MAURÍCIO BAPTISTELLA BUNAZAR

ANÁLISE DOGMÁTICA DA CATEGORIA JURÍDICA DA INVALIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Tese de doutorado

Orientador: Professor Associado José Fernando Simão

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – SP

2017

MAURÍCIO BAPTISTELLA BUNAZAR

ANÁLISE DOGMÁTICA DA CATEGORIA JURÍDICA DA INVALIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Gradução em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizada sob orientação do Professor Associado José Fernando Simão.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – SP

2017

BUNAZAR, Maurício B. *Análise dogmática da categoria jurídica da invalidade no Código Civil brasileiro*. 2017. 278 p. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

RESUMO: A tese visa a analisar dogmaticamente a categoria jurídica da invalidade à luz do Código Civil brasileiro. Com isso, pretende-se colaborar para a solução de casos concretos, seja fornecendo algum fundamento racional para a preservação do negócio jurídico, seja fornecendo critérios para sua ineficacização quando a invalidação for inevitável.

Palavras-chave: Autonomia privada. Negócio jurídico. Invalidade. Nulidade. Anulabilidade. *Favor negotii*. Artigo 182 do Código Civil brasileiro.

BUNAZAR, Maurício B. *Academic Analysis of the legal category of invalidity in the Brazilian Civil Code*. 2017. 278 p. Thesis (doctorate). University of São Paulo, School of Law, 2017.

ABSTRACT: The thesis aims at analyzing dogmatically the legal category of invalidity based on the brazilian Civil Code. Thus, it is intended to collaborate in the solution of concrete cases, either by providing some rational basis for the preservation of a legal transaction, or by providing criteria as how to make the transaction without any legal effect when invalidation is unavoidable.

Keywords: Private autonomy. Legal transaction. Invalidity. Nullity. Annulability. *Favor negotii.* Section 182 of the brazilian Civil Code.

BUNAZAR, Maurício B. *Analyse dogmatique de la catégorie juridique de l'invalidité dans le Code Civil brésilien*. 2017. 278 p. Thèse (doctorat), Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, 2017.

RESUMÉ: La thèse vise à analyser dogmatiquement la catégorie juridique d'invalidité à la lumière du Code civil brésilien. Ainsi, on veut contribuer à la solution des cas concrets, tantôt en fournissant une certaine justification pour la préservation de l'acte juridique, tantôt en fournissant des critères pour le retrait des ses effets lorsque l'invalidation est inévitable.

Mots-clés: Autonomie privée. Acte juridique. Invalidité. Nullité. Annulabilité. *Favor negotii.* Art. 182 do Code Civil brésilien.

"Pois bem, coragem! Envereda nos caminhos da razão, confiando-te na piedade. Na verdade, nada existe que seja tão árduo e difícil que não se torne, com a ajuda divina, bem simples e fácil. E assim, orientados para Deus e implorando-lhe o auxí-lio, havemos de investigar o tema a que nos propusemos."

(Santo Agostinho, *O livre-arbítrio*)

SUMÁRIO

Introdução 10

Capítulo 1 – A invalidade e o exercício da autonomia privada 13

1.1. Negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito 13

1.2. Autonomia privada 20

1.3. A invalidade do ato jurídico preceptivo como consequência do exercício irregular da autonomia privada 24

Capítulo 2 – Fundamentos dos requisitos de validade do ato jurídico preceptivo 26

2.1. Requisitos de validade do negócio jurídico 26

2.2. Capacidade 27

2.2.1. Conceito de capacidade 30

2.2.2. A idade como critério de aquisição da capacidade de agir 32

2.2.3. Fundamento da exigência de capacidade para a prática de atos jurídicos preceptivos 34

2.2.4. Contornos dogmáticos da função protetiva das incapacidades 36

2.2.4.1. Os intervalos lúcidos 38

2.2.4.2. Os intervalos insanos 41

2.2.4.2.1. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a proteção conferida ao enfermo mental e ao deficiente mental 43

2.2.4.2.2. Critérios dogmáticos para a aplicação da Lei 13.146/2015 54

2.2.4.3. Análise dogmática da correlação entre a invalidade causada por incapacidade e o prejuízo causado ao incapaz 61

2.3. Forma 78

2.3.1. Nota histórica 79

2.3.2. Conceito e funções da forma 88

2.4. Objeto 105

Capítulo 3 – Regime jurídico da invalidade 111
3.1. A invalidade como causa de ineficácia 111
3.1.1. A ineficácia do ato jurídico 111
3.1.2. Distinção entre invalidade e inexistência 122
3.2. Conceito e classificação da invalidade 129
3.2.1. Distinção entre efeitos do negócio jurídico nulo e efeitos da nulidade .. 136
3.2.2. Nulidade 138
3.3. Efeitos da invalidação 157
3.3.1. Âmbito de aplicação do artigo 182 do Código Civil 158
3.3.2. Análise da primeira parte do artigo 182 do Código Civil: o retorno ao *statu quo ante* 160
3.3.3. Análise da segunda parte do artigo 182 do Código Civil: situações de impossibilidade de restituição das partes ao *statu quo ante* 166
3.3.3.1. Pagamento feito a incapaz em razão de obrigação anulada 167
3.3.3.2. Restituição ou qualquer indenização que acarreta enriquecimento injustificado 169
3.3.3.3. Usucapião da coisa que seria objeto de restituição 172
3.3.3.4. *Ex variis causarum figuris* 178
3.4. *Favor negotii* – a conservação dos negócios jurídicos 180
3.4.1. Proteção a terceiros de boa-fé contra a ineficacização por nulidade 192
3.4.2. Ausência de violação do bem jurídico protegido pela norma jurídica que impôs a invalidação 202
3.4.3. Estabilização da eficácia de negócio jurídico celebrado por agente ilegítimo 213
3.4.4. Análise do artigo 105 do Código Civil 221

Capítulo 4 – Aspectos processuais da invalidade: breves considerações 225
4.1. Delimitação dos aspectos processuais relevantes à análise da categoria jurídica da invalidade disciplinada pelo Código Civil 225
4.2. Natureza jurídica do provimento jurisdicional que reconhece a invalidade do ato jurídico preceptivo 226
4.3. Legitimidade ativa *ad causam* para as ações de invalidade 235

4.4. Limites subjetivos da extensão da coisa julgada em ação de invalidade 250

Conclusão 255

Bibliografia 259

INTRODUÇÃO

Como o título do presente trabalho indica, propõe-se analisar dogmaticamente a categoria jurídica da invalidade tal qual tratada pelo Código Civil brasileiro. Qualifica-se a análise de dogmática porque, com ela, pretende-se descrever quais são as soluções que o Código Civil brasileiro oferece aos problemas decorrentes da invalidade, e não propor soluções inovadoras – tarefa do legislador – ou próprias de outros sistemas jurídicos.

A análise proposta, por ser dogmática, portanto, tem por único objetivo colaborar com a decidibilidade[1] de casos concretos e, para tanto, buscar-se-á fixar o sentido de algumas expressões equívocas utilizadas pelo legislador, bem como expor algumas contradições doutrinárias que têm sido causa de repetição irrefletida de dogmas que não se sustentam à luz do direito positivo pátrio.

Como não se estão a questionar as regras do direito positivo – senão algumas suas interpretações –, e, sim, partindo-se delas, poder-se-á julgar as soluções apresentadas como corretas ou incorretas. Será tida por correta se puder ser reconduzida coerentemente a alguma regra do Código Civil; do contrário, haverá de ser tida por incorreta.

O plano de trabalho que se pretende seguir consiste em dois momentos lógicos distintos: no primeiro, são apresentadas construções dogmáticas acerca da categoria jurídica da invalidade; no segundo, são analisadas, a partir do instrumental teórico obtido, regras do Código Civil que direta ou indiretamente tratam da invalidade, buscando, com isso, conferir-lhes interpretação coerente com as finalidades que lhe são tradicionalmente atribuídas pela dogmática do Direito Civil.

Quanto ao primeiro momento lógico, a construção teórica passará pelas seguintes estapas:

---

[1] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2003, p. 63.

No primeiro capítulo, defende-se que a invalidade é consequência do exercício irregular da autonomia privada e que, portanto, é qualificação própria de atos jurídicos preceptivos (negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito), devendo ser analisada à luz desta categoria específica de fato jurídico.

No segundo capítulo, analisam-se a capacidade e a forma e, de modo incidental, o objeto do negócio jurídico. Defende-se que o Código Civil, ao arrolar os requisistos de validade em seu artigo 104, parte de uma clivagem implícita entre requistos de validade respeitantes à parte ou às partes negociais – justamente a capacidade e a forma – e requsitos de validade respeitantes a terceiros, designadamente os relativos ao objeto negocial. A partir desta distinção, justifica-se – já no terceiro capítulo – que o Código Civil comporta classificação da nulidade, e não da anulabilidade, em nulidade relativa e nulidade absoluta. Estar-se-á diante de nulidade relativa quando a causa da nulidade for a incapacidade (absoluta) e o descumprimento de regra relativa à forma; diante de nulidade absoluta, quando o objeto negocial for ilícito, impossível ou indeterminável.

No terceiro capítulo, busca-se fixar um conceito de invalidade para, distinguindo-a da inexistência, demonstrar que o ato jurídico preceptivo, embora nulo, produz efeitos. Diante da constatação de que há efeitos diretamente produzidos pelo ato jurídico preceptivo nulo, e já agora no segundo momento lógico da tese, busca-se oferecer respostas para as seguintes questões: (i) quais os efeitos do reconhecimento judicial da invalidade?; (ii) o juiz, ao aplicar o artigo 182 do Código Civil, deve observar quais balizas para determinar, ou não, o retorno das partes ao *statu quo ante*?; e, finalmente, (iii) a restituição pelo equivalente é a única medida que o juiz pode aplicar caso o retorno ao *statu quo ante* não seja possível?

A fim de responder a essas questões, parte-se de duas premissas: 1ª) ao lado da distinção clássica entre ato jurídico nulo e ato jurídico anulável, é possível classificar o ato jurídico nulo em nulo absoluto e nulo relativo, o que influenciará, determinantemente, a legitimidade ativa para o reconhecimento da invalidade; 2ª) pode-se extrair do sistema de invalidades previsto no Código Civil brasileiro regra que, preenchidos certos requisitos, permite a conservação dos efeitos de ato jurídico preceptivo nulo. Busca-se demonstrar

essa regra a partir da construção histórica do *favor testamenti*, do qual a dogmática fez derivar a ideia mais ampla de *favor negotii.* Fundamentalmente, defende-se que as normas jurídicas que estabelecem as invalidades têm por objetivo tutelar certo interesse, e que, portanto, somente quando o interesse em questão foi ou possa vir a ser atingido poder-se-ão aplicar as consequências do reconhecimento da invalidade. Defende-se que a interpretação teleológica das normas sobre invalidade seja pautada pela noção de *favor negotii*.

Ainda, busca-se, de modo eminentemente exemplificativo, demonstrar algumas das potencialidades da construção teórica para a interpretação e, consequentemente, solução de alguns dos muitos problemas que a questão da invalidade suscita.

Em apertada síntese, a tese consiste em: primeiro, demonstrar que o ato jurídico preceptivo nulo produz efeitos; segundo, demonstrar que o juiz somente estará autorizado a aplicar as consequências da invalidade se o interesse tutelado pela norma jurídica impositiva da invalidade foi ou possa vir a ser atingido; terceiro, uma vez demonstrado que foi atingido o interesse tutelado pela norma, fornecer critérios para que o juiz aplique o artigo 182 do Código Civil.

CAPÍTULO 1 – A INVALIDADE E O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA

1.1. Negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito

A invalidade é qualidade particular a certos tipos de fatos jurídicos, quais sejam a do ato jurídico em sentido estrito e a do negócio jurídico[2]. Ela é causa eficiente da supressão retroativa de efeitos jurídicos produzidos especificamente por aquelas espécies de atos jurídicos.

O ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico podem ser tidos por atos jurídicos preceptivos na medida em que são fontes, cada qual ao seu modo, de preceito[3] cujo respeito é garantido pela ordem jurídica vigente.

O *genus proximum* a ambas as categorias, e também o que as distingue de todas as demais espécies de fato jurídico, é terem, por elemento núcleo do suporte fático, manifestação de vontade. O ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico são as categorias que, por definição, instrumentalizam o exercício da autonomia privada no âmbito das relações sociais juridicamente relevantes[4].

Em razão de o negócio jurídico permitir, em relação ao ato jurídico em sentido estrito, maior margem de conformação pela autonomia privada, ele será o paradigma de ato jurídico preceptivo a partir do qual a invalidade será analisada.

Essa opção metodológica há de ser justificada porque parte da doutrina rejeita a utilidade científica do negócio jurídico, afirmando que não é possível – ou ao menos não atualmente – reduzir todas as categorias jurídicas que têm por causa eficiente manifestação de vontade à categoria jurídica do negócio jurídico.

---

[2] O trabalho seguirá a classificação do fato jurídico proposta por Pontes de Miranda. Cf. MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado.* v. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 76.

[3] O termo preceito há de ser entendido como campo eficacial decorrente do exercício eficaz tanto do ato jurídico em sentido estrito, como do negócio jurídico.

[4] Nesse sentido: FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 49; BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 45.

Francesco Galgano, em artigo intitulado *O crepúsculo do negócio jurídico*, por exemplo, chega a dizer que os juristas italianos utilizam a expressão negócio jurídico mais por hábito linguístico do que por convicção conceitual[5].

No direito brasileiro, Orlando Gomes [6] e Francisco Amaral [7] também sustentam a perda da utilidade do conceito de negócio jurídico, afirmando, *grosso modo*, que se trata de categoria jurídica cunhada para atender às necessidades de um modelo econômico liberal e individualista que desapareceu, bem como que a categoria não se presta mais a servir de modelo explicativo ou lógico-compreensivo de toda e qualquer espécie de ato jurídico, unilateral ou bilateral, consistente em manifestação de vontade ou acordo.

Em sentido contrário, Antonio Junqueira de Azevedo defende a categoria do negócio jurídico, afirmando que sua ideia é muito anterior à sua elaboração conceitual. Esta, segundo ele, é que remonta ao Iluminismo. Para o autor, o conceito de negócio jurídico é comum a qualquer povo e existe prévia e independentemente de previsão legal ou de construção doutrinária, característica que, no limite, impede até mesmo que se discuta acerca da sua utilidade ou inutilidade[8].

Uma análise detida demonstra que a crítica à categoria jurídica do negócio jurídico é viciada por duas razões, uma de ordem lógica e outra de ordem ideológica.

---

[5] GALGANO, Francesco. *El crepúsculo del negocio jurídico*. In: BETTI, Emilio *et alii*. *Teoría general del negocio jurídico*. Perú: ARA Editores, 2001, p. 94-96.

[6] GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 77-89.

[7] AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 391-392.

[8] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44-45. De maneira semelhante, Karl Larenz, contrariando Flume, para quem o conceito de negócio jurídico foi obtido por meio da generalização de figuras jurídicas concretas, afirma que: "É inexata a opinião de FLUME (§ 2, 1), segundo a qual o conceito de negócio jurídico é unicamente uma abstração formada (mediante a supressão de particularidades) pelo conjunto de <<todos os tipos de atos configurados no ordenamento jurídico>>. Para acessar determinados tipos de atos é de se ter, já, necessariamente, o conceito de negócio jurídico como ato próprio dirigido adequadamente a produzir um efeito jurídico; e o conceito de negócio jurídico está relacionado ao sentido e possui um caráter jurídico apriorístico, diferente do conceito de contrato" ["*Es inexata la opinión de FLUME (§2,1), según el cual el concepto de negocio juridico es únicamente una abstración formada (mediante la supresión de particularidades) por el conjunto de <<todos los tipos de actos configurados en el ordenamiento jurídico>>. Para acceder a determinados tipos de actos he de tener ya necesariamente el concepto de negocio jurídico como acto personal dirigido adecuadamente a producir un efecto jurídico; el concepto de negocio jurídico versa sobre el sentido y posee un carácter jurídico apriórico, no de otro modo que el concepto de contrato*"]. LARENZ, Karl. *Derecho civil:* parte general. Tradução Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: EDERSA, 1978, p. 422, nota 1.

O vício lógico consiste em conduzir a crítica a partir de uma premissa verdadeira, a qual, muito embora, conduza a uma conclusão absolutamente falsa. Quando os críticos da categoria *negócio jurídico* afirmam que sua generalização conceitual é voltada à tentativa de abarcar, sob um modelo lógico, toda e qualquer modalidade de ato jurídico consistente em manifestações de vontade, afirmam algo inegavelmente verdadeiro. Porém, quando afirmam que essa generalização conduz a um esvaziamento significativo, cuja consequência é tolher toda e qualquer utilidade explicativa da categoria, concluem falsamente.

A categoria *negócio jurídico* serve de modelo explicativo introdutório a todas as categorias jurídicas que tenham em seu suporte fático manifestação de vontade voltada a suscitar efeitos jurídicos. Essa afirmação vale tanto para a categoria tomada como modelo dogmático, como para a categoria encarada como modelo normativo[9].

Enquanto modelo dogmático, basta pensar-se na classificação dos elementos do negócio jurídico em *essentialia*, *naturalia* e *accidentalia*[10] ou, ainda, na explicitação – levada a efeito por Pontes de Miranda – dos momentos lógicos pelos quais passa o negócio jurídico (existência, validade e eficácia)[11] para se perceber o enorme potencial explicativo da categoria[12].

---

[9] Acerca da diferença entre modelo dogmático e normativo, cf.: REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito:* para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 105.

[10] Entre outras funções, essa classificação é útil para a interpretação de contratos típicos, ainda que apenas socialmente. Cf.: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38; DEL NERO, João Alberto Schültzer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 383-384.

[11] Para se ficar com apenas um exemplo, basta dizer que a classificação do fato jurídico e a construção do negócio jurídico permitem que o intérprete saiba, aprioristicamente, entre outras informações, quais os fatos jurídicos que podem ser invalidados, quais exigem capacidade, quais dão origem à obrigação de indenizar etc. MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 6-7.

[12] Na verdade, a crítica à generalização conceitual do negócio jurídico é, antes, uma crítica ao racionalismo pandectista e à jurisprudência dos conceitos. Perceba-se, por exemplo, o tom crítico de que se vale Alessandro Passerin D´Entrèves ao se referir ao modelo racionalista, justamente ao tratar da origem do negócio jurídico: "A história interna, ou dogmática, do conceito de negócio jurídico remete à época mais estéril do jusnaturalismo alemão, à árida escolástica de estilo Wollfiano. É notável como esta escola levava apenas à exasperação da premissa metodológica e às aspirações sistemáticas de Wolff, esforçando-se para reduzir o inteiro sistema do direito à unidade mediante um processo ininterrupto de generalização e de racionalização. As origens da teoria do ato ou negócio jurídico remontam exatamente à formação daquela <<parte geral>> ou introdutória ao sistema de direito, obra de Nettelbladt e de sua escola, entendida por fixar os <<*Begriffe und Grundsätze*>> comuns ao inteiro sistema. Dada a confusão geral entre direito filosófico e direito positivo, a parte geral punha os princípios que deveriam encontrar seu próprio desenvolvimento lógico na parte especial do sistema, e precisamente, na construção desta parte geral, verifica-se a tentativa de se

Enquanto modelo normativo, sua consagração, não por acaso na parte geral do Código Civil, fornece ao intérprete subsídios úteis para a interpretação e aplicação das categorias jurídicas presentes na parte especial do Código Civil.

Apenas para ilustrar, tomem-se, como exemplo, dois artigos do Livro III, Título I da parte geral do Código Civil, quais sejam os artigos 104 e 114.

Não há nenhum tipo contratual que não se submeta a todas ou, no caso da doação, à maioria das exigências previstas no artigo 104 para que possa ser considerado válido, não sendo diferente do que se passa com a renúncia ao direito de propriedade, à constituição de direitos reais de gozo e de garantia, bem como com o testamento e o codicilo.

Ao estabelecer que *os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente*, o artigo 114 do Código Civil pauta, por exemplo, a interpretação das regras da remissão (artigos 385 a 388), da doação (artigos 538 a 564), do comodato (artigos 579 a 585), do mandato quando gratuito (artigos 653 a 692), da fiança (artigos 818 a 839), da transação (artigos 840 a 850), da promessa de recompensa (artigos 854 a 860), da renúncia do direito subjetivo de propriedade (artigo 1.275, II), da instituição, quando não remunerada, dos direitos reais de fruição (artigos 1.378 a 1.416) etc.

---

fixar e se determinar conceitualmente as funções e os poderes da vontade no âmbito do direito, seja privado ou público" [*"La storia interna o <<dogmatica>> del concetto di negozio giuridico ci riporta all'epoca più sterile del giusnaturalismo tedesco, all'arido scolasticismo dell'indirizzo Wolffiano. É noto come questo indirizzo spingesse sino all'esasperazione le premesse metodologiche e le aspirazioni sistematiche del Wolff, sforzandosi di ridurre l'intero sistema del diritto ad unità mediante un ininterrotto processo di generalizzazione e di razionalizzazione. Le origini della teorica dell'ato o negozio giuridico risalgono appunto alla formazione di quella <<parte generale>> o introduttiva al sistema del diritto, opera del Nettelbladt e della sua scuola, intesa a fissare i <<Begriffe und Grundsätze>> comuni all'intero sistema. Data la generale confusione fra diritto filosofico e diritto positivo, la parte generale poneva i principi che dovevano trovare il loro svolgimento logico nella parte speciale del sistema, e precisamente nella costruzione di questa parte generale assistiamo al tentativo di fissare e di determinare concettualmente le funzioni e i poteri della volontà nel campo del diritto, sia privato che publico*"]. D'ENTRÈVES, Alessandro Passerin. *Il negozio giuridico:* saggio di filosofia del diritto. Torino: Roberto Gayet, 1934, p. 77-78**.**

Ora, não parece correto criticar a utilidade da categoria *negócio jurídico* por não se concordar com o modelo filosófico do qual ele surgiu. Há que se demonstrar – e não basta simplesmente afirmar – sua insuficiência enquanto modelo explicativo, algo que, até onde se tem notícia, ninguém ainda fez.

O vício ideológico que subjaz à crítica da categoria *negócio jurídico* consiste na insistência em atacar a autonomia privada, dizendo-a restrita ao extremo e em alguns casos dando-a por inexistente[13].

Colocando-se entre parênteses pressupostos filosóficos que têm a liberdade como inerente a todo homem e certo espanto com o desconforto que a autonomia privada causa a alguns juristas, é fato que o direito positivo brasileiro, desde suas origens e mesmo nos momentos de maior autoritarismo, nunca conheceu um sistema cujo mercado fosse inteiramente, ou mesmo preponderantemente, dirigido pelo Estado. O particular, seja individualmente ou por meio das mais complexas organizações empresárias, sempre teve, entre nós, o papel de principal agente econômico.

