:

“Chega-se à mesma situação na usucapião ordinária, no caso do título putativo, certo que a nulidade do título vem suprida pela boa-fé, embora seja necessário ter em conta que a nulidade suprida pela boa-fé procede somente de um título viciado, e não radicalmente nulo, mas sim anulável, ou simplesmente inadequado, ou sem legitimação ou sem poder de disposição do transmitente, com o que a argumentação exposta se encerra por seus próprios fundamentos.”⁵²¹

Embora imprescritível – ou insuscetível de decadência – a ação declaratória de nulidade, se o título gerar posse, poderá autorizar a usucapião e, nessa hipótese, o domínio não será alcançado pela invalidação do negócio.⁵²²

De outro lado, segundo Llambías, se o negócio nulo não foi executado, as partes podem invocar a nulidade como exceção a qualquer tempo e essa exceção é imprescritível. O autor observa que essa conclusão foi encontrada na França, em face da ausência de uma disposição legal específica, onde a pretensão à declaração de nulidade prescreve em 30 anos.⁵²³

Entre nós a conclusão não poderia prevalecer, diante da regra do artigo 190 do Código Civil, segundo a qual a exceção prescreve no mesmo prazo que a pretensão.

Mas se já se iniciou a execução do negócio, prossegue o autor argentino, há necessidade da ação de declaração de nulidade para desfazer seus efeitos. Contudo, tal não decorre da necessidade de alteração da situação jurídica até então existente, pois a decisão

⁵²⁰ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 581.

⁵²¹ No original: “*Llegandose a la misma situación en la usucapión ordinaria, en el caso del título putativo, supuesto en el que la nulidad del título viene suplida por la buena fé, pero hay que tener en cuenta que la nulidad que suple la buena fe procede solamente de un título viciado, no radicalmente nulo, sino anulable, o simplemente inadecuado, o faltando la legitimación o el poder de disposición en el trasmite, con lo que la argumentación expuesta se cierra sobre sus propios fundamentos.*” (José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 582 – Nossa tradução).

⁵²² Luís Díez-Picazo; Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, cit., v. 2, p. 107.

⁵²³ Jorge Joaquín Llambías, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, cit., p. 41.

apenas a reconhece e declara, mas sim da necessidade de evitar a ação direta das partes – autotutela – e de remover o ato aparente.⁵²⁴

Afirmar a impossibilidade de o negócio nulo ser convalidado é uma concepção excessivamente rígida da noção de ineficácia dos negócios. Muitas vezes, os efeitos do negócio nulo se produzem com aceitação geral, ou de modo a provocar maiores danos com sua preservação do que com sua invalidação, como se sustentará adiante.

José Luis De Los Mozos registra hipóteses em que a nulidade de pleno direito é sanada à luz do direito espanhol: testamento com defeito de forma acatado pelos sucessores e hipóteses de ausência do poder de dispor no momento do negócio, suprido posteriormente com a aquisição do bem.⁵²⁵

É do autor, aliás, a seguinte reflexão sobre o tema:

“Efetivamente em casos em que atua a convalidação, o negócio é nulo porque falta algum de seus pressupostos, mas, posteriormente, ao produzir-se o fato novo (cumprimento da idade, reconhecimento pelos sucessores etc.) e somando-se a isso o requisito de fato anterior, o que antes era nulo, resulta válido, tendo em vista a conservação da vontade negocial em virtude do *favor negotii*.”⁵²⁶

Nos casos de convalidação, conversão e nulidade parcial do negócio nulo, o negócio produz certos efeitos que são chamados indiretos, para a preservação da regra de que o negócio nulo não poderá produzir efeitos. Com isso, porém, se produz uma contradição compreendida na doutrina do *favor negotii*, destinada a proteger a intenção das partes, para evitar a frustração de sua vontade.⁵²⁷

Mattietto afirma que nosso direito exclui a confirmação do ato nulo no artigo 169 do Código Civil, mas o direito alemão, ao contrário, admite, reconhecendo porém que a validade só é atribuída ao negócio no momento da convalidação, sem retroagir ao momento da celebração do negócio ou ao momento em que cessa a razão da nulidade. E arremata: “Por isso, a convalidação há de ser tida como ‘celebração renovada’, isto é, a

⁵²⁴ Jorge Joaquín Llambías, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, cit., p. 44-45.

⁵²⁵ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 587.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 588.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 586-587.

vontade das partes de convalidar o negócio deve, além de efetuar-se na forma prescrita, ser dirigida a que o negócio anteriormente celebrado seja válido precisamente com o seu conteúdo originário.”⁵²⁸

Quanto aos requisitos para a conversão:

“No que concerne aos requisitos da conversão, divergem os entendimentos. O entendimento majoritário, difundido pelos alemães, e seguido no novo Código brasileiro, é de que o instituto exige a presença de dois requisitos: a) elemento objetivo – que o negócio resultante da conversão (negócio sucedâneo ou *Ersatzgeschäft*) tenha o mesmo objetivo material do negócio tido como nulo; b) elemento subjetivo – que a conversão esteja em harmonia com a vontade hipotética das partes, isto é, desde que o julgador se convença de que, se as partes tivessem sabido da nulidade do negócio primitivo, teriam querido celebrar o sucedâneo no ato nulo, mas apenas que ambos tenham o mesmo alcance ou função específica, o que seria mais adequado também no caso brasileiro.”⁵²⁹

Na lição de Mota Pinto, porém, no que diz respeito à irretroatividade do negócio que renova o nulo, “se as partes renovam o negócio nulo, não se verificando já, obviamente, o motivo de nulidade (e atribuem eficácia retroactiva à renovação), a retroactividade é meramente obrigacional, isto é, vincula só as partes sem ser oponível a terceiros”.⁵³⁰

No enfrentamento do tema, ao distinguir a confirmação da renovação do negócio, Carlos Alberto da Mota Pinto observa que a primeira tem efeito retroativo, inclusive em face de terceiros, enquanto a última é um novo contrato, “mesmo que o fundamento da nulidade tenha desaparecido, embora por estipulação *ad hoc*, possa ter eficácia retroactiva nas relações *inter partes*”.⁵³¹

Há que se ponderar que o estabelecimento de efeitos retroativos conferidos ao negócio que pretende renovar o nulo poderá ser admitido, se isso não violar a regra dos artigos 421 e 422 do Código Civil, pois inserido nos limites da autonomia privada.

⁵²⁸ Leonardo Mattietto, *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*, cit., p. 337.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 341.

⁵³⁰ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 611.

⁵³¹ *Ibidem*, mesma página. Em nota de rodapé, recorda o autor que o § 141, 2 do Código Civil alemão atribui ao novo contrato efeito retroativo.

Não se pode negar que o estabelecimento de tais efeitos, em especial se a razão da nulidade houver desaparecido, não viola qualquer dispositivo de ordem pública. O artigo 169 do Código Civil deve ser considerado insuperável apenas quando não houver outras razões – igualmente relevantes e que atendem ao interesse público – para justificar sua superação.

Zeno Veloso constata que o negócio nulo não pode ser ratificado ou confirmado, mas pode ser realizado novamente, em decorrência da autonomia de suas vontades. Contudo, a renovação do negócio não tem efeito retroativo, de maneira que o novo negócio só produz efeitos para o futuro – vale dizer, a partir de sua renovação.⁵³²

Na seqüência de seu raciocínio, afirma:

“Pensamos, todavia, que, mesmo se tratando de nulidade, nada impede que as partes, agindo de boa-fé, respeitados os direitos de terceiros, estabeleçam que o novo negócio é considerado como produzindo efeitos desde a data do negócio nulo anterior. Para valer entre os figurantes, sem molestar ou prejudicar quem quer que seja, este pacto, que dá efeito retroativo ao novo negócio não é ilegal.

Conforme ensina Luís Cabral de Moncada, se o negócio nulo for repetido e renovado entre as partes em condições de validade, não se pode dizer que ele foi ratificado (confirmado), ‘pois então o que haverá, rigorosamente, é um outro acto, a partir de cujo momento, e não do anterior acto, começarão a produzir-se os seus efeitos, sem qualquer espécie de retroac-tividade, com relação ao ato falhado’. Mas o antigo catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra adverte: ‘Contudo, podem as partes estipular livremente que nas relações entre elas os efeitos do novo acto comecem a contar-se a partir do momento anterior em que foi praticado o primeiro acto nulo, contanto que não envolvam na combinação a lesão de quaisquer direitos de terceiros’.”⁵³³

Essa conclusão acompanha o pensamento de Manuel A. Domingues de Andrade, que distingue confirmação de renovação e pondera: “Claro que as partes podem atribuir a este negócio nova eficácia retroativa, mas só nas relações entre eles e nunca em face de terceiros (o que, como é bem de ver, não seria justo). A retroatividade será, pois, meramente *obrigacional* e não *real*”.⁵³⁴

⁵³² Zeno Veloso, *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 165.

⁵³³ *Ibidem*, p. 165-166.

⁵³⁴ Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria geral de relação jurídica*, 9. reimpr., Coimbra: Almedina, 2003, v. 2, p. 419. A ponderação conta com o apoio de Humberto Theodoro Júnior (*Comentários ao novo Código Civil*, cit., v. 3, t. 1, p. 527).

De acordo com Karl Larenz, apesar de a lei proibir a convalidação do negócio nulo, impedindo que sua repetição contemple a eficácia desde aquela oportunidade, é certo, segundo ele, que os contratantes poderão convencionar que suas obrigações serão as que teriam se o negócio fosse válido desde o nascimento.⁵³⁵

Marcos Bernardes de Mello também comenta a hipótese em que as partes decidem confirmar as obrigações adimplidas com base em negócio nulo:

“Deve-se ter tal declaração como referida à ratificação de obrigações cumpridas *antes do negócio jurídico*, às quais se integram à eficácia do novo negócio. Tudo se passa como se antes da conclusão do negócio jurídico obrigações que dele resultariam fossem executadas pelos figurantes (por exemplo, o comprador que paga o preço, ou parte dele, antes do negócio concluído). Não é possível, no entanto, tê-las como provenientes do negócio nulo, confirmadas pelo negócio jurídico válido. O nulo, como se viu, salvo os casos excepcionais de putatividade, não produz eficácia jurídica alguma. Há aparência de efeitos, somente. Daí, os efeitos jurídicos porventura ‘confirmados’ no novo negócio jurídico devem ser considerados efeitos seus próprios, porque isto é o que, na verdade o são. Há *pseudoconfirmação*, apenas.”⁵³⁶

No direito italiano, como no brasileiro, não há uma regra geral para sanar as nulidades, embora, como entre nós, os negócios anuláveis possam ser convalidados pela vontade das partes.

A regra é a impossibilidade de se sanarem as nulidades, o que só se verifica em caráter excepcional. Segundo Massimo Bianca, “deve ser excluída, fora dos casos legalmente previstos, a possibilidade de convalidação do negócio nulo”.⁵³⁷

Extrai-se do texto do autor italiano que são admissíveis convalidações de negócios nulos em hipóteses previstas em lei ou em casos excepcionais, mas não “em geral”.

⁵³⁵ Karl Larenz, *Derecho civil: parte general*, cit., p. 626.

⁵³⁶ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, cit., p. 236.

⁵³⁷ No original: “*In generale deve quindi escludersi che al fuori dei casi previsti il contratto affetto da nullità possa essere convalidato.*” (Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 635 – Nossa tradução).

Tal convalidação não é admitida por mera renúncia à ação de nulidade, que corresponderia à convalidação, embora Massimo Bianca se refira a casos excepcionais de confirmação de negócios nulos.⁵³⁸

A convalidação é um modo de sanar negócios anuláveis. Caracteriza-se como “negócio unilateral não receptivo mediante o qual a parte legitimada a uma ação de anulação confirma o contrato inválido”.⁵³⁹

Efetuada a convalidação, o contrato anulável deixa de sê-lo.

A convalidação pode ser expressa ou tácita, mas deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo (art. 173 do CC).

Será expressa quando resultar de uma manifestação de vontade intencional, e tácita, quando o negócio for cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava (art. 174 do CC).

A doutrina mais recente tem identificado na execução voluntária do contrato um ato jurídico em sentido estrito com efeitos legais e considera irrelevante que a parte tivesse ou não conhecimento do significado convalidante de seu comportamento.⁵⁴⁰

Para que se reconheça a validade da convalidação, é essencial que o vício ou a incapacidade não subsistam, pois se tal se verifica, não há como admitir a idoneidade do ato que pretende afastar a anulabilidade.⁵⁴¹

Não se exige forma específica para a convalidação, e seu efeito se produz apenas para aquele que convalida, sem atingir outros legitimados para a ação.

⁵³⁸ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 636. Nesta passagem, o autor faz menção a hipóteses previstas no Código Civil italiano, relativas a doação, testamento e sociedade por ações.

⁵³⁹ No original: “*La convalida è un negozio unilaterale non recettizio mediante il quale la parte legittimata all’azione di annullamento conferma il contratto invalido.*” (Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 675 – Nossa tradução).

⁵⁴⁰ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 677.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 676.

Francesco Lucarelli anota com precisão as modificações que o tema das invalidades vem sofrendo ao longo dos anos. Após afirmar que a autonomia negocial deixou de ter o exclusivo propósito de satisfazer a interesse privados para compreender aspectos de maior relevância social, anota que assumiram papel de destaque a necessidade de estabilidade das relações jurídicas, a despeito da posição subjetiva viciada, destacando-se, a propósito: a incapacidade, o reconhecimento do erro e sua retificação, a injustiça do mal prometido na coação e o dolo e a coação proveniente do terceiro. Registra, então, que a autonomia privada deve ser tutelada não como atributo subjetivo do contratante, mas sim como instrumento de realização de interesses.⁵⁴²

Fabrizio di Marzio registra a uniformidade da jurisprudência italiana, quando veda a convalidação do negócio nulo, embora registre a possibilidade de exceções que, no entanto, dependem, segundo ele, de disposição legal.⁵⁴³

Em suas conclusões, Fabrizio di Marzio afirma que os efeitos do contrato nulo se justificam pela exigência de tutela da confiança e da boa-fé em relação aos contratos, que funcionam como instrumentos essenciais para a transferência de riquezas. Tal tutela corresponde, então, a um interesse geral, que se identifica na convicção de validade de um negócio aparente.⁵⁴⁴

Redução, segundo Ferreira de Almeida, é “uma operação de convalidação que consiste na eliminação dos elementos que nele determinam a nulidade (absoluta ou relativa), de forma a obter, com os restantes elementos, um outro texto coerente, completo e válido. A redução pressupõe a unidade e a divisibilidade do negócio, ou seja, coloca o problema da sua *parcelização* que, por sua vez, se resolve pela determinação das partes do todo que é o negócio jurídico e pela definição de critérios para a sua cindibilidade”⁵⁴⁵. Só será possível “se o tipo negocial em causa permita a ausência desse elemento, o que coincidirá, em princípio, com a expurgação de uma circunstância ou cláusula que não sejam essenciais na composição do respectivo tipo”⁵⁴⁶.

⁵⁴² Francesco Lucarelli, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, cit., VI-VII.

⁵⁴³ Fabrizio Di Marzio, *La nullità del contratto*, cit., p. 523-524.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 566.

⁵⁴⁵ Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, cit., v. 1, p. 433.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 434.

16 EFEITOS DIRETOS DO NEGÓCIO NULO

Ao se dispor a examinar as situações em que é possível conservar os efeitos do contrato inválido, Raquel Campani Schmiedel, em 1981, já afirmava: “A tarefa, todavia, mostrou-se, em princípio, impossível em face da extensão do tema, pois implicaria o estudo de cada uma das medidas sanatórias, desde suas fontes romanas até a forma como se encontram sistematizadas no direito brasileiro.”⁵⁴⁷

Na lição de Luís A. Carvalho Fernandes, vige no campo das invalidades o importante princípio de que seu reconhecimento tem efeito retroativo, o que se justifica pelo reconhecimento de que elas decorrem de um vício contemporâneo à formação do negócio.⁵⁴⁸

Contudo, como assinala José Luis De Los Mozos, a doutrina moderna não exclui a possibilidade de o negócio nulo produzir alguns efeitos, o que se justifica em razão da necessidade de preservar certos valores jurídicos⁵⁴⁹. São, segundo Carvalho Fernandes, “atenuações, impostas, de resto, pela necessidade de ponderar os interesses das próprias partes ou de terceiros”.⁵⁵⁰

Desse modo, mesmo quando o negócio é nulo, alguns de seus efeitos práticos se produzem e são protegidos, assim como são dignos de proteção os terceiros de boa-fé.⁵⁵¹

Marcos Bernardes de Mello também registra que a afirmação generalizada de que o negócio nulo é ineficaz e não produz os efeitos que lhe são próprios não prevalece sem ressalvas. Segundo o autor, há hipóteses várias em que o negócio nulo produz sua eficácia, ainda que se trate de exceções estabelecidas pelo ordenamento com o objetivo de “atender situações que envolvem interesses de proteção da família, da ordem pública e da boa-fé. É questão que se põe no campo da política jurislative, portanto, na dimensão axiológica, política, do direito”.⁵⁵²

⁵⁴⁷ Raquel Campani Schmiedel, *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, cit., p. IX-X.