Se é verdade que o modo de exercício da autonomia privada alterou-se do século XIX até o momento, isso não significa que ela deixou de existir ou mesmo que foi reduzida à quase insignificância.

Assim, nada há que impeça que a categoria *negócio jurídico* continue a ser tida como principal instrumento da autonomia privada e, consequentemente, que dela se valha como base sobre a qual se analisará dogmaticamente a categoria jurídica da invalidade no Código Civil brasileiro.

Embora haja um sem-número de definições de negócio jurídico[14], opta-se por se aproximar da conceituação de Emílio Betti, para quem:

---

[13] É essa a tendência de autores que insistem – mais uma vez com pouca ou mesmo nenhuma justificativa – em assimilar o direito privado pelo direito público, expressando mais um desejo de matiz ideológico do que uma realidade fenomênica. Cf., dentre outros: GOMES, Orlando, *vide* nota 5, *supra*; COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil*. v. 2. aum. por Julliot de la Morandière. Paris: Dalloz, 1953, p. 13; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 284.

[14] Entre outros, são importantes os conceitos dos seguintes autores: HUGO, *Institutionen des heut. röm. Rechts,* II, §29 *apud* STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1947, p. XI; WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Tradução Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. v. 1. Torino: Editrice Torinese, 1938, p. 202; SAVIGNY, F. Karl Von. *Traité de droit romain*. Tradução Ch. Guenoux. v. 3. Paris: Firmin Didot, 1845, p.103; VON TUHR, Andreas. *Derecho civil*. v. II-1. Tradução Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1947, p. 161-162.; ENNECCERUS, Lugwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. v. 2. Tradução Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935, p. 52-53; CHIRONI; ABELLO. *Tratatto di diritto civile italiano*. v. 1. Parte generale. Torino: Fratelli Bocca, 1904, p. 370-371; STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1947, p. 01; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1974, p.

> "O negócio jurídico contém, e é, essencialmente, uma estatuição, uma disposição, um *preceito da autonomia privada*, dirigido a interesses próprios de quem o põe: preceito destinado a ter eficácia constitutiva, isto é, a realizar, imediatamente, os efeitos ordenativos correspondentes na vida da relação. A declaração, portanto, tem natureza *preceptiva* ou dispositiva e, então, caráter vinculativo; o comportamento tem por si só, do mesmo modo, a mesma característica. Com isso se quer dizer que declaração e comportamento não são simples revelações externas, manifestação complementar de um estado de ânimo interno ou di um propósito, não são mera enunciação ou indício de um conteúdo psicológico, cuja existência seja juridicamente relevante já como tal e demonstrável de outro modo: enunciação ou indício com pura eficácia representativa ou probatória e sem eficácia operativa própria"[15].

De maneira fundamentalmente próxima ao conceito de Betti, utilizar-se-á a expressão negócio jurídico para significar a manifestação de vontade com conteúdo

---

353**;** PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. v. 1. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, p. 92; FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 74; TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1952, p. 117; SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 72; FLUME, Werner. *El negocio juridico*. Tradução José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación cultural del notariado, 1998, p. 49; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16; MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico:* plano da existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 189; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. 1. t. 1. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 455; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 153.

[15] "*Il negozio contiene ed è essenzialmente una statuizione, una disposizione, un precetto dell'autonomia privata in ordine a concreti interessi propri di chi lo pone: precetto destinato ad avere efficacia costitutiva, a spiegare cioè immediatamente gli effetti ordinativi corrispondenti nella vita di relazione. La dichiarazione, pertanto, ha natura precettiva o dispositiva, e quindi carattere impegnativo; il comportamento ha di per sé parimenti tale carattere. Con ciò si vuol dire che dichiarazione e comportamento non sono semplice rivelazione esterna, manifestazione complementare di uno stato d'animo interno o di un proposito, non sono mera enunciazione o indizio di un contenuto psicologico, la cui esistenza sia giuridicamente rilevante già come tale e dimostrabile in altro modo: enunciazione o indizio con pura efficacia rappresentativa o probatoria e senza efficacia operativa propria*". BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 56.

preceptivo potencialmente estruturável pelo agente[16]. Não se segue integralmente a definição de Betti apenas para se chamar a atenção para o fato de o negócio jurídico não ser o preceito – e, sim, fonte do preceito – e para a possibilidade de o agente estruturá-lo com ampla liberdade, característica que permite diferenciá-lo do ato jurídico em sentido estrito.

É a essa definição que se deve coerência.

O negócio jurídico é consequência da juridicização – entrada no mundo jurídico – da manifestação, ainda no mundo dos fatos, do exercício de uma das facetas da liberdade[17], a qual, para a ciência do direito, recebe o nome de autonomia privada[18].

A autonomia privada é, pois, o fundamento do negócio jurídico e, como se verá, a invalidade deste é consequência do exercício irregular daquela[19]. Portanto, é útil fazer análise, ainda que superficial, do conceito de autonomia privada.

---

[16] Sobre o conceito de negócio jurídico, Windscheid faz importante advertência: "Mas na controvérsia acerca do conteúdo do negócio jurídico não se deverá esquecer que este conceito é um conceito científico, isto é um conceito que a ciência do direito estabelece para seus próprios fins e que, portanto, qualquer um que tome parte no trabalho científico, designando com a expressão negócio jurídico os elementos intelectuais que se consideram conjuntamente, é para que não cometa uma incongruência de linguagem. A rigor, portanto, não se deveria dizer: negócio jurídico é isto ou aquilo, mas, por negócio jurídico se entende isto ou aquilo" [*"Ma nella controversia sul concetto del negozio giuridico non si dovrà dimenticare, che questo concetto è un concetto scientifico, cioè un concetto, che la giurisprudenza stabilisce per i suoi fini, e che quindi chiunque prende parte al lavoro scientifico, è purché egli, designando coll'espressione negozio giuridico gli elementi intellettuali che mette insieme, non commetta un'incongruità di linguaggio. A rigore quindi non si dovrebbe dire: negozio giuridico è questo e questo, ma: per negozio giuridico io intendo questo e questo"*] WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. v. 1. Tradução Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1930, p. 202-203, nota 1.

[17] Nesse sentido: MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 3 e 4.

[18] Para alguns conceitos de autonomia privada: FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959; PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada.* Coimbra: Almedina, 1982, p. 11; FLUME, Werner. *El negocio juridico*. Tradução José María Miguel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 23; BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 46; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 09.

[19] BUNAZAR, Maurício. Elementos para uma análise unitária do fenômeno da invalidade. In: JUSTO, A. Santos *et al*. *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. coord. Pastora do Socorro Teixeira Leal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 148.

1.2. Autonomia privada[20]

O agir humano livre é pressuposto da existência de regulações comportamentais heterônomas[21]. Contudo, o caráter axiomático da liberdade para o direito não dispensa a sua abordagem, pois seu conceito, abrangendo-se aí sua extensão e formas de manifestação, é, para além de filosófico[22], problema que interessa de perto à ciência do direito.

A noção do que seja liberdade não foi única ao longo da história, o que sempre fez depender sua elaboração conceitual de alguma reflexão sobre o "espírito do tempo" (*Zeitgeist*) do momento considerado.

Pese a enorme variedade de noções acerca da liberdade, há algo de constante, ou mesmo de essencial a todas elas: a possibilidade de escolha.

É a possibilidade de escolha que define se alguém é livre ou não, e é a possibilidade de escolha que permite julgar moralmente um ato como bom ou mau[23]. A existência, ainda que pressuposta da liberdade de escolha, é inequivocamente fundamento do direito.

Quando se está a considerar o poder do agente de se autodeterminar, as regras do direito positivo pressupõem a liberdade em maior extensão. Não basta à autodeterminação a ausência de pressões externas, como condicionamentos físicos ou psicológicos[24]. Além disso, é fundamental que o agente detenha racionalidade em grau

[20] Utiliza-se a expressão *autonomia privada*, e não *autonomia da vontade*, apenas para se evitar confusões conceituais com categorias próprias da moral, mormente de matiz kantiana. Sobre a noção kantiana de autonomia da vontade, confira-se KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática.* Tradução, introdução e notas de Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Sobre a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada, confira-se BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito.* Tradução Denise Agostinetti. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 81-84.

[21] O que permite ao jurista pôr entre parênteses a questão da existência efetiva da liberdade.

[22] Os limites deste trabalho não permitem que se trace uma evolução conceitual da liberdade, o que exigiria análise mais filosófica que jurídica.

[23] Confira-se, por exemplo, SANTO AGOSTINHO. *Diálogo sobre o livre arbítrio*. Tradução e introdução Paula Oliveira e Silva. Edição bilíngue. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2001.

[24] Uma das acepções da palavra liberdade. Confira-se: COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário Filosófico.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

suficiente para que seja eticamente aceitável mantê-lo vinculado às suas decisões, mormente quando delas possam derivar consequências prejudiciais a si.

Embora a autodeterminação perpasse todos os aspectos da vida do indivíduo, transcendendo, pois, ao direito, imbrica-se fundamentalmente com ele e nele encontra as limitações que, paradoxalmente, são as condições de sua possibilidade[25].

Quando analisada sob a ótica do direito, a autodeterminação é chamada de autonomia privada e constitui-se no fundamento maior de todo o direito privado[26].

O conceito[27] de autonomia privada, assim, é obtido por derivação do conceito, bastante mais amplo, de liberdade. É do que se entende por liberdade que acaba por derivar o que se entende por autonomia privada, algo que pode ser tido como a causa de certo subjetivismo que se nota das abordagens doutrinárias do tema.

A autonomia privada, contudo, embora pressuponha a liberdade, com ela não se confunde. Isso porque, enquanto a liberdade é algo trancendente ao direito, a autonomia privada é um poder tipicamente jurídico[28].

Segundo Luigi Ferri:

> "A autonomia privada não é expressão de uma mera liceidade ou faculdade, mas manifestação de poder e precisamente do

[25] "Se há algo, pois, de essencial à experiência jurídica não é a *particularidade* de um fim próprio, mas antes o iniliminável objetivo da realização ordenada de todos os fins que os homens possam se propor, segundo esse valor comum de infra-estrutura que é a justiça". REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. fac. sim. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

[26] Segundo Werner Flume, "Chama-se autonomia privada ao princípio de autoconfiguração das relações jurídicas pelos particulares conforme a sua vontade. A autonomia privada é uma parte do princípio geral de autodeterminação das pessoas". FLUME, Werner. *El negocio juridico*. Tradução José María Miguel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 23.

[27] Acerca da definição de conceito: JOLIVET, Régis. *Curso de filosofia*. 3. ed. trad. por Eduardo Prado de Mendonça. Rio de Janeiro: Agir, 1957, p. 204; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44.

[28] Neste sentido, Luigi Ferri ensina que o conceito de autonomia privada somente pode ser aceito e utilizado se for formulado em termos jurídicos precisos, bem como que a liberdade natural ou moral de querer ou de determinar-se de um modo ou de outro é um dado da realidade que constitui apenas um pressuposto da fenomenologia jurídica. FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1959, p. 3-4.

> poder de criar, dentro de limites postos pela lei, normas jurídicas"[29].

Destarte, a autonomia privada pode ser conceituada como poder do agente de criar normas jurídicas, sendo, pois, fonte do direito[30]. O principal instrumento do exercício da autonomia privada é o negócio jurídico[31], havendo, mesmo, quem identifique as expressões *autonomia privada* e *autonomia negocial*[32].

Este poder do agente de inovar a ordem jurídica é regulado e, consequentemente, limitado por normas jurídicas de competência[33].

As normas jurídicas de competência são as que disciplinam o exercício do poder de criar normas jurídicas[34], determinando, entre outros aspectos, a quem cabe este poder e, principalmente, os limites a que está submetido.

Da violação das normas jurídicas de competência decorre uma sanção típica, qual seja a invalidade do preceito normativo[35].

A invalidade do ato jurídico preceptivo pode, portanto, ser considerada a consequência do exercício irregular da autonomia privada, é dizer, do exercício da autonomia privada em desconformidade com alguma regra de competência.

---

[29] "*L' autonomia privata non è espressione di uma mera liceità o facoltà, ma manifestazione di potere e precisamente del potere di creare, entro limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche*" (*Ibid*., p. 5).

[30] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado, 1974, p. 355. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 214.

[31] FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 55.

[32] PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 13.

[33] A classificação das normas jurídicas em normas de conduta e de competência é central neste estudo, pois, como se demonstrará, defende-se que as normas sobre a validade/invalidade do negócio jurídico, designadamente o artigo 104 do Código Civil, são normas de competência. Sobre o tema, ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 57; e, também, HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 37-38.

[34] Como ensina Ascensão, "A produção normativa faz-se sempre com base em regras sobre o processo de produção jurídica que compõem, elas próprias, o ordenamento. Portanto, todo o fato normativo- a fonte, no sentido de modo de formação-pressupõe a aplicação de uma regra sobre a produção jurídica". ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47-48.

[35] Neste sentido, FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 77-87.

Porém, como se pretende demonstrar, as limitações impostas pelas normas de competência não são reconduzíveis a uma finalidade única, capaz de justificar, sempre e em todo caso, a imposição da invalidade como consequência de sua violação.

Ao contrário, quando se trata do exercício da autonomia privada há, pelo menos, três ordens distintas de razões que servem de fundamento para as normas de competência cuja violação tem por consequência a imposição de invalidade, quais sejam: (i) a proteção dos interesses daquele que a está a exercer; (ii) a proteção dos interesses de um terceiro em relação direta com o exercente da autonomia privada; e, finalmente, (iii) a tutela dos interesses de terceiros em geral.

A existência dessa variedade de interesses tutelados pelas normas jurídicas de competência limitadoras do exercício da autonomia privada impõe ao intérprete que, antes de exercer a função adjudicante, proceda à necessária integração entre o caso *sub analise* e a finalidade da norma[36] que se alega violada para, no momento lógico seguinte, atestar se a imposição da sanção por ela predisposta implicará reafirmar sua autoridade ou, ao contrário, consistirá em atentado contra seus próprios fins [37].

Entende-se que o artigo 104 do Código Civil pode ser qualificado como parte da norma de competência que encerra os requisitos gerais de exercício da autonomia privada e no qual se encontram tuteladas duas ordens de interesses: o interesse dos exercentes da autonomia privada (parte ou partes do ato jurídico preceptivo) e o interesse dos terceiros em geral, ou, como se prefere dizer, de toda a sociedade[38].

Já a proteção dos interesses de terceiros que mantêm alguma relação jurídica com o agente do ato jurídico preceptivo, em regra, é fornecida por normas de

[36] Sobre o papel da *ratio iuris* na interpretação da lei, o marco teórico de que se valeu foi BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 96 e ss.

[37] Pelas razões expostas no item 3.4.2, entende-se que, em regra, a aplicação da norma por subsunção será a medida mais adequada para a tutela do bem jurídico que constitua seu objeto. Por outro lado, uma interpretação normativa que conduza à violação do bem jurídico tutelado pela norma interpretanda há de ser rejeitada por absurda (*interpretatio illa sumenda, quae absurdum evitetur*).

[38] Evidentemente que os interesses das partes negociais e da sociedade como um todo são também objeto de normas de competência específicas.

competência próprias a certos tipos negociais ou a certas situações jurídicas, por exemplo, artigos 496, 497, 533, 550, 1.647 e 1.749 do Código Civil.

Cumpre, pois, proceder à análise, ainda que bastante sumária, da estrutura da norma geral de competência de que é parte integrante o artigo 104 do Código Civil[39].

1.3. A invalidade do ato jurídico preceptivo como consequência do exercício irregular da autonomia privada

Como se afirmou, o artigo 104 do Código Civil integra norma geral de competência para o exercício da autonomia privada, norma esta cuja integralidade somente se obtém com sua análise em conjunto com os artigos 166 e 171 do Código Civil, é dizer, enquanto o artigo 104 disciplina os requisitos para a validade do negócio jurídico, os artigos 166 e 171 impõem as sanções decorrentes de sua inobservância, quais sejam, respectivamente, a nulidade e a anulabilidade do negócio jurídico.

A norma geral de competência[40] estabelece uma clivagem entre requisitos de validade concernentes aos agentes do negócio jurídico e requisitos de validade concernentes ao objeto do negócio jurídico.

Quanto aos requisitos de validade concernentes aos agentes, são eles a capacidade (artigos 104, I e 166, I; 104, I e 171, I), a higidez da manifestação da vontade (artigo 171, excluída a fraude contra credores) e a forma (artigos 104, III e 166, IV e V); quanto aos requisitos de validade concernentes ao objeto, são eles a licitude, a possibilidade e a determinabilidade (104, II e 166, II, III e VI).

[39] Não serão analisados individualmente cada um dos incisos do artigo 104, uma vez que isso seria apropriado a um estudo.

[40] Quando se fizer menção a norma geral de competência, estar-se-á a se referir à norma formada pelos artigos 104 e 166 ou 104 e 171 do Código Civil.

Os requisitos de validade concernentes ao agente buscam assegurar que sua manifestação de vontade negocial seja precedida de deliberação racional, refletida, livre e consciente[41].

Os requisitos de validade concernentes ao objeto buscam subtrair da autonomia privada regulamentações inexequíveis ou que possam atingir prejudicialmente terceiros[42].

O negócio jurídico é o principal instrumento da principal fonte de relações e situações jurídicas de direito privado, qual seja a autonomia privada. As limitações à autonomia privada, sob a forma de imposição de requisitos de validade do negócio jurídico, não foram estabelecidas arbitrariamente pelo legislador, ao contrário, contam com fundamentos que se justificam racionalmente e que devem ser de conhecimento do intérprete cioso da adequada aplicação da lei.

[41] O Código Civil pressupõe a racionalidade da manifestação de vontade quando parte de agente qualificado como capaz. Quando se trata de negócio jurídico para o qual a lei não prescreveu forma, presume-se de maneira absoluta que a manifestação de vontade foi precedida da necessária reflexão, sendo certo que o mesmo resultado se alcança quando o agente capaz segue a forma prescrita em lei para a prática do negócio jurídico. Finalmente, quanto à liberdade e consciência do agente ao deliberar, são garantidas pela ausência dos chamados vícios do consentimento.

[42] Quanto à inexequibilidade, trata-se do objeto fisicamente impossível ou do objeto indeterminável; quanto ao potencial prejuízo a terceiro, trata-se do objeto ilícito, juridicamente impossível ou, ainda, quando faltava ao agente legitimidade para dispor do objeto.

CAPÍTULO 2 – FUNDAMENTOS DOS REQUISITOS DE VALIDADE DO ATO JURÍDICO PRECEPTIVO

2.1. Requisitos de validade do negócio jurídico

O negócio jurídico, em sua divisão tripartite de planos – existência, validade e eficácia –, é analiticamente estudado a partir de sua formação até o fim de sua vida por aquilo que lhe compõe. Conforme ensina Antonio Junqueira de Azevedo, "plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização"[43].

No plano da existência, encontram-se os *elementos* necessários para que o suporte fático esteja completo a ponto de incidir a norma que caracteriza e identifica o negócio[44]. No plano da eficácia, temos os *fatores* que influenciam a produção de efeitos pelo negócio jurídico[45].

O plano da validade, por sua vez, trata de valores e interesses caros ao ordenamento jurídico ou às partes. Dito de outro modo, é mediante o plano da validade que se verifica a entrada *regular*, ou não, do negócio no mundo jurídico[46]. Essa verificação se dá a partir do que se conhece por *requisitos de validade*.

Os requisitos de validade encontram-se dispostos, em nosso direito positivo, no art. 104 do Código Civil. São eles, a capacidade dos agentes, o objeto do negócio e a sua forma.

Tratar-se-á, na presente análise, da capacidade das partes e da forma e, apenas incidentemente, do objeto do do negócio jurídico. A opção é feita porque tanto a capacidade quanto a forma são requisitos dispostos pela lei no interesse das partes e, com

[43] AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.
[44] *Ibid*., p. 31.
[45] *Ibid.*, p. 49.
[46] *Ibid*., p. 42.

isso, tem relação direta com a autonomia privada e sua regulação pelo ordenamento jurídico.

2.2. Capacidade

Antes de se analisar a capacidade, convém precisar o conceito de duas outras categorias da teoria do direito que, embora inconfundíveis, são próximas a ela, quais sejam a legitimidade e a legitimação.

A legitimidade pode ser conceituada como a permissão legal para que o agente pratique negócios jurídicos. Como ensina Junqueira de Azevedo, a legitimidade é a regra, confundindo-se mesmo com a personalidade e a capacidade, sendo certo que o que existe mesmo é a ilegitimidade[47].

Ainda de acordo com o autor, a ilegitimidade é imposta como meio de proteger alguém ligado ao declarante, como nas hipóteses de proibição de venda de ascendente para descendente, necessidade de outorga conjugal, proibição do tutor ou do curador de comprarem bens confiados à sua administração etc [48].

A legitimidade, como se percebe, não é capacidade especial ou capacidade em concreto[49], mas a autorização genérica para prática de negócios jurídicos. A diferença fundamental entre capacidade e legitimidade é que a imposição da incapacidade visa a tutelar a pessoa do incapaz, enquanto que a imposição da ilegitimidade visa a tutelar terceiros em relação jurídica com o declarante.

---

[47] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986, p. 154.

[48] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (Titularidade). São Paulo, FDUSP, 1986, p. 154-155. No mesmo sentido, NERY, Rosa; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil.* v. 1. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 249.

[49] Como pretendem NERY, Rosa; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil.* v. 1. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 249.

Já a legitimação é "o poder de dispor de determinada *res*"[50]. Fábio Konder Comparato ensina que a legitimação consiste "na identificação, ou pelo menos adequação, do autor da manifestação de vontade com o titular do interesse"[51].

Assim, para Junqueira de Azevedo e Konder Comparato, faltará legitimação quando o agente que manifesta a vontade negocial não for o titular do direito subjetivo, objeto do negócio jurídico ou, embora o seja, esteja privado do poder de disposição[52].

Já Pontes de Miranda, ao tratar do poder de disposição, ensina que:

> "A prática, a despeito da limitação e da restrição ao poder de disposição, é de consequências no plano da eficácia. Se a limitação foi ditada no interesse geral, não há pensar-se em pós-eficacização, salvo se lei posterior ab-roga a lei limitativa. Se foi ditada no interesse de terceiros, a favor de quem se limitou o poder de dispor, eficaciza o ato de disposição originariamente ineficaz"[53].

Entre as hipóteses de falta do poder de disposição, o autor arrola a necessidade que o cônjuge tem de obter o assentimento do outro para a disposição de bens imóveis[54], o que, como visto, Junqueira de Azevedo trata como hipótese de ilegitimidade.