⁵⁴⁸ Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria geral do direito civil*, 3. ed. rev. e actual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001, v. 2, p. 475-476.

⁵⁴⁹ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 133.

⁵⁵⁰ Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 476.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 476.

⁵⁵² Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, cit., p. 225-226.

Segundo Bernardes de Mello, a exceção só se justifica quando definida pela lei e merece leitura restritiva, de modo que não se pode, segundo ele, conferir efeito ao negócio nulo sem que a lei disponha nesse sentido, e ultrapassar os estritos limites ditados por ela.⁵⁵³

Embora se reconheça o caráter excepcional das hipóteses de eficácia do contrato nulo, neste trabalho se deseja sustentar que nem mesmo a sanção máxima do negócio jurídico (o reconhecimento da nulidade) pode se sobrepor ao reconhecimento de que valores jurídicos superiores e soberanos devem ser preservados, ainda que com prestígio aos efeitos do negócio que haveria de ser invalidado.

José Luis De Los Mozos aponta ainda efeitos indiretos do negócio nulo: os efeitos do casamento putativo e os decorrentes da culpa *in contraendo*⁵⁵⁴. E pondera que os efeitos não são os próprios do negócio, embora outros possam se verificar, como originar responsabilidade por danos.⁵⁵⁵

A respeito do casamento putativo especificamente, diga-se, são eles diretos, e não indiretos, já que correspondem ao do próprio casamento válido.

Maria Cristina Diener sustenta que os efeitos indiretos do negócio nulo não são tanto os positivos, mas sobretudo uma atenuação dos efeitos negativos da invalidade.⁵⁵⁶

A nulidade tem efeito retroativo para o momento da celebração do contrato, de modo que eventual execução do negócio nulo gerará obrigação de restituir.⁵⁵⁷

À luz do direito italiano, Lucarelli registra que só será convalidado o contrato nulo se o ordenamento jurídico não dispuser em sentido diverso – de modo que, observe-se, o legislador poderá admitir a convalidação do negócio nulo – e a única forma de convalidá-lo é pela conversão legal do contrato.⁵⁵⁸

⁵⁵³ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, cit., p. 227.

⁵⁵⁴ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 137. São os efeitos secundários e práticos de que trata Humberto Theodoro Júnior (*Comentários ao novo Código Civil*, cit., v. 3, t. 1, p. 525).

⁵⁵⁵ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 583.

⁵⁵⁶ Maria Cristina Diener, *Il contratto in generale*, cit., p. 757.

⁵⁵⁷ José Luis De Los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., p. 601.

⁵⁵⁸ Francesco Lucarelli, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, cit., p. 281.

De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo:

“No plano da validade, a própria divisão dos requisitos em mais ou menos graves, acarretando, ou nulidade ou anulabilidade, é decorrência do princípio da conservação, já que, graças a essa divisão, abre-se a possibilidade de *confirmação dos atos anuláveis* (art. 148 do CC). A *sanação do nulo*, cabível em casos excepcionais (por exemplo, art. 208, 2ª parte, do CC), é também resultante do desejo do legislador de evitar que, por excessiva severidade, percam-se negócios úteis econômica ou socialmente. A nulidade de uma cláusula, por sua vez, apesar de o negócio ser um todo, pode não levar à nulidade do negócio; a regra da *nulidade parcial (utile per inutile non vitiatur)* admite que o negócio persista, se a cláusula defeituosa, ‘se esta for separável’ (art. 153 do CC). A nulidade de forma pode acarretar a – *conversão formal*, que torna válido o negócio, graças à adoção de uma forma menos rigorosa que a escolhida pelas partes. Além disso, pode-se observar uma tendência legislativa a admitir ‘correções’ dos negócios jurídicos, em casos de erro e de lesão, os quais, se não fosse a correção, levariam à anulação.”⁵⁵⁹

Quanto às nulidades formais, Menezes Cordeiro pondera que as injustiças geradas por seu reconhecimento têm levado o direito a buscar minorar o problema, de maneira que “a solução mais perfeita para suprimir os inconvenientes da nulidade seria, como se adivinha, a manutenção do acto nulo por vício de forma, ainda que numa saída *contra legem*”⁵⁶⁰. A solução, porém, encontrou resistência em função da natureza cogente das disposições.⁵⁶¹

Menezes Cordeiro discorda das afirmações genéricas de que o *venire contra factum proprium* seria suficiente para impedir o reconhecimento dos negócios jurídicos com vícios formais⁵⁶² e afirma:

“Trata-se de indagar o escopo preconizado por tais normas: estando esse escopo assegurado, a aplicação dessas normas poderia ceder, sem incorreção, à de outras regras. Estes raciocínios não estão claros na doutrina que os preconiza: há, pois, que deles dar uma imagem mais precisa antes de proceder a uma apreciação. A não aplicação das regras referentes à forma pode derivar da sua limitação imanente pela boa-fé ou redução teleológica. Na primeira hipótese, parte-se da idéia de que as normas jurídicas não comportam interpretações e aplicações microcósmicas: é sempre o direito, em conjunto, que se aplica. As regras respeitantes à forma funcionam, assim, em simultâneo, como todas as restantes que, ao caso, se possam reportar. Se aparentemente, não há mais

⁵⁵⁹ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 66-67.

⁵⁶⁰ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 773.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 776 e 781.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 788.

nenhuma nessas circunstâncias, na realidade, a boa-fé, omnipresente em toda ordem privada, tem sempre vocação para se aplicar.”⁵⁶³

E, adiante, assegura que “a forma, por si só, não se explicaria; a sua preterição não justificaria, de modo algum, a sanção radical da nulidade”⁵⁶⁴ e a sua alegação pode representar abuso de direito, precisamente por contrariar a boa-fé e indenizam por conta disso⁵⁶⁵. Mas não se justifica impedir a declaração de nulidade, cujo escopo, segundo Menezes Cordeiro, “não é prosseguir os valores de reflexão, segurança e publicidade atribuídos ao formalismo clássico no direito. Esses fatores traduzem apenas elementos de política legislativa, que o legislador terá ponderado antes de, em concreto, restringir o consensualismo, neste ou naquele caso. A finalidade do legislador foi, simplesmente, igualizar, sob a forma, todas as declarações negociais atinentes a certos setores e uniformizar, sob a nulidade, todas as violações à regra anterior. A redução teleológica de normas deste jaez equivale à violação do seu escopo. Como tal é impossível”.⁵⁶⁶

Para Arnaldo Rizzardo, de um modo ou outro, o negócio nulo pode ser superado pelos efeitos legítimos que a ele se atribui em certas circunstâncias:

“Conclui-se que um direito vai se formando com o transcorrer do tempo, o qual se sobrepõe à nulidade, mas sem que a afaste. Esse direito que se constitui e se impõe, se o objeto compreender especialmente a matéria de natureza privada, cria uma garantia, paralela à nulidade, mas que não resta afetada por esta. Se um menor efetua a venda de um imóvel, não há como convalidar o negócio. Todavia, adquirindo ele a maioria, e a partir daí correndo o lapso de tempo de quinze anos, a prescrição aquisitiva sana a nulidade, pois faz emergir um novo direito, que é o reconhecimento do domínio. Não se convalida o negócio, mas o direito que emerge impede a perda do bem por eventual declaração de nulidade.”⁵⁶⁷

E Caio Mário parece concordar: “Igualmente são suscetíveis de validade as declarações de vontade, quando não atentem contra os princípios que as maculam de maneira absoluta e total, uma vez que somente são suscetíveis de prevalectimento os negócios jurídicos que são nulos mas que podem ter validade sem quebrar os requisitos do outro ato negocial que o substituirá.”⁵⁶⁸

⁵⁶³ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 789-790.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 790.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 791.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 792.

⁵⁶⁷ Arnaldo Rizzardo, *Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10/01/2002*, cit., p. 519.

⁵⁶⁸ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 635.

Mas a advertência de Orlando Gomes sobre o assunto vem a calhar. Como se extrai do longo trecho a seguir transcrito, é necessário conjugar a invalidade com a sanção que a justifica, para, desse modo, concluir por sua utilidade ou inutilidade:

“O movimento contrário à teoria clássica das nulidades tem, sobretudo, sentido crítico. Japiot o inicia. Investe contra sistematização, considerando-a impraticável em face da complexidade das questões suscitadas pelas imperfeições dos negócios jurídicos. Examinando, em seguida, a natureza da nulidade, que é uma sanção, sustenta que, em vez de construir uma teoria dos negócios nulos, o que se deve fazer é regular tais atos em função da natureza punitiva da nulidade. Não desempenhará o importante papel que lhe cabe, se não dosada, como *sanção* que é, conforme o fim da lei. Este é que deve ser considerado. Há que conhecer os interesses cuja defesa a lei quer tutelar. Esses interesses variam e atendem a solicitações diversas. São da sociedade, de terceiros ou da parte. A intensidade da sanção há de variar conseqüentemente. Para graduá-la, mister se faz levar em conta não o negócio em si mesmo, mas sim, seus efeitos jurídicos. A distinção entre um ato válido somente pode ser feita em termos objetivos, do ponto de vista da eficácia. No estado da validade há integral produção de efeitos; no de invalidade, ausência de maior ou menor número de efeitos. Será, portanto, na determinação da eficácia que se encontrará o critério para distinguir o negócio válido do nulo. De certos negócios, deve-se ter o direito de prevenir ou suprimir os efeitos. A outros deve-se recusar eficácia plena ou parcial. Ainda que um só dos efeitos normais seja suprimido, haverá ineficácia. Seja qual for o grau de imperfeição, haverá nulidade para Japiot, porque, na sua teoria, nulidade é sinônimo de ineficácia. Admitindo, porém, a graduação diversificada na sanção, conclui pela impossibilidade de uma teoria geral, advogando a especialização.

Piedelièvre critica a teoria tradicional, especialmente quanto à importância que atribui à distinção entre nulidade absoluta e relativa. Em sua monografia, demonstra que negócios nulos produzem efeitos. Em primeiro lugar, prova que engendram, de modo definitivo, conseqüências secundárias, indiretas e imprevistas pelas partes. Em segundo lugar, certos negócios nulos produzem todos os seus efeitos durante certo período de tempo. Em terceiro lugar, outros têm eficácia permanente. Feitas essas observações, acompanhadas de penetrante análise dos casos de nulidade, tenta sistematizar princípios para explicar o fundamento da sobrevivência de efeitos dos negócios nulos como auxílio de princípios como os da boa-fé, da responsabilidade, e de parêmiás como as *error communis facit* e *in pari turpitudine cessat repetitio*.

O movimento de idéias infenso à teoria clássica das nulidades é forte na crítica e fraco na construção. Com argúcia mostra as inconseqüências e as falhas do sistema tradicional, mas não oferece, em troca, uma sistematização de princípios que represente construção doutrinária de conteúdo lógico apreciável. Vale, no entanto, como obra de esclarecimento, que serve, principalmente, para corrigir os excessos a que conduz o amor à abstração manifestado pelos partidários da teoria clássica através da inflexibilidade que emprestam às categorias que classificam. Contudo, tais considerações conduziriam, segundo alguns

escritores, a um retrocesso, mormente porque aboliriam a categoria das nulidades de pleno direito, como sustenta, por exemplo, Gaudemet.”⁵⁶⁹

Claudio Luiz Bueno de Godoy oferece um caminho para a ponderação sugerida por Orlando Gomes. Sustenta que a função social do contrato não se restringe a limitar a liberdade contratual, mas também tem natureza afirmativa, “de fomento de escolhas valorativas do sistema”. Ocorre que, segundo o autor, “em verdade, quando o artigo 421 preceitua que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato, nada mais faz senão refletir a admissão de que a fonte normativa do ajuste não está mais ou especialmente na força jurígena da vontade”.⁵⁷⁰

Carlos Alberto da Mota Pinto, comentando o direito português em relação à retroatividade da nulidade e da anulação, registra:

“No actual Código Civil o problema da oponibilidade da nulidade e anulabilidade a terceiros foi resolvido de forma original, através de um sistema de compromisso entre os interesses que estão na base da invalidade e os interesses legítimos de terceiros e do tráfico. Em princípio, tais formas de invalidade são oponíveis a terceiros, salvo o caso especial da simulação, que é inoponível a terceiros de boa fé (art. 243º). Em nome da proteção dos legítimos interesses de terceiros e dos interesses do tráfico jurídico estabeleceu-se, contudo, que a declaração de nulidade ou a anulação do negócio respeitante a bens sujeitos a registro, se não for proposta e registrada nos três anos posteriores à conclusão do negócio, é inoponível a terceiros de boa-fé, adquirentes a título oneroso, de direitos sobre os mesmos bens (cfr. art. 291º).”⁵⁷¹

Recorde-se que o contrato nulo contém os elementos essenciais que lhe dão existência, de maneira que é socialmente identificado como contrato. Precisamente por existir, pode despertar a confiança justificada e de boa-fé dos próprios contratantes e de terceiros.⁵⁷²

Fabrizio di Marzio sustenta que o contrato nulo tem eficácia distinta da que resulta do válido, uma vez que seus efeitos são instrumentais, e não finais, como ocorre com esses últimos. O autor adverte que a própria conversão do negócio reforça a idéia

⁵⁶⁹ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, cit., p. 496-497.

⁵⁷⁰ Claudio Luiz Bueno de Godoy, *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, cit., p. 120.

⁵⁷¹ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 617.

⁵⁷² Fabrizio Di Marzio, *La nullità del contratto*, cit., p. 485.

dessa instrumentalidade, uma vez que por seu intermédio serão obtidos os efeitos de um negócio diverso.⁵⁷³

Situação a ser enfrentada para o objetivo central deste trabalho é a que contempla a relação entre o princípio que veda o comportamento contraditório e as nulidades.

Anderson Schreiber registra inicialmente que a aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* aos negócios nulos é das mais controvertidas:

“O *factum proprium* seria um ato juridicamente vinculante, mas não o é por força de uma desconformidade qualquer com o direito, que impõe sua nulidade ou anulabilidade. Neste caso, é de se questionar se pode o praticante do ato impugná-lo ou se também aí poderia se aplicar o princípio da proibição ao comportamento contraditório para impedir a impugnação naquelas hipóteses em que o próprio impugnante tenha dado causa ao vício.”⁵⁷⁴

O princípio se aplica aos casos de anulabilidade, mas se torna mais difícil em relação às nulidades. A maioria da doutrina se posiciona contrária à incidência, sob o fundamento de que o negócio é nulo em nome da proteção de um determinado interesse público imperativo, que afastaria o princípio.⁵⁷⁵

Anderson Schreiber, porém, com fundamentos aos quais se adere ao longo deste trabalho, observa que “a exclusão parece, todavia, fruto de uma concepção ideológica liberal que apartava de forma absoluta, e tratava como efetivamente contrapostos, os conceitos de ordem pública e autonomia privada” e “remete àquela superada construção, a que já se referiu, da autonomia privada como algo alheio à ordem pública e a ela imune, afastando a chance de convergência entre dois campos”. Dessa forma, “estando a nulidade absoluta erguida no terreno da ordem pública, e sendo o *nemo potest venire contra factum proprium* um princípio incidente sobre a autonomia privada, não se poderiam ponderar, por pertencerem mesmo a universos opostos e incomunicáveis”.⁵⁷⁶

⁵⁷³ Fabrizio Di Marzio, *La nullità del contratto*, cit., p. 487.

⁵⁷⁴ Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 246.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, 246-249.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 249.

Mas as fronteiras até então intransponíveis entre autonomia privada e ordem pública foram superadas pelo reconhecimento da preponderância de valores sociais e a conseqüente mitigação da vontade na disciplina dos negócios jurídicos em geral.

Ademais, “também o *venire contra factum proprium* expressa um interesse normativo por assim dizer público, cogente, consubstanciado na tutela da confiança, na proteção da boa-fé objetiva e na concretização dos valores constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana”. Em conseqüência, “a tese de que o princípio da proibição do comportamento contraditório não se sujeita a ponderações com as regras relativas às nulidades absolutas é, portanto, falha, porque parte da premissa ultrapassada de que ordem pública e autonomia privada são campos apartados”.⁵⁷⁷

No que tange a nulidades formais, o princípio que veda comportamentos contraditórios tem sido aplicado pela jurisprudência, que faz verdadeiro juízo de “ponderação de interesses entre a razão de ser da nulidade formal específica e a tutela da confiança no caso concreto”. Os tribunais levam em conta, nesses casos, que o interesse público estará melhor atendido com a conservação da relação jurídica do que com sua invalidade, reduzindo o “excessivo formalismo do direito positivo”.⁵⁷⁸

Anderson Schreiber menciona a dificuldade de encontrar exemplos de decisões que apliquem o princípio que veda o comportamento contraditório a situações de nulidades substanciais, e não meramente formais. Invoca da jurisprudência alemã caso de nulidade de mandato judicial decorrente de previsão de honorários inferior ao mínimo prescrito em lei. O tribunal reconheceu a nulidade, mas diante da cobrança da importância pelo advogado credor, julgou improcedente o pedido, com amparo no *venire contra factum proprium*. Registra que no caso concreto, o interesse a ser protegido pela nulidade não justificava a violação de outro interesse, também de ordem pública, correspondente à tutela da confiança e da solidariedade social.⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 251.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 251-252.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 252-253.