A distinção proposta por Junqueira de Azevedo é a mais adequada à luz do Código Civil brasileiro, podendo-se afirmar, com este autor, que a prática do ato jurídico

---

[50] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (Titularidade). São Paulo, FDUSP, 1986, p. 155. De modo algo diverso, Torquato Castro afirma que não há que se confundir a legitimação com o próprio poder de disposição. Este último é *objeto* do primeiro. Por isto, segundo ele, deve-se notar que a legitimação (ou título) é a justificação da atribuição de um poder de disposição a determinado indivíduo, sendo ilógico falar-se em poder de disposição como causa do próprio poder de disposição. CASTRO, Torquato. Legitimação (direito material). In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. v. 48. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 318. A definição de Castro é redundante, pelo que se opta, com Junqueira, por identificar legitimação com o poder de disposição.

[51] COMPARATO, Fábio Konder. Notas sobre parte e legitimação nos negócios jurídicos. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito empresarial.* Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 514.

[52] Por exemplo, pelo fato de o direito subjetivo estar gravado com cláusula de inalienabilidade.

[53] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado.* v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 117.

[54] *Ibid*.

preceptivo por agente ilegítimo acarreta sua invalidade (nulidade ou anulabilidade, a depender da hipótese legal), enquanto que a prática do ato jurídico preceptivo por agente sem legitimação acarreta sua ineficácia[55].

Para fins de sistematização das categorias jurídicas em questão, e com base nos autores citados[56], pode-se distinguir incapacidade, ilegitimidade e falta de legitimação da seguinte maneira: (i) a incapacidade é o estado da pessoa a quem, considerada em si mesma, o ordenamento jurídico entende faltar o discernimento suficiente para a prática dos atos chamados da vida civil; (ii) a ilegitimidade é a situação jurídica da pessoa que, em virtude de uma posição jurídica que ocupa, está impedida – ou limitada – de praticar negócios jurídicos com certos conteúdos. É uma proibição subjetiva, cuja violação implica a ilicitude do objeto negocial, ilicitude esta que não é *a priori*, mas sim fundamentalmente determinada pela posição jurídica ocupada pelo declarante[57]; e (iii) a falta de legitimação é situação jurídica em que o agente não é titular do direito subjetivo que constitui o objeto do negócio jurídico ou, embora o seja, dele não pode dispor[58]. Vê-se que a legitimação nada tem a ver com licitude ou ilicitude do objeto negocial, mas fundamentalmente com sua titularidade.

Estabelecidas essas distinções, cumpre analisar a categoria jurídica da capacidade.

---

[55] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (Titularidade). São Paulo, FDUSP, 1986, p. 158.

[56] Fundamentalmente, Antonio Junqueira de Azevedo e Fábio Konder Comparato.

[57] Segundo Junqueira de Azevedo, "A ilegitimidade é uma situação de exceção, em que, por força de *relação jurídica ou fática* entre o declarante e outra pessoa, o ordenamento cria um obstáculo para a realização de um negócio jurídico. É um *impedimento*". AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (Titularidade). São Paulo, FDUSP, 1986, p. 154. O autor afirma que o negócio praticado por agente ilegítimo é negócio jurídico com objeto ilícito. Cf. *Ibid.,* p. 158.

[58] COMPARATO, Fábio Konder. Notas sobre parte e legitimação nos negócios jurídicos. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito empresarial.* Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 514.

2.2.1. Conceito de capacidade

O termo *capacidade* denota uma qualidade que exige seja aclarada. Afirmar que alguém é ou não capaz é afirmação que, por si só, pouco informa.

O Código Civil, ao fazer menção à capacidade, afirma que as pessoas são capazes de direito e deveres e podem ou não ser capazes de agir. Ser capaz de direitos e deveres significa o potencial de ser titular de posições jurídicas ativas e passivas, nada mais do que isso. Já a capacidade de agir significa o potencial de certas pessoas de, por si sós, fazerem valer os direitos e cumprir os deveres de que são titulares.

Deixando de lado a capacidade de direito, porque atribuída indistintamente a todas as pessoas, cumpre investigar de maneira algo mais detalhada a chamada capacidade de fato ou de exercício.

Os dispositivos do Código Civil que diretamente tratam dessa capacidade – designadamente os artigos 3º e 4º – arrolam as pessoas que são incapazes, absoluta ou relativamente, de, por si sós, praticarem atos da vida civil.

A leitura dos artigos 1º, 3º e 4º permite que se chegue às seguintes conclusões: (i) se todas as pessoas são capazes de direito, significa que os incapazes o são somente de fato; (ii) qualificar alguém como incapaz não significa afirmar que ele não pode agir, mas, apenas não pode agir por si só; (iii) a capacidade de fato é exigida apenas para atos qualificados como da vida civil, de modo que os que não possam ser assim qualificados são livremente praticáveis.

Por atos da vida civil há que se entender os atos negociais [59], designadamente negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito. Para todo o mais não se exige capacidade de fato, bastando a qualidade de pessoa.

Assim, fixado o âmbito operacional da capacidade, resta fixar o seu conceito.

[59] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 93.

Embora imbriquem-se os conceitos de autonomia privada e capacidade são distintos. Como já se apontou, a existência da autonomia privada é um axioma sem o qual o direito não se sustentaria, ao menos não coerentemente.

Para que certas normas de conduta e de competência incidam, o direito exige que a pessoa, elemento dos seus suportes fáticos, seja dotada de alguma racionalidade, entendida aqui como potencial, maior ou menor, de deliberar.

Esse potencial deliberativo, altamente variável de pessoa para pessoa, necessariamente deve estar presente para que se esteja diante de uma conduta (por ação ou omissão) juridicamente relevante, ainda que o agente seja incapaz de deliberar – mais especificamente, de antever e planejar – suas consequências.

Assim, pode-se reconhecer coerentemente que a autonomia privada, que o direito pressupõe e, muitas vezes, exige, é variável em graus conforme o conjunto normativo que se tenha sob análise.

Para o conjunto normativo que disciplina os pressupostos da responsabilização civil, ordinariamente basta que o agente que se pretende ver responsabilizado civilmente tenha agido, isto é, decidido livremente iniciar um movimento ou não o realizar[60].

Para o conjunto normativo que disciplina a criação de normas jurídicas privadas, designadamente, atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos unilaterais e bilaterais, exige-se do agente potencial deliberativo mais refinado. Ele deve ser capaz de planejar sua conduta com vistas a fins racionais, isto é, deve ser capaz de proceder a um arranjo mais ou menos eficiente entre meios e fins.

A capacidade civil de agir refere-se a essa segunda face da autonomia privada, de modo que se pode afirmar que o discernimento mencionado nos artigos 3º e 4º do Código Civil não é discernimento para a prática de qualquer conduta, e sim para a

[60] O incapaz, embora incapaz, responde civilmente. SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 117.

prática de condutas de tipo negocial, isto é, para a colocação de normas jurídicas privadas[61].

A capacidade, portanto, é o potencial de deliberar tanto acerca da conveniência de se realizar certo negócio jurídico, quanto do momento e modo de fazê-lo.

Estabelecendo critérios de acordo com os quais o ordenamento possa presumir que o potencial deliberativo esteja presente, a idade apresenta-se como primeiro critério a partir do qual se pode acompanhar o desenvolvimento da capacidade de agir, o que se verá a seguir.

2.2.2. A idade como critério de aquisição da capacidade de agir

Para permitir o tráfico negocial, as ordens jurídicas invariavelmente têm de agir de modo algo arbitrário, estabelecendo ficções jurídicas que, em princípio[62], são incontornáveis.

Quanto à capacidade de fato, o critério etário é um dos utilizados, desde Roma, para a sua delimitação.

Com efeito, o direito romano partia de uma divisão etária baseada em três grupos: os *infantes*; os *impuberes infantia maiores* e os *minores*[63].

Os primeiros eram considerados como tais até os 7 anos (na época pós-clássica) e não podiam celebrar qualquer negócio jurídico, ficando destituídos ainda da capacidade delitual[64]. Os segundos, que assim eram classificados até os 12 anos, no que diz respeito às meninas, e 14 anos, quanto aos meninos, poderiam celebrar negócios jurídicos,

[61] O menor de dezoito anos, por exemplo, é incapaz para os atos negociais, mas pode ser chamado a indenizar o dano causado, configurando-se como agente do ato ilícito (art. 928, *caput* e parágrafo único, do Código Civil).

[62] Diz-se que em princípio porque o próprio direito as pode contornar, *v.g.*, a categoria jurídica da emancipação, a qual contorna a incapacidade decorrente da idade.

[63] KASER, Max. *Direito privado romano.* Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 103.

[64] VILLEY, Michel. *Direito romano.* Tradução Fernando Couto. Porto: Resjuridica, 1955, p. 106.

desde que autorizados pelo tutor, quando *sui iuris* (*auctoritas tutoris*). Por fim, os *minores* eram os menores de 25 anos, que, conquanto tivessem capacidade de fato plena, podiam ver seus atos fulminados pela *restitutio in integrum* ou pela *exceptio legis Plaetoria*[65], quando lhes fossem prejudiciais[66].

Nas Ordenações Filipinas, a incapacidade absoluta era até os 12 anos, para a mulher, e os 14 anos, para o homem[67]. No sistema disposto por Teixeira de Freitas em seu *Esboço*, havia também a consagração do critério etário. A classificação de Teixeira de Freitas repartia-se em menores impúberes, até os 14 anos, e menores adultos, até os 21 anos. Aos primeiros era atribuída uma incapacidade absoluta (art. 41, 2º, do Esboço). Aos últimos, uma incapacidade relativa (art. 42, § 1º, do Esboço)[68].

Contemporaneamente, pode-se afirmar que o Código Civil do Brasil parte da ficção segundo a qual a partir dos dezoito anos a pessoa é capaz para os atos da vida civil (= capacidade negocial), sendo que esta ficção somente poderá ser infirmada por meio da intervenção do Poder Judiciário, seja em abstrato, por meio da ação de instituição de curatela[69], seja em concreto, para fins de invalidação, por incapacidade do agente, de determinado ato jurídico.

---

[65] Segundo Eugène Petit, a Lex Plaetoria "criava um *judicium publicum rei privatae*, ou seja, uma ação aberta para todos, no interesse particular do menor, contra o terceiro que tivesse abusado de sua inexperiência ao tratar com ele. Essa perseguição contra o demandado terminava com a nota de infâmia, e quase sempre com uma multa, além de que não mais poderia ser decurião" (*Lex Julia munic.*, 110).

"Mais tarde, com o procedimento formulário, foi possível ao menor que havia sido enganado, mas sem ter sido executado ainda o compromisso prejudicial a seus interesses, opor ao credor uma exceção fundada na Lei *Plaetoria* (L. 7, § 1.º, D., *de except.*, XLIV, 1)". PETIT, Eugène. *Tratado elementar de direito romano*. Tradução Jorge Luís Custódio Porto. Campinas: Russel, 2003, p. 186.

[66] VILLEY, Michel. *Direito romano.* Tradução Fernando Couto. Porto: Resjuridica, 1955, p. 109-110.

[67] *Ord*. 4, 81, pr.: "O Varão menor de quatorze annos, ou a femea menor de doze, não pódem fazer testamento, nem o furioso".

[68] Esboço, art. 62. "São menores os indivíduos de um e outro sexo, que não tiverem a idade de vinte e um anos completos".

art. 63. "São menores impúberes o que ainda não tiverem a idade de quatorze anos completos, e adultos os que tiverem mais desta idade até completarem a vinte e um anos".

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. v. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1983, p. 40.

[69] O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) extinguiu a antiga ação de interdição, presente no Código Civil nos artigos 1.768 a 1.773, todos revogados. Apesar disso, o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) prevê um procedimento de interdição (art. 747 e ss.). Por se tratar de lei especial, há de se considerar que o legislador optou pelo *nomen iuris ação para nomeação de curador*. Seja como for, *interdição* ou *nomeação de curador* são apenas nomes jurídicos diversos que se prestam para a mesma finalidade: atribuir curador ao maior que não seja plenamente capaz. Nesse sentido, posicionou-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por ocasião do julgamento da Apelação Civil nº. 0307037-84.2009.8.26.0100, em acórdão relatado pelo Desembargador Francisco Loureiro.

Não se pode duvidar de que o atingimento da maioridade – e pressupondo-se a ausência de qualquer fator incapacitante – não significa que as pessoas tenham todas o mesmo grau de discernimento e igual talento estratégico para a prática de atos da vida civil, e, sim, significa que, a partir daquele momento (maioridade), o direito tem por irrelevantes quaisquer outras diferenças interpessoais.

O requisito da capacidade é garantia de um mínimo de igualdade para que os agentes possam praticar atos jurídicos preceptivos sem que, à partida, estejam em situação que o direito – insista-se – considera como de vulnerabilidade.

2.2.3. Fundamento da exigência de capacidade para a prática de atos jurídicos precepctivos

As normas jurídicas que direta ou indiretamente versam sobre incapacidade têm por matriz teleológica a proteção do incapaz[70], é dizer, evitar que por sua incapacidade vincule-se desvantajosamente[71].

[70] Neste sentido: VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução Fernando Couto. Porto: Resjuridica, 1955, p.106; KASER, Max. *Direito privado romano*. 2. ed. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 103; SOHM, Rudolf. *The Institutes of Roman Law*. Tradução James Crawford Ledlie. Oxford: Clarendon Press, 1892, p. 141; FREIRE, Pascoal José de Mello. *Institutiones juris civilis lusitani cum publici tum privati,* Liv. II, Tít. XIII, § VI, Coimbra: 1845; CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal*. v. 3. Lisboa: Sousa Neves, 1867 , p. 38-39. (liv. I, Tit. XXVI, § 224, 5-6); MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do direito civil português*. v. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907, p. 63-64; RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4ème. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949, p. 96; GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das nulidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 112.

[71] Neste sentido: MIRANDA, F. C. Pontes. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 109; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Atualizado por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 227; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 1. 8 ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 315; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atual. por Theodoro Humberto Junior. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 173; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39-40; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986, p. 150; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Direito civil:* teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 310; LOBO, Paulo. *Direito civil:* parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 108; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 171; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 287; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110. Portanto, parece ser fora de questão que a categoria jurídica da incapacidade serve para proteger o incapaz.

Silvio Rodrigues afirma que a proteção ao menor de idade, por meio da incapacidade de fato, é disposta porque o menor não possui maturidade suficiente para ponderar seus interesses[72]. Pascoal José de Mello Freire diz que, os menores, por não terem "firme consciência das coisas", não poderiam ser obrigados sem intervenção de seus tutores e curadores[73].

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, a incapacidade de fato é posta para proteger as pessoas com relação a determinadas deficiências naturais, sejam estas a idade, a saúde ou o desenvolvimento mental e intelectual[74].

Nesse sentido, a doutrina afirma que a representação, a assistência, a autorização e a tomada de decisão apoiada, são instrumentos dessa proteção concreta, com o objetivo de auxiliar o incapaz a alcançar os seus interesses[75]. Para Serpa Lopes, estes instrumentos proporcionam segurança ao incapaz e a seu patrimônio[76].

De acordo com Carlos Alberto da Mota Pinto, o interesse predominante no instituto da incapacidade é o de se protegerem os interesses do incapaz[77].

José de Oliveira Ascensão ensina que há três aspectos que caracterizam as incapacidades, quais sejam: "1) fundam-se em diminuições naturais das faculdades das pessoas; 2) são restrições tabeladas da capacidade que atingem uma universalidade de aspectos; 3) **o regime legal visa a proteger as pessoas incapazes**"[78] (grifos).

Se assim é, ou seja, se a incapacidade é posta no interesse do incapaz, Antonio Junqueira de Azevedo defende que não haveria sentido em se anularem atos

[72] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39-40.

[73] FREIRE, Pascoal José de Mello. *Instituições de direito civil português*. Tradução Miguel Pinto de Meneses. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, v. 164, 1967, p. 142.

[74] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110.

[75] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atual. por Theodoro Humberto Junior. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 173; AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 287; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 171.

[76] LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 1. 8 ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 315.

[77] PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 227.

[78] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140.

praticados por incapazes que não lhe fossem prejudiciais[79]. Realmente, fixada a premissa de que as incapacidades são protetivas do incapaz, essa consequência se impõe com toda a força da evidência lógica.

A simplicidade do raciocínio, porém, é apenas aparente. O estabelecimento dessa premissa suscita algumas questões, cuja solução poderá colaborar para lançar algumas luzes sobre a interpretação das normas jurídicas impositivas de incapacidades.

2.2.4. Contornos dogmáticos da função protetiva das incapacidades

A constatação de que as normas que exigem a capacidade buscam proteger o incapaz implica o enfrentamento de algumas questões que há tempos são objeto de estudo dos juristas[80], quais sejam saber: (i) se o ato praticado por alguém considerado juridicamente incapaz deve ser considerado válido se, no momento de sua prática, o agente detinha discernimento[81]; (ii) se o ato praticado por alguém considerado capaz, porém momentaneamente privado total ou parcialmente de seu discernimento, dever ser considerado válido ou inválido; (iii) se o ato praticado pelo incapaz deve ser invalidado sempre ou somente se lhe trouxer prejuízo[82].

Antes de se abordarem essas questões, convém analisar uma distinção que parte da doutrina faz entre incapacidade natural e legal[83] e contrapô-la à questão concernente ao momento da incapacidade no direito brasileiro.

---

[79] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986, p. 150. No mesmo sentido: CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal*. v. 3. Lisboa: Sousa Neves, 1867, p. 145, (liv. 1. tit. XXVI, § 224, 5-6). Ripert assevera que: "O menor que, de fato, pode fornecer um consentimento suficientemente claro, apenas deve se utilizar da regra de proteção quando tenha sido lesado pelo contrato." RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1949, p. 94. Tradução livre.

[80] Por todos: BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2002, p. 217.

[81] Por enquanto, tratar-se-á da invalidade de maneira geral, isto é, sem considerar sua classificação em nulo e anulável; assim como da incapacidade, sem distingui-la em absoluta ou relativa.

[82] O termo "prejuízo" não significa necessariamente diminuição patrimonial, abrangendo também a hipótese de uma má avaliação da oportunidade e conveniência de se celebrar o negócio jurídico.

[83] Convém também deixar claro que o ponto de partida para as respostas será unicamente o sistema jurídico brasileiro tal qual ele é, vale dizer, sem considerações sobre como se gostaria que ele fosse e sem se

A incapacidade legal seria aquela disposta pelo ordenamento, da qual já se falou, isto é, a incapacidade de fato, ficção jurídica que visa à proteção do incapaz. É dita legal pois a incapacidade decorre diretamente das normas jurídicas. O incapaz absoluto não no seria por que, de fato, não possui discernimento para a prática dos atos da vida, mas por imposição da lei.

A incapacidade natural, por outro lado, *grosso modo*, seria a situação de quem, não obstante legalmente tido por capaz, encontra-se privado, total ou parcialmente; momentânea ou definitivamente, do discernimento para atos jurídicos de tipo negocial[84].

A verificação da sua utilidade é importante para o presente estudo pois se sugere aqui que a diretriz norteadora da incapacidade é a proteção do incapaz, ou seja, pauta-se por um critério relacionado ao *efetivo prejuízo por ele sofrido*. Ao contrário, a distinção entre incapacidade legal e natural tenta corrigir as imperfeições do sistema mediante um outro parâmetro, qual seja a *possibilidade fática de discernimento para a prática do ato*.

Essa distinção, pesem as – poucas – opiniões em contrário[85], não tem aplicabilidade no direito brasileiro atual.

No sistema jurídico brasileiro, a incapacidade é um estado de fato que ora depende de reconhecimento judicial, ora dele independe[86].

Quanto à situação – de fato – de incapacidade dependente de reconhecimento judicial, este reconhecimento pode ser *principaliter* ou *incedenter tantum*. No primeiro caso, trata-se da ação de instituição de curatela, em que o objeto da ação é a obtenção de sentença judicial que declare a incapacidade e constitua o regime jurídico a

---

recorrer a categorias jurídicas como a dignidade humana do incapaz, a qual, não obstante conte com forte retórica apelativa, tem baixo conteúdo significativo.

[84] Sobre o tema: EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, pp. 145-156.

[85] Dentre outros: EBERLE, cit., nota 83; STANCIOLI, Brunello. *Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família*. Revista brasileira de direito de família, v. 2, 1999, Porto Alegre, IBDFAM, p. 38.

[86] Refere-se à situação de incapacidade por menoridade.

que estará submetido o incapaz; no segundo caso, da ação de anulação de ato jurídico preceptivo que tenha por causa de pedir a incapacidade do agente. Aqui, o juiz declara que o agente era incapaz quando da prática do ato e, por isso, o desconstitui.

Percebe-se que a incapacidade é sempre uma situação de fato, preexistente, pois, a qualquer reconhecimento judicial, seja ele *principaliter* ou *incidenter tantum*. Tanto isso é correto que os *capita* dos artigos 3º e 4º do Código Civil usam a expressão *são incapazes*, independentemente de qualquer menção a reconhecimento ou declaração judicial. Ademais, o artigo 1.767, também do Código Civil, fazendo referência implícita aos artigos 3º e 4º, arrola as pessoas sujeitas à curatela, reconhecendo-as já incapazes.

Assim, portanto, não há qualquer espaço para que se entenda que, no sistema jurídico brasileiro, a situação jurídica de incapacidade tenha sua existência dependente de constituição judicial, ao contrário, a decisão judicial, no que tange à incapacidade, é preponderantemente declaratória.

Demonstrada a impertinência, para o direito brasileiro, da distinção da incapacidade de fato em natural e legal, pode-se buscar fornecer resposta para as questões acima propostas.

Cada uma das questões suscitadas será enfrentada em um item específico.

2.2.4.1. Os intervalos lúcidos

Quanto à primeira questão – isto é, a consistente em saber se o ato praticado pessoalmente por alguém considerado juridicamente incapaz (= tutelado; curatelado; assistido) deve ser considerado válido se, no momento de sua prática, o agente detinha discernimento –, trata-se de se saber se o direito brasileiro admite, ou não, a categoria dos intervalos lúcidos.

O direito romano admitia a validade do ato praticado por aquele que, não obstante incapaz, estava lúcido quando de sua prática [87], sendo certo que esse posicionamento foi seguido pelo direito português contido nas Ordenações[88].

[87] "Macer *lib. 2 de Judicis publicis*. Eis os termos de um escrito dos imperadores Marco Aurélio e Cômodo, dirigidos à Scapula Tertyllo: <<Se é notório que Aelius-Priscus está num estado de demência contínua que o priva de toda a razão, não se podendo supor que teria matado sua mãe fingindo ser demente; pode-se excusá-lo da punição, dado que ele já foi suficientemente punido pelo seu próprio estado mental. Entretanto, faz-se mister observá-lo mais de perto e, mesmo, se for necessário, acorrentá-lo, seja para puni-lo, seja para a sua preservação e a de outros. Mas, se ele tem intervalos de bom senso, e que isto ocorre frequentemente, deve-se verificar se ele não cometeu o crime nestes momentos; de sorte que sua doença mental não pudesse isentá-lo da pena. Se este for o caso, faz-se mister consultar-nos para verificarmos se há razão para condená-lo, dado o horror de seu crime, tendo ele o cometido em momento em que tinha todas as faculdades mentais". D. 1, 18, 14. Tradução livre com base na versão francesa: HULOT, Henri. *Les cinquantes livres du Digeste ou Pandectes de l'Empereur Justinien*. v. 1. Paris: Metz, 1803, p. 102.