O autor adverte que a mesma ponderação de valores em casos concretos diversos pode não autorizar a conservação do ato, mas a mera preservação dos efeitos produzidos. A título de exemplo dessa situação, refere-se à decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em que servidores públicos contratados ilegalmente sem concurso tiveram assegurados seus direitos trabalhistas, a despeito de reconhecer a nulidade dos contratos de trabalho.⁵⁸⁰

Em síntese conclusiva, Anderson Schreiber sustenta a aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* aos casos de nulidade, e não apenas aos de anulabilidade, tudo a depender “da ponderação, em concreto, entre o interesse público existente por trás da nulidade e o interesse, também público, na tutela da confiança e da solidariedade social. Dependendo do resultado desta ponderação, pode-se (i) declarar a nulidade do ato, desconstituindo seus efeitos; (ii) declarar a nulidade, mantendo seus efeitos pretéritos; ou (iii) inadmitir a declaração de nulidade, conservando o ato em sua plena eficácia”.⁵⁸¹

José Luis de los Mozos afirma que um negócio nulo pode produzir os efeitos que não são os dele próprio, mas sim os que de sua aparência resultam. Assim também ocorre quando o negócio é inexistente:

“Pois bem, essa aparência pode ter um significado muito diverso. Às vezes não se constituíram mais do que peças esparsas do negócio, e os efeitos jurídicos que se produzem então são os correspondentes a esses elementos dispersos e não amalgamados que o constituem (ou que não o constituem), mas que podem dar lugar a uma eficácia jurídica independente, se forem suscetíveis de por si mesmos a produzirem autonomamente.

‘A justificação desses efeitos – dizíamos – se encontra, tal como nas nulidades, segundo Piedelièvre, na idéia da boa-fé extracontratual ou extranegocial, que se manifesta na crença da uma das partes na existência do ato em favor dessa crença, e por último no equilíbrio de interesses encontrados, como justificação; na idéia da responsabilidade e da confiança, mais que em uma falta alheia que motive o trato de favor se baseia em um dano ou ainda em uma ignorância do afetado (em sentido de erro) e que cria para ele uma situação desfavorável; ou, enfim, na idéia de aparência, de acordo com Japiot’.”⁵⁸²

⁵⁸⁰ Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 255-257.

⁵⁸¹ Ibidem, p. 258.

⁵⁸² José Luis De Los Mozos, *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas em el derecho civil español*, Barcelona: Bosch, 1965, p. 282-283.

À luz do direito italiano, Francesco Venosta cuida das hipóteses do contrato de trabalho nulo, cuja execução é disciplinada pelo artigo 2.126 do Código italiano. Segundo esse dispositivo, a nulidade ou a anulabilidade do contrato de trabalho não produzirá efeitos no período em que ele foi executado, salvo se for ilícito seu objeto ou sua causa.⁵⁸³

Cuida-se, segundo o autor, de um caso em que o ordenamento confere eficácia ao negócio nulo, com o objetivo de evitar o enriquecimento sem causa.⁵⁸⁴

Após examinar as várias correntes que se estabeleceram para interpretação da mencionada regra, Venosta conclui que ela tem por resultado a aplicação, na maior medida possível, ao contrato inválido, a mesma disciplina que o disciplinaria em caso de validade. Não se resume, pois, a incidir os efeitos do contrato à remuneração do trabalhador, mas a todos os vários aspectos do contrato de trabalho.⁵⁸⁵

O problema se resolve, observa Venosta, se se der destaque à relevância jurídica do contrato, e não ao aspecto de sua validade, ainda que aquela coincida com essa. O que o autor afirma é que o ordenamento não proíbe que se reconheça relevância jurídica também aos negócios inválidos.⁵⁸⁶

Os argumentos deduzidos até aqui demonstram o reconhecimento pela doutrina da necessidade de se estabelecer um juízo de valores no exame do tema da invalidade dos contratos.

São, a rigor, afirmações coincidentes: a nulidade do contrato preserva valores fundamentais do sistema jurídico, as formas legalmente previstas para conservar seus efeitos diretos são exceções taxativamente ditadas pelo ordenamento e, finalmente, os mesmos valores preponderantes que justificam as declarações de nulidade poderão justificar sua validação.

⁵⁸³ Francesco Venosta, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano: Giuffrè, 2004, v. 1, p. 138.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 141.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 172-174.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 183-184.

A justificativa deste trabalho é afirmar que não se exige uma regra mais específica para que, ponderadas as características do caso concreto, seja possível admitir que um negócio tipicamente nulo tenha seus efeitos diretos protegidos.

Para isso, serão considerados, em primeiro lugar, os valores da solidariedade e da cooperação ditados pelo texto constitucional e, em seguida, os princípios da função social do contrato, da boa-fé, da conservação, e o que veda comportamentos contraditórios, bem como os da proporcionalidade e da razoabilidade, presentes nas relações jurídicas em geral.

Ainda antes de concluir o presente capítulo, importa notar que a interpretação pode, também ela, contribuir para o enfrentamento do tema das nulidades.

Álvaro Villaça Azevedo registra que os princípios gerais de interpretação das leis são aplicáveis aos negócios jurídicos e adverte que o intérprete age como um artista que deve “buscar na materialidade das palavras o verdadeiro espírito que as fez nascer”.⁵⁸⁷

Segundo Díez-Picazo e Gullón: “A interpretação é uma atividade dirigida à determinação do sentido de uma declaração ou comportamento negocial, de seus efeitos e conseqüências na ordem jurídica, que deve ser feita segundo as regras jurídicas preestabelecidas.”⁵⁸⁸

Sobre a questão da interpretação, há duas correntes. Uma delas prega a busca da vontade ou intenção dos próprios contratantes (interpretação subjetiva); outra, ao contrário, considera que se deve visar ao significado das declarações no tráfico e na vida social (interpretação objetiva).⁵⁸⁹

Enfrentando o tema à luz do direito espanhol, Díez-Picazo e Gullón observam a opção do Código Civil pelo critério objetivo, ainda que sem caráter absoluto, mas registram que a utilização mais freqüente do critério da boa-fé na interpretação contratual

⁵⁸⁷ Álvaro Villaça Azevedo, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*: curso de direito civil, cit., p. 58-59.

⁵⁸⁸ No original: “*La interpretación es una actividad dirigida a la determinación del sentido de una declaración o comportamiento negocial, de sus efectos y consecuencias en el orden jurídico, que ha de hacerse en conformidad con unas reglas jurídicas preestablecidas.*” (Luís Díez-Picazo; Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, cit., v. 2, p. 79 – Nossa tradução).

⁵⁸⁹ Luís Díez-Picazo; Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, cit., v. 2, p. 79.

vai fazendo com que o critério objetivo se imponha. Ponderam, porém, que é arbitrário prescindir a intenção das partes, de modo que o critério objetivo deve ter natureza subsidiária ou complementar.⁵⁹⁰

Mais uma vez, parece haver condições de contemplar a idéia de que não há como estabelecer antecipadamente o critério a prevalecer: subjetivo ou objetivo⁵⁹¹. Melhor que se admita o enfrentamento de cada hipótese concreta para só decidir pelo modo interpretativo a prevalecer levando em conta o grau de comprometimento da vontade do ajuste e de suas conseqüências sociais. Ou seja, conforme a maior importância de um ou de outro, se optará pelo critério interpretativo objetivo ou subjetivo.

No tratamento da intervenção do juiz no conteúdo dos contratos, Enzo Roppo pondera que ele atua ao lado de outras fontes para exprimir a valoração e a opção do legislador, levando em conta a necessidade de disciplinar o conteúdo do contrato segundo o interesse público.⁵⁹²

E prossegue:

“Ao juiz, na realidade, são facultados também instrumentos que lhe permitem controlar o regulamento contratual elaborado pelos sujeitos privados, e interferir, eventualmente, nas suas determinações, *já não segundo uma lógica solidária com as escolhas da autonomia privada* (como se viu acontecer com a interpretação e com o juízo de equidade) *mas, ao invés, segundo uma lógica de potencial antagonismo relativamente a ela*: são os instrumentos, através dos quais o juiz avalia se a operação realizada com o contrato se coloca, nalguma sua faceta, em conflito com os objetivos fundamentais e valores de natureza ética, social, econômica, pelos quais se rege o ordenamento jurídico, ou até como as contingentes escolhas políticas do legislador – por outras palavras, se os interesses privados prosseguidos com o contrato violam o interesse público, o interesse geral da coletividade.”⁵⁹³

Roppo conclui que diante do interesse público, a ação do juiz deve ser radical: reconhece a nulidade do contrato e interrompe a produção de seus efeitos⁵⁹⁴, E o faz, note-se, para proteger o interesse público, o que permite dizer que, se o interesse público for

⁵⁹⁰ Luís Díez-Picazo; Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, cit., v. 2, p. 79.

⁵⁹¹ Antônio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*, cit., p. 164.

⁵⁹² Enzo Roppo, *O contrato*, Lisboa: Almedina, 1988, p. 166-168.

⁵⁹³ *Ibidem*, p. 177.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 178.

mais bem protegido com a produção dos efeitos do negócio, será possível prestigiá-los, em lugar de impor a nulidade.

A legislação muitas vezes aponta especificamente o interesse público a proteger, com previsão específica da sanção de nulidade. Contudo, não pode contemplar todas as hipóteses possíveis. Essa insuficiência ou inadequação é que remete à necessidade de se estabelecerem cláusulas gerais que as disciplinem.⁵⁹⁵

Após sustentar que os contratos nulos não podem produzir os efeitos que lhe são próprios, Enzo Roppo afirma o seguinte:

“Fala-se, em relação a estes casos, de *relações contratuais de facto*: existe aqui uma relação patrimonial entre sujeitos – a efectiva prestação de bens ou de serviços, sem uma troca económica, uma transferência real de riqueza – a qual não tem a sua fonte num contrato (válido) entre eles, e, todavia, é disciplinado como se na sua base existisse um tal contrato.”⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ Enzo Roppo, *O contrato*, cit., p. 178-179.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 210.

17 EFEITOS DAS NULIDADES EM FACE DE TERCEIROS

Ainda que se reconheça que a invalidade do negócio prive de efeitos o negócios, é certo que a afirmação merece temperamentos em diversas circunstâncias, como indicado ao longo deste trabalho.⁵⁹⁷

É propósito deste capítulo considerar os efeitos das invalidades em face de terceiros.

As invalidades estabelecem um conflito entre a proteção dos negociantes – mais especificamente a proteção do interesse jurídico em que o ordenamento se funda para justificar o reconhecimento de sua invalidade – e a proteção que se assegura à circulação de bens e direitos.

Humberto Theodoro Júnior afirma haver uma tendência a proteger a boa-fé e a segurança no tráfico jurídico, ainda que não haja norma específica no direito brasileiro⁵⁹⁸. Observa, a propósito, o seguinte:

“Desde muito tempo, já preconizava a Lei de Introdução que o aplicador da lei tem de se orientar pelos seus fins sociais e pelas exigências do bem comum (art. 5º). Incitando o juiz a não se ater à literalidade dos textos e a não se conservar indiferente à evolução dos tempos e anseios da sociedade, é o próprio legislador que aponta ‘o critério do fim social e o do bem comum como idôneos à adaptação da lei às novas exigências sociais e aos valores positivos, tanto na interpretação como na integração (RT, 132:660-2) da lacuna ontológica ou axiológica.’”⁵⁹⁹

Em seguida, ao examinar o artigo 182 do Código Civil, conclui que ele se destina às partes do contrato, e não a terceiros, pois precisamente quando há terceiros envolvidos na relação jurídica é que incidirá a parte final do dispositivo, porque impossível a restituição da prestação entregue com base no contrato inválido.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 644.

⁵⁹⁸ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, cit., v. 3, t. 1, p. 621.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 622.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 625-628.

No direito italiano, a proteção à circulação e ao terceiro de boa-fé autoriza o sacrifício do reconhecimento da anulabilidade:

“Em nome da boa-fé e dos interesses sociais envolvidos, a lei sacrifica a primeira e acolhe a segunda, nos casos de anulabilidade que não se fundem na incapacidade do agente. Se se trata de contrato nulo, em que seria profundamente injusto afastar a tutela à autonomia da vontade, a eficácia da invalidade é, realmente, *erga omnes*. Mas, se o caso é de simples anulabilidade, o legislador moderno faz uma valoração em que o interesse social pela segurança jurídica dos negócios é posto à frente do interesse individual da vítima do defeito do contrato, quando entre os dois se estabelece um confronto.”⁶⁰¹

Embora no Código Civil brasileiro em vigor não seja encontrado texto equivalente ao do Código italiano, há várias manifestações de preocupação do legislador com a proteção da boa-fé em relação à invalidação do negócio, tanto no que se refere aos terceiros, quanto no que diz respeito aos próprios contratantes quanto à ação de terceiros.

Assim, o artigo 148 veda a anulação do negócio celebrado por dolo de terceiro se o beneficiado o desconhecia; o artigo 154 assegura a preservação do negócio se a coação é proveniente de terceiro e o beneficiado não tem conhecimento de sua ocorrência; o negócio simulado não atingirá o direito de terceiros (art. 167, § 2º); preservar-se-á o negócio cujos requisitos estiverem presentes no negócio nulo (art. 170); e o artigo 172 não permite a confirmação do negócio anulável se houver prejuízo a terceiro.

Como se vê em uma análise superficial, de várias maneiras o Código Civil brasileiro estabeleceu regras em que os efeitos das invalidades não se produzirão em nome da proteção de interesses de terceiros, e também de interesses dos envolvidos no negócio – como nos casos de dolo e coação provenientes de terceiros –, nos quais forem identificados valores superiores do ordenamento jurídico cuja proteção se sobreponha aos decorrentes da invalidade e da ineficácia dos negócios.

Francesco Galgano registra que a sentença que decreta a anulação do negócio, ao contrário da que declara sua nulidade, não retroage em relação aos interesses dos terceiros de boa-fé.⁶⁰²

⁶⁰¹ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, cit., v. 3, t. 1, p. 618.

⁶⁰² Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 319.

Segundo o autor, cuida-se de um conflito entre a autonomia contratual e as exigências de segurança do tráfico de bens: “A lei sacrifica as segundas em caso de contrato nulo (pois haveria resultado profundamente injusto sacrificar as primeiras); e dá uma valoração oposta no caso de contratos anuláveis.”⁶⁰³

A correta análise do autor, porém, não afasta o que se vem de afirmar: há hipóteses em que será injusto sacrificar a segurança do tráfico jurídico, em benefício de uma autonomia privada em que o valor protegido lhe é inferior.

Como conclui Raquel Campani Schmiedel, “a autonomia privada é um fenômeno de características nitidamente sociais, cujo reconhecimento pela ordem jurídica se impõe não apenas como respaldo da liberdade individual, mas, principalmente, como garantia da coesão e do equilíbrio do organismo social”.⁶⁰⁴

E mais adiante, afirma;

“Se se considera, portanto, a autonomia privada como um fenômeno social e se o negócio jurídico é o ato jurídico por meio do qual se procura exercer a autonomia privada, não cabe deixar de reconhecer-se sua função social, que se concretiza na circulação, distribuição e troca de bens e serviços de interesse na comunidade.

O negócio jurídico é, assim, a principal categoria do direito privado, uma vez que, por seu intermédio, a ordem jurídica instaura sua *função dinâmica*, colocando-o à disposição dos particulares para a realização de determinadas finalidades socialmente relevantes.”⁶⁰⁵

De acordo com Massimo Bianca, a prestação contratual deve evitar ingerência danosa na esfera de direito do credor e também na de terceiros⁶⁰⁶. Segundo o autor italiano, se o adimplemento da prestação depende da participação de terceiro, não se pode afastar a proteção a seus direitos.⁶⁰⁷

⁶⁰³ No original: “La ley sacrifica a las segundas en el caso del contrato nulo (pues habría resultado profundamente injusto sacrificar a las primeras); y dá una valoración opuesta en el caso del contrato anulable.” (Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 319 – Nossa tradução).

⁶⁰⁴ Raquel Campani Schmiedel, *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, cit., p. 37.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁶⁰⁶ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 571.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 572.

Do princípio da relatividade dos contratos é possível extrair que eles, em geral, não produzem efeitos em relação a terceiros que, do mesmo modo, não são alcançados pelo reconhecimento de sua invalidade, cujo reconhecimento não têm legitimidade para postular.

Como observa Carlo Pilia, a patologia do contrato e seus reflexos sobre as posições de terceiros acarretam conseqüências graves em relação à circulação jurídica de bens, de maneira que a análise da questão deve ser feita sob dois planos: o interno, que se concentra na autonomia privada das partes; e o externo, referente à circulação jurídica e às diversas e sucessivas negociações posteriores.⁶⁰⁸

A questão se agrava na atualidade, em virtude da aceleração do processo de intercâmbio de bens e valores: “A incidência negativa da patologia do contrato sobre a segurança e a estabilidade do comércio é fortemente acentuada na realidade econômica moderna caracterizada por uma extrema intensificação e aceleração das trocas.”⁶⁰⁹

A preocupação com a segurança dos terceiros, em relação à validade dos negócios em que amparam suas relações jurídicas, implica, segundo Carlo Pilia, que a segurança e a estabilidade do comércio tenham prevalência em relação a valores tradicionais opostos a ele.⁶¹⁰

Para Pilia, a preservação dos negócios cuja validade esteja de algum modo comprometida resulta da consagração do princípio da confiança que, por sua vez, se ampara na proteção ao valor consagrado pelo ordenamento, no sentido de que há necessidade de se manter a integridade da circulação jurídica. E acrescenta que a evolução histórica do princípio da confiança decorre da progressiva introdução e difusão da necessidade de se assegurar a proteção ao terceiro, perante as diversas patologias negociais.⁶¹¹

⁶⁰⁸ Carlo Pilia, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano: Giuffrè, 2002, p. 1-3.

⁶⁰⁹ No original: “*L’incidenza negativa della patologia del contratto sulla sicurezza e stabilità dei traffici è fortemente accentuata nella moderna realtà economica caratterizzata da una estrema intensificazione e velocizzazione degli scambi.*” (Carlo Pilia, *Circolazione giuridica e nullità*, cit., p. 13 – Nossa tradução).

⁶¹⁰ Carlo Pilia, *Circolazione giuridica e nullità*, cit., p. 14. Sobre o tema, com posição de certo modo diversa, Humberto Theodoro Neto, para quem a validade do contrato é condição de sua oponibilidade a terceiros, sem apontar exceções quanto à lesão (*Efeitos externos do contrato, direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 187).

⁶¹¹ Carlo Pilia, *Circolazione giuridica e nullità*, cit., p. 69.

Em razão do reconhecimento da necessidade dessa proteção, os sistemas jurídicos foram gradativamente acrescentando regras ao ordenamento, destinadas a evitar que a anulação e a nulidade prejudicassem terceiros que confiaram na validade desses negócios, de modo a evitar a insegurança jurídica na circulação de bens e direitos.

Carlo Pilia procura identificar os critérios para solução dos conflitos entre a invalidade do negócio e a proteção do terceiro que celebra o negócio subsequente, ou seja, que em negócio posterior adquire determinado bem da pessoa que o adquiriu por um contrato inválido, denominando-o “o conflito entre alienante e terceiro subadquirente: pluralidade de critérios de prevalência”.⁶¹²

Observa, de início, que o tema se relaciona à fórmula de que “não pode haver prejuízo ao terceiro”, a partir da qual se buscam soluções para os conflitos entre interesses relativos ao comércio.⁶¹³

Desse modo, o autor registra que as hipóteses estruturalmente menos complexas (que compreendam revogação, rescisão e resolução), à luz do direito italiano, condicionam a proteção do terceiro ao fato de ter celebrado o contrato em momento anterior ao ajuizamento da demanda de anulação do negócio anterior.⁶¹⁴

No que tange ao negócio simulado, prossegue Carlo Pilia, a proteção do terceiro depende não apenas da anterioridade do negócio em relação à demanda, mas também de sua boa-fé.⁶¹⁵

Contudo, segundo Arnaldo Rizzardo,

“Desfeito o ato ou negócio, retornam as partes à situação anterior. São repostas as coisas no mesmo estado em que estavam antes da formação do negócio, não se poupando os terceiros. Se transferido o bem ou o direito a uma terceira pessoa, desfaz-se essa avença, suportando quem transferiu as perdas e danos e devendo efetuar o reembolso do que foi pago. Novamente Carvalho Santos manifesta-se, com apoio em Clóvis Beviláqua: ‘Em relação a terceiros, declarada a nulidade do ato, desfaz-se

⁶¹² No original: “*Il conflitto tra alienante e terzi subacquirente: pluralità dei criteri di prevalenza.*” (Carlo Pilia, *Circolazione giuridica e nullità*, cit., p. 73 – Nossa tradução).

⁶¹³ *Ibidem*, p. 73.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 75.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 76.

o direito que, acaso, tenha adquirido com fundamento no ato nulo ou anulado, porque ninguém transfere a outrem direito que não tem. À boa-fé, com razão mais forte, aqui se atenderá, quanto aos frutos e quanto à posse para o usucapião’.⁶¹⁶

E mais:

“O ato nulo de pleno direito é frustrado nos seus resultados, nenhum efeito produzindo: *quod nullum est nullum producit effectum*. Quando se diz, contudo, que é destituído de efeitos, quer-se referir aos que normalmente lhe pertencem, pois que às vezes algumas conseqüências dele emanam, como é o caso do casamento putativo; outras vezes, há efeitos indiretos, como se dá com o negócio translaticio do domínio, que, anulado, é inábil à sua transmissão, mas vale não obstante como causa justificativa da posse; outras vezes, ainda, ocorre o aproveitamento do ato para outro fim, como, *e.g.*, a nulidade do instrumento que deixa subsistir a obrigação, Em outros casos, o ato nulo produz alguns efeitos do válido, como é, no direito processual, a citação nula por incompetência do juiz, que é apta a interromper a prescrição e constituir o devedor em mora, tal qual a válida (Código de Processo Civil, art. 219).

O decreto judicial de nulidade produz efeitos *ex tunc*, indo alcançar a declaração de vontade no momento mesmo da emissão.”⁶¹⁷

Llambías afirma que se o negócio é nulo, o terceiro que vem a adquirir determinado bem obtido originalmente por seu intermédio não pode invocar sua boa-fé para defender-se, pois toda transmissão deve amparar-se em um meio idôneo. O negócio nulo, prossegue, ostenta ineficácia desde a sua origem e não tem condições de operar a transmissão.⁶¹⁸

O autor considera que o princípio de que o negócio nulo não pode gerar direitos a terceiros é isento de críticas, porque a boa-fé, por si só, não pode criar direitos onde nada existe. Segundo ele, a boa-fé é um princípio muito amplo e genérico para criar direitos isoladamente, e adere ao pensamento de Enneccerus, segundo o qual razões de segurança jurídica impõem exceções a esse princípio, de modo que a proteção da confiança de certos fatos jurídicos pode permitir a eficácia de certos negócios, se eles se conjugarem a outros fatos especificados em lei (posse, registro, notificação etc.).⁶¹⁹

⁶¹⁶ Arnaldo Rizzardo, *Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10/01/2002*, cit., p. 526-527.

⁶¹⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 644.

⁶¹⁸ Jorge Joaquín Llambías, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, cit., p. 59.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 59-60.

No entanto, pondera que circunstâncias especiais e excepcionais podem alterar a segurança dessa assertiva:

“A boa-fé dos terceiros, por si só, não bonifica seu direito. Para que resulte operante, ser requererá a conexão dessa boa-fé com algum direito excepcional previsto pela lei, que conceda ao terceiro o *jus singulare* de opor-se à nulidade, ou melhor dizendo ao direito preexistente que o ato nulo não teria podido alterar. É claro que nessa suposição, o direito do terceiro não se apoiará em um ato nulo, carente de eficácia traslativa, senão na disposição da lei que aperfeiçoará aquele direito sobre ele à custa do primitivo titular. Será uma aquisição originária e não derivada.”⁶²⁰

O autor reproduz a lição de Solon a respeito dos efeitos do negócio inválido em relação aos terceiros de boa-fé, observando que o mencionado autor não considerava adequado tratar igualmente as partes do negócio e o terceiro de boa-fé, porque aos primeiros se pode exigir que observem a forma exigida pela lei, mas ao terceiro não se impõe tal exigência, em face de um negócio que tem toda a aparência de licitude e correção.⁶²¹

Contudo, não se pode desprezar a aparência do negócio regular e eficaz em prejuízo do terceiro que nele confiou, pois nessa hipótese, pondera Llambía, a vítima não é apenas a própria pessoa, mas a sociedade, pois, do contrário, estaria “minado o cimento de confiança e segurança em que a ordem jurídica se assenta”.⁶²²

Llambías, porém, registra que a proteção só pode ser conferida ao terceiro de boa-fé nos casos em que o negócio é anulável, pois, se a hipótese é de negócio nulo, a invalidade decorre da lei, enquanto os anuláveis só são identificados e reconhecidos com a prolação da sentença⁶²³. O autor acrescenta que a preservação do negócio como modo de

⁶²⁰ No original: “*La buena fe de los terceros, por sí sola, no bonifica su derecho. Para que resulte operante, se requerirá la conexión de esa buena fe con algún hecho excepcional previsto por la ley, que conceda al tercero el jus singulare de oponerse a la nulidad, o mejor dicho al derecho preexistente que el acto nulo no habría podido alterar. Es claro que en ese supuesto, el derecho del tercero no se apoyará en el acto nulo, carente de eficacia traslativa, sino en la disposición de la ley que perfeccionará aquel derecho en su cabeza a costa del primitivo titular. Será una adquisición originaria y no derivada.*” (Jorge Joaquín Llambías, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, cit., p. 62-63 – Nossa tradução).

⁶²¹ Ibidem, p. 119-120.

⁶²² Ibidem, p. 145-146.

⁶²³ Ibidem, p. 146.

prestigiar o interesse dos terceiros pressupõe boa-fé que se presume e onerosidade do ajuste estabelecido por eles.⁶²⁴

Álvaro Villaça Azevedo também adverte sobre a necessidade de se prestigiar o terceiro de boa-fé em face de negócios inválidos em determinadas situações que aponta – credor putativo e herdeiro aparente. O autor reconhece, então, que “o princípio da nulidade dos negócios jurídicos fica, de certa forma, abalado, pois efeitos defluem de situações totalmente inexistentes ou nulas” e afirma que nesse caso há de se prestigiar a boa-fé, “norteador supremo do direito. Ele é a única coluna do templo do direito que não pode ruir, em qualquer momento, sob pena de negar-se o próprio fundamento da ciência jurídica”.⁶²⁵

Díez-Picazo e Gullón observam que são pacíficas doutrina e jurisprudência no sentido de que situações jurídicas alheias devem ser respeitadas pelos contratantes, que respondem solidariamente pelos danos que provocarem a terceiros. Esclarecem ainda que o prejudicado poderá invocar em todo caso o reconhecimento da nulidade absoluta, pois o contrato terá causa ilícita: os contratantes celebram o contrato, embora conscientes das conseqüências lesivas de seu ato.⁶²⁶

Parece possível, em sentido inverso, concluir que a reflexão dos mencionados autores também se presta a sustentar que o terceiro poderá invocar a validade do negócio se sua invalidação lhe causar danos.

Para tanto, por certo, será necessário confrontar a causa da invalidade alegada para verificar se ela prepondera ou não – em termos de valores a proteger – em relação à boa-fé do terceiro. Diversamente da hipótese descrita por Díez-Picazo e Gullón – em que a nulidade é reconhecida para proteção do terceiro, na qual há conduta ilícita consciente dos contratantes –, na hipótese de que agora se cogita, pode não haver culpa ou malícia dos contratantes que desejam invalidar o negócio, mas apenas necessidade de proteger a confiança e a aparência que o negócio inválido suscitou.

⁶²⁴ Jorge Joaquín Llambías, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, cit., 162-165.

⁶²⁵ Álvaro Villaça Azevedo, *Código Civil comentado: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos*, cit., v. 2 (arts. 104 a 188), p. 283-284.

⁶²⁶ Luís Díez-Picazo; Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, cit., v. 2, p. 91.

No direito espanhol, registram Díez-Picazo e Gullón, os terceiros cujos direitos se amparem originalmente em contrato nulo terão seus direitos atingidos pela declaração de nulidade, desde que tenham sido demandados e não estejam protegidos pela regra geral que socorre os que agem de boa-fé e adquirem a título oneroso, admitindo-se a validade da aparência em favor dos terceiros.⁶²⁷

No Brasil, Zeno Veloso observa que o intuito da lei ao consagrar a projeção retroativa das invalidades é proteger terceiros, mas, em certas situações, justifica-se proteger terceiros e limitar os efeitos da sentença. No conflito que se estabelece entre a segurança jurídica e a legalidade, o autor aponta para os princípios gerais de direito e a necessidade de garantir o primeiro, destacando-se, ainda, a aparência do direito.⁶²⁸

Para harmonizar os interesses em conflito, Zeno Veloso pondera:

“A conveniência puramente individual, embora merecedora de atenção e amparo, não pode sobrepor-se ao interesse social, sobretudo de proteger e incrementar o comércio jurídico, havendo, ainda, que se levar em conta a situação de terceiros de boa-fé, que podem sofrer reflexo impactante da sentença, sendo despojados de bens adquiridos com grandes sacrifícios, de cuja indenização não têm a menor garantia.”⁶²⁹

Vale, para o propósito de fazer prevalecer os valores superiores identificados na situação concreta, observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:

“O princípio da proporcionalidade, conhecido, também, por princípio da proibição do excesso, não é para ser observado, somente, pelo Estado, pela Administração, porque representa um princípio do Estado de Direito, não se podendo deixar de relacioná-lo com os direitos fundamentais. É um *superconceito* (*Oberbegriff*). Como diz Canotilho, assiste-se, hoje, a uma nítida europeização do princípio da proibição do excesso através do cruzamento das várias culturas européias.”⁶³⁰

Para reforço de sua argumentação, o autor observa que a inconstitucionalidade – “patologia extrema”, “doença capital”, “defeito mais grave, intenso e profundo” do mundo jurídico – pode não retroagir com a finalidade de atender razões de segurança jurídica e de grande interesse social. Assim sendo, indaga: “Se esta atenuação dos dogmas e princípios

⁶²⁷ Luís Díez-Picazo; Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, cit., v. 2, p. 106. A mesma conclusão é alcançada por Carlo Pilia (*Circolazione giuridica e nullità*, cit., p. 407-412).

⁶²⁸ Zeno Veloso, *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 350.

⁶²⁹ *Ibidem*, p. 357.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 359.

tornou-se necessária e foi possível, tratando-se de lei inconstitucional, por que não estender a solução, presentes iguais motivos, as mesmas razões, para o caso do negócio jurídico inválido?”⁶³¹

Em Portugal, o artigo 291º do Código Civil estabelece a inoponibilidade a terceiros dos efeitos da declaração de nulidade ou da decretação da anulabilidade, desde que preenchidos determinados requisitos.

Segundo Carvalho Fernandes, porém, a proteção só se refere a direitos reais realizados pelo terceiro a título oneroso, e desde que os móveis ou imóveis sejam sujeitos a registro. E é imprescindível que o terceiro tenha agido de boa-fé.⁶³²

A proteção dos terceiros em relação aos efeitos do contrato é decorrência da função social do contrato, cuja sociabilidade não pode jamais ser afastada, mitigando o princípio da relatividade contratual. O princípio referido pode ensejar vantagens e proteção ao terceiro, inclusive, note-se, o de permitir o reconhecimento da eficácia do contrato inválido, como modo de concretizar a referida proteção, pois “de qualquer forma, importa é considerar que o contrato em hipótese alguma pode ser considerado indiferente à sociedade em cujo seio se insere. A nova teoria contratual impõe se o compreenda como voltado à promoção de valores sociais e, mais, impõe se compreenda sua interferência na esfera alheia”.⁶³³

A preservação dos efeitos de determinado negócio nulo para atender à função social do contrato e a boa-fé pode encontrar justificativa nos artigos 421 e 422 do Código Civil. E não representarão novidade no sistema. Basta, para concordar com tal assertiva, lembrar o artigo 167, parágrafo 2º do Código Civil, que consagra expressamente a eficácia do negócio nulo (porque simulado) em face de terceiros de boa-fé.

⁶³¹ Zeno Veloso, *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 362.

⁶³² Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 477-478.

⁶³³ Claudio Luiz Bueno de Godoy, *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, cit., p. 133.