"Há, entre os furiosos, aqueles que permanecem nessa condição a todo instante, bem como aqueles que apresentam lúcidos intervalos em alguns momentos. Dentre estes últimos, diferenciam-se, ainda, aqueles que possuem curtos intervalos de lucidez e aqueles que possuem um longo período. Os antigos se questionavam se deixava de existir curador a partir de quando se desse esse momento de lucidez, ou se a curatela retornava, de pleno direito, juntamente com o estado de furor. Por isso é que, desejando esclarecer essa dúvida, estabelecemos que – por ser incerto e imprevisível, com respeito aos furiosos, determinar quando ocorrem estes intervalos, e se estes são curtos ou longos, podendo permanecer neste estado de dúvida até mesmo durante um longo período – o curador não deixe de sê-lo por conta destes intervalos, mas sim que ele se torne curador durante toda a vida do furioso, uma vez que esta doença é quase sempre incurável. Contudo, nos intervalos lúcidos que o furioso tenha, os poderes do curador serão suspensos. De sorte a poder, o furioso, aceitar, nestes intervalos, uma herança ou praticar todos os atos que um homem de bom senso possa fazer". C. 5, 70, 6. Tradução livre com base na versão francesa: TISSOT, A. *Les douzes livres du Code de l'Empereur Justinien*. v. 2. 2. ed. Paris: Metz, 1807, p. 372-373.

"O alienado é incapaz de praticar qualquer ato jurídico ou ilícito, mesmo aquele que é evidentemente vantajoso; ao louco falta vontade e esta é necessária a todos os atos, *furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quo agit,* o intervalo lúcido, contudo, poderia ser arguido em *exceptio*". VAN WETTER, Polynice. *Pandectes contenant l'histoire du Droit Romain*. v. 1. Paris: LGDJ, 1909, p. 146.

Bonfante indica que Justiniano estabeleceu diferenciação entre furiosos e dementes, de acordo com a possibilidade de se ter, ou não, intervalos de lucidez: "Justiniano establece distinción entre los furiosos y los dementes o mentecapti, porque, siguiendo una concepción romano-helénica, consideraba los furiosos como loco agitados, pero susceptibles de intervalos de lucidez, y los dementes como locos tranquilos, pero sin posibilidad de intervalos de lucidez. Esta doctrina tiene aplicación en los negocios juridicos, dada la admisibilidad de intervalos de lucidez para el furioso, pero no la tiene en lo que se refiere a la curatela". BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução Luis Bacci e Andrés Larrosa. Madrid: REUS, 1951, p. 231, nota 2.

"A enfermidade mental exclui a capacidade jurídica de agir porque, traduzindo um querer, <<*nulla voluntas est*>>. Exceptuam-se os intervalos lúcidos: quando temporariamente o demente (*furiosus*) recupera a saúde mental." JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*. v. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 144. "Negócios celebrados nos 'intervalos lúcidos' (lucida intervalla) são apreciados caso a caso na época clássica e mais tarde em geral (cfr. Mac. D. 1, 18, 14)". KASER, Max. *Direito privado romano*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 106.

[88] "E seendo elle filho sandeu e desmemoriado per intervallos, e interposiçoões de tempo, em tal caso mandamos, que nom leixe o dito Padre, ou sua molher por tanto de seer seu curador, no tempo que assy parecer côrdo e sesudo; pero que em esse tempo, que assy for sesudo, elle regerá e governará sua fazenda assy e tam compridamente, como cada huu outro homem, que aja seu siso e entendimento todo comprido; e tanto que elle perder o siso, e tornar aa sandice, logo o dito seu Padre per virtude da dita curadia, ou sua molher torne a reger e ministrar a pessoa e fazenda do dito seu filho, assy como a regia e ministrava ante, quando lhe a dita curadia, e aministraçom della foi encomendada, como dito he". *Ordenações Afonsinas*, 4, 86, 4.

"E sendo o dito sandeu ou desmemoriado por antervalos e interposições de tempo, em tal caso nom leixará seu pay, ou sua molher se a tever, de seer seu Curador, no tempo que assi parecer sesudo, e tornado a

Com a entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 1916 e a consequente cessação da vigência das Ordenações em território nacional, a doutrina brasileira, partindo do texto codificado, assentou que, após a interdição e até que haja seu levantamento, é absolutamente impertinente perquirir sobre eventual lucidez do incapaz quando da prática de ato jurídico preceptivo[89], entendimento este que perdura sob a vigência do Código Civil de 2002[90]. Desde o Código Civil de 1916, portanto, a questão dos intervalos lúcidos não se põe, ao menos não relevantemente, na doutrina.

---

seu entendimento; porem em quanto elle for em seu siso e entendimento elle poderá guovernar sua fazenda tam compridamente, como qualquer outro de perfecto siso; pero tanto que elle tornar aa sandice, loguo o dito seu pay, ou sua molher usaram da dita curadia, e regeram, e ministraram a pessoa, e fazenda do dito seu filho, ou marido, assim como dante". *Ordenações Manuelinas*, 1, 67, 41.

"E sendo furioso per intervallos e interposições de tempo, não deixará seu pai, ou sua mulher de ser seu Curador no tempo, em que asi parecer sesudo, e tornado a seu entendimento. Porém, em quanto elle stiver em seu siso e entendimento, poderá governar sua fazenda, como se fosse de perfeito siso. "E tanto que tornar à sandice, logo seu pai, ou sua mulher usará da Curadoria, e regerá e administrará a pessoa e fazenda delle, como dantes". *Ordenações Filipinas*, 4, 103, 3.

"Ao que tem lucidos intervallos, se permite no tempo delles governar os bens, sem comtudo cessar a curadoria: a qual se põe em vigor quando torna à sandice". CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal*. v. 3. Lisboa: Sousa Neves, 1867, p. 145, (liv. 1. tit. XXX, § 261, 32).

"O furioso por dilucidos intervallos, se testar em tempo de saúde, vale o testamento". TELLES, José Homem Correa. *Digesto portuguez*. v. 3. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1846, art. 1.489.

[89] "O Código não considerou os lúcidos intervalos, que, pelo direito anterior (Ord., 4, 103, §3º), determinavam o restabelecimento da capacidade. O direito romano dispunha do mesmo modo que as Ordenações. A doutrina no Código tem melhor apoio na ciência, que, sob as cinzas das remissões, descobre sempre o braseiro da enfermidade". BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. v. 1. 11. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956, p. 146.

"No direito brasileiro, afastou-se que alguém, seja louco e que tenha intervalos lúcidos, pratique, entre eles, atos válidos. Tal atitude do legislador brasileiro não nega – no mundo fáctico, que é aquele em que se põe a resposta à questão <<estava a pessoa durante intervalo lúcido, quando praticou o ato?>> – que possa havê-los; apenas, atendendo-se à dificuldade de tal prova, maxime se já falecido o absolutamente incapaz, não se permite que se levante, no mundo jurídico, a questão. Tem-se de responder, tão-só, à questão sobre estado permanente: é, ou não, absolutamente incapaz a pessoa de que se trata? Não importa se já houve, ou se não houve interdição. Aliás, no sistema jurídico brasileiro, o ato jurídico do absolutamente incapaz é nulo, que ele o tenha praticado antes ou depois da interdição. A interdição por incapacidade absoluta é, no direito brasileiro, decisão constitutiva, com forte carga de declaratividade, – não constitui a incapacidade, declara-a imediatamente (****): declara a incapacidade absoluta preexistente e constitui o regime interdicional". MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 114.

"No direito anterior ao Código de 1916 eram válidos os atos praticados pelo amental em seus intervalos lúcidos. Isso constituía uma importante fonte de demandas, pois fácil é imaginar os debates que a lei facultava; uns interessados alegando que o ato foi praticado durante um intervalo lúcido, outros, negando tal fato. E enorme, também, a dificuldade de prova. O Código Civil não considerou os intervalos lúcidos do amental". RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44-45.

"As incapacidades de fato constituem o reconhecimento legal de que determinadas pessoas ordinariamente não têm discernimento para a prática de atos jurídicos. Na dúvida, prevalece a capacidade. Reconhecida, porém, a incapacidade, não se examina mais, em cada caso concreto, se o incapaz agiu lucidamente. Portanto, a determinação *abstrata* da lei desloca o exame, do ato, para o agente. Os intervalos lúcidos não são tomados em consideração". AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986, p. 146-147.

[90] Por todos, João Baptista Villela: "Parece que o Código Civil Brasileiro deu resposta negativa ao milenar problema dos *lucida intervalla*. Tanto o art. 3º. (...) quanto o 4º. (...) usam a expressão verbal *são* (...). Ora, o verbo ser é denotativo de qualidade ou condição permanente. Portanto, a ideia de uma oscilação

Uma vez posto sob tutela, curatela ou, ainda, sob alguma medida de tomada de decisão apoiada, o ato preceptivo praticado pelo tutelado, curatelado ou apoiado sem representação, assistência ou apoio, será inválido e o juízo estará adstrito a reconhecer a invalidade, sem que sua cognição possa ter por objeto a lucidez ou não do agente quando da manifestação de vontade negocial[91].

2.2.4.2. Os intervalos insanos

Quanto à segunda questão – consistente em saber se o ato praticado por alguém considerado capaz, porém momentaneamente privado total ou parcialmente de seu discernimento, deve ser considerado válido ou inválido –, embora semelhante à primeira, dela se afasta nitidamente. Embora haja quem queira tratá-la à luz da categoria dos intervalos lúcidos, algo que, como se verá, não está correto[92].

Aqui, não se trata de saber se alguém que é incapaz, porém ainda não foi submetido a alguma medida de proteção pode ou não invocar sua incapacidade para ver invalidado ato jurídico preceptivo que praticou sem a devida representação ou assistência. A isso já se deu resposta afirmativa.

A questão é bastante mais delicada: cuida de saber se alguém, capaz, pode pretender invalidar ato jurídico que praticou sob o fundamento de que, quando da manifestação de vontade, estava privado total ou parcialmente de seu discernimento.

Imagine-se, por exemplo, alguém que se embriaga e, durante a embriaguez, celebra um contrato. Tratando a questão com coerência sistemática, parece incorreto, após

---

entre capacidade e incapacidade, como é próprio de um regime que admite os intervalos lúcidos, não encontraria abrigo no Código. Claro que os sujeitos nomeados no art. 3º. e no art. 4º. não são *definitivamente* incapazes. Cessada a razão que determina a incapacidade, adquirem-na ou a readquirem". VILLELA, João Baptista. Incapacidade transitória de expressão. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paulo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas:* homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 350.

[91] Ver-se-á que o representante ou o assistente poderão ter alguma influência sobre a decisão do juízo, inclusive podendo, em algumas hipóteses, evitar a invalidação do ato jurídico preceptivo.

[92] Assim, veja-se, por exemplo, DÍAZ, Julio Alberto. Para uma nova hermenêutica dos intervalos lúcidos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o direito de família:* Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 112-113.

afirmar que não há no sistema jurídico a categoria jurídica do intervalo lúcido, afirmar que há a do *intervalo insano*.

É certo que, antes dos dezoito anos, excepcionada a emancipação, é-se incapaz; após os dezoito anos, ou se é capaz ou se é incapaz, neste último caso, havendo ou não curatela ou, ainda, instituição do apoio para tomada de decisão.

Como visto acima, a solução da questão, portanto, não pode ser reconduzida às normas jurídicas atinentes à capacidade.

Não obstante, afirmar, sem maiores considerações, a validade do ato praticado sob privação do discernimento, ainda que provisória, causa estranhamento.

Uma possível solução seria a de reconduzir o caso à regra do artigo 422 do Código Civil e, com isso, fazer depender a invalidação do ato do comportamento daquele que contratou com o agente.

A solução proposta altera radicalmente[93] o eixo de análise do intérprete, o qual deixará de considerar a questão a partir da capacidade do agente declarante da vontade, e passará a analisá-la da perspectiva do seu destinatário. Assim, se este puder ser considerado de boa-fé, mantém-se o ato jurídico preceptivo, do contrário, não[94].

93 Diz-se radicalmente porque, em havendo instituição de curatela, é vedado ao juiz negar a invalidade do ato preceptivo praticado pelo incapaz sob o fundamento da eventual boa-fé daquele com quem ele negocia. Qualquer consideração sobre a boa-fé do agente capaz ou de terceiro depende de expressa disposição legal.

94 A boa-fé, aqui, é mesmo a objetiva. As modalidades subjetiva e objetiva não são necessariamente incompatíveis entre si. A boa-fé subjetiva consiste no estado de quem, não obstante esteja em situação jurídica ilícita, ignora tal fato. Já a boa-fé objetiva, *grosso modo*, consiste em agir honestamente, lealmente. Assim, tanto procede de boa-fé (objetiva) quem age com desconhecimento da ilicitude de uma dada situação jurídica, quanto quem age não havendo ilicitude alguma para ignorar. Ademais, o simples fato de o destinatário da manifestação de vontade saber do estado momentâneo de privação do discernimento do agente, por si só, não é suficiente para qualificá-lo como desleal. Imagine-se, por exemplo, a situação de dois empresários que há dez anos, mensalmente, realizam a mesma transação e que, durante uma das transações, e sem que haja qualquer variação das condições do negócio, um deles se apresenta embriagado e, mesmo neste estado, celebra o negócio. Não parece correto qualificar a conduta do outro empresário de desleal.

Vê-se, pois, que a solução da questão não passa pela análise da capacidade do agente que manifestou vontade, mas antes pela aferição da boa-fé do destinatário daquela vontade[95].

2.2.4.2.1. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a proteção conferida ao enfermo mental e ao deficiente mental

A questão do que se optou por chamar *intervalo insano* acabou por ganhar relevância em razão da entrada em vigor da Lei 13.146/2015, a qual alterou radicalmente o sistema brasileiro de incapacidades.

A chamada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) tem como base a *Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* foi celebrada em Nova York, em 30 de março de 2007, sob a chancela das *Organizações das Nações Unidas* (ONU), tendo sido ratificada pelo Decreto nº 6.949/2009, aprovado de acordo com o procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, é dizer, com *status* de emenda constitucional sobre direito e garantia fundamental.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) expressamente revogou uma série de dispositivos do Código Civil Brasileiro, designadamente determinados incisos dos artigos 3º e 4º, a partir dos quais muitos outros foram ou alterados ou simplesmente suprimidos.

O artigo 3º passou a ter a seguinte redação:

[95] Parece ter sido esta a solução do Código Civil Português: art. 257º (Incapacidade acidental). 1. A declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratário. 2. O facto é notório, quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar.

> **Art. 3º.** São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Vê-se que, a fora a idade inferior a dezesseis anos, não há mais qualquer outra hipótese legal de incapacidade absoluta.

Já o artigo 4º passou a ter a seguinte redação:

> **Art. 4º.** São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
> I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
> II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
> III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
> IV – os pródigos.
> **Parágrafo único.** A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Notam-se duas alterações fundamentais: a primeira consiste em que foram suprimidas as expressões *deficiência mental* e *excepcionais sem desenvolvimento mental completo*; a segunda, em que a impossibilidade de manifestar vontade deixa de ser causa de incapacidade absoluta e passa a ser causa de incapacidade relativa.

A alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil somada à redação dos artigos 6º[96] e 84 *usque* 87[97] do Estatuto da Pessoa com Deficiência permite que se chegue à

[96] Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
I - casar-se e constituir união estável;
II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

conclusão impensável à luz da sistema normativo anterior referente às incapacidades: a higidez mental deixou de ser fator relevante para a aferição da capacidade ou incapacidade do agente.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao menos aparentemente, não deixa margem para conclusão diversa, mormente se se tiver diante dos olhos o texto peremptório de seu artigo 85.

Ao menos a partir da era moderna[98], as normas jurídicas que disciplinam as incapacidades têm por finalidade a proteção do incapaz, e não seu alijamento social[99].

Contudo, em que pesem as "boas intenções" do legislador, o Estatuto da Pessoa com Deficiência retirou boa parte da proteção com que contava o incapaz.

---

[97] Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Art. 86. Para emissão de documentos oficiais, não será exigida a situação de curatela da pessoa com deficiência.

Art. 87. Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de oficio ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil.

[98] Cujo marco para o direito pode ser a entrada em vigor do Código Civil francês, no dia 21 de março de 1804 (30 de ventoso do ano XII).

[99] LARENZ, Karl. *Derecho civil*: parte general. Tradução Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: EDERSA, 1978, p. 131; PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. v. 1. Atual. por René Savatier. Paris: LGDJ, 1925, p. 302; MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do direito civil português*. v. 1. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907, p. 63-64; TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1952, p. 72.

Antes, porém, de analisar o regime jurídico a que está submetido o deficiente mental à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é necessário organizar logicamente o material legislativo.

O artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência afirma que o deficiente, o mental inclusive, tem plena capacidade civil, sendo certo que a revogação parcial dos artigos 3º e 4º do Código Civil confirma a opção do legislador: qualificar como plenamente capaz o deficiente mental, independentemente do grau de sua deficiência.

O § 1º do artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe que, quando necessário, o deficiente será submetido à curatela na forma da lei. No entanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência revogou e alterou parcialmente a redação dos artigos do Código Civil que disciplinam a curatela.

O artigo 1.767 do Código Civil, que traz o rol de pessoas sujeitas à curatela, foi revogado parcialmente para que dele fossem retirados o enfermo mental, o deficiente mental e o excepcional sem desenvolvimento mental completo

Assim, as únicas pessoas que podem ser submetidas à curatela, ao menos à luz do atual direito positivo brasileiro, são os que por causa transitória ou permanente não possam exprimir sua vontade; os ébrios habituais e os viciados em tóxicos e o pródigo.

O arranjo legal entre Estatuto da Pessoa com Deficiência e Código Civil em sua atual redação permite conclusão que, a despeito de contrariar toda a tradição do direito privado e em certa medida a mais elementar noção da realidade, é – ver-se-á que apenas aparentemente – coerente do ponto de vista da lógica formal: os deficientes mentais, indepentendemente do grau de sua deficiência, são capazes e, em sendo capazes não estão sujeitos à curatela.

Essa conclusão, no entanto, conflita com o disposto no § 1º do artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (que faz menção à curatela de deficientes) e com o inciso I do artigo 1.769 do Código Civil[100].

A contradição ressalta: o Estatuto da Pessoa com Deficiência afirma a plena capacidade civil do deficiente ou enfermo mental e, de maneira até então coerente, não o arrola entre as pessoas sujeitas à curatela[101], porém faz expressa menção à possibilidade de ele vir a ser submetido à curatela[102] e atribui ao Ministério Público legitimidade para promoção da curatela nos casos de deficiência mental[103].

Destarte e se, segundo velho dogma, a lei não contém palavras inúteis, faz-se necessária uma tentativa de sistematização para que se chegue a um resultado o mais próximo possível do coerente.

A partir do material legislativo apresentado, conjecturam-se duas hipóteses – excludentes entre si – para a promoção do processo impositivo da curatela para pessoa com enfermidade ou deficiência mental: na primeira, ter-se-á de se supor possível a curatela de pessoa capaz e sem que haja previsão expressa de sua legitimidade passiva para submeter-se à medida; na segunda, ter-se-á de buscar enquadrar o deficiente ou enfermo mental necessitado de curatela como pessoa impossibilitada, transitória ou permanentemente, de exprimir sua vontade.

A primeira hipótese, embora possa ser considerada como admitida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não resolve, ao menos não sem ingentes distorções categoriais, a situação jurídica do curatelado.

Afirmar que alguém está sob curatela significa afirmar que está submetido a um de dois possíveis regimes jurídicos: o da incapacidade absoluta ou o da incapacidade relativa.

---

[100] Art. 1.769. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - nos casos de deficiência mental ou intelectual;

[101] Confira-se a redação do artigo 1.767 do Código Civil dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

[102] Confira-se a redação do § 1º do artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

[103] Confira-se a redação do artigo 1.769 do Código Civil dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Afirmar que alguém submetido à curatela é capaz, portanto, é o mesmo que afirmar a absoluta inutilidade da curatela[104], solução que os cânones hermenêuticos mais fundamentais rechaçam[105].

José Fernando Simão, em uma primeira aproximação, buscou a salvaguarda dos interesses dos deficientes ou enfermos mentais – o que de resto deveria ser a finalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência –, defendendo a aplicação analógica dos regimes jurídicos dos incapazes ao capaz sob curatela. Assim, caberia ao magistrado, ao impor a curatela, definir se o curatelado será representado ou assistido, caso em que lhe seria imposto, por analogia, o regime jurídico da incapacidade absoluta ou relativa respectivamente.

Em que pese o rigor lógico da argumetação do autor, a solução por ele proposta enfrenta alguns óbices. O reconhecimento da incapacidade, ainda que analogicamente e para fins protetivos, implica diminuição da autonomia privada da pessoa e, tratando-se de hipótese de restrição de exercício de direitos, exige norma legal expressa, a qual não pode ser aplicada por analogia por mais nobre que seja a intenção do intérprete.

Um segundo óbice consiste em aplicar-se, também por analogia, as normas sobre invalidade previstas no Código Civil. Segundo a doutrina majoritária, a invalidade é sanção ou no mínimo consequência jurídica negativa da prática de ato jurídico preceptivo em desacordo com o ordenamento jurídico, algo que, ao menos à luz da teoria geral do direito, impede o uso da analogia[106].

Se é verdade que a tese do autor protege o deficiente mental, por outro lado, se adotada, implicará profunda insegurança ao tráfego negocial, mormente se se levar em

[104] SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em: 13.10.2016.

[105] "Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis". MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 136.

[106] Nem se argumente que se trata de proteção, pois o mesmo raciocínio poderia, por exemplo, ser usado para criminalizar condutas por analogia a fim de se proteger a sociedade.

consideração que o Estatuto da Pessoa com Deficiência dispensa a menção à curatela nos documentos de identificação do curatelado[107].

Finalmente, e o que parece mais problemático, a adoção da tese do autor citado implica, em boa medida, ignorar a existência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, permitindo que o juiz, pautando-se apenas em seu "bom-senso" e sem qualquer fundamento legal, decida quem é, ou não, juridicamente capaz.

A segunda hipótese consiste em, diante de alguém com séria enfermidade ou deficiência mental, enquadrá-la como inapta, transitória ou permanentemente, a manifestar vontade, submetendo-a à curatela e ao regime jurídico da incapacidade relativa.