18 REGRA GERAL DE SUPERAÇÃO DAS INVALIDADES

Na lição de Leonardo Mattietto:

“O estudioso da ciência jurídica, sob pena de limitar seu horizonte de visão e pois alienar-se da realidade, não deve desprezar a compreensão do fenômeno jurídico nos seus mais largos horizontes, não imaginando que a lei possa ‘conter’ todo o direito. Muitas vezes, porém, os juristas vêem as leis como ‘se elas estabelecessem as únicas regras que à razão seja possível conceber’.”⁶³⁴

Para Francesco Galgano, a declaração de nulidade implica desfazimento dos efeitos do negócio em sua integralidade – inclusive quanto a terceiros –, sacrificando a segurança na circulação de bens e direitos, em benefício da autonomia privada, mas os efeitos nocivos daí decorrentes se neutralizam com a aquisição dos bens a título originário, como se dá com a usucapião.⁶³⁵

Orlando Gomes, contudo, pondera:

“Diz-se, realmente, que o negócio nulo não produz efeito, pois a nulidade é imediata, absoluta, insanável e imprescritível, ao contrário do anulável, que tem eficácia e pode ser sanado pela vontade do interessado, ou pelo decurso do tempo. Tais postulações não resistem à mais aprofundada análise. Via de regra, o que é nulo nenhum efeito produz. Há negócios nulos que todavia produzem efeitos. Dentre tantos outros, basta citar: a) a prescrição se interrompe por citação nula; b) declaração feita em negócio nulo serve de começo de prova; c) o parentesco por afinidade sobrevive a casamento nulo. Alguns produzem efeitos secundários, como o instrumento público nulo, que vale como instrumento particular. Outros geram todos os seus efeitos, como o casamento putativo e os atos praticados pelo herdeiro aparente, pouco importando, nestes casos, que a ordem jurídica neutralize o princípio com recurso técnico da boa-fé ou da máxima *error communis facit jus*. Intrinsecamente tais negócios são nulos; não deveriam suscitar qualquer efeito, e, no entanto, suscitam. Inexata, portanto, a afirmação categórica sobre a ineficácia absoluta dos negócios nulos.”⁶³⁶

Segundo Pietro Perlingieri, “o direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade entendida

⁶³⁴ Leonardo Mattietto, *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*, cit., p. 311.

⁶³⁵ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 319.

⁶³⁶ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, cit., p. 494-495.

na sua mais ampla acepção”⁶³⁷. Corresponde a afirmar que o direito não pode ser compreendido sem que se atente para a realidade social em que se insere.

Assim sendo, a realidade social em que vivemos pode autorizar a conclusão de que somente protegendo-se a confiança e a boa-fé de contratantes e terceiros se atenderá aos interesses sociais em conflito. Por vezes, a sociedade justa e solidária estará protegida com a invalidação dos negócios, outras, com o reconhecimento de sua eficácia, a despeito da incidência legal de hipótese de nulidade ou anulabilidade.

Na visão de Perlingieri, “a complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como *coexistência*”.⁶³⁸

A partir de visão bastante próxima a essa, Zeno Veloso observa que a doutrina administrativa tem se desenvolvido melhor quanto ao limites e efeitos da invalidação, conferindo maior importância à segurança jurídica, à certeza do direito e à boa-fé de terceiros.⁶³⁹

E o autor investe contra o desfazimento dos contratos que sucedem o que vier a ser declarado nulo, desconsiderando-se a tutela dos terceiros de boa-fé:

“Deve ser louvado o magistério de Serpa Lopes, acudindo terceiros de boa-fé, que não podem suportar, de modo absoluto, sem atenuações, os impactos dos efeitos retrooperantes da nulidade ou da anulação de negócios jurídicos, em decorrência dos quais esses terceiros adquiriram direitos, e este aspecto não tem sido abordado por muitos outros autores, antigos e modernos, na doutrina brasileira, sendo, a nosso ver, um dos pontos nevrálgicos da chamada teoria das nulidades, carecendo tratamento legislativo.”⁶⁴⁰

Confrontam-se a regra de que o contrato nulo não pode produzir efeitos, desde sua celebração, e a segurança jurídica, a proteção ao terceiro de boa-fé, a confiança e as legítimas expectativas.

⁶³⁷ Pietro Perlingieri, *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 1.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 1.

⁶³⁹ Zeno Veloso, *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 325-326.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 342.

Na lição de Zeno Veloso, o fato de o sistema jurídico nacional não contemplar regra geral que permita expressamente aproveitar ou preservar os efeitos do negócio nulo não é obstáculo intransponível, pois o juiz deve interpretar textos legais de maneira construtiva para atender ao “irreprimível movimento de socialização jurídica, de humanização do direito, atendendo as novas concepções, deixando de tributar supersticiosa veneração a regras milenares, que tiveram a sua oportunidade e o seu momento, mas cujo tempo já passou”.⁶⁴¹

Em síntese de seu pensamento, Zeno Veloso propõe a superação de uma lógica excessivamente formalista, para a adoção de posições inspiradas na busca dos interesses reais que levaram à edição da lei, atentando-se aos interesses sociais e econômicos nela contidos:

“A lógica formal é substituída pela avaliação dos conflitos de interesses em jogo, pela ponderação, acentuando-se os mais altos valores do direito, como a justiça e a equidade, sendo que algumas imperfeições e o exagerado psicologismo da ‘jurisprudência de interesses’ foram superados e consertados pela chamada ‘jurisprudência de valoração’, que se correlaciona com a concepção tridimensional do direito, exposta por Miguel Reale, em que os fatos e os valores se integram dialeticamente em um processo normativo.”⁶⁴²

Na situação concreta:

“Deve o julgador ressuscitar em seu espírito o vigor e a audácia dos antigos pretores romanos, individualizando a prestação jurisdicional, criando o ‘direito do caso’, com base nos princípios e fundamentos, dando uma solução mais razoável aos conflitos, aplicando as normas contidas de forma imanente no ordenamento, que inspiram e integram o sistema jurídico e devem servir-lhe de base, fazendo e dando eficácia às leis morais, obedecendo ao comando do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, atendendo, na aplicação da lei, aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”⁶⁴³

No exame do abuso de direito, Fernando Augusto Cunha de Sá, faz observação que, em tudo, se aplica ao tema do presente trabalho:

⁶⁴¹ Zeno Veloso, *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 364.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 365.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 367.

“A inerência de determinado valor ou interesse ambiental-cultural, para utilizar a expressão de Giorgianni, à norma jurídica que qualifica como direito subjectivo certo comportamento concretamente situado – e que todos os autores, a que ultimamente me tenho vindo a referir, aceitam e identificam – traz consigo, na realidade, a conclusão, ainda quando não expressamente formulada, de que o fundamento axiológico do direito subjectivo constitui um seu preciso limite, pelo menos tão preciso, mesmo que diferentemente precisado, como o que lhe é imposto pela sua estrutura formal.”⁶⁴⁴

E prossegue:

“Não basta, pois, que a estrutura do comportamento material do sujeito seja, formalmente, a estrutura do que é juridicamente possível ou admissível em termos de certo direito subjectivo; há que fazer coincidir a materialidade de tal comportamento ou situação com o fundamento axiológico-jurídico do direito subjectivo em causa exatamente da mesma maneira porque forma ou estrutura e valor constituem e integram uma única intenção normativa. A inerência de determinado valor ou interesse ambiental-cultural, para utilizar a expressão de Giorgianni, à norma jurídica que qualifica como direito subjectivo certo comportamento concretamente situado – e que todos os autores, a que ultimamente me tenho vindo a referir, aceitam e identificam – traz consigo, na realidade, a conclusão, ainda quando não expressamente formulada, de que o fundamento axiológico do direito subjectivo constitui um seu preciso limite, pelo menos tão preciso, mesmo que diferentemente precisado, como o que lhe é imposto pela sua estrutura formal.”⁶⁴⁵

Na lição de Fernando de Sá, haverá abuso se a estrutura formal do direito, em determinada situação específica, contemplar valor diverso ou oposto ao que lhe serve de fundamento axiológico⁶⁴⁶, afirmação que se aplica à nulidade do negócio jurídico quando referida invalidade não se afastar de um valor maior identificado na própria norma, ou em outra que se revele superior.

É ainda Fernando de Sá quem assegura que o direito pode ser corrigido em nome de “uma legitimidade superior e diferente, que à juridicidade se impõe, de fora e por cima, mas sem destruir a absolutidade positiva do mesmo direito”⁶⁴⁷. Mais uma vez, a afirmação feita em relação ao abuso de direito serve à manutenção do negócio jurídico cuja nulidade deve ser mitigada, em favor de uma “legitimidade superior” que justifique recusar a declaração de invalidade.

⁶⁴⁴ Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do direito*, cit., p. 454.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, p. 455-456.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 456.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 458.

No tratamento do abuso do direito, José de Oliveira Ascensão afirma que há sempre uma utilidade social em toda atribuição jurídica e essa destinação básica não pode ser violada pelo exercício do direito. E os limites para o exercício do direito são estabelecidos pela função social que se lhe atribui.⁶⁴⁸

Entre as hipóteses de abuso de direito, Fernando Noronha inclui a que consiste em postular o reconhecimento de nulidades formais⁶⁴⁹. Aponta a hipótese em que certa cláusula nula é regularmente cumprida e, inesperadamente, vem a ser questionada; e aquela em que um contratante permitiu o cumprimento de contrato nulo por falta de forma e pretende posteriormente questioná-lo.⁶⁵⁰

Em seguida, arremata com conclusão em tudo adequada ao objeto em análise no presente trabalho:

“Contudo, quando o negócio houver sido voluntariamente cumprido é questionável que as formalidades constitutivas ou *ad solemnitatem*, mesmo quando impostas por lei, devam necessariamente implicar a nulidade dele. Parece-nos que o juiz deve abster-se de declarar a nulidade quando o contrato tenha sido cumprido e a razão de ser da imposição da formalidade seja a proteção da própria parte que, no caso concreto, haja levado a cabo o ato de inadimplemento. Na verdade, é de se ponderar que, em matéria de contratos, mesmo as formalidades solenes impostas por lei com frequência têm por finalidade levar as partes a refletir sobre a importância da vinculação que assumem.”⁶⁵¹

Da transcrição acima é possível extrair que Fernando Noronha identifica na boa-fé objetiva a razão que justifica a manutenção dos efeitos do negócio tipicamente nulo. É a conduta ideal que se impõe aos contratantes para prestigiar os efeitos próprios do negócio cuja causa da nulidade pode se sacrificada por não representar um valor insuprível do ordenamento jurídico.

Em trabalho doutrinário, Ana Carolina Kliemann invoca a função social consagrada no artigo 421 do Código Civil como justificadora da “manutenção do negócio jurídico, quando o seu desfazimento mostrar-se prejudicial às várias relações jurídicas a ele vinculadas, seja direta ou indiretamente”. E complementa a conclusão com a assertiva de

⁶⁴⁸ José de Oliveira Ascensão, *Direito civil: teoria geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, v. 3 p. 271-272.

⁶⁴⁹ Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, cit., p. 187.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, p. 188.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 188-189.

que há unanimidade entre os comentaristas do Código Civil de que “a nova lei elegeu o princípio da manutenção do negócio jurídico como valor a ser protegido, claramente optando pelo caráter de excepcionalidade às hipóteses de desfazimento do negócio”.⁶⁵²

Kliemann pondera que a manutenção de vários dispositivos do Código Civil de 1916 no diploma de 2002 não exclui o fato de a nova legislação haver positivado “uma nova ordem principiológica, na qual está presente tanto o princípio da função social quanto o do *favor acti*”.⁶⁵³

E a função social, recorde-se, tem fundamento constitucional na solidariedade social, exigindo que “contratantes e terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que a sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas”.⁶⁵⁴

A função social pode, efetivamente, como princípio que é, permitir a mitigação das regras de invalidade, a justificar a preservação dos efeitos do negócio em nome de sua relevância social.⁶⁵⁵

Essa a propósito a reflexão de Claudio Luiz Bueno de Godoy, que registra que as cláusulas gerais – como a que consagra a função social – não autorizam o julgador a “subjetivar, de modo absoluto, seu ato decisional”. Assim, “valores, proposições ou padrões de comportamento socialmente apreciáveis a que recorra o juiz” não bastam, isoladamente, para ditar a direção do julgamento, pois devem ser ao menos inferíveis do ordenamento.⁶⁵⁶

E, em seguida, arremata:

⁶⁵² Ana Carolina Kliemann, O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 7, n. 26, p. 4, abr./jun. 2006.

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 4-5.

⁶⁵⁴ Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. 207.

⁶⁵⁵ “A função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.” (Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. 206).

⁶⁵⁶ Claudio Luiz Bueno de Godoy, *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, cit., p. 107.

“Nesse sentido, então, pode-se perfeitamente dizer que a função social do contrato seja, ao mesmo tempo, tal como redigido no novo Código Civil, uma cláusula geral – do tipo restritivo (no caso da liberdade contratual) e regulativo (integrando o próprio conceito de contrato), como observa Judith Martins-Costa, especificamente a respeito da função social, valendo-se a propósito, da tipologia das cláusulas gerais elaborada por Menezes Cordeiro – e também um princípio. Isso porque, repita-se, enquanto forma legislativa impregnada de deliberada fluidez, a presente cláusula geral reenvia o juiz a um princípio haurido do próprio ordenamento, como antes analisado.”⁶⁵⁷

Desse modo, é possível encontrar no artigo 421 do Código Civil o embasamento jurídico para sustentar a possibilidade de se conferir ao negócio nulo a eficácia do negócio válido. Tal se dará sempre que, entre outros argumentos, a função social – a preservação de princípios e valores que se sobrepõem à justificativa da sanção de nulidade – recomendar essa solução para os efeitos do negócio que, embora inválido, deva ter sua efetividade reconhecida em nome de um interesse social preponderante.

Na lição de Renan Lotufo, o Código Civil pretende ser “um corpo de normas com cláusulas abertas para servir e viabilizar a atuação de todo o direito privado”. Desse modo, o negócio jurídico é recolocado na Parte Geral, “carregado de valores que nunca tivemos”, fenômeno que, na lição do autor, provocará uma leitura do direito civil de acordo com os valores constitucionais. Em consequência, haverá de se equilibrarem, tal como sustentado ao longo deste trabalho, o social e o individual, sem exacerbação de qualquer deles. É o mesmo autor quem registra a importância dos valores constitucionais no tratamento do direito civil, registrando que o Código visa a “dar efetividade às normas constitucionais, que propugnam, em última análise, a dignidade do ser humano”.⁶⁵⁸

Mais uma vez, vale registrar a reflexão de Claudio Luiz Bueno de Godoy:

“Deve, há de se reconhecer, voltar-se à promoção dos valores básicos do ordenamento, o que, no Brasil, resta claro da disposição do artigo 170, logo no *caput*, da Constituição Federal, que estabelece, como princípios fundamentais da ordem econômica – de que o contrato é fundamental instrumento, conforme atrás examinado, no Capítulo 1 –, a dignidade da pessoa humana e a justiça social, já antes, nos artigos 1º, III e IV, bem assim no artigo 3º, I, consagrados como princípios e objetivos fundamentais da República (princípios da dignidade e do solidarismo). E

⁶⁵⁷ Claudio Luiz Bueno de Godoy, *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, cit., p. 108-109.

⁶⁵⁸ Renan Lotufo, Da oportunidade da codificação civil e a Constituição, in Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 26-27.

sem que, nesse passo, porque os objetivos perseguidos são o solidarismo e a dignidade humana, se possa separar uma função que seja social, de integração social, de outra individual, que seja de garantir condições de desenvolvimento pessoal dos indivíduos.”⁶⁵⁹

Renan Lotufo oferece caminho para a solução do tema, ao afirmar que as nulidades são insanáveis por dizerem respeito a questões de ordem pública⁶⁶⁰. Em sentido inverso, é possível afirmar que a validade prevalecerá se atender ao interesse público.

Ainda no que se refere à busca de um critério para se reconhecerem os contornos jurídicos capazes de oferecer um caminho para que se atribua eficácia a contratos que o direito positivo reconhece como nulos, importa destacar o ensinamento de Teresa Negreiros.

A autora se reporta ao que denomina paradigma da essencialidade, que se constitui, segundo ela, “em um ‘método de compreensão do mundo’ contratual sob a luz de um novo critério de classificação, de acordo com o qual os contratos finalizados à satisfação de necessidades existenciais devem ser diferenciados daqueles outros contratos cujo objeto seja a utilização ou a aquisição de bens não essenciais à pessoa humana *enquanto tal*”.⁶⁶¹

Destarte, prossegue a autora, “a essencialidade do bem deve ser considerada como fator determinante da vulnerabilidade da parte que contrata a sua utilização ou aquisição”.⁶⁶²

Forte nessas afirmações, é possível invocar o princípio da essencialidade também como critério para identificar com maior acerto as hipóteses em que será adequado atribuir eficácia a negócios nulos: aqueles em que o objeto satisfaça necessidades essenciais do contratante, em contraposição aos que têm em conta apenas bens supérfluos.

E mais: também será possível prestigiar efeitos de negócios nulos com objetos insignificantes, incapazes de produzir danos ou prejuízos de expressão.

⁶⁵⁹ Claudio Luiz Bueno de Godoy, *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, cit., p. 115.

⁶⁶⁰ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 469.

⁶⁶¹ Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. 473.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 474.

19 OPERATIVIDADE DA REGRA DA SUPERAÇÃO DAS NULIDADES

Nos itens seguintes, pretendemos apontar algumas situações em que o tema tratado ao longo deste trabalho foi objeto de análise pela doutrina e pela jurisprudência. Nessas análises, apontaram-se situações em que se justificava a superação da nulidade do negócio, em função da importância da preservação de seus efeitos que, por sua importância, justificaram o destaque que ora se lhes concede.

Em alguns deles, as considerações são mais abrangentes, para retomar algumas afirmações que foram feitas. Em outros, a preocupação é exclusivamente noticiar o reflexo do estudos da nulidade na realidade jurídica.

19.1 Nulidade em função da incapacidade absoluta do declarante

Pontes de Miranda esclarece que a nulidade e a anulabilidade do contrato celebrado pelo incapaz, absoluta ou relativamente, são sanções que visam a protegê-los⁶⁶³. Prepondera, segundo o tratadista, a tutela do incapaz, e qualquer limitação a essa proteção é excepcional, pois, ainda na opinião de Pontes de Miranda, ficam em segundo plano a proteção ao tráfico jurídico e ao terceiro. O autor discorda até mesmo da validade dos negócios francamente favoráveis ao incapaz, como o que resulta da venda de um bilhete premiado. Justifica, então, o prestígio do negócio com fundamento diverso: o fato de alguém ter dado o dinheiro ao incapaz para que ele fizesse o que desejasse.⁶⁶⁴

Zannoni adverte que a nulidade decorrente da incapacidade do declarante destina-se a tutelá-lo, pois se presume sua falta de discernimento⁶⁶⁵. No entanto, prossegue, a notoriedade da incapacidade, no sistema argentino, é essencial para a valoração da boa-fé de quem contrata com o amental⁶⁶⁶. E ao enfrentar a disciplina jurídica argentina a respeito do tema, afirma que se a incapacidade não era notória ao tempo da realização do negócio, a

⁶⁶³ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, cit., v. 4, p. 155.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, p. 156-157.

⁶⁶⁵ Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, cit., p. 241-242.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 249.

ação de nulidade não poderá prejudicar quem contratou de boa-fé, haja ou não sentença de interdição, ainda que a doutrina predominante conclua em sentido diverso⁶⁶⁷. Para o autor, o registro da interdição cria uma presunção absoluta de conhecimento para os terceiros, de maneira que a proteção ao terceiro de boa-fé só se justifica se o amental não foi interditado, ou se o ato é anterior ao registro da sentença.⁶⁶⁸

Noronha julga correta a posição dos que não admitem a declaração de nulidade do negócio celebrado pelo absolutamente incapaz, se ele não estava interditado e se a deficiência não era notória ou conhecida da outra parte.⁶⁶⁹

Os contratos, como negócios jurídicos, dependem de uma manifestação de vontade que se exteriorize, de maneira que é essencial que o declarante tenha discernimento suficiente para se vincular ao resultado a que visa (art. 104, I do CC). Destarte, o absolutamente incapaz deve ser representado por seus pais, tutores ou curadores para realizar negócios jurídicos válidos. Se assim não ocorrer, o negócio é nulo (art. 166, I do CC). Se a hipótese é de contrato celebrado por relativamente incapaz, será o caso de anulabilidade (CC, art. 171, I do CC).⁶⁷⁰

Segundo a lição de Maria Helena Diniz, mesmo as nulidades absolutas, porém, surtirão efeitos aparentes se não forem declaradas por sentença: “Assim o ato praticado por um incapaz terá, muitas vezes, efeitos até que o órgão judicante declare sua invalidade.”⁶⁷¹

Raquel Schmiedel registra a respeito o seguinte;

“Ora, a manifestação de vontade realizada, por exemplo, por agente absolutamente incapaz determina a nulidade do negócio, pois este não encontra, na estrutura do sistema jurídico, nenhuma maneira de, posteriormente, ser aproveitado por meio de medida sanatória que vise a aperfeiçoá-lo. Tal ocorre porque nem mesmo o princípio da economia dos valores jurídicos é suficiente para justificar a conservação de um negócio realizado em oposição a valores que lhe são hierarquicamente superiores. À economia de valores contrapõem-se os próprios valores que a ordem

⁶⁶⁷ Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, cit., p. 253.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 254.

⁶⁶⁹ Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, cit., p. 232.

⁶⁷⁰ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito*, 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 402, v. 1.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 486.

jurídica se propõe a realizar, e, no confronto, acabam tendo maior peso os valores em si e não sua economia.”⁶⁷²

Para a autora, “esta utilidade do negócio está, evidentemente, vinculada à função social que ele possui, como instrumento que é de relações de cooperação que, entre indivíduos, são indispensáveis à coesão e à vitalidade do organismo social”. E arremata, afirmando que “a conservação dos negócios jurídicos depende, fundamentalmente, da postura da ordem jurídica, em face do poder que atribui aos particulares no desenvolvimento de suas relações de natureza privada”.⁶⁷³

Atento ao tema, Sílvio Rodrigues preocupou-se com a invalidade do negócio celebrado por incapaz antes da interdição ser declarada judicialmente. Apontava na hipótese o conflito do interesse de proteger o incapaz e o da sociedade como um todo, expresso na posição do que de boa-fé celebra o contrato. À falta de texto expresso no sistema brasileiro, o autor registra que seria o caso de sustentar que o negócio seria sempre nulo, independentemente da interdição.⁶⁷⁴

Para Sílvio Rodrigues, porém, a solução “é demasiado severa para com os terceiros de boa-fé que com ele negociaram, ignorando sua condição de demente. De modo que numerosos julgados têm aplicado, entre nós, aquela solução encontradiça alhures, segundo a qual o ato praticado pelo psicopata não interditado valerá se a outra parte estava de boa-fé, ignorando a doença mental que o afetava”.⁶⁷⁵

O autor assume posição favorável à tese:

“A meu ver tal solução não destoa da lei. O interesse geral, representado pelo anseio de infundir segurança aos negócios jurídicos, impõe que se prestigie a boa-fé. Dessa maneira, devem prevalecer os negócios praticados pelo amental não interditado quando a pessoa que com ele contratou ignorava e carecia de elementos para verificar que se tratava de um alienado.”⁶⁷⁶

⁶⁷² Raquel Campani Schmiedel, *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, cit., p. 45.

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 46.

⁶⁷⁴ Sílvio Rodrigues, *Curso de direito civil*, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 45.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 46.

⁶⁷⁶ *Ibidem* mesma página.

Álvaro Villaça Azevedo, após observar que o artigo 169 do Código Civil veda a confirmação e o convalidamento do negócio nulo, se ocupa do tema específico do negócio celebrado por amental. Invoca, nessa passagem, situação de pessoa cuja incapacidade era episódica e só se apresentava em situações que envolviam grandes quantias, embora a impressão que causasse a terceiros era a de que se tratava de alguém aparentemente normal:

“Em algumas vezes, então, provou-se que essa incapacidade era episódica, e que ocorrera por duas ou três vezes durante os 50 anos de vida dessa pessoa. Nesse caso, é impossível voltar-se no tempo para reexame de todos os negócios praticados, não restando outra alternativa que a de considerar o caso concreto. Foi, desse modo, determinada a interdição da referida pessoa, permanecendo intocados todos os negócios anteriores a ela. Tudo levando em conta o princípio da boa-fé das pessoas que negociaram com o interdito, que se mostrava com aparência sadia e de completa capacidade. Em verdade, nesse caso, muitos negócios convalidaram-se, com o passar do tempo. Foi uma hipótese raríssima.”⁶⁷⁷

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não considera possível reconhecer a validade de negócios realizados por absolutamente incapazes com terceiros de boa-fé.

Julgamento do Superior Tribunal de Justiça condicionou a restituição do imóvel alienado pelo incapaz à restituição dos valores recebidos e à indenização das benfeitorias, mas declarou a nulidade do contrato. Não deixou, porém, de identificar o conflito entre a boa-fé dos compradores e a incapacidade do alienante, reconhecendo, contudo, que esse último era digno de maior proteção.⁶⁷⁸

A solução do caso concreto, porém, não afasta a possibilidade de se prestigiar a boa-fé daquele que contrata com o incapaz. Há situações em que a realização do contrato e sua manutenção melhor atendem à proteção do incapaz. Não se afasta dessa situação aquela em que o proveito do negócio reverteu em benefício do incapaz, sem empobrecê-lo, ou em que tenha sido por ele utilizado para salvar-lhe a vida ou a de alguém de sua família. Parece que os valores em conflito justificariam largamente, efetuado um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, a preservação do negócio.

⁶⁷⁷ Álvaro Villaça Azevedo, *Código Civil comentado: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos*, cit., v. 2 (arts. 104 a 188), p. 305.

⁶⁷⁸ STJ – RESP n. 296.895, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 6.5.2004, *JSTJ* 144/63.

19.2 Nulidade decorrente da venda de apartamento em construção antes do registro do memorial de incorporação (art. 32 da Lei n. 4.591/64)

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo tem reconhecido a nulidade da alienação de unidades condominiais antes do prévio registro da incorporação, como exige o artigo 32 da Lei n. 4.591/64, e por se tratar de nulidade, não tem admitido que o registro tardio o convalide.⁶⁷⁹

A leitura do artigo 32 da Lei n. 4.591/64 indica que se trata de fato de uma hipótese de nulidade, pois o mencionado dispositivo veda a alienação das unidades antes do atendimento das exigências nele contidas, sem cominar sanção, o que acarreta a incidência ao caso do disposto no artigo 166, VII do Código Civil.

Apesar da nulidade, porém, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a convalidação do negócio sempre que o registro omitido se realiza posteriormente, a tempo de não interferir no negócio⁶⁸⁰. Tal posição jurisprudencial reflete um juízo de valor que

⁶⁷⁹ “Ressalte-se, pela demonstração probatória que, efetivamente, a ré apelada negociou as unidades antes mesmo de providenciar o registro da incorporação do condomínio. Nenhum incorporador poderá oferecer unidades autônomas sem ter, antes, arquivado em Cartório de Registro de Imóveis a documentação completa, relativamente ao empreendimento que promove. Ademais, ‘um dos pontos altos da Lei 4.591/64 está na exigência de ser a incorporação inscrita no registro imobiliário, nos termos do artigo 32. Antes dessa providência não pode o incorporador efetuar qualquer negócio relativo à unidade do edifício’ (RT 712/162, citada por: Arnaldo Rizzardo, *Promessa de compra e venda e parcelamento de solo urbano*, 6. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 86). E prossegue o mesmo autor: ‘O prévio arquivamento exige-se para comprovar a legitimidade do empreendimento, a titularidade do terreno, o plano da obra, a avaliação de seu custo, o projeto de convenção, a existência ou não do prazo de carência e a prova da idoneidade financeira’ (Ibidem). (Apel. n. 191.809 4/7/Piracicaba, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Caetano Lagrasta). O legislador, de forma sábia, previu o antecedente registro justamente para garantir os contratantes no tocante as condições avençadas e evitar fatos como os ora analisados onde, em realidade, o compromisso, em relação ao comprador, apenas relata histórico de previsão e não da necessária realidade quer no tocante ao preço, pagamento, prazo de entrega, etc., ferindo, inclusive, a legislação consumerista. A inscrição tardia não convalida contrato celebrado por quem não poderia tê-lo feito (TJSP – Apel. n. 238.516-2, rel. Des. Brenno Marcondes e Apel. n. 315.566 4/9/Presidente Prudente, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Beretta da Silveira).” (Apel. n. 261.550-4/9, rel. Des. Elcio Trujillo, j. 18.10.2006).

⁶⁸⁰ “Especificamente sobre o tema de que ora se trata, veja-se o RESP n. 48.847 (rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU, de 9.10.1995), no qual o relator afastou a nulidade por não vislumbrar enquadramento nas hipóteses de nulidade do artigo 145 do Código Civil de 1916 então vigente, mas deduziu todos os inconvenientes que a nulidade provocariam – declaração de ofício, invocação pelo Ministério Público e impossibilidade de convalidação. O adequado raciocínio dá sustentação ao que se ora se afirma. A hipótese enquadra-se, *data maxima venia*, na situação de nulidade do inciso VII do artigo 166 do Código Civil em vigor, mas sua invalidação não se justifica porque sua razão de ser – a ausência do registro da incorporação – deixou de existir e não há benefício social que ainda justifique a sanção. A sanção de nulidade, aliás, seria desproporcional ao dano que a justifica, consistente na venda anterior ao registro, que, note-se, veio a consumir-se.” (RSTJ 170/386).

alcança de todo modo a validação de um contrato nulo. E consagra um juízo de valor: prepondera o interesse na conservação do negócio – na segurança do tráfico jurídico – e na proporcionalidade fundada na ausência de prejuízo ao adquirente, ainda que a norma seja de ordem pública e vise a evitar danos aos consumidores.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar em hipótese de parcelamento do solo em que Município pretendeu anular venda que efetivou, sob o fundamento de irregularidade administrativa no loteamento, que a ele próprio cabia solucionar.⁶⁸¹

Bem ponderados os valores em conflito, a jurisprudência consagra a efetiva validação de um negócio tipicamente nulo, em benefício dos valores e princípios que ao ordenamento jurídico cabe proteger verdadeiramente.

19.3 Reconhecimento judicial de regime de bens diverso do formalmente ostentado pelos cônjuges e negócios jurídicos realizados sem consentimento de ambos

Anderson Schreiber identifica a proibição do comportamento contraditório em hipóteses que se relacionam ao tema específico deste trabalho, uma vez que contemplam negócios nulos, cujos efeitos foram prestigiados.

O primeiro deles consiste em decisão judicial do Supremo Tribunal Federal que reconheceu que pessoas casadas no Uruguai se sujeitaram ao regime da separação de bens, em decorrência de terem estabelecido no país vizinho o seu primeiro domicílio. Antes de se separarem, o marido praticou atos por instrumento público e privado, nos quais declarou-se casado sob o regime da separação. Tal comportamento foi preponderante para que o Supremo Tribunal Federal tenha julgado improcedente o pedido do marido de reconhecimento de que seu regime de bens era, na realidade, o da comunhão parcial.⁶⁸²

⁶⁸¹ STJ – RESP n. 141.879, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.3.1998.

⁶⁸² Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 189-195.

O exemplo é emblemático. Houvesse a esposa realizado negócios com terceiros envolvendo patrimônio próprio, poderia o marido postular o reconhecimento da nulidade, se não houvesse anuído? Parece que a resposta só pode ser negativa, se o negócio houvesse sido celebrado sob a égide do atual Código Civil, que dispensa a outorga em regime de separação de bens (art. 1.647, I). A convicção gerada nos contratantes de que seu consentimento estava dispensado encontraria aparência e confiança nos próprios negócios celebrados pelo marido, que se declarou sempre casado pelo regime da separação absoluta, em outros negócios celebrados.

Outra situação referida por Schreiber é aquela em que se nega à mulher a possibilidade de questionar a validade do contrato celebrado pelo marido sem seu consentimento, se esse comportamento estiver em contradição com seus atos anteriores. O tema foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, que expressamente mencionou o *venire contra factum proprium* como fundamento da decisão que rejeitou a postulação anulatória.⁶⁸³

No mesmo sentido a posição exteriorizada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁸⁴, que admitiu a validade de contrato de promessa de venda de imóvel sem outorga uxória em decorrência do comportamento da esposa do promitente vendedor que, ao longo de vários anos, agiu como se concordasse com os diversos negócios realizados por ele.

Na decisão, embora admitindo que se tratava de hipótese de negócio anulável, e não nulo, consagrou-se a validade e a exigibilidade do instrumento particular que autorizava, inclusive, à luz dos argumentos expostos, que o adquirente se valesse da adjudicação do bem que lhe foi prometido à venda apenas pelo marido.

No Superior Tribunal de Justiça, a mesma posição foi perfilhada em acórdão relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar.⁶⁸⁵

⁶⁸³ STJ – RESP n. 95.539, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 3.9.1996.

⁶⁸⁴ TJSP – Apel. n. 185.660-4/7, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 13.2.2001 (Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 196-199).

⁶⁸⁵ RSTJ 93/314.

19.4 O desaparecimento da causa de invalidação do negócio após sua realização e a convalidação voluntária do negócio nulo com retroatividade dos efeitos do novo negócio

No Capítulo 15, fez-se referência a lição de Werner Flume a respeito da validação do negócio se a causa de sua invalidade vier a desaparecer.

É certo que algumas causas de nulidade desaparecem sempre. É o que ocorre, por exemplo, com a incapacidade por critério de idade. Nesse caso, importa reconhecer que a nulidade não será suprida, pois a razão da invalidade só interessa ao tempo da celebração do negócio, uma vez que se destina a proteger o incapaz naquela mesma oportunidade.

Contudo, se se levar em conta que algumas causas de nulidade têm, como se afirmou até aqui, fundamento em normas de interesse público que podem sofrer alteração com o decorrer do tempo, não há como descartar a possibilidade de se encontrar situação em que o objeto ou o motivo deixaram de ser contrários ao direito ou em que a solenidade deixou de ser exigida (arts. 166, II a V do CC).

Nessas situações, pode-se, em tese, sustentar que o negócio originalmente nulo poderá ter seus efeitos havidos como válidos e eficazes em nome da proteção de interesses sociais e públicos de maior relevância, evitando-se maiores danos a terceiros e às próprias partes.

Nem se diga que a solução poderia estimular a realização de negócios ilícitos, na expectativa de que ele viesse a se convalidar.

Para tais hipóteses, será identificada a nulidade absoluta, desde que, insista-se, não se justificar a prevalência do negócio, em nome de um soberano interesse público e social.

Por razões idênticas, não se poderão descartar as situações em que as partes decidem refazer o negócio nulo, superando a causa anterior de nulidade, e estabelecendo,

com amparo na autonomia privada, que os efeitos do novo negócio se produzem desde a celebração anterior do negócio nulo.