Essa hipótese, reconheça-se, implica um alargamento da hipótese prevista, atualmente, no inciso III do artigo 4º do Código Civil, pois, ao lado das pessoas fisicamente impedidas de manifestar a vontade[108], ter-se-á de alocar quem, em razão da deficiência intelectual, não pode ter sua vontade *inteiramente* considerada para fins jurídicos.

A utilização do advérbio *inteiramente* faz-se necessária porque, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o deficiente intelectual, ainda que submetido à curatela, não perde a plena capacidade civil para os atos jurídicos preceptivos existenciais, *ex vi* dos seus artigos 6º, 84, § 3º, e 114, sendo que este último alterou a redação do artigo 1.772 do Código Civil para circunscrever a curatela aos limites do artigo 1.782[109], também do Código Civil, ou seja, transformando toda e qualquer curatela em curatela de atos patrimoniais.

[107] Art. 86. Para emissão de documentos oficiais, não será exigida a situação de curatela da pessoa com deficiência.

[108] Há autores que, ressaltam, diante da alteração legislativa, a inclusão dos pacientes em coma no rol dos relativamente incapazes: FIUZA, César. *Direito civil*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 167-168; TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 89-90. Contra: STOLZE, Pablo. Entrevista. *Revista do IBDFAM,* Belo Horizonte, n. 24, dez. 2015/jan. 2016, p. 6.

[109] Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

Contudo, o artigo 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência incluiu no Código Civil o artigo 1.783-A, o qual disciplina a chamada *tomada de decisão apoiada*[110].

A análise do artigo 1.783-A permite que se chegue a algumas constatações: (1ª) cabe ao deficiente intelectual decidir se quer se submeter ao procedimento de tomada de decisão apoiada; (2ª) cabe a ele decidir quem serão seus apoiadores; (3ª) cabe a ele especificar os limites do apoio que obterá; (4ª) o apoio pode ser relativo a qualquer ato da vida civil, e não somente aos de conteúdo patrimonial e (5ª) em tendo sido adotado o procedimento de tomada de decisão apoiada, o exercício da autonomia privada do deficiente intelectual sofre restrição, ainda que voluntária.

O § 4º do artigo 1.783-A, interpretado *a contrario* estabelece a invalidade e a ineficácia sobre terceiros da decisão tomada pelo deficiente mental sem o apoio ou além dos limites do apoio.

---

[110] Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no *caput* deste artigo.

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

A título de exemplo, imagine-se alguém que, ciente de sua deficiência mental, adota o procedimento previsto no artigo 1.783-A do Código Civil para que, caso decida praticar negócio jurídico cujo valor seja superior a R$ 10.000, 00 (dez mil reais) conte com apoio. Segundo o dispositivo: (i) se o deficiente pratica sem qualquer apoio negócio jurídico com conteúdo patrimonial até R$ 10.000, 00 (dez mil reais), o negócio jurídico é valido e eficaz; (ii) se, sem qualquer apoio, adota uma criança, a adoção é válida e eficaz, afinal do termo do procedimento de decisão apoiada a única limitação que consta é o valor econômico superior à quantia mencionada; (iii) se o deficiente pratica sem qualquer apoio negócio jurídico com conteúdo patrimonial superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), o negócio jurídico é invalido e ineficaz.

À redação do § 4º do artigo 1.783-A precisa ser dada interpretação consentânea com as categorias jurídicas consagradas pela dogmática do direito privado. Primeiramente, cumpre chamar à atenção para o fato de o deficiente mental pressuposto pelo artigo 1.783-A – a despeito da deficiência e da opção em submeter-se ao procedimento de tomada de decisão apoiada – ser pessoa plenamente capaz, do contrário, o procedimento seria o da curatela nos termos já vistos. Assim, em sendo capaz, a invalidade do ato jurídico preceptivo que praticar sem apoio deve ser reconduzida a alguma das causas reconhecidas pela dogmática do direito privado como causas de invalidade, a fim de que se precise seu regime jurídico.

Partindo-se da redação do § 4º, conclui-se que a causa da invalidade é a ausência de participação dos apoiadores quando da tomada de decisão e, portanto, cumpre precisar a natureza jurídica desta participação para, com isso, reconduzir a invalidade decorrente de sua ausência a uma das possíveis causas que a dogmática reconhece.

Ao analisar o suporte fático dos negócios jurídicos, mais especificamente a manifestação de vontade, Pontes de Miranda trata do que chama de *elementos volitivos complementares* do núcleo do suporte fático, entre os quais arrola a capacidade civil e o poder de disposição, os quais, segundo ele, são pressupostos subjetivos da manifestação de vontade[111]. Ao tratar do assentimento de terceira pessoa, designadamente do pai ou tutor do relativamente incapaz ou do cônjuge para a alienação ou oneração de bens particulares

[111] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 12.

de seu consorte, o autor nega a tal participação a qualidade de pressuposto subjetivo e de declaração negocial núcleo, afirmando que o assentimento é mera *conditio iuris* do suporte fático, cuja falta acarreta a anulabilidade do negócio jurídico. A manifestação do assentimento, para Pontes de Miranda, é manifestação de vontade complementante da declaração de vontade e, por não ser núcleo do suporte fático, sua falta não acarreta inexistência do negócio jurídico, dizendo respeito ou a sua validade ou a sua eficácia[112].

O critério para diferenciar uma manifestação de vontade núcleo de uma manifestação de vontade complementante é a titularidade do interesse constitutivo do objeto do negócio jurídico. Se há mais de um titular do interesse formador do objeto do negócio jurídico único, trata-se de negócio jurídico complexo, como as deliberações dos sócios de sociedades empresariais ou simples; se é um só o titular do interesse, a manifestação de vontade adjacente é sempre complementante da manifestação de vontade daquele titular. A esta espécie de manifestação de vontade a doutrina chama assentimento.

Quanto à consequência da falta de assentimento, cabe ao legislador determinar a sanção respectiva, a qual pode ser a invalidade do ato jurídico preceptivo ou sua ineficácia.

Da análise do § 4º do artigo 1.783-A do Código Civil, resulta, então, que a participação dos apoiadores tem natureza jurídica de assentimento, cuja ausência, portanto, é causa de anulabilidade do negócio jurídico praticado.

Pese o § 4º do artigo 1.783-A utilizar a expressão genérica "validade", não se pode concluir que a ausência de assentimento seja sancionada com nulidade, a uma porque o *caput* do artigo preceitua expressamente que a manifestação de vontade será prolatada diretamente pelo deficiente – é dizer, sem a mediação de representante –, o qual simplesmente contará com apoio; a duas, porque a falta de assentimento não se enquadra em nenhuma das hipóteses do artigo 166 do Código Civil.

[112] Se a manifestação de vontade é complementante do núcleo, sua falta gera nulidade (absolutamente incapaz, por exemplo); se complementante do elemento volitivo, ou seja, se completa a manifestação de vontade, acarreta anulabilidade (*Ibid*., p. 12-13).

Assim, embora, por expressa disposição de lei, trate-se de ato praticado por pessoa capaz, a falta de um regime jurídico próprio para a ausência ou a deficiência de participação dos apoiadores impõe sua recondução dogmática ao regime jurídico da anulabilidade decorrente da incapacidade relativa.

Esta recondução, no entanto, não é integral, havendo ao menos uma diferença fundamental entre o regime jurídico a que está submetido o relativamente incapaz e ao que voluntariamente se submete o capaz deficiente que busca apoio para a tomada de decisões: enquanto o ato jurídico preceptivo praticado pelo relativamente incapaz em contrariedade com as diretrizes fornecidas pelo assistente é anulável; ressalvada a hipótese do § 6º, se o deficiente, após ouvir os conselhos de seus apoiadores, decidir agir em sentido contrário, é livre para tanto, ou seja, seu ato preceptivo será válido. Tal se dá porque a lei não exige que o deficiente capaz siga as orientações dos apoiadores, mas apenas que tenha apoio, é dizer, auxílio, para tomar certas decisões.

Procedendo-se, pois, a uma síntese conclusiva daquilo que resulta do texto normativo da Lei 13.146/2015, tem-se que à pergunta sobre a situação jurídica do deficiente intelectual no direito positivo brasileiro atual, a resposta dogmaticamente adequada parece ser a seguinte: é a princípio plenamente capaz, podendo voluntariamente submeter-se ao procedimento de tomada de decisão apoiada (artigo 1.783-A do Código Civil), caso em que voluntariamente sujeitar-se-á a regime jurídico próximo ao do relativamente incapaz. Ademais, poderá eventualmente ser submetido à curatela (art. 1.767, I do Código Civil), caso em que será relativamente incapaz exclusivamente para a prática de atos jurídicos patrimoniais (art. 1.772 do Código Civil), conservando sua capacidade civil plena para a prática dos atos existenciais (artigos 6º e 84, § 3º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Estas conclusões, no entanto, revelam uma incontornável contradição entre os planos do *ser* e do *dever ser*, a qual é potencialmente suficiente para deixar sem proteção jurídica um de seus grupos destinatários: os deficientes e doentes mentais.

Por esta razão, buscar-se-á fornecer critérios dogmáticos para que o intérprete, fundamentalmente aquele com função adjudicante, lide com os casos concretos que lhe sejam submetidos.

2.2.4.2.2. Critérios dogmáticos para a aplicação da Lei 13.146/2015

Dentre outras possíveis, o intérprete pode adotar uma de duas posturas: (i) aplicar as disposições normativas da Lei 13.146/2015, seguindo as conclusões supra; ou (ii) negar parcialmente vigência à Lei 13.146/2015.

A primeira postura impõe que o intérprete lide com a antiquíssima questão relativa à existência, ou não, de limites ônticos à atividade do legislador.

Se é verdade que o legislador pode criar ficções ou estabelecer realidades culturais contrárias à realidade fenomênica[113], é igualmente verdadeiro que muitas de suas construções têm por base ou mesmo por pressuposto dados fenomênicos, os quais, por isso, necessariamente devem ser levados em consideração pelo intérprete.

Este reconhecimento de que a efetividade[114] de algumas normas exige a preexistência de uma estrutura real que servirá de suporte fático para que incidam pode ser exemplificado com as referências legais à morte, seja no direito civil ou no penal, as quais exigem, com maior ou menor rigor, a cessação das atividades biológicas vitais, bem como com os conceitos de nascimento, dano corporal, passagem do tempo etc.

O conceito de capacidade é outro exemplo de conceito jurídico que foi construído a partir de um dado material preexistente a qualquer ordem normativa, qual seja a existência ou não de discernimento.

[113] Por exemplo, criação de nexos de imputação sem relação de causa e efeito.
[114] Isto é, sua utilidade social para a resolução dos problemas que ensejaram sua positivação.

A palavra *discernimento* [115] denota a aptidão para analisar um dado situacional e, a partir daí, tomar a melhor decisão. Evidentemente que o que seja *a melhor decisão* varia conforme a perspectiva de análise, porém esta conclusão não implica negar a possibilidade de, a partir das máximas de experiência, julgar uma decisão como acertada ou errada.

Quando se questiona, ao menos a partir do direito moderno, cujo marco legal é o Código Civil francês, o porquê do reconhecimento legal de certas pessoas como incapazes, a resposta é invariável: a necessidade de protegê-las em razão de sua potencial vulnerabilidade intelectual. Historicamente, portanto, a base material sobre a qual incidem as normas jurídicas definidoras da incapacidade é o discernimento.

A crítica que conduziu à Lei 13.146/2015 é a de que o sistema brasileiro de incapacidades, desde o Código Civil de 1916, é um sistema exclusivo, que, a pretexto de proteger o incapaz, alija-o do convívio social.

Deixando-se de lado considerações sobre a procedência ou não da crítica – afinal foi ouvida e tornou-se direito positivo –, é fato que a Lei 13.146/2015 abandonou, ao menos para os deficientes e enfermos mentais, o discernimento como critério material sobre o qual incidirá as normas sobre capacidade.

Com isso quer-se dizer que aos enfermos e deficientes mentais foi atribuída capacidade de fato, dispensando-se a aferição de seu discernimento, ou seja, a partir da vigência daquela lei passaram a ser capazes de exercer por si sós os atos da vida civil, ainda que não sejam aptos a tomarem a melhor decisão, isto é, ainda que não tenham discernimento.

---

[115] "**discernir**: ação ou faculdade de discernir (…). Juízo, entendimento, critério. ‖ Distinção; determinação; escolha. ‖ *Sem discernimento* (loc. adv.), à toa, impensadamente, sem conhecimento do bem nem do mal: obrar *sem discernimento*". CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Edição atual., rev. e aum. por Hamílcar de Garcia e Antenor Nascentes. vol. 2. Rio de Janeiro: Delta, 1958, p. 1531; "1. Faculdade de discernir. 2. Faculdade de julgar as coisas clara e sensatamente; critério, tino, juízo. 3. Apreciação, análise. 4. Penetração, sagacidade, perspicácia." FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009, p. 685.

Isso porque, embora a lei possa – como de fato o fez – atribuir capacidade a quem não tenha discernimento, não pode atribuir discernimento a ninguém, da mesma forma que não pode curar os cegos ou ressucitar os mortos.

Disso decorre que a Lei 13.146/2015, ao igualar pessoas inaptas a processo mental deliberativo hígido às aptas para tanto, ainda que sob o pretexto da inclusão social, lançou os deficientes e enfermos mentais à própria sorte.

A opção do legislador, concorde-se ou não com ela, foi a de atribuir a maior liberdade possível ao deficiente ou enfermo mental em detrimento de sua proteção contra tomada de más decisões.

A fixação dessa premissa é fundamental para que o intérprete que opte por dar cumprimento à Lei 13.146/2015 não o faça tomando *meias medidas*, é dizer, reconhecendo a liberdade de atuação do enfermo ou deficiente mental, porém negando as responsabilidades e consequências dela decorrentes. Com escusas pela obviedade, ao atribuir capacidade plena ao deficiente ou enfermo mental, seus atos civis passam a estar submetidos ao regime jurídico das pessoas capazes, sem quaisquer concessões que não as expressamente previstas em lei[116].

Quanto à segunda opção do intérprete diante da Lei 13.146/2015, qual seja a de negar-lhe vigência parcial, ela dependerá de uma justificativa baseada no sistema jurídico, sob pena de caracterizar afronta à separação constitucional entre função legislativa e jurisdicional.

O sistema jurídico brasileiro somente reconhece duas hipóteses em que o julgador estará autorizado a deixar de aplicar, total ou parcialmente, uma lei ao caso concreto: se reconhecer que fora revogada por outra lei ou se reconhecer que ingressou no ordenamento jurídico com violação da Constituição Federal.

[116] Refere-se à possibilidade de curatela patrimonial prevista nos artigos 84 *usque* 87.

Com relação à Lei 13.146/2015, não houve, ainda, lei posterior que, nos termos do artigo 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a revogasse, restando, assim, a aferição de sua constitucionalidade.

A alegação de que a Lei 13.146/2015 é, ainda que parcialmente, inconstitucional encontra óbice no fato de ela ter por base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência[117], convenção esta que se tornou direito positivo segundo o procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, é dizer, com *status* de emenda constitucional[118].

No entanto, como se verá, este óbice é aparente, a uma porque nada impede o controle de constitucionalidade de norma constitucional oriunda do poder constituinte derivado; a duas porque, como se verá, a Lei 13.146/2015 foi além do texto da Convenção e, a pretexto de conceder uma autonomia artificial ao deficiente mental, acabou por lançá-lo em situação jurídica de extrema vulnerabilidade.

A Constituição Federal regulamenta o procedimento de incorporação de tratados internacionais ao direito brasileiro a partir de duas fases distintas, quais sejam a fase da celebração do tratado internacional e a fase de sua positivação. Quanto à fase de celebração, cabe ao Chefe do Executivo Federal discutí-lo com as respectivas autoridades internacionais e, após concluir sobre sua conveniência e oportunidade, firmá-lo ou não[119]. Concluindo pela conveniência do tratado internacional e o tendo firmado, ele é remetido ao

---

[117] Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

[118] Artigo 5º, § 3º da Constituição Federal: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[119] Artigo 84, inciso VIII da Constituição Federal.

Congresso Nacional para que sobre ele *resolva definitivamente*, caso em que, se o aprovar, declara-o por meio de decreto legislativo[120].

Superada esta fase, passa-se à fase da positivação do tratado internacional, consistente em sua promulgação pelo Chefe do Executivo e a publicação de seu texto, já em vernáculo, no Diário Oficial. A partir deste momento, é dizer, da publicação no Diário Oficial, e superada eventual *vacatio legis*, o tratado internacional é direito positivo brasileiro com vigência e vigor em todo o país.

Uma vez positivado, o tratado internacional adquire o *status* de lei ordinária e, portanto, é capaz de revogar as leis ordinárias anteriores, nos termos do artigo 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. No entanto, caso sua positivação se dê nos termos do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, sua natureza jurídica, como já apontado, será a de emenda constitucional.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova Iorque, foi o primeiro tratado internacional a ser positivado no direito brasileiro segundo o procedimento do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, tendo sido promulgado pelo Decreto Presidencial número 6.949/2009.

Cumpre aclarar que a norma com *status* de emenda constitucional não é a Lei 13.146/2015, tampouco o Decreto Legislativo número 186/2008 (instrumento de ratificação da convenção pelo Congresso Nacional) ou o Decreto Presidencial número 6.949/2009, mas, sim, a própria convenção firmada, a qual admite como oficiais apenas as versões traduzidas para o árabe, o chinês, o inglês, o francês, o russo e o espanhol[121].

O Decreto n. 6.949/2009, que consiste em uma tradução para o português do texto da convenção, prestou-se a dar vigência, no território nacional, à convenção, porém, como preceitua o próprio artigo 50 da convenção, sem que possa ser considerado como texto oficial.

---

[120] Artigo 49, inciso I da Constituição Federal.

[121] Art. 50. "Os textos em árabe, chinês, inglês, francês, russo e espanhol serão igualmente autênticos" ["*The Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts of the present Convention shall be equally authentic*."].

Da leitura de referida convenção, resulta claramente que em momento algum ela determina que as pessoas com deficiência mental sejam tratadas como se não tivessem qualquer deficiência, ao contrário, exige que os Estados Partes, reconhecendo a deficiência, adotem medidas concretas de proteção e inclusão destas pessoas.

O artigo 12 do Decreto n. 6.949/2009 é claro nesse sentido, exigindo apenas que aos deficientes seja reconhecida plena capacidade legal[122], é dizer, de direito ou de gozo, algo que o direito brasileiro já proclamara desde 1916 [123] . Isso resulta inequivocamente do número 4 do artigo 12, o qual diferencia capacidade legal de exercício da capacidade legal exatamente como o direito brasileiro e a doutrina sempre diferenciaram capacidade de direito (ou de gozo) da capacidade de fato (ou de exercício).

Como se percebe, a Lei 13.146/2015 contrariou frontalmente a *ratio* do tratado internacional expresso no Decreto 6.949/2009, na medida em que agravou demasiadamente a vulnerabilidade jurídica e, consequentemente, existencial e patrimonial dos deficientes mentais.

Desde que a convenção sobre direitos da pessoa com deficiência foi positivada com *status* de emenda constitucional pode ser utilizada como norma paradigma

---

[122] Reconhecimento igual perante a lei

1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. 3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa. 5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

[123] Código Civil de 1916, art. 2º – "Todo homem é capaz de direitos e obrigações, na ordem civil". Segundo Clóvis Beviláqua: "Capacidade é a extensão dada aos poderes de ação, contidas na personalidade. Neste artigo não se trata da capacidade de fato, que é o limite da personalidade. Aqui o Código define, antes, a personalidade, que equivale à capacidade de direito. Afirma que todo homem é pessoa, no sentido jurídico da expressão". BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. vol. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 139.

do controle de constitucionalidade de normas jurídicas posteriores a ela, designadamente da Lei 13.146/2015.

Como o Brasil adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, não somente o Supremo Tribunal Federal – responsável principal pelo controle concentrado de constitucionalidade –, como qualquer juiz ou tribunal poderá *incidenter tantum* proceder ao juízo de adequação da Lei 13.146/2015 ao ordenamento constitucional brasileiro.

A Lei 13.146/2015 é parcialmente inconstitucional, na medida em que afronta a norma constitucional que impõe a igualdade. Com efeito, seus artigos 6º, 84 e 85 ao equipararem pessoas sem discernimento a pessoas com discernimento, tratam igualmente pessoas em nítida desigualdade.

O julgador – juiz ou árbitro –, portanto, ao ser provocado a decidir acerca de alguma questão que envolva ou possa envolver direta (um procedimento de nomeação de curador, por exemplo) ou indiretamente (dúvida sobre a interpretação da cláusula de um contrato ou mesmo sobre sua execução) a capacidade de uma ou ambas as partes do processo, estará autorizado a incidentalmente declarar a inconstitucionalidade parcial da Lei 13.146/2015.

Fazendo-o, o órgão julgador repristinará as normas jurídicas revogadas inconstitucionalmente pela Lei 13.146/2015, designadamente as normas do Código Civil acerca da capacidade civil, e as poderá aplicar para a solução do caso concreto sob sua apreciação.

Como já apontado, diante da Lei 13.146/2015, o intérprete dispõe de duas possibilidades: ou a aplica integralmente ou a entende parcialmente inconstitucional. Qualquer destas posturas, pesem críticas ideológicas possíveis, é dogmaticamente sustentável. O que não é aceitável é aplicar a Lei 13.146/2015 "escolhendo" sem qualquer critério sistemático quais dispositivos aplicar.

Em síntese, reconhecida a validade da Lei 13.146/2015 deve ser reconhecida a capacidade civil de seus destinatários e, portanto, aplicado o regime jurídico que disciplina a prática de atos jurídicos por capazes; reconhecida a inconstitucionalidade parcial da Lei 13.146/2015, deve ser afastada a aplicação dos dispositivos inválidos e aplicados os dispositivos pertinentes do Código Civil. O que é inimaginável é afirmar a capacidade do agente deficiente mental para a prática de atos jurídicos e, posteriormente, pretender invalidá-los por prejudiciais, o que *mutatis mutandis*, seria, sem ato legislativo, fazer ressurgir no sistema jurídico brasileiro o benefício da restituição *in integrum,* em verdadeira repristinação tácita do artigo 8º do Código Civil de 1916[124].

2.2.4.3. Análise dogmática da correlação entre a invalidade causada por incapacidade e o prejuízo causado ao incapaz

Finalmente, quanto à terceira questão – consistente em saber se o ato praticado pelo incapaz deve ser invalidado sempre ou somente se lhe trouxer prejuízo –, trata-se, indiscutivelmente, da mais complexa. À primeira vista, tudo leva a crer que somente será possível invalidar ato jurídico preceptivo praticado por incapaz sem representação ou assistência se deste ato adveio-lhe prejuízo.

A solução é logicamente precisa: se o fundamento das incapacidades é, como se viu, a proteção do incapaz, isto é, evitar que, em razão de seu pouco ou nenhum discernimento, venha a se vincular prejudicialmente, não há sentido em se invalidar ato jurídico preceptivo do qual não lhe adveio prejuízo[125].