Mais uma vez, se não os valores protegidos pela retroatividade não sucumbirem à proteção ditada pela norma que previu a nulidade, será possível admitir que os efeitos do negócio refeito se iniciem desde a celebração do que era nulo.

19.5 Cessão de crédito nula e pagamento efetuado pelo devedor ao cessionário

Hipótese de verdadeiro reconhecimento de validade do negócio inválido é invocada por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão. O autor faz menção aos casos em que a nulidade do negócio jurídico da cessão de crédito compromete sua validade apenas em relação a cedente e cessionário, sem afetar interesses do devedor, que efetua o pagamento. Notificado da cessão pelo cedente, o pagamento efetuado pelo devedor será liberatório. Do mesmo modo, se houve simulação no negócio da cessão, será ele havido como terceiro de boa-fé, merecedor da tutela que, no Brasil, é prevista no artigo 167, parágrafo 2º do Código Civil.⁶⁸⁶

19.6 Venda de coisa alheia

Quanto à venda de coisa alheia, Zeno Veloso registra que “é opinião corrente a de que nem a boa-fé do adquirente impede que se desconstitua o registro que se fundou em título nulo ou inexistente”.⁶⁸⁷

⁶⁸⁶ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Cessão de crédito*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 292-293. A respeito da nulidade do contrato-base em hipóteses de cessão da posição contratual, ver: Manuel Garcia-Amigo, *La cesión del contrato en el derecho español*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964, p. 369; Hamid Charaf Bdine Júnior, *Cessão da posição contratual*, Saraiva, 2007, p. 112-113. Carlos Alberto da Mota Pinto cuida também da nulidade do negócio celebrado entre cedente e cessionário e destaca a necessidade de se levar em conta “as expectativas legítimas do sujeito estranho ao acordo onde se manifesta o fundamento da invalidade” (*Cessão da posição contratual*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 521).

⁶⁸⁷ Zeno Veloso, *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 207. A lição se completa nas p. 209-210, com a observação de que nem mesmo o registro do título modifica tal conclusão.

Enfrentando o tema específico, o autor pondera:

“Alguns autores acham que a venda de coisa alheia é anulável, dada a possibilidade de revalidação retroativa, afirmando que só os negócios anuláveis é que podem ser confirmados (arts. 169 e 172).

A convalidação *ex tunc* da venda a *non domino*, no caso previsto em lei, a nosso ver, não é nem se compara com a sanção do que era simplesmente anulável. Ocorre o aproveitamento do negócio originariamente nulo, por circunstâncias especiais, visando a alcançar resultados econômicos e sociais, para facilitar o tráfico jurídico, enfim por motivos práticos, *utilitatis causa*, típica decisão de política legislativa.”⁶⁸⁸

Para Zeno Veloso, a solução representa uma convalidação provocada por elemento novo, verdadeira causa diversa que passa a compor o negócio original, de maneira que “ocorre um fato jurídico superveniente cujo implemento dá consistência e validade ao negócio inicialmente carente, deficitário e inválido”.⁶⁸⁹

Para Zeno Veloso, “em alguns casos, a venda de coisa alheia é nula, mas a aquisição posterior do domínio pelo alienante ‘revalida’ a transferência outrora feita, e desde o tempo em que se realizou”. Embora a visão doutrinária tradicional não admita a convalidação de um negócio nulo, a hipótese representaria, segundo Veloso, uma exceção, justificada por interesses preponderantes, que foi solucionada desse modo pelo parágrafo 1º do artigo 1.268 do Código Civil.⁶⁹⁰

E o autor, no exame da matéria, sustenta longamente que a venda de coisa alheia é negócio nulo, segundo a jurisprudência dominante.⁶⁹¹

19.7 Nulidades formais e execução voluntária

A execução voluntária de negócio originalmente nulo por razões de forma pode justificar sua convalidação ou mesmo o puro e simples reconhecimento de sua validade.

Nesse sentido:

⁶⁸⁸ Zeno Veloso, *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 210.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 210.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p. 211.

⁶⁹¹ *Ibidem*, p. 212-216.

“Por derradeiro, tem-se ainda na ilegalidade de vícios formais e na vedação de exercício desequilibrado de direitos uma eloqüente manifestação da boa-fé objetiva nesta sua função limitadora de direitos. Quanto à primeira, tranqüilo o entendimento de que formalidades impostas pelas próprias partes, sobretudo em contratos, não podem ser por uma delas alegada se aceitou o cumprimento desconforme pela outra. Discute-se apenas se isso também se aplicaria a formalidades impostas pela lei, o que se vem reconhecendo impossível, ressalvada, na visão de Fernando Noronha, hipótese em que a exigência de forma se tenha dado para chamar a atenção das partes para a importância de sua própria conduta. Por outra, na advertência do autor, o juiz deveria se abster de decretar a nulidade quando a prestação tenha sido cumprida e a razão da imposição da forma decorresse de intuito de proteção da própria parte.”⁶⁹²

Embora o exemplo de Fernando Noronha⁶⁹³, enfrentado por Cláudio Luiz Bueno de Godoy no parágrafo anterior, só se refira a nulidades formais, é caso de admitir a extensão do raciocínio adotado sempre que houver execução pela parte, com consciência da nulidade, sempre que assim recomendar o interesse público, a boa-fé, a função social e a segurança jurídica, e não houver valor maior que possa ser protegido com a invalidação do negócio – ou, repita-se, quando um valor superior seja protegido com a validade, em confronto com aquele que a invalidação protege.

19.8 Recondução tácita de contrato de seguro por mais de uma vez

O artigo 774 do Código Civil veda a recondução tácita do contrato de seguro por igual prazo, mediante cláusula expressa, por mais de uma vez.

Cuida de norma de ordem pública, que proíbe nova renovação do contrato, a despeito da cláusula expressa. Assim, a norma jurídica só admite a validade da cláusula de renovação expressa por uma vez.

⁶⁹² Claudio Luiz Bueno de Godoy, O princípio da boa-fé objetiva, in Débora Gozzo; José Carlos Moreira Alves; Miguel Reale (Coords.), *Principais controvérsias no novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55-72.

⁶⁹³ Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, cit., p. 187-188. Ver ainda, a respeito do tema: Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, n. 12, p. 220-221, out./dez. 2002.

Nelson Rodrigues Netto anota que a vigência temporária da regra visa a resguardar segurado e segurador, e assinala que seu desrespeito implica ineficácia da recondução.⁶⁹⁴

A rigor, porém, seria o caso de se declarar a nulidade da recondução, como previsto no artigo 166, VII do Código Civil, que a estabelece para as hipóteses em que a regra jurídica vedar sua prática sem cominar sanção, tal como ocorre com o referido artigo 774.

No entanto, mais uma vez se poderá evitar a invalidação se não houver demonstração de danos ou de prejuízos às partes, como destaca Claudio Luiz Bueno de Godoy: “É de se cogitar, contudo, se essa consequência não seria demasiada para um ajuste que costumeiramente envolve uma parte vulnerável, em quem se pode ter despertado a confiança na cobertura contratada, afinal cumprido, às vezes por muito tempo, o pagamento do prêmio.”⁶⁹⁵

A afirmação de que, em determinadas situações, a invalidade da recondução deve ser preservada está em conformidade com as reflexões deste trabalho. Havendo cumprimento do contrato renovado tacitamente, a confiança, a boa-fé objetiva e mesmo o interesse dos contratantes justificam sua manutenção, afastada a invalidade que da literalidade do texto resultaria.

⁶⁹⁴ Nelson Rodrigues Netto, *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações: arts. 757 a 802*, Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim, Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 7, p. 297.

⁶⁹⁵ Claudio Luiz Bueno de Godoy, *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 643.

20 CONCLUSÕES

1. Negócio jurídico é a manifestação de vontade que se destina a criar, regulamentar ou extinguir relações jurídicas. Seu estudo se dá em três planos sucessivos: o da existência, o da validade e o da eficácia. São os elementos do negócio que lhe dão estrutura e condição de existir. O Código Civil brasileiro não disciplinou o negócio no plano da existência, de maneira que neste trabalho o tema foi enfrentado mais especificamente a partir do plano da validade.

Para que o negócio jurídico existente seja válido, são essenciais os requisitos relacionados no artigo 104 do Código Civil: capacidade do agente, objeto possível, lícito e determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

A realização de negócios e contratos deve ter em conta a autonomia privada, que se subordina à solidariedade social, idéia consubstanciada também na boa-fé.

O ordenamento jurídico sanciona os negócios jurídicos que o contrariem com o reconhecimento de sua invalidade ou ineficácia. No entanto, há hipóteses em que a invalidade ou ineficácia não devem ser reconhecidas, sob pena de se desprestigiarem valores tão importantes quanto os que o sistema jurídico visava a proteger. Nessas hipóteses, a preservação do negócio nulo ou anulável se justifica.

A eficácia do negócio deve relacionar-se com o interesse social que se manifesta em sua repercussão. As relações sociais estabelecem limites à autonomia privada, mas, do mesmo modo que limitam a liberdade individual, podem justificar a preservação dos efeitos dos negócios realizados, ainda que tipificados como inválidos.

2. O negócio é inválido quando de algum modo contraria o sistema jurídico. Será nulo ou anulável conforme a preponderância do interesse protegido pela norma violada. O primeiro visa a interesses de ordem pública, o último a interesses predominantemente individuais. As hipóteses de nulidade estão previstas no artigo 166 do Código Civil e as de

anulabilidade no artigo 171 do Código Civil, especificamente examinadas ao longo deste trabalho, em capítulos específicos.

Negócios nulos e anuláveis distinguem-se em razão do seguinte: proteção do interesse público nos nulos e particulares nos anuláveis; a anulabilidade pode ser suprida pelo juiz, ou sanada pela confirmação, o que, em regra, não é autorizado aos nulos; as anulabilidades não podem ser pronunciadas de ofício; os efeitos das anulabilidades dependem de sentença, o que é desnecessário para os negócios nulos; as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado e pelo Ministério Público, mas as anulabilidades só poderão sê-lo pelos prejudicados; prazos decadenciais são previstos para as anulabilidades e os negócios nulos não se sujeitam a prescrição ou decadência.

Tais distinções são resultado de opção legislativa, que leva em conta os interesses a proteger e as conseqüências do desfazimento.

As nulidades são previstas como modo de proteger interesses fundamentais do ordenamento jurídico, que tem por escopo a organização de uma sociedade solidária e voltada para a proteção da dignidade da pessoa humana.

A ação que tiver por objeto o reconhecimento da nulidade do negócio será de natureza declaratória, pois a invalidade opera-se de pleno direito. Diversamente, a ação destinada a anular o negócio jurídico é constitutiva.

Os efeitos dos negócios podem ser produzidos se o negócio é válido. Apesar disso, não se elimina a possibilidade de o contrato nulo produzir certos efeitos relativos a terceiros e até mesmo em relação às próprias partes.

Os efeitos dos negócios jurídicos produzem mudanças na realidade jurídica. Mas essas mudanças (os efeitos) só se produzem se estiverem em consonância com o sistema jurídico.

O princípio da relatividade dos contratos consagra a idéia de que os efeitos contratuais só alcançam os contratantes. Contudo, muitas vezes têm efeitos externos, que são estudados como sua oponibilidade a terceiros. Esses efeitos externos muitas vezes

levam ao reconhecimento de que o ordenamento jurídico tem interesse na preservação de seus valores, que não podem ser contrariados pela vontade autônoma dos negociantes.

A oponibilidade do contrato a terceiros que dele não fizeram parte importa à sociedade, que cuida de exigir que os mesmos respeitem os termos do contrato e também que os efeitos do contrato não os prejudiquem injustamente.

Para prestigiar o interesse social na preservação ou na exclusão dos efeitos dos negócios, os sistemas jurídicos estabelecem hipóteses em que os negócios jurídicos são sancionados com invalidade, disciplinando seus requisitos de validade.

A razão fundamental pela qual se nega validade a um negócio é a necessidade de estipular-se sanção à manifestação de vontade em desacordo com o ordenamento. Assim, a sanção consiste em negar-lhe validade e, em consequência, impedi-lo de produzir efeitos. Também a ineficácia tem significado de sanção, decorrente da reação do ordenamento jurídico em razão da desconformidade entre seus termos e aquilo que é previsto para a sua realização.

A nulidade dita absoluta está sujeita à máxima sanção, consistente em suprimir quaisquer consequências do negócio jurídico. Nesses casos, afirma-se tradicionalmente que os eventuais efeitos do negócio nulo não serão os do próprio negócio, mas sim outros, de natureza secundária, ou que derivem de uma aparência jurídica.

A invalidação atinge o campo da eficácia, privando os negócios de seus efeitos, isto é, do poder de interferir na realidade jurídica. A regra geral, portanto, no tratamento do sistema das invalidades e da ineficácia, é a de que os negócios nulos e anuláveis são privados de todos efeitos próprios de sua realização. Essa privação corresponde à sanção que se lhe atribui.

Atualmente, contudo, sempre que os efeitos do negócio puderem ser preservados sem violar os valores fundamentais protegidos pela norma que reconhece a invalidade, será o caso de conservá-lo, em lugar de declarar sua nulidade ou anulá-lo. O negócio, mesmo nulo, gera reflexos significativos, dignos de proteção e preservação, em nome de valores

mais importantes ao sistema jurídico e social do que a subtração dos efeitos dele decorrentes.

Em determinadas situações, aliás, será possível reconhecer o abuso de direito na postulação de invalidação do negócio jurídico. Basta admitir que a aparência de um contrato nulo pode levar os contratantes e terceiros a confiar na sua projeção para concluir negócios e assumir posições jurídicas, para se reconhecer que essa ação declaratória – presentes certas circunstâncias – terá caráter abusivo.

3. Os princípios jurídicos são de significativa utilidade para o tratamento do tema dos efeitos dos negócios nulos. Por intermédio deles, é possível revisitar instituições jurídicas e discutir o modo de aplicá-las e torná-las funcionais – sempre em nome da melhor proteção aos interesses públicos e sociais.

Como registra Perlingieri, a autonomia privada é também ela um valor a ser examinado e enfrentado segundo valores que a tornem digna de proteção. A conjugação harmônica de valores públicos e privados passa necessariamente pelo exame de cada situação concreta. E essa valoração há de incidir no estudo das invalidades e seus efeitos. Valores e princípios, pois, são vitais ao direito contratual que, ademais, é iluminado pelo direito constitucional, que dita os valores e os princípios a serem adotados pelo direito privado.

Dentre os princípios de que o direito contratual se socorre, em especial no que se refere ao tema das invalidades e de sua superação, objeto deste estudo, estão os da confiança, da aparência e da conservação.

O princípio da confiança alcança todo o direito. As pessoas devem poder confiar no comportamento alheio para tomar decisões, de modo que as condutas na sociedade devem fazer nascer expectativas legítimas nos que nelas confiam. E tais expectativas, porque legítimas, devem obrigar os que as despertam.

O princípio da confiança não confere caráter absoluto à aparência, mas representa substancial proteção à boa-fé. A confiança será protegida a partir da aparência do que seja digno de credibilidade, procedendo-se a uma valoração objetiva da situação. É certo que a

tutela da confiança e da aparência não podem justificar a proteção a interesses iníquos. No campo da validade dos negócios, prestigiar seus efeitos ou não, com amparo na aparência e na confiança, é tema a ser solucionado, sempre tendo em conta os valores e princípios envolvidos no conflito.

Em função da confiança depositada na outra parte, surgem legítimas expectativas, que o contratante tem direito de ver protegidas.

A confiança como princípio merecedor de proteção nas relações jurídicas se relaciona à aparência, que, muitas vezes, haverá de prevalecer em relação à realidade e atuará como fonte de direito.

Desfazer situações constituídas com amparo na aparência pode prejudicar enormemente pessoas de boa-fé, que nelas confiaram legitimamente. E tal prejuízo não é útil e desejado ao sistema jurídico.

Por tais razões, é possível sustentar que há hipóteses de negócios nulos que podem ter seus efeitos prestigiados em nome da proteção da confiança, das legítimas expectativas e da segurança das relações jurídicas. Solução diversa revelaria que a aplicação da sanção de invalidação seria desproporcional.

Relevante, pois, é afirmar que há situações em que a validação de negócios tipicamente nulos protege melhor os valores sociais destacados pelo ordenamento do que a invalidação instituída.

Há inúmeras razões para reconhecer que o princípio da conservação dos negócios jurídicos foi enfatizado pelo Código Civil, como se extrai, por exemplo, do seu artigo 170. O destaque que se confere ao mencionado princípio implica o reconhecimento de que a ordem jurídica não se põe em conflito com os interesses individuais, mas só sanciona os negócios realizados pelas pessoas se os valores ou interesses que presidem tornarem inafastável a sanção de invalidade.

A conservação dos negócios jurídicos e de suas cláusulas, aliás, acabou estabelecida como regra nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos.

E, como instrumento útil à nova dogmática contratual, está relacionado à boa-fé objetiva e evita a frustração dos efeitos desejados pelas partes, respeitado sempre o interesse público.

Vale então afirmar que o aproveitamento do negócio jurídico deve ser perseguido, inclusive como decorrência do princípio da função social do contrato, como instrumento de, instrumento da promoção da dignidade humana e do solidarismo social.

4. Também a vedação do comportamento contraditório é útil ao estudo das invalidades.

O princípio do *venire contra factum proprium* se verifica quando uma pessoa externa a intenção de não atuar de certo modo e depois, de modo contraditório, atua de modo diverso. Ou ainda quando indica que agirá de certo modo, e se recusa a fazê-lo.

O princípio da boa-fé objetiva não basta para justificar a vedação da proibição do comportamento contraditório, embora seja resultado dele. Não se trata de vincular eternamente as pessoas a certo comportamento, mas simplesmente de não frustrar a confiança livremente despertada.

Uma das funções da boa-fé objetiva é impedir exercício de direitos que contrariem a lealdade e a confiança nas relações privadas. É certo, porém, que nem sempre a vedação ao comportamento contraditório visa à manutenção do comportamento anterior em si, pois ele, em alguns casos, pode ser contrário ao direito, não subsistindo interesse em sua proteção.

Assim, o princípio que veda comportamentos contraditórios é adequado a situações em que o negócio nulo pode ter sua validade ou seus efeitos prestigiados por conta de um comportamento contraditório do contratante a quem beneficiaria a declaração de nulidade, se não houver interesse preponderante na invalidação.

Em geral, é da cláusula geral de boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil que se extrai o fundamento normativo do *nemo potest venire contra factum proprium*, porém o princípio possui também fundamento constitucional na solidariedade social consagrada pelo artigo 3º da Constituição Federal.

Para identificação dos pressupostos da aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório, não se deve perder de vista que sua função é proteger a confiança.

De modo amplo, é possível dizer que o princípio que veda comportamento contraditório impõe a todos uma vinculação aos seus próprios atos, ainda que não sejam dotados dos requisitos exigidos pelo direito positivo.

A aplicação do princípio do *venire contra factum proprium* aos contratos nulos deve ser admitida em conjunto com os demais elementos que se pretende estabelecer como norteadores das hipóteses de admissibilidade dos efeitos próprios do contrato nulo. Assim sendo, se o contratante atua ciente da nulidade e se comporta depois contrariamente à conduta de reconhecimento do negócio como válido, será preciso verificar se essa conduta que despertou confiança e aparência merece proteção maior do que a razão que justifica a nulidade. Se a conclusão é afirmativa, o negócio nulo há que ser prestigiado, em nome dos diversos valores que preponderam – inclusive a vedação ao comportamento contraditório.

5. Conversão do negócio jurídico se verifica quando determinado negócio inválido produz efeitos de um outro negócio que, se supõe, as partes teriam desejado se soubessem da nulidade que o acometia.

São requisitos da conversão a nulidade do contrato, a idoneidade dos efeitos jurídicos modificados para satisfazer de modo razoável os interesses das partes, a presença no contrato dos requisitos necessários para a produção dos efeitos jurídicos e a ignorância das partes a respeito da invalidade do contrato celebrado.

A conversão do negócio nulo não é admitida, em regra, se se fundar no ilícito. Ou seja, é possível admitir a conversão do contrato nulo, desde que o ordenamento não reprove seu objetivo prático.

Nesses casos, não há produção de efeitos do negócio nulo, mas sim uma derivação do negócio. Em consequência, os efeitos produzidos não derivam do negócio nulo, mas de negócio distinto.

A conversão está amparada no princípio da conservação dos negócios: sendo possível, prestigiam-se os efeitos do negócio. Além disso, encontra justificativa no princípio da boa-fé objetiva e na tutela da confiança.

Os contratos não podem ser aproveitados para conversão ou para proteção de seus efeitos diretos quando que contrariarem interesses públicos prevalecentes, normas de ordem pública e a boa-fé, ou, enfim, quando o interesse protegido revelar-se superior – em nome dos interesses sociais objeto da disciplina jurídica. Mas, em contrapartida, não poderá prevalecer a rigidez normativa, quando, ao contrário, a prevalência dos efeitos diretos do negócio, ou os que resultem da conversão, é que melhor atende aos mencionados interesses.

Conversão e convalidação dos negócios não se confundem. Na primeira, o negócio é aproveitado como se fosse outro. Na segunda, é o próprio negócio que, em caráter excepcional, produz seus próprios efeitos.

Atualmente, parte da doutrina admite a incidência da confirmação nos contratos nulos. Ela será possível se o fundamento da nulidade não se revelar insuscetível de ser sanada e não houver violação a norma superior de ordem pública.

São requisitos da confirmação que o vício seja sanável, o que afasta os negócios nulos de pleno direito, que a confirmação seja implementada de modo livre e consciente e que aquele que confirma esteja autorizado a fazê-lo.

Será possível admitir os efeitos do negócio nulo – portanto, prestigiando sua eficácia – sempre que for possível superar a razão contemplada para sua invalidade e que esse fato não acarrete violação à ordem pública de modo insuperável.

A vedação à convalidação dos negócios nulos remete a uma concepção excessivamente rígida das diversas categorias de ineficácia do negócio, que deve ser superada em face da adoção de nova visão da autonomia privada e da supremacia do interesse público em face das relações privadas.

6. No sistema brasileiro, a confirmação do negócio jurídico nulo é vedada em qualquer hipótese pelo artigo 169 do Código Civil, inclusive pelo decurso do tempo – leia-se prescrição ou decadência.

Há que se distinguir, porém, entre o contrato nulo executado e o que nunca foi executado. As pretensões decorrentes da execução são prescritíveis e essa conclusão faz desaparecer o interesse para a declaratória de nulidade. Diversamente, se o negócio jamais foi executado, ele não produziu efeito em tempo algum, e o contratante poderá invocar a nulidade a qualquer momento.

A regra do artigo 169 do Código Civil, de todo modo, contraria a tendência que vinha predominando sobre o tema, no sentido da prescritibilidade do negócio nulo, que melhor atende ao interesse público quanto à segurança e à estabilidade jurídica.

7. Um negócio celebrado em substituição ao nulo que o antecedeu pode prever a retroatividade de seus efeitos para o momento da realização do primeiro, desde que superada a razão que justificava o nulo.

No enfrentamento do tema, prevalece a doutrina que não reconhece tal procedimento, que equivaleria à convalidação do próprio nulo. Mas o estabelecimento de efeitos retroativos conferidos ao negócio que pretende renovar o nulo poderá ser admitido se isso não violar a regra dos artigos 421 e 422 do Código Civil, pois inserido nos limites da autonomia privada.

Tal procedimento poderá, em face da situação concreta, não violar qualquer dispositivo de ordem pública. O artigo 169 do Código Civil deve ser considerado insuperável apenas quando não houver outras razões – igualmente relevantes e que atendem ao interesse público – para justificar sua superação.

8. A doutrina moderna não exclui a possibilidade de o negócio nulo produzir efeitos, o que se fundamenta na necessidade de preservar certos valores. Desse modo, mesmo quando o negócio é nulo, alguns de seus efeitos práticos se produzem e são protegidos, assim como são dignos de proteção os terceiros de boa-fé.

Embora se reconheça o caráter excepcional das hipóteses de eficácia do contrato nulo, valores jurídicos mais importantes podem justificar a mitigação ou a não incidência da sanção máxima de invalidade do negócio jurídico. A consagração dessa afirmação encontra reforço no que diz respeito às nulidades formais, que a doutrina tem procurado superar com argumentos diversos.

De modo geral, porém, a função social do contrato disciplinada pelo artigo 421 do Código Civil remete a fundamentos para superação das razões de nulidade em certas situações.

O contrato nulo contém os elementos essenciais que lhe dão existência, de maneira que é socialmente identificado como contrato. Precisamente por existir, pode despertar a confiança justificada e de boa-fé dos próprios contratantes e de terceiros.

Ademais, as fronteiras entre autonomia privada e ordem pública foram superadas pelo reconhecimento da preponderância de valores sociais e a conseqüente mitigação da vontade na disciplina dos negócios jurídicos em geral.

Há necessidade, pois, de se estabelecer um juízo de valor no exame do tema da invalidade dos contratos. A nulidade do contrato preserva valores fundamentais do sistema jurídico, e os modos legalmente previstos para preservar seus próprios efeitos são exceções que poderão ser admitidas, pela preponderância de certos valores que justificarão mais a manutenção que a invalidação.

Os valores da solidariedade e da cooperação ditados pelo texto constitucional e, em seguida, os princípios da função social do contrato, da boa-fé, da conservação e o que veda comportamentos contraditórios, bem como os da proporcionalidade e da razoabilidade, presentes nas relações jurídicas em geral, são úteis e contribuem para a identificação das situações de afastamento ou mitigação das invalidades.

9. O Código Civil brasileiro estabeleceu regras em que os efeitos das invalidades não se produzirão, em nome da proteção de interesses de terceiros, e também de interesses dos envolvidos no negócio, apontando, implícita ou expressamente, valores superiores do ordenamento jurídico, cuja proteção se sobreponha aos decorrentes da invalidade e da ineficácia dos negócios.

A preocupação com a segurança dos terceiros, em relação à validade dos negócios com amparo nos quais atuam, justifica o prestígio conferido à segurança e à estabilidade do comércio. Em razão do reconhecimento da necessidade dessa proteção, os sistemas jurídicos foram gradativamente acrescentando regras ao ordenamento, destinadas a evitar que a anulação e a nulidade prejudicassem terceiros que confiaram na validade desses negócios, de modo a evitar a insegurança jurídica na circulação de bens e direitos. Para tanto, por certo, será necessário confrontar a causa da invalidade alegada para verificar se ela prepondera ou não – em termos de valores a proteger – em relação à boa-fé do terceiro.

Vale, para o propósito de fazer prevalecer os valores superiores identificados na situação concreta, observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

A proteção dos terceiros em relação aos efeitos do contrato é decorrência da função social do contrato, cuja sociabilidade não pode jamais ser afastada, mitigando o princípio da relatividade contratual.

A preservação dos efeitos de determinado negócio nulo para atender à função social do contrato e a boa-fé pode encontrar justificativa nos artigos 421 e 422 do Código Civil.

10. A realidade social em que vivemos pode autorizar a conclusão de que somente protegendo-se a confiança e a boa-fé de contratantes e terceiros se atenderá aos interesses sociais em conflito. Por vezes, a sociedade justa e solidária estará protegida com a invalidação dos negócios, outras com o reconhecimento de sua eficácia, a despeito da incidência legal de hipótese de nulidade ou anulabilidade.

A função social tem fundamento constitucional na solidariedade social e exige que contratantes e terceiros colaborem entre si e respeitem as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que não providas de eficácia real, mas desde que a sua prévia existência fosse por elas conhecida.

A função social pode, efetivamente, como princípio que é, permitir a mitigação das regras de invalidade, a justificar a preservação dos efeitos do negócio em nome de sua relevância social.

Os artigos 421 e 422 do Código Civil conferem embasamento jurídico para sustentar a possibilidade de se conferir ao negócio nulo a eficácia do negócio válido, o que se dará sempre que, entre outros argumentos, a função social e a boa-fé recomendarem essa solução, em defesa de um interesse social preponderante.

Na busca de um critério para se reconhecerem os contornos jurídicos capazes de oferecer um caminho para que se atribua eficácia a contratos que o direito positivo reconheça como nulos, destaca-se o paradigma da essencialidade. O critério contribui para identificar com maior acerto as situações em que será adequado atribuir eficácia a negócios nulos: aqueles em que o objeto satisfaça necessidades essenciais do contratante, em contraposição aos que têm em conta apenas bens supérfluos.

A síntese do que se pretendeu neste trabalho pode resultar na afirmação de que o reconhecimento das nulidades sempre haverá de ser confrontado com os reflexos da invalidade, de modo que, se se puder afirmar que o interesse público e social recomenda a preservação do negócio nulo, haverá fundamento jurídico para tanto.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ALBALADEJO Manuel. *El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1958.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Lisboa: Almedina, 1992. v. 1.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. 9. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. v. 2.

ALVIM, Arruda. A função social da propriedade. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (Coords.). *Principais controvérsias no novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 17-31.

_____. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 815, p. 11-31, set. 2003.

_____. *Direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. (Coleção Estudos e Pareceres).

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 3.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Código Civil comentado: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos*. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2 (arts. 104 a 188).

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. Com remissões ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 15, p. 217-229, 2003.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual*. 2005. 190 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2005.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción por A. Martín Pérez. Granada: Comares, 2000.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brazil comentado*. São Paulo: Francisco Alves, 1916. v. 1.

BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: il contratto*. 2. ed. ristampa. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3.

BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

BORGHI, Hélio. *Teoria da aparência no direito brasileiro*. São Paulo: Lejus, 1999.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, n. 12, p. 169-225, out./dez. 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direitos privados*. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CATALAN, Marcos Jorge. Do conflito existente entre o modelo adotado pela Lei 10.406/2002 (CC/2002) e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 25, p. 222-232, jan./mar. 2006.

CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TEIXEIRA; Sálvio de Figueiredo; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. *Comentários ao novo Código Civil: do direito pessoal (arts. 1.511 a 1.590)*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 17.

COSTA, Manuel Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Lisboa: Almedina, 2000.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; PARRA LUCÁN, Maria Ángela. *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*. Madrid: Dykinson, 2005.

DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negocio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DE LOS MOZOS, José Luis. *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005.

_____. *El negocio jurídico*. Madrid: Montecorvo, 1987.

_____. *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1965.

_____. *La conversión del negozio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1959.

DIENER, Maria Cristina. *Il contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 2001. v. 2.

DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRIAS, E.; MORALES, A. M. *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas, 2002.

DI MARZIO, Fabrizio. *La nullità del contratto*. Padova: CEDAM, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamento do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 121-136.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Estudos sobre a simulação*. Lisboa: Quid Juris, 2004.
_____. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. rev. e actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001. v. 2.

FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas: Red Livros, 1999.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural de Notariado, 1992.

FREIRE, Rodrigo Cunha Lima; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito de família: arts. 1.511 a 1.638*. Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 14. p. 87-195.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.

GARCEZ NETO, Martinho. *Das nulidades dos atos jurídicos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GARCÍA-AMIGO, Manuel. *La cesión del contrato en el derecho español*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação de Cezar Peluso. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O princípio da boa-fé objetiva. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (Coords.). *Principais controvérsias no novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55-72.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

GUIMARÃES, Octavio Moreira. *O successor singular perante os actos jurídicos restrictos ou desfeitos*. São Paulo: Saraiva, 1936.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KLIEMANN, Ana Carolina. Princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 7, n. 26, p. 3-26, abr./jun. 2006.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Traducción de Izquierdo y Macías-Picaeva. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Arayú, 1953.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Cessão de crédito*. Coimbra: Almedina, 2005.

LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. *La doctrina de los actos propios*. Madrid: Réus, 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona. Negócio jurídico concluído em estado de perigo. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 305-343.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. Provas. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (Coords.). *Principais controvérsias no novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 177-192.

_____. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. Da oportunidade da codificação civil e a Constituição. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Responsabilidade civil na internet. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 211-240.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação de Cezar Peluso. Barueri, SP: Manole, 2007.

LUCARELLI, Francesco. *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*. Milano: Giuffrè, 1964.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Biblioteca de Direito do Consumidor, 1).

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 57, p. 9-59, 2006.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. O princípio contratual da boa-fé: o direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos ao contratos comerciais internacionais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 7, n. 25, p. 53-91, jan./mar. 2006.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Estado de perigo no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 309-343.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. reformada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Tratado de direito civil português: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1, t. 1.

MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milano: Giuffrè, 1972. v. 2.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORELLO, Augusto Mario. *Ineficacia y frustración del contrato*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de autonomia privada: caderno 2*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 155-225.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 251-259.

NONATO, Orosimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no direito civil. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio e Janeiro, v. 7, n. 25, p. 119-137, jan./mar. 2006

OSPINA FERNÁNDEZ, G.; OSPINA ACOSTA, E. *Teoria general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Temis, 1994.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A fraude à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PILIA, Carlo. *Circolazione giuridica e nullità*. Milano: Giuffrè, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.
_____. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. actual. 12. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento contundente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2001. v. 4.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Lisboa: Almedina, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406 de 10/01/2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das obrigações: arts. 757 a 802*. Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 7.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do STF*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSSELLO, Carlo. *Il Codice Civile: comentário*. Milano: Giuffré, 2004.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*. São Paulo: Saraiva, 1981.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: arts. 1º a 420*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1.

_____. Negócio jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Fraude. Lesão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 780, p. 11-28, out. 2000.

THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato, direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 41. ed. Padova: Cedam, 2004.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENCESLAU, Rose Melo. O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 177-224.

VENOSTA, Francesco. *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*. Milano: Giuffrè, 2004. v. 1.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista legalista do século XIX às novas perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.

ZANNONI, Eduardo A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 2004.