O agente que se vinculou ao incapaz contaria, assim, com exceção substancial capaz de imunizar sua posição jurídica contra a invalidação, bastando, para tanto, que demonstrasse ao julgador a ausência de prejuízo ao incapaz.

[124] Art. 8º. Na proteção que o Código Civil confere aos incapazes não se compreende o benefício de restituição.

[125] Nesse sentido: GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das nulidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 104-105.

Contudo, se é verdade que não há sentido em se invalidar ato jurídico preceptivo do qual não adveio prejuízo ao incapaz, é falso afirmar a existência daquela exceção substancial em favor da contraparte.

A invalidação do ato jurídico preceptivo sob fundamento da incapacidade do agente fica inteiramente sob a dependência do juízo de conveniência do incapaz, seja este juízo exercido por meio da atuação de seu representante, seja por meio da atuação conjunta do incapaz e de seu assistente.

A fim de comprovar esta afirmação, é fundamental analisar os institutos da representação e da assistência[126].

Quanto à representação, sabe-se que pode ser legal ou convencional, porém, pese esta clivagem ser assaz conhecida, sua consequência é negligenciada pela doutrina. Isso fica evidenciado quando se busca investigar qual a vontade que é manifestada pelo representante, isto é, se a sua própria em substituição à do representado ou se a do próprio representado[127]. Quanto a esta questão, há na doutrina três posicionamentos diversos[128]: a que entende ser a vontade manifestada apenas a do representado; a que entende ser a vontade manifestada apenas a do representante e, finalmente, a que entende haver uma coligação entre as manifestações de vontade de ambos[129].

À exceção de Pontes de Miranda, entre os autores brasileiros, embora de maneira algo pouco justificada, prevalece a teoria segundo a qual a manifestação de vontade é do representante, não do representado[130]. A solução da doutrina brasileira[131]

---

[126] Essa análise buscará evidenciar que a vontade manifestada pelo representante é a do incapaz. A partir desta constatação, poder-se-á justificar coerentemente a possibilidade de o representante raftificar a manifestação de vontade exteriorizada diretamente pelo incapaz.

[127] Ver-se-á que o sistema jurídico brasileiro dá resposta diversa à questão conforme se trate de representação legal ou convencional.

[128] Pontes de Miranda traça uma síntese das diversas correntes. Cf. *Tratado de direito privado.* v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 277.

[129] Sobre este tema, com profundidade, DÍEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el derecho privado*. Madrid: Civitas, 1979, p. 251-254.

[130] COMPARATO, Fábio Konder. Notas sobre parte e legitimação nos negócios jurídicos. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 513-520; MATTIA, Fabio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: CID, 1999, p. 01; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 433-434; TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*

resolve o problema consistente em definir qual manifestação de vontade deve estar estreme de vícios, bem como, – e já aqui de maneira pouco satisfatória –, qual dos figurantes deve ter sua conduta julgada sob o crivo da boa-fé.

A esse respeito, isto é, quanto ao papel da boa-fé, o Código Civil Português, à primeira vista, adota a teoria da representação, isto é, aquela que defende ser a manifestação de vontade do representante, porém, com temperamentos que o tornam algo eclético:

> "**Art. 259º**. (Falta ou vícios da vontade e estados subjectivos relevantes).
> 1. À excepção dos elementos em que tenha sido decisiva a vontade do representado, é na pessoa do representante que deve verificar-se, para efeitos de nulidade ou anulabilidade da declaração, a falta ou vício da vontade, bem como o conhecimento ou ignorância dos factos que podem influir nos efeitos do negócio.
> 2. Ao representado de má fé não aproveita a boa fé do representante".

Sobre este dispositivo, Menezes Cordeiro afirma que:

> "Frente a frente - ainda que do mesmo lado do negócio - aparecem-nos dois intervenientes: o representado e o representante. Pergunta-se em qual das duas e respectivas vontade se devem verificar os competentes requisitos. Pela

---

conforme a Constituição da República. v. 1. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 239; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 1. 8. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 474; FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Da representação*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 439; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013, p. 362; LOBO, Paulo. *Direito civil:* parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 241.

[131] Compartilhada com juristas de alhures, como TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: CEDAM, 1952, p. 126; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 223; FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni scientifiche Italiane, 2011, p. 697-698; ANDRADE, Manuel Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. v. 2. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 291-292.

> teoria do dono do negócio, apenas a vontade do representado teria relevância; pela da representação contaria tão-só a vontade do representante. O Código Civil deu corpo a uma combinação de ambas no seu artigo 259.º (…). Parte-se, pois, da teoria da representação; todavia, admitindo-se que a vontade do representado possa ter contribuído para o resultado final - e, designadamente, quando o representado tenha dado instruções ao representante, instruções essas que tenham tido efectiva relevância no acto praticado - também neste terão de operar os requisitos negociais. A má fé do representado - art. 259.º/2 - prejudica sempre, mesmo que o representante esteja de boa fé. De igual modo, a má fé deste prejudica, também, sempre. 'Má fé' está, aqui, aplicada em termos muito amplos, de modo a exprimir o conhecimento, o desconhecimento culposo e, em geral, a prática de quaisquer ilícitos"[132].

Mas, como se verá, a resposta à questão varia radicalmente conforme se trate de representação legal ou convencional.

O Código Civil brasileiro, embora tenha dedicado todo um capítulo à representação (Capítulo II do Livro III, artigos 115 a 120), não tomou partido, ao menos não inequivocamente, por alguma das teorias[133], o que acaba por remeter à dogmática a função de fixar o conceito de representação no direito brasileiro.

A diversidade de posicionamentos acerca da titularidade da vontade manifestada pelo representante explica-se em razão da origem pouco clara da categoria jurídica da representação.

---

[132] CORDEIRO, António Menezes. *Da modernização do direito civil*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2004, p. 180-181.

[133] O artigo 116 dispõe: "**A manifestação de vontade pelo representante**, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado." (grifos). A expressão *pelo representante* muito bem pode ser entendida como antecedida da expressão elíptica *do representado*, como entendida significando que a vontade manifestada é a do próprio representante.

Entre os romanistas, prevalece a ideia de que o direito romano não conheceu a figura da representação direta, isto é, aquela em que o representante age em nome do representado, produzindo eficácia jurídica na esfera dele, e sim apenas a indireta, é dizer, aquela em que o representante age em nome próprio, embora os efeitos jurídicos hajam de se produzir na esfera do representado[134].

De fato, havia nas origens do direito romano certa confusão entre as personalidades jurídicas do *paterfamilias* e daqueles que estavam submetidos ao seu poder. Diz-se certa confusão porque embora os *filifamilias* pudessem adquirir, como meros núncios, direitos (*rectius*: posições jurídicas ativas) para o *paterfamilias*, não podiam, por ele, contrair deveres (*rectius*: posições jurídicas passivas)[135].

Essa situação iníqua acabou por ser abrandada, ao que tudo indica, no período pós-clássico, por meio de ações pretorianas[136]. A partir do estudo das diversas ações pretorianas, Savigny buscou demonstrar o processo evolutivo que, segundo ele, teria

[134] BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano.* Milano: Giuffré, 1952, p. 161; BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução Luis Bacci e Andrés Larrosa. 2. ed. Madrid: Reus, 1951, p. 412; GUZMÁN, Luis aberto Peña; ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Derecho romano*. v. 1. Buenos Aires: TEA, 1962, p. 360; PETIT, Eugène. *Tratado elementar de direito romano*. Tradução Jorge Luís Custódio Porto. Campinas: Russell, 2003, p. 552; TALAMANCA, Mario. *Elementi di diritto privato romano.* Milano: Giuffrè, 2001, p. 140; RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*. v. 1. 6. ed. Madrid: EDERSA,1954, p. 142; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 1. 7. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 195; JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*. v. 1. 2. ed. Coimbra: Editora da Universidade, 2003, p. 204; MONIER, Raymond. *Manuel élémentaire de droit romain*. v. 2. 4. ed. Paris: Domat-Montchrestien, 1948, p. 183; MAY, Gaston. *Éléments de droit romain*. 18. ed. Paris: Sirey, 1932, p. 275; CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 75; KASER, Max. *Direito privado romano*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2011, p. 90; ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*: roman foundations of the civilian tradition. Cape Town: Juta, 1992, p. 47; SOHM, Rudolph. *Institutes of Roman Law*. Tradução Tradução James Crawford Ledlie. Oxford: Clarendon Press, 1892, p. 145; ACCARIAS, G. *Précis de droit romain*. v. 2. 4. ed. Paris: Cotillon, 1891, p. 370; CORNIL, J. *Droit Romain*. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1885, p. 282-283; IGLESIAS, Juan. *Direito romano*. Tradução Claudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 489; WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. v. 1. Tradução Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1930, p. 218-223; FLUME, Werner. *El negocio juridico*. Tradução José María Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación cultural del notariado, 1998, p. 877.

[135] BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffré, 1952, p. 161-162.

[136] KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2011, p. 91; SOHM, Rodolfo. *Instituciones de derecho privado romano*. 17. ed. Tradução W. Roces. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, p. 222-223; PETIT, Eugène. *Tratado elementar de direito romano*. Tradução Jorge Luís Custódio Porto. Campinas: Russel, 2003, p. 403.

culminado na consagração da categoria jurídica da representação tal qual a conhecemos hoje[137].

A partir da análise das diversas *actiones*[138], Savigny, procedendo a uma extrapolação do conceito de núncio, chegou à conclusão de que o representante é mero portador da vontade do representado, age por ele e em nome dele e, por isso, não pode ser acionado diretamente pela contraparte[139].

Desde então, a doutrina de Savigny vem sendo atacada e, de modo injustificado, tida por superada[140]. As críticas principais são: (i) a de que sua teoria equipara o representante ao núncio[141]; (ii) a de que não enfrenta os casos em que o representante é dotado de certo poder discricionário[142]; e (iii) a de que sua teoria não explica a representação legal[143].

Quanto à primeira dessas críticas, ela é absolutamente ilógica, afinal Savigny realmente equipara o representante ao núncio, dizendo-o mero portador da vontade do representado. A crítica, para que pudesse ser levada a sério, deveria dizer o porquê da impossibilidade de equiparar o representante ao núncio, o que acaba por ser feito pelos autores que opõe à Savigny a terceira crítica.

---

[137] Num esforço de vincular diretamente o representado pelos atos praticados pelo representante, Savigny tenta evidenciar um processo evolutivo que teria ocorrido já no Direito Romano, em diversas frentes. SAVIGNY, Karl von. *Le droit des obligations*. v. 2. Tradução G. Gérardin e Paul Jozon. 2. ed. Paris: Ernest Thorin, 1873, p. 164-175.

[138] *Utiles aut directae actiones*, tais como: *quasi-institoria, exercitoria, institoria, de peculio, tributoria, quod jussu, de in rem verso, adjectitiae qualitatis,* dentre outras.

[139] SAVIGNY, Karl von. *Le droit des obligations*. v. 2. Tradução G. Gérardin e Paul Jozon. 2. ed. Paris: Ernest Thorin, 1873, p. 213-219.

[140] Sendo Hupka o seu maior opositor. HUPKA, Josef. *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Tradução Luis Sancho Seral. Madrid: Revista de derecho privado, 1930, p. 37-39.

[141] Nesse sentido: MOSCO, Luigi. *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*. Napoli: Eugenio Jovene, 1961, p.116; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *A representação voluntária no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 48; GONÇALVES, Luiz Cunha. *Tratado de direito civil*. v. 4. t. 1. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 333; ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations:* roman foundations of the civilian tradition. Cape Town: Juta, 1990, p. 56.

[142] GONÇALVES, Luiz Cunha. *Tratado de direito civil*. v. 4. t. 1. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 333; HUPKA, Josef. *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Tradução Luis Sancho Seral. Madrid: Revista de derecho privado, 1930, p. 39.

[143] MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 6; GONÇALVES, Luiz Cunha. *Tratado de direito civil*. v. 4. t. 1. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 333; WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. v. 1. Tradução Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1938, p. 225, nota 16b.

Vê-se, pois, que a crítica (i) há de ser incorporada à crítica (ii), de modo que, em verdade, cumpre investigar se a teoria de Savigny é capaz de superar as oposições (ii) e (iii).

Quanto à crítica (ii), segundo a qual Savigny não enfrenta os casos em que o representante é dotado de certo poder discricionário, resulta, ao que parece, do não conhecimento ou, talvez, de uma leitura apressada da obra criticada, pois o autor expressamente oferece exemplos em que o representante atua com maior liberdade e, após ofertá-los, conclui que a presença de maior liberdade ao representante não significa negar que a vontade negocial manifestada continua a ser integralmente a do representado e que, por isso, é ele, e não o representante, que deve ser considerado parte do negócio jurídico[144]. Caberia aos críticos provar o porquê de a maior liberdade do representante ser incompatível com a teoria do autor, algo que, ao que parece, não fizeram.

Quanto à crítica (iii), isto é, a de que a sua teoria não explica a representação legal, dizem que o incapaz não tem vontade e, por isso, o representante agiria manifestando vontade própria. A crítica, contudo não procede, ao menos não por essa razão.

Isso porque o direito, ao tratar do incapaz, não o qualifica como tal pelo fato de ele não ser dotado de vontade, mas sim pelo fato de entendê-lo inapto a pôr em marcha um processo mental saudável de deliberação. Assim, o que o direito nega não é a vontade do incapaz, mas que sua manifestação de vontade o vincule.

Uma análise mais minuciosa demonstra que a disputa em torno da autoria da vontade negocial em havendo representação é fruto de ontologismos – ou, até mesmo, realismos – extremados, assim por parte de Savigny e seus adeptos, como por parte dos adeptos da chamada teoria da representação, da qual Hupka pode ser considerado o maior expoente.

---

[144] SAVIGNY, Karl von. *Le droit des obligations*. v. 2. Tradução G. Gérardin e Paul Jozon. 2. ed. Paris: Ernest Thorin, 1873, p. 201-204.

A equiparação que Savigny faz do representante ao núncio é falha apenas no que se refere à representação legal dos incapazes, porém não porque os incapazes não tenham vontade, mas porque, à evidência, quem manifesta vontade é o representante como se fosse o representado, bastando imaginar um ato jurídico praticado por um pai na administração dos bens de seu filho recém-nascido para que se afaste por completo a figura do mensageiro. Já a teoria da representação, segundo a qual a vontade manifestada é a do representante, ignora que este é, sim, portador de vontade alheia, a qual manifesta com maior ou menor grau de discricionariedade.

Bernard Windscheid, inicialmente, adotou teoria que se convencionou chamar ficcionista, pois admitia que a vontade manifestada pelo representante deveria ser tratada como se (*Als ob*) fora manifestada pelo representado, o que era efeito da incidência de normas jurídicas próprias acerca da categoria jurídica da representação. Note-se que a diferença da teoria da ficção para a teoria de Savigny ressalta: para esta a vontade manifestada é, realmente, a do representado; enquanto que para aquela a vontade manifestada pelo representante é juridicamente convertida em vontade do representado[145]. Porém, posteriormente, Windscheid alterou sua posição e aderiu, *in totum*, à teoria da representação[146].

O fenômeno da representação pode ser mais bem entendido se analisado sob a perspectiva ponteana de divisão ideal do mundo em fático e jurídico. Para o Direito, é irrelevante qualquer manifestação de vontade no mundo fático se não prevista abstratamente em norma jurídica.

---

[145] WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. v. 1. Tradução Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1930, p. 223-226.

[146] No corpo do texto, o autor mantém sua posição original e em nota de rodapé declara sua nova concepção: "La funzione, cui intende l'istituto giuridico della rappresentanza (nella volontà), è quella di rendere possibile ad una persona il compiere mediante un atto altrui una dichiarazione di volontà propria. In qual guisa è da spiegare questa funzione? Non col dire che la dichiarazione di volontà del rappresentante sia la dichiarazione di volontà del rappresentato; la dichiarazione di volontà di a è appunto la dichiarazione di volontà di A, e non quella di B. Ma neppure col dire, come io dissi in edizioni anteriori (in contrario a buon diritto Karlowa), che la dichiarazione di volontà del rappresentante sia trattata, per il riguardo giuridico, come la dichiarazione di volontà del rappresentato. L'atto di A può tanto poco pensarsi quale atto di B, quanto poco esso è atto di B; quando io penso la dichiarazione di volontà di A, penso appunto la dichiarazione di volontà di A e non quella di alcun altro". WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. v. 1. Tradução Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1930, p. 224-225, nota 16b.

No caso da representação, ocorre que, após a outorga de poderes de representação, a manifestação de vontade do representante ingressa no mundo jurídico como se fosse a do representado, ou seja, dá-se relação intra-jurídica ou eficacial: a norma juridicizante incide não sobre suporte fático puro, mas sobre suporte fático já juridicizado, isto é, sobre manifestação de vontade que é *posterius* cujo *prius* é o negócio jurídico unilateral de outorga de poderes.

Assim, para o Direito o que há é manifestação de vontade do representado, sendo concedido, apenas, verificar se o representante agiu nos limites de seus poderes, pois, se os extrapolou, há ou pode haver dupla incidência normativa: (i) a manifestação de vontade do representante nos limites dos poderes é juridicizada eficacialmente e, por isso, ingressa no mundo jurídico como sendo do representado; ou (ii) há excesso/desvio e a manifestação de vontade do representante é juridicizada como suporte fático puro (relação jurídica básica), entrando no mundo jurídico como negócio jurídico entre declarante (o qual, em outra relação jurídica, estranha a esta, recebeu poderes de representação) e o declaratário, sendo, portanto, ineficaz em relação a terceiros, inclusive ao que outrora havia outorgado poderes de representação[147].

Essa explicação do fenômeno serve tanto à representação negocial quanto à representação legal, apenas que, nesta última, os poderes de representação são *ex vi lege* e, disso, decorrem algumas consequências.

Em se tratando de outorga negocial de poderes, o intérprete dispõe de um critério mais ou menos objetivo para verificar se houve, ou não, extrapolação dos poderes; já em se tratando de outorga legal, esse critério é bastante mais fluido.

O representante legal deve conduzir os negócios do representado com base numa ficção legal implícita no sistema jurídico: deve agir como o representado agiria se capaz fosse.

No que diz respeito à assistência, já não se encontram divisões tão fortes na doutrina. Isto porque o instituto da assistência se diferencia do da representação

[147] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 278.

exatamente por incluir o incapaz, de maneira mais presente, no processo deliberativo que culminará em sua manifestação de vontade.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> "Os relativamente incapazes não são privados de ingerência ou participação na vida jurídica. Ao contrário, o exercício de seus direitos se realiza com a sua presença. Mas, atendendo o ordenamento jurídico a que lhes faltam qualidades que lhes permitam liberdade de ação para procederem com completa autonomia, exige sejam eles *assistidos* por quem o direito positivo encarrega deste ofício"[148].

Silvio Rodrigues afirma que, diferentemente dos absolutamente incapazes, os relativamente possuem um grau de discernimento que não pode ser desprezado pelo ordenamento jurídico. Assim sendo, permite-se que tenha autonomia para a prática de atos civis, mas condicionada ao aconselhamento com pessoa que seja plenamente capaz, seu assistente[149].

Pontes de Miranda dispõe que há, na verdade, dois atos jurídicos *lato sensu*. O ato jurídico de assistência, autorização, assentimento, anuência, do assistente, que se configuraria como um negócio jurídico unilateral receptício dirigido seja ao assistido seja a quem com ele negociaria. Haveria, ainda, o ato jurídico *lato sensu* do assistido, este sim, que se constituiria no negócio jurídico bilateral. O ato jurídico do assistente seria tão somente requisito de validade para o negócio jurídico celebrado pelo assistido[150].

De fato, portanto, também na assistência não há que se falar que a vontade externada seria pertencente ao assistente. A vontade é do assistido. O assistente apenas tem

---

[148] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 188.

[149] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil.* v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42. No mesmo sentido, GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 157; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 1. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 14; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 189.

[150] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado.* v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 260.

o papel de aconselhá-lo no processo de deliberação para manifestar a sua (do assistido) vontade. Ademais, se se levar em consideração as conclusões *supra* quanto à representação, se nesta também se admitir que a manifestação é do representado, *a fortiori* sê-lo-á na assistência.

Fixada a ideia de que o representante legal do incapaz manifesta vontade alheia (no caso da representação) ou auxilia-o a manifestar sua vontade (no caso da assistência), pode-se concluir, com Junqueira de Azevedo[151], que, cabendo a ele julgar a conveniência e a oportunidade de praticar pelo incapaz um ato jurídico preceptivo, deve-lhe ser reconhecida, também, a competência para decidir sobre invalidar ou não um ato preceptivo praticado diretamente pelo incapaz.

O raciocínio é mesmo singelo: qual a razoabilidade de se buscar invalidar um ato praticado diretamente pelo incapaz quando constatado que o seu representante o teria praticado exatamente da mesma forma?

Esta conclusão permite que se vá além. Diante de um ato preceptivo praticado por absolutamente incapaz é possível, sem qualquer ruptura sistemática, defender a manutenção de sua eficácia por meio da categoria jurídica da ratificação.

À primeira vista, essa solução poderia parecer contrária ao disposto no artigo 169 do Código Civil, mas não se trata de confirmação do negócio jurídico nulo, o que é proscrito pelo dispositivo citado, mas sim de ratificação da manifestação de vontade do incapaz.

Por meio da ratificação da manifestação de vontade do incapaz, o representante realiza verdadeiro juízo de oportunidade e conveniência do ato preceptivo para o incapaz e, caso conclua que ele não lhe causa qualquer prejuízo ou mesmo que lhe é benéfico, poderá decidir pela manutenção de sua eficácia.

[151] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986, p. 150-151.

Essa solução não é estranha ao sistema jurídico brasileiro, sendo, ao contrário, prevista expressamente no artigo 589, I do Código Civil, o qual dispõe sobre a ratificação do mútuo feito ao menor.

Esse dispositivo permite expressamente que o representante do menor realize verdadeiro juízo de oportunidade e conveniência sobre o mútuo e, julgando-o adequado, ratifique-o.

A origem do artigo 588, segundo a doutrina[152], é o chamado *senatus consultu macedonianum*. Reinhard Zimmermann, citando Theóphilo, descreve a origem do *senatus consultus*:

> "Vivia em Roma uma pessoa chamada Macedo. Quando ainda estava sob a *patria potesta*s, emprestou dinheiro com alguém, esperando que após a morte de seu pai ele pudesse pagar a dívida. Com o passar do tempo, o credor pressionou-o muito, exigindo sua dívida. Macedo não possuía nada com o que pudesse pagar-lhe (como ele poderia, sendo *alieni iuris*?); então ele matou seu pai. O problema foi levado perante o senado: Macedo sofreu a penalidade do parricídio, e o *Senatus consultus* chamado *Macedonianum* foi feito"[153].

Segundo os romanistas, o mútuo feito à pessoa menor é fonte de obrigação natural, carecedora, pois, de exigibilidade[154].

---

[152] BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 4. 10. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 364; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 4. 5. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 400; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 390.

[153] ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*: roman foundations of the civilian tradition. Cape Town: Juta & Co., 1992, p. 177-178.

[154] Nesse sentido, VAN WETTER, P. *Pandectes contenant l'histoire du droit romain*. v. 4. Paris: LGDJ, 1910, p. 174; SOHM, Rudolph. *Instituciones de derecho privado romano*: historia y sistema. 17. ed. Tradução W. Roces. Madrid: EDERSA, 1936, p. 361-362; RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*. v. 2-III. 6. ed. Madrid: EDERSA, 19[??], p. 636. Segundo Santos Justo "As obrigações naturais podem ser definidas como *obligationes* desprovidas de *actio*. Contrapõem-se às obrigações civis (ou propriamente ditas) que o *ius civile* configura taxativamente e tutela através de adequadas *actiones civiles*". JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 223-224.

Nesse sentido, autores como Pontes de Miranda e Paulo de Tarso Sanseverino afirmam que a regra do artigo 588 (que tem a mesma redação do artigo 1.259 do CC/1916) é regra jurídica no plano da eficácia, na medida em que atinge a exigibilidade da dívida[155].

Pontes de Miranda ensina que:

> "O art. 1.259 do Código Civil não é regra de nulidade, nem de anulabilidade. É regra jurídica no *plano da eficácia*. Refere-se a qualquer mútuo. Pode ter havido empréstimo nulo, ou empréstimo anulável, ou, até, empréstimo válido (espécie do art. 155), mas a regra jurídica do art. 1.259 pré-exclui a ação contra o mutuário, os fiadores e abonadores. É assaz importante saber-se que o art. 1.259 incide ainda que haja incidido o art. 155. A regra jurídica do art. 155 é regra jurídica de validade. Aliás, o art. 1.502, a que o art. 1.259 remete, dá, de novo, ao fiador a *exceptio*, ainda que o incapaz não argua a nulidade ou anulabilidade. A *exceptio* acaba se o menor, tornado capaz, renuncia a ela; então, cessa, em consequência, a *exceptio* do fiador ou do abonador".[156]

O artigo 589 do Código Civil, ao dispor que "cessa a disposição do artigo antecedente", arrola as hipóteses em que haverá pós-eficacização do mútuo feito à pessoa menor.

Parte expressiva da doutrina, contudo, enxerga no artigo 589 hipóteses de convalescimento do negócio jurídico inválido, o que a leva a estabelecer distinção entre menores relativamente incapazes e menores absolutamente incapazes.

---

[155] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos inominados II*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 319.

[156] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 42. 3. ed. São Paulo: Borsoi, 1972, p. 43.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes afirmam que:

> "A princípio, o vício do empréstimo ao menor decorre da falta de representação ou assistência, nos casos de incapacidade absoluta (CC, art. 3º) ou relativa (CC, art. 4º). Esse vício desaparecerá quando for suprida a falta de autorização por meio de posterior ratificação do ato pelos representantes legais, na medida em que se trata de anulabilidade do ato, convalescendo o negócio jurídico (CC, art. 589, I) e tornando-se plenamente válido (CC, art. 176). No caso de incapacidade absoluta, não é permitido o suprimento posterior desta incapacidade pelo juiz. Isto é, não será possível aos representantes do menor incapaz ou ao juiz ratificar ou confirmar o negócio jurídico já realizado (v. CC, art. 168, parágrafo único), pois se trata de nulidade, insuprível. Nesse caso, o contrato de mútuo será considerado nulo e não produzirá os efeitos desejados"[157].

Em sentido próximo às lições desses autores, Marco Aurélio Bezerra de Melo critica a utilização pelo legislador da expressão "ratificação", defendendo que o mais preciso seria a utilização da expressão "confirmação", tal qual prevista nos artigos 172 a 176 do Código Civil[158].

Discorda-se desse posicionamento na medida em que, como demonstrado por Pontes de Miranda e Paulo de Tarso Sanseverino, a regra do artigo 588 não é regra sobre validade, mas, sim, sobre eficácia.

---

[157] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código *Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 312.

[158] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. v. 3. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 270.

O legislador brasileiro, fiel à origem da norma (*Senatus-consultus macedonianum*) [159], houve por bem qualificar o mútuo feito à pessoa menor como existente, válido, porém ineficaz, razão pela qual o inciso I do artigo 589 não trata de confirmação de ato preceptivo inválido, mas sim de ratificação de ato preceptivo existente, válido e, até que sobrevenha a ratificação, ineficaz.

A utilização da categoria *ratificação* pelo legislador no inciso I do artigo 589 é coerente com o sistema normativo do Código Civil, o qual se vale desta categoria quando disciplina a pós-eficacização de ato existente, válido, mas ineficaz[160].

O inciso I do artigo 589 permite ao responsável pelo menor realizar verdadeiro juízo sobre a conveniência de eficacizar ou não o mútuo, sem fazer qualquer distinção entre menores absolutamente incapazes e menores relativamente incapazes, afinal, por opção legal, o mútuo contraído por menores é valido, ainda que *a priori* ineficaz.

Ao lado desta hipótese legal de verdadeiro juízo de conveniência sobre o negócio jurídico realizado pelo representante do menor, pode-se apontar, ainda, lição de Pontes de Miranda em que defende a validade de atos praticados por absolutamente incapazes quando precedidos de autorização, ainda que tácita, de seu representante.

Ao tratar do que chama de *princípio da preponderância da tutela do incapaz*, Pontes de Miranda afirma que:

---

[159] Nas Ordenações Filipinas lê-se (*Ord. Fil.* 4, 50, 2): "E porquanto de se emprestar dinheiro aos mancebos filhosfamilias se dá azo ao converterem em usos deshonestos e occasião de serem viciosos, e se póde presumir, que carregados de dívidas e apertados per ellas procurem a morte a seus pais, ou lha desejem: para se isto evitar, mandamos que o que emprestar a algum filho, que stiver debaixo do poder de seu pai, quer seja varão, quer femea, perca o direito de o pedir assi a seu pai, como a elle, posto que os ditos filhosfamilias, a que se fez o dito empréstimo, saiam do poder de seus pais por morte, casamento, ou emancipação. E da mesma maneira se não poderá pedir aos fiadores, que por elles ficaram". PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. v. 3. ed. fac. sim. da 14. ed. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 843-844.

[160] Por exemplo: Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar; Art. 873. A ratificação pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, e produz todos os efeitos do mandato.

> "A respeito de incapacidade, é prímacial o princípio *da preponderância da tutela do incapaz;* se alguma regra jurídica o limita, é excepcional. Não há, portanto, pensar-se em principio da preponderância da tutela do tráfico jurídico, ou, sequer, em princípio de equilíbrio de tutelas do incapaz e do tráfico jurídico, — tais princípios foram apenas sugestões políticas. O direito procura proteger os fracos, até onde lhe pareça que não se hão de considerar atos ilícitos absolutos os atos que eles pratiquem. A tutela do tráfico jurídico, especialmente a tutela do terceiro, vem em segunda plana e somente existe onde já **se não justifica a tutela dos fracos"**[161]. (sem negrito no original)

A posição do autor sobre a razão de ser da incapacidade resta bastante evidente, designadamente quando faz menção às ideias de "preponderância da tutela do incapaz" e "tutela dos fracos".

Porém, ao abordar a questão acerca da possibilidade de se ratificar o ato jurídico nulo, mas vantajoso ao incapaz, recusa-a nos seguintes termos:

> "Argumentou-se que seria absurdo que se permitisse ao vendedor de bilhetes de loteria reaver o bilhete premiado; que vendera ao absolutamente incapaz, e pois recusar-se ao pagamento (E. Strohal, Streifzúge, *(Jherings Jahrbúcher,* 28, 346), ou que o negócio jurídico nulo, mas vantajoso para o absolutamente incapaz, nao pudesse ser ratificado por ele, após a capacidade (Konrad Cosack, *Lehrbuch,* 1, 8ª ed., 168 s.) Mas, ali, há aquisição de posse, e o art. 493, parágrafo único, só se refere à aquisição que não é pela simples apreensão da coisa (cp. art. 493, 1, e 485); aqui; haveria a repetibilidade, dependente da ignorância do outro figurante, e admitir-se a ratificabilidade feriria princípios que tais casos

[161] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado.* v. 4. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, p. 110.

> esporádicos não poderiam solapar. Se o absolutamente incapaz pagou o bilhete, podendo, faticamente, dispor do dinheiro (alguém lho deu para adquirir o que quisesse), não há repetibilidade"[162].

Para dar resposta à situação – qualificada de absurda pelos autores que ele critica –, Pontes de Miranda, fugindo do rigor lógico que caracteriza sua obra, recorre à ideia de *simples apreensão da coisa*, ignorando o fato de o exemplo por ele criticado fazer expressa menção a uma compra e venda da qual derivou a posse do bilhete premiado, e não de uma mera ocupação do bilhete de loteria pelo incapaz. Já para justificar a impossibilidade de ratificação do negócio jurídico vantajoso ao incapaz, Pontes de Miranda simplesmente afirma que isso "feriria princípios que tais casos esporádicos não poderiam solapar", ou seja, faz afirmação axiomática, vazia, pois, de qualquer valor científico.

Têm razão os autores criticados por Pontes de Miranda: é radicalmente absurdo permitir que o que ele chama de *princípio da preponderância da tutela do incapaz* seja utilizado como fundamento justamente para prejudicar a quem deveria proteger.

Pontes de Miranda, no entanto, admite a manutenção da eficácia do negócio jurídico se restar configurado que alguém deu o dinheiro ao incapaz, permitindo que ele adquirisse o que quisesse. O autor, mais adiante, ensina que:

> "No direito brasileiro, o absolutamente incapaz, a quem o representante ou alguém dá dinheiro, compra validamente, sempre que se pode entender que o dinheiro lhe foi dado *para* isso. Assim se elimina a questão de valer, ou não, a compra de coisas de pequeno valor ou necessários à vida diária, ou conforme os seus hábitos e no interesse do incapaz, que torturou e ainda tortura alguns juristas"[163].

---

[162] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* v. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, p. 110.

[163] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* v. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, p. 110. Pontes de Miranda, às páginas 112, contradiz sua própria doutrina dos três planos, ao identificar ato

Ora, o autor expressamente admite que se houver autorização prévia para que o incapaz pratique certos atos jurídicos preceptivos, tais atos serão válidos a despeito da incapacidade do agente, afinal fora realizado juízo prévio de oportunidade e conveniência pelo representante do incapaz. Não há qualquer diferença essencial entre permitir que o representante do incapaz faça o juízo de oportunidade e conveniência entes da realização do ato preceptivo ou após sua realização. Aliás, em sendo feito posteriormente, o representante terá ainda mais elementos para verificar se os interesses do incapaz foram ou não preservados.

Destarte, não há qualquer fundamento para impedir que aquele que poderia praticar o ato preceptivo em nome do incapaz – manifestando sua vontade – ou que poderia autorizar o incapaz a praticar diretamente o ato ratifique a vontade manifestada diretamente pelo incapaz, impedindo, com isso, a ineficacização à causa de invalidade.

2.3. Forma

Diferentemente da capacidade, a qual sempre se atribuiu a função única de proteção ao agente, a função da forma para os atos jurídicos preceptivos nunca foi uniforme.

Contudo, como se procurará demonstrar, desde que a formalidade deixou de ser elemento de existência de atos jurídicos preceptivos, tornou-se possível à doutrina construir significados racionais para a exigência de forma, permitindo ao intérprete valer-se destas construções para a compreensão do seu sistema normativo.

Portanto, a partir da sólida construção doutrinária acerca das funções da forma, procurar-se-á demonstrar sua estreita vinculação à proteção dos interesses jurídicos dos agentes quando do exercício de suas autonomias privadas.

---

nulo com ato inexistente: "O ato jurídico é nulo, por incapacidade do agente, porque — à diferença do ato jurídico anulável — não há, nele, o mínimo de vontade, que se exige para se tratar a manifestação de vontade como tendo existido".

2.3.1. Nota histórica

Nas legislações primitivas, a simples manifestação da vontade humana não era suficiente para vincular as partes[164].

No direito romano, sobretudo durante o período pré-clássico, a *obligatio* não surgia do simples acordo de vontade (*conventio*) entre as partes[165]. A manifestação da vontade só criava vínculos jurídicos se estivesse acompanhada da forma tipificada em lei[166], a tal ponto de os romanos considerarem um ato aperfeiçoado caso a vontade tivesse observado fielmente a forma exigida, porém tivesse revelado-se contrária aos seus efeitos[167]. Diz-se, então, que, no direito romano, a forma e o conteúdo do negócio jurídico são um todo incindível. A forma é o conteúdo e, como tal, o revela[168].

Assim, fazia-se necessária, além do *consensu*, a prática de atos solenes, como a *stipulatio*.

---

[164] PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. ESMEIN, Paul. *Droit Civil Français.* v. 6. Paris: LGDJ, 1930, p. 117; VELASCO, José I. C. Martínez de. *La exteriorización de los actos jurídicos:* su forma y la protección de su apariencia. Espanha: Bosch, 1990, p. 3-4.

[165] Cf.: D. 14, 7, 4: "*nuda pactio obligationem non parit*".

Nesta tese, as reproduções das fontes jurídicas romanas deram-se, para o Digesto e as Institutas, de acordo com a edição crítica de KRUEGER, Paulus Krueger; MOMMSEN, Theodorus. *Corpus Iuris Civilis.* v. 1. Institutiones. Digesta. 22. ed. Berlim: Weidmann, 1973. Já as traduções livres pautaram-se na tradução espanhola do latim de: DEL CORRAL, D. Ildefonso Luis García. *Cuerpo del derecho civil romano.* v. 1. t. 1. Instituta-Digesto. Barcelona: Editorial Lex Nova, 1889; *Ibid.* t. 3. Digesto. Barcelona: Editorial Lex Nova, 1897.

[166] TALAMANCA, Mario. *Elementi di diritto privato romano*. Milano, Giuffrè, p. 107. O autor ensina que no direito romano arcaico a regra era que os atos fossem formais ou de estrutura real, como a *traditio*. Sem a observância da forma, a manifestação de vontade não apresentava força vinculante. Os atos jurídicos de forma livre eram excepcionais e, como exemplo, o autor cita o *pactum* pelo qual a vítima de um delito renunciava à ação penal. *Ibidem*.

[167] VELASCO, José I. C. Martínez de. *La exteriorización de los actos jurídicos:* su forma y la protección de su apariencia. Espanha: Bosch, 1990, p. 3-4. Observe-se que os efeitos estavam ligados à forma sem quaisquer outras considerações de ordem subjetiva. Criado o ato com respeito às formas predeterminadas, os efeitos seguir-se-iam *incontinenti*, de modo que não seria dado a qualquer das partes afirmar não terem sido queridos aqueles efeitos. É dizer: praticado o ato de acordo com a forma prevista em lei, seus efeitos eram tidos como queridos *iuris et de iure*. Diferentemente do direito atual, não havia espaço para alegações como a do artigo 112 do Código Civil, que faz menção à intenção das partes. CORBINO, Alessandro. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 10-11.

168 VELASCO, José I. C., *op. cit.*, p. 3-4. Também atestando a unidade de forma e conteúdo do ato jurídico no antigo direito romano, KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 62. Nas suas palavras: "As formas de direito privado arcaicas são formas reais (formas de eficácia) que não acompanham o acto como acrescento extrínseco, mas exprimem e dão corpo ao seu conteúdo". *Ibid*.

A *stipulatio* era a promessa verbal de certa obrigação, que se dava entre credor e devedor, mediante pergunta e resposta que eram feitas, originariamente, na forma da *sponsio*, um ato solene oral em que se empregava o verbo *spondere*. Por exemplo, o futuro credor (*stipulator*) perguntava: "*sestertium decem milia mihi dari spondesne?*"; e o futuro devedor (*promissor*) respondia: "*spondeo*"[169].

Assim, a obrigação surgia desse ritual consistente no pronunciamento dessas palavras solenes, de modo que a causa do negócio jurídico não era levada em consideração. Os contratos eram, pois, abstratos[170].

Analisando a origem do formalismo no direito romano, William H. Buckler [171] conclui que os contratos solenes teriam suas origens nos juramentos sagrados[172]. A *sponsio*, segundo o autor, era, nos primórdios, um juramento feito a um deus, passível, portanto, de sanção religiosa. Explica-se. Aquele que fazia um juramento clamava a algum deus – geralmente, Júpiter[173] – para testemunhar a integridade do jurador e castigá-lo se cometesse perjúrio. Mais tarde, houve, então, seu reconhecimento legal[174].

Esse entendimento, contudo, não é pacífico. Há autores que acreditam que o formalismo surgiu, simplesmente, do fato de os contratos antigos serem orais, necessitando, portanto, de uma forma memorizável[175]. Outros, ainda, são mais céticos

---

[169] KASER, Max, *op. cit*., p. 68; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano.* v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 164. Posteriormente, além das formais verbais *spondes? spondeo*, outras foram admitidas, como: *promittes? promitto*; *dabis? dabo*; *facies? faciam.* KASER, *op. cit.*, p. 68-69. ALVES, *op. cit.*, p. 165.

[170] ALVES, *op. cit.,* p. 163.

[171] BUCKLER, William H. *The origin and history of contract in roman law down to the end of the republican period.* Londres: Cambridge University Press, 1895, p. 9-15.

[172] Com algumas reservas, mas também apontando um certo papel dos sacerdotes nessa fase do direito romano: VILLEY, Michel. *Direito Romano.* Tradução Fernando Couto. Porto: Resjuridica, 1955, p. 42-43.

[173] Betancourt chega a afirmar que a própria palavra *ius* derivaria de *Iuppiter.* BETANCOURT, Fernando. *Derecho romano clásico.* Sevilla: Universidad del Sevilla, 2001, p. 43.

[174] BUCKLER, *op. cit.*, p. 9-15. Também entendem dessa forma: WATSON, Alan. *Roman Law and Comparative Law.* Athens: The University of Georgia Press, 1991, p. 54; KASER, *op. cit.*, p. 69.

Sobre o perjúrio, William H. Buckler esclarece que perjúrio (*periurium*) significava, naquela época, a quebra de um juramento e não um falso juramento, como se entende hoje. BUCKLER, *op. cit.*, p. 10.

[175] CERAMI, Pietro *et al*. *Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica.* Napoli: Jovene editore, 2006, p. 160.

quanto à possibilidade de se descobrir a origem do formalismo ao qual os contratos do Direito Romano se vincularam[176].

No direito romano clássico, predomina ainda o formalismo, contudo, o elemento formal que, até então, consistia no emprego de palavras sacramentais, também poderia agora consubstanciar-se na inscrição em livro contábil. Nesse período, são introduzidos os denominados contratos escritos (*litteris*), espécie de contratos formais em que a *obligatio* nascia da escrita: fazia-se a inscrição dos atos solenes no livro contábil do credor (*codex accepti et expensi*)[177].

Isso não significa que a *stipulatio* deixou de ser utilizada. Seu campo de aplicação era muito amplo. Por meio dela, as partes podiam tornar obrigatório qualquer acordo de vontade lícito, conferindo-lhe exigibilidade em juízo[178]. Isso se devia a dois fatores: à simplicidade que a envolvia e à natureza de negócio jurídico abstrato[179].

A doutrina aponta os seguintes requisitos da *stipulatio* no período clássico: (i) *oralidade*, isto é, a obrigação surgia da simples prolação das palavras solenes; (ii) *presença das partes*, de modo que a *stipulatio* não poderia celebrar-se entre ausentes; (iii) *unidade do ato*, devendo a resposta do *promissor* ser verbalizada imediatamente após a pergunta do *stipulator*; e (iv) *conformidade rigorosa entre a pergunta e a resposta*, pelo que devia o *promissor* empregar exatamente o mesmo verbo de que se valeu o *stipulator* e aderir *in totum* ao que foi perguntado pelo *stipulator*[180].

No entanto, com a evolução do direito romano, a *stipulatio* foi sofrendo modificações profundas.

---

[176] SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico.* Tradução José Santa Cruz Teigeiro. Bosch: Barcelona, 1960, p. 453-454.

[177] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano.* v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 172-183. Acerca dos livros contábeis, o autor observa que, desde o fim da república, todo *pater familias* tinha, pelos menos, dois livros diferentes para a escrituração das operações que envolviam o seu patrimônio. Um desses livros era justamente o *codex accepti et expensi*. *Ibid.*, p. 173-174.

[178] ALVES, *op. cit.*, p. 163-164; KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 69.

[179] ALVES, *op. cit.*, p. 163.

[180] ALVES, *op. cit.*, p. 165-166.

Ao fim da República, passou a ser comum em Roma a redação de um documento (*cautio*, *instrumentum*, *scriptura*) que atestasse a celebração de um contrato verbal e o seu conteúdo, mas, frise-se, esse escrito era dotado apenas de valor probatório. Ocorre que, as partes, ao redigirem o documento, naturalmente, acabavam dando mais atenção à descrição do conteúdo da *obligatio* do que à descrição da solenidade oral de que ela se revestia. Além disso, os romanos também sofreram a influência da prática comercial das províncias helênicas de documentar as promessas de obrigação celebradas[181].

Assim, paulatinamente, já no fim da época clássica e, sobretudo, durante o período pós-clássico, a prática jurídica passou a conferir mais relevância ao documento, de modo que não mais se considerava essencial à formação da *obligatio* a prolação de palavras solenes. A *stipulatio* tornava-se, assim, uma promessa escrita de obrigação[182].

Também o trabalho dos pretores de conferir, por razões de equidade, ao *promissor* a *exceptio doli* e a *exceptio pacti*[183] mitigou o rigor da categoria dos contratos formais, na medida em que se abriu espaço à análise das circunstâncias subjacentes à forma, é dizer, à causa material do negócio[184].

---

[181] KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 69-70.

[182] *Ibid*., p. 69-70; TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 208-209; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 78-80; FAZIO, Eugenio. *Dalla forma alle forme.* Struttura e funzione del neoformalismo negoziale. Milano: Giuffrè, 2011, p. 23; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano.* v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 167-168. Sobre a influência da prática documental helenística em Roma, Max Kaser faz a seguinte observação: "O uso da escrita para documentar negócios jurídicos privados é em si desconhecido dos Romanos e provém de modelos da cultura greco-helenística, na qual o seu uso era extenso e corrente. Muito cedo houve em Roma actos escritos juridicamente relevantes, como as XII Tábuas provam, mas, no comércio jurídico, a escrita só se divulga a partir dos princípios da República". KASER, *op. cit.*, p. 70.

[183] ALVES, *op. cit.*, p. 166.

[184] KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1999, p. 201. Segundo Rudolph Sohm, "a *exceptio doli* expandiu-se para considerar "*ipsa res in se dolum habet*", sem que o dolo precisasse ser comprovado.

"De sorte que a *exceptio doli* passou a ser possível sempre que o exercício de um *actio* constituísse uma violação da boa-fé da outra parte. Transformou-se, portanto, num modo de evitar que uma condenação materialmente injusta ocorresse". SOHM, Rudolph. *Institutes of Roman Law*. Tradução James Crawford Ledlie. Oxford: Clarendon Press, 1892, p. 203.

A *exceptio pacti*, por outro lado, segundo Max Kaser, "A *exceptio pacti,* por outro lado, atuou nos casos em que a remissão dada pelo credor não cumpria as solenidades necessárias para que se operasse *ipso iure*, funcionando como um instrumento de mitigação do formalismo romano já no período clássico, ainda que sob um âmbito mais restrito do que era aquele reconhecido à *exceptio doli"*. KASER, *op. cit.*, p. 296-297.

É preciso, pois, registrar que essa construção processual contribuiu para que houvesse uma atenuação do caráter abstrato dos contratos, pois essas exceções (*exceptio doli* e *excepetio pacti*) faziam com que fosse necessário invocar a causa na *stipulatio*[185].

Disso conclui-se que a análise da causa material está imbricada com a gênese da liberdade da forma[186].

É no direito pós-clássico, mais precisamente, no direito justinianeu, que está, segundo posicionamento majoritário, a origem do princípio do consensualismo. Embora ainda se admitisse que a *stipulatio* fosse celebrada verbalmente, na maior parte das vezes, ela era, como visto, documentada e dispensava os requisitos exigidos inicialmente pelo direito clássico, acima referidos[187]. De acordo com as fontes[188], Justiniano estabeleceu que o contrato documentado deveria ser tido por celebrado desde que uma das partes não provasse a ausência de ao menos uma delas do local indicado no documento como tendo sido o local em que ocorrera a *stipulatio*[189].

No Oriente, o imperador Leão, o Filósofo, em constituição do ano de 472, dispensou a solenidade anteriormente exigida para a celebração da *stipulatio*, permitindo, assim, que as partes, desde que manifestassem sua concordância com relação àquilo que convencionaram, pudessem empregar qualquer forma no contrato escrito[190].

Registre-se, ainda, que os juristas bizantinos viram no consenso o verdadeiro elemento gerador do vínculo jurídico, concebendo a forma como mero requisito imposto pela lei para a conclusão do contrato[191].

---

[185] ALVES, *op. cit.*, p. 166-167.

[186] VELASCO, José I. C. Martínez de. *La exteriorización de los actos jurídicos:* su forma y la protección de su apariencia. Espanha: Bosch, 1990, p. 4.

[187] KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 169.

[188] Cf.: C. 8, 37, 14 e Inst. 3, 19, 12.

[189] KASER, *op. cit., p. 169*; *Ibid.*, p. 69-70.

[190] *Ibid*., p. 70; ALVES, *op. cit.*, p. 168; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 161.

[191] ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 162; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contratos reais e o princípio do consensualismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* São Paulo, vol. 84/85, 1989/1990, p. 79-91.

Apesar de toda essa evolução, os romanos, mesmo na época justinianeia, não chegaram a conceber o contrato como o simples acordo de vontade entre as partes[192]. No entanto, é possível afirmar que no período pós-clássico a forma, já quase sempre escrita, assume um caráter distinto daquele das épocas passadas. Ela deixa de ser o elemento formador do vínculo jurídico e transforma-se em um complemento do contrato – um requisito necessário para que o contrato fosse considerado legalmente concluído –, servindo, notadamente, para provar a existência de um contrato em um eventual litígio[193].

Com as invasões dos povos bárbaros registrou-se um regresso ao antigo formalismo[194]. No entanto, durante a Idade Média, as formas rígidas foram sendo, paulatinamente, eliminadas.

Segundo Eugenio Fazio, na Alta Idade Média, começa a difundir-se aquela prática, vista acima, de documentar os negócios jurídicos, o que foi conferindo um progressivo relevo ao elemento volitivo, acabando por permitir que se investigasse a essência do negócio[195].

No Reino de Castela, o *Ordenamiento de Alcalá de Henares*, de 1348, revelou-se pioneiro ao extinguir as solenidades ainda remanescentes na *stipulatio* e, assim, equiparar o pacto ao contrato. Pela primeira vez na história do direito privado europeu, um diploma normativo trazia a ideia geral de contrato que se conhece nos dias de hoje[196]. O pacto foi conceituado como "o consenso dirigido à criação de obrigações, sem que fosse exigido qualquer outro pressuposto"[197].

---

[192] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 2. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 129-130.

[193] ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 161-163; KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 62.

[194] PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; ESMEIN, Paul. *Droit Civil Français.* v. 6. Paris: LGDJ, 1930, p. 117-118. MICHAUD-QUANTIN, P. *Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin.* Paris: Universitas, 1970, p. 233.

[195] FAZIO, Eugenio. *Dalla forma alle forme.* Struttura e funzione del neoformalismo negoziale. Milano: Giuffrè, 2011, p. 24. O autor não precisa o território a que faz referência.

[196] ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 163-164.

[197] ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 164.

Esse avanço foi, frise-se, pontual. No restante da Europa, as solenidades da *stipulatio* só foram abolidas por obra dos canonistas e jusnaturalistas[198].

Foi na Idade Moderna que se consagrou, definitivamente, em matéria contratual o princípio do consensualismo, segundo o qual as convenções, em geral, adquirem força obrigatória pelo simples consentimento das partes, sem a necessidade de formas exteriores. Diz-se, pois, que são consensuais[199].

Destarte, a forma não é necessária à existência do contrato. Pode ela configurar-se em meio facilitador da prova do contrato celebrado[200].

Nas codificações desse período, as formas assumem verdadeiro papel ancilar, é dizer, são acessórias em relação ao conteúdo dos atos[201].

Isso foi resultado, em grande medida, do pensamento canônico da época medieval segundo o qual "aquele que não cumpre sua promessa comete uma mentira, portanto, um pecado"[202], pensamento que, por sua vez, deflagrava a aplicação da *aequitas canonica* – "verdadeira norma constitucional não escrita"[203] do direito canônico que permite adequar ou, até mesmo, afastar o direito positivo quando em confronto com a lei eterna. Com base nesse raciocínio, o direito canônico passou a reconhecer o caráter obrigatório dos chamados *pacta nuda*, isto é, das convenções que não observavam uma forma pré-determinada.

O universo jurídico canônico tinha uma visão instrumental do direito e valorizava a substância das estruturas jurídicas. Nesse cenário, entendia-se que o *pactum* –

---

[198] *Ibid*., p. 164.
[199] *Ibid.*
[200] PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; ESMEIN, Paul. *Droit Civil Français.* v. 6. Paris: LGDJ, 1930, p. 116.
[201] FAZIO, Eugenio. *Dalla forma alle forme.* Struttura e funzione del neoformalismo negoziale. Milano: Giuffrè, 2011, p. 27.
[202] PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; ESMEIN, Paul. *Droit Civil Français.* v. 6. Paris: LGDJ, 1930, p. 118.
[203] GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval.* Tradução Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 265. Segundo Francesco Calasso, "(...) *aequitas*, para a Igreja, não significa apenas- como habitualmente se pensa- um sentimento de clemência e de indulgência que mitiga o rigor da lei escrita: mas importa também um princípio de ordem, governado por uma *ratio*, como o ius, e por vezes grave e severo". CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto.* v. 1. Le fonti. Milano: Giuffrè, 1954, p. 333-334.

inclusive o *pactum nudum* –, ao traduzir a livre convenção entre os contraentes, era símbolo de "uma confiança recíproca" que não poderia ser violada. Desse modo, o compromisso assumido pelas partes não poderia ser frustrado pela ausência de observância da forma rígida ou da tipicidade contratual, pois, caso isso ocorresse, haveria violação aos "princípios moralmente imperativos da boa-fé e da responsabilidade como consequência do compromisso", moral e jurídico, assumido pelas partes[204].

Em meados do século XIII, também alguns jurisconsultos tradicionais passaram a sustentar que para a "fé humana" bastava a *conventio*[205].

Essa linha de pensamento que surgiu com o direito canônico foi reforçada pelo pensamento iluminista. De acordo com o Iluminismo, a vontade e, por consequência, a declaração das partes através do negócio jurídico era um elemento inato, espontâneo e irredutível. Por outro lado, a forma era um elemento artificial[206].

Jean Domat, por exemplo, foi um doutrinador que diferenciou as regras naturais, oriundas do direito natural, das regras positivas, surgidas da vontade humana. Destarte, as regras que exigiam a observância aos acordos diziam respeito diretamente à vontade e, portanto, eram pertencentes ao direito natural. Por outro lado, as regras acerca da forma dos atos eram arbitrárias e, portanto, seriam pertencentes ao direito positivo[207].

Com efeito, Jean Domat, ao dissertar acerca de um debate presente em seu tempo quanto ao número necessário de testemunhas para a prática de uma certa espécie de testamento, afirmava que a discussão sobre o número exato de testemunhas para a validade, ou não, do testamento não era tão importante quanto a vontade que se veiculava. Isto porque as formas – diferentemente da vontade, que advém do direito natural – são oriundas do direito positivo e, portanto, arbitrárias. E é pelo fato de não encontrarem

[204] GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval.* Tradução Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 267-269.
[205] PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, *op. cit.*, p. 118.
[206] IRTI, Natalino. *Idola libertatis*: tre esercizi sul formalismo giuridico. Milano: Giuffrè, 19[??], p. 79-80.
[207] DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. v. 2. 2. ed. Paris: Pierre Emery, 1697, p. 337.

respaldo no direito natural que as formas são flexíveis à luz da intenção do legislador e da vontade das partes[208].

É, pois, a afirmação de um caráter instrumental e artificial das formas quando contrapostas à vontade das partes.

Mais tarde, já no século XIX, a Pandectística acabou por conceber a forma como um instrumento de externalização da vontade interna, isto é, como meio através do qual se conhecia a vontade – interna ao ato jurídico – das partes[209].

Na sequência, a doutrina atribuiu-lhe, finalmente, independência em relação aos demais elementos do negócio jurídico.

É preciso salientar que isso se deu, basicamente, devido à crescente relevância da categoria do negócio jurídico, que passou a abarcar, numa mesma denominação jurídica, as diversas declarações de vontade, papel este que era típico da forma e que foi, então, assumido pelo negócio jurídico[210].

A partir deste momento, é possível identificar, basicamente, dois conceitos de forma elaborados pela doutrina de então: (i) forma em sentido amplo, como "a figura exterior da declaração"; e (ii) forma em sentido técnico, "como uma *fattispecie* que se revelava nos negócios para os quais o ordenamento havia prescrito uma especial modalidade de exteriorização"[211].

Esses conceitos, aliás, são os atribuídos à forma nos dias de hoje.

---

[208] Nas palavras do autor: "A abertura de interpretações semelhantes, segundo o que cada um poderia crer justo, sempre destituiria as regras de sua força e colocaria tudo num estado de incerteza. É suficiente conferir à equidade o sentido e o espírito que a lei pode dela exigir, sobretudo quando diz respeito a leis arbitrárias, e daquelas que regram as formalidades específicas que devem ser observadas nos testamentos". ["*L'ouverture des pareilles interprétations, selon ce que chacun pourroit croire juste, ôterait toujours force aux règles, & jetterait tout dans l'incertitude. C'est assez de donner à l'équité l'étendue que le sens & l'esprit de la loy peuvent demander, sur tout quand il s'agit de loix arbitraires, & de celles qui ont réglé les formalitez precises qu'il faut observer dans les testaments"*]. *Ibid.*, p. 337.

[209] MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 167.

[210] MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 167.

[211] *Ibid.*, p. 168.

2.3.2. Conceito e funções da forma

No Brasil[212], como sabido, vigora, no Direito Civil, o princípio da liberdade de formas[213]: admite-se, em regra, como forma qualquer modo pelo qual a vontade possa exteriorizar-se. A validade do ato jurídico só depende de forma especial nos casos em que a lei expressamente a exigir[214].

Zaki, ao analisar o formalismo, afirma que as formas, sejam religiosas, políticas ou jurídicas, são regidas pelo princípio da economia de meios. Por meio delas, opera-se a simplificação e a substituição de comportamentos humanos e de instituições, colocando-se o "infinitamente grande" dentro do "infinitamente pequeno"[215].

O autor entende não ser apropriada a oposição construída pela doutrina entre formalismo e consensualismo. Sob uma perspectiva qualitativa, ele afirma que a forma não se apresenta, necessariamente, como uma alternativa ao consentimento, mas sim como uma alternativa à causa. Isso porque a vontade nua é insuficiente, não só antigamente, mas também hoje, para fazer nascer o vínculo jurídico. Para que a *obligatio* se perfaça, a vontade deve ser revestida ou de uma causa ou de uma forma. E conclui: nesse sentido, a forma não é uma exceção ao consensualismo, ao contrário, ela colabora, da mesma maneira que a causa, para a proteção do consentimento[216].

---

[212] Também na legislação de Direito Civil de outros ordenamentos jurídicos, como o argentino, o espanhol e o português, encontra-se consagrado o princípio da liberdade das formas. No italiano, reconhece-o Luigi Ferrara. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 201, p. 442.

[213] Nesse sentido, cf.: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 361; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado*. v. 2. São Paulo, Atlas, 2003, p. 56; VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 77-78; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 222-223; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 189; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 409. No direito processual civil, costuma-se referir ao princípio da instrumentalidade das formas: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). v. 3. t. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 459; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 460-461.

[214] DORAL, Josè Antonio; ARCO, Miguel Angel del. *El negocio juridico.* Madrid: Trivium, 1982, p. 397. Regra que vem positivada no artigo 107 do Código Civil brasileiro.

[215] ZAKI, Magdi S. Le formalisme conventionnel: illustration de la notion de contrat-cadre. *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, nº 4, oct./dec. 1986, p. 1045-1048.

[216] *Ibid*.

Sob uma perspectiva quantitativa, o autor observa que a forma se generaliza com a diminuição do papel da vontade, revestindo "atos frágeis", tais como negócios relacionados ao estado de pessoa (casamento, adoções); negócios abstratos (títulos de crédito); negócios unilaterais (testamento); negócios de risco (hipoteca)[217].

De fato, não há negócio jurídico sem forma. A forma, quando não desempenha algum outro papel específico, por exemplo, a proteção de uma das partes ou a necessidade de reflexão para a celebração do negócio, ainda assim, possui o papel de instrumento através do qual a declaração negocial se manifesta.

Antonio Junqueira de Azevedo esclarece que a forma é um dos elementos exigidos para que qualquer negócio jurídico ingresse no plano da existência[218], de modo que, se não houver forma, não existirá ato jurídico[219].

O autor conceitua forma como "o meio pelo qual o agente declara a sua vontade"[220]. Assim, exemplifica o autor, poderá ela "ser oral, escrita, mímica, poderá consistir no próprio silêncio, ou, ainda, em atos dos quais se deduz a declaração de vontade". E conclui constatando que o fato de determinados atos exigirem *forma prescrita em lei* e de outros terem *forma livre* é questão que diz respeito ao plano da validade do ato jurídico[221].

---

[217] *Ibid*.

[218] Faz-se aqui referência aos planos do mundo jurídico segundo a proposta de Pontes de Miranda: MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954; 1954; 1955. vs. 1, 4 e 5.

No mesmo sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 98-105; VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 22-26.

[219] AZEVEDO, Antonio Junqueira. Forma (negócios jurídicos). In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 38. Rubens Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 173-176.

Nesse sentido, Zeno Veloso adverte: "Não se pense que possa existir negócio jurídico sem forma. Alguma forma é necessária, imprescindível, no plano da existência, para que o negócio, inclusive, ingresse no mundo jurídico. Não há negócio jurídico *sem* forma. O que a lei admite, em princípio, é que a manifestação de vontade valha por qualquer forma". VELOSO, Zeno, *op. cit.*, p. 80.

[220] No mesmo sentido, Rubens Limongi França, para quem "forma é o meio, ou o conjunto de meios, mediante os quais, nos atos jurídicos, se externa a manifestação da vontade". FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 38. Rubens Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 192-194.

[221] AZEVEDO, Antonio Junqueira, *op. cit*., p. 173-176. Pontes de Miranda, com muita propriedade, esclarece: "Enquanto a vontade permanece íntima, não-exteriorizada, não interessa ao direito. Pode interessar à religião e à moral. A expressão é a forma; só se levam em conta as vontades que se enformaram. A forma é a da vontade e dos outros elementos do suporte fáctico, que precisem exteriorizar-se, como fatos da psique. A forma mesma é elemento do suporte fáctico, razão para se preferir falar de forma de manifestação de

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a forma é elemento de existência do ato jurídico e, uma dada forma específica, pode ser exigida como um seu requisito de validade.

Ela será elemento de existência do ato jurídico quando considerada naquele seu sentido mais amplo, isto é, enquanto meio de exteriorização da vontade.

Tomada em seu sentido mais estrito, a forma é, geralmente, considerada um requisito de validade. Em alguns casos, contudo, ela pode ainda ser considerada fator para que o ato jurídico produza certa eficácia[222]. É o que ocorre, por exemplo, para que o contrato de locação possa conter a chamada clásula de vigência e ser levado à averbação. Nesse caso, a forma assume o papel de ampliação da eficácia do ato jurídico celebrado.

O artigo 104, inciso III, e o artigo 107, ambos do Código Civil, prescrevem que a validade do negócio jurídico não dependerá de forma especial, exceto quando a lei expressamente a exigir. Em complemento, o artigo 166, incisos III e V do Código Civil, estabelece a sanção de nulidade para o negócio jurídico que não revestir a forma prescrita em lei e para o negócio jurídico no qual foi preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade[223].

É nesse sentido que se fala em atos de forma livre ou geral e atos de forma especial ou fixa e, ainda, em atos com forma contratual ou convencional.

A forma livre é, segundo Rubens Limongi França, "qualquer modo de manifestação da vontade nos atos jurídicos, desde que não previsto em lei com caráter obrigatório". Já a forma especial "é o conjunto de solenidades previstas em lei, como

---

vontade, de conhecimento ou de sentimento, em vez de forma do ato jurídico (DRAGOLJUB ARANGJELOWITSCH, *Die formellen Willenserklärung,* 11). Antes de ter forma, o ato não é, para o direito; não existe (O. VON VÖLDERNDORF, *Die Form des Rechtsgeschäfts,* 14 s.). Mas, em se tratando de forma especial, pública, legal ou voluntariamente exigida, ou de forma escrita, legal, a sanção é a nulidade, e não a inexistência." MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 3. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, p. 346.

[222] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 3. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, p. 347.

[223] FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 38. Rubens Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 192-194.

requisito para a validade de certos atos jurídicos". Por sua vez, a forma contratual ou convencional "é a forma fixa eleita pela vontade das partes"[224].

Estando diante de um ato de forma especial ou de um ato de forma convencional, as partes devem, pois, cumpri-la, sob pena de o ato jurídico ser considerado nulo.

Analisando o objetivo de o legislador exigir forma especial para determinados atos jurídicos no direito contemporâneo, a doutrina traz uma série de considerações.

Cunha Gonçalves afirma que a multiplicidade dos contratos, a rapidez da circulação das riquezas e a maior necessidade de segurança fizeram com que a forma se tornasse indispensável para a prática de determinados atos jurídicos. O autor salienta que o formalismo, nesses casos, não veio para complicar os atos jurídicos, como ocorria na Antiguidade, mas sim para simplificá-los, sem prejuízo da sua seriedade e força jurídica[225].

De acordo com Cunha Gonçalves, a forma desempenha atualmente duas funções. A primeira, de "garantir às partes a liberdade da expressão das suas vontades, ou impedir a sua precipitação, ou dar-lhes a segurança da seriedade e precisão do acto, ou mesmo dificultar futuras tergiversações dos contraentes de má-fé, ou a realização do acto, ou proteger os interesses de terceiros, ou o interesse geral; ao mesmo tempo que é indispensável certificar as respectivas identidades." A segunda, quanto às fontes que originem obrigações duradouras, a forma especial pode vir a ser exigida como maneira de proteger terceiros[226].

Enneccerus, Kipp e Wolf entendem que a forma tem por objetivos: a proteção contra a precipitação, a maior segurança quanto à conclusão do negócio e ao seu

[224] *Ibid*.
[225] GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. v. 4. t. 2. 2. ed. adap. por Orozimbo Nonato, Laudo de Camargo e Vicente Ráo e anot. por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, p. 636.
[226] *Ibid*.

conteúdo, a facilitação da prova do negócio jurídico celebrado e, em alguns casos também, a possibilidade de que o negócio seja conhecido por terceiros[227].

Menezes Cordeiros aponta as seguintes justificações da forma legal: a reflexão das partes, a facilidade de prova e a publicidade[228].

Para Emilio Betti, a função que a forma possui nos dias atuais é a de assegurar a univocidade do ato e a sua seriedade, garantindo às partes e a terceiros que as consequências sociais do ato foram meditadas de maneira madura[229]. Acrescenta o autor que a forma também é capaz de distinguir o momento em que se aperfeiçoa o negócio jurídico, constituindo-se como um marco entre as fases pré-contratual e contratual[230].

Ao tratar dos negócios jurídicos, Antonio Junqueira de Azevedo ensina que a forma, juntamente com o objeto e as circunstâncias negociais, compõem os chamados elementos categoriais inderrogáveis. E, ainda, ao apresentar sua classificação dos negócios jurídicos, o autor explica que a forma e o objeto têm o relevante papel de distinguir negócios abstratos de negócios causais: os negócios abstratos são aqueles cujo elemento categorial inderrogável relevante é a forma, ao passo que os negócios causais são aqueles em que o elemento prevalente é o objeto[231].

Para Silvio Rodrigues, a forma tem por funções: garantir a autenticidade do ato; salvaguardar a manifestação livre das partes; fazer com que as partes prestem atenção na seriedade do negócio a ser praticado; e, por fim, facilitar a prova do negócio jurídico[232].

Eugenio Fazio afirma que o formalismo passou a ser procedimento tendente, sobretudo, à proteção do contraente mais fraco[233], além de assumir o papel de

---

[227] ENNECCERUS; KIPP; WOLF. *Tratado de derecho civil*. Parte general. v. 2. Barcelona, Bosch, 1935, p. 119.

[228] CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 771.

[229] BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 279.

[230] *Ibid.*, p. 280. Massimo Bianca também é da opinião de que a forma possui função de garantir a segurança jurídica quanto à circulação de bens. BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. v. 3. Milano: Giuffrè, 2000, p. 278-279.

[231] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140.

[232] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 264.

reclamar a atenção das partes para a importância do negócio a ser celebrado, quanto à fixação de seu conteúdo[234].

Vê-se, pois, que todas essas funções atribuídas à forma pelos autores citados corrobram o que já se afirmou: a forma é, em síntese, imposta ou para que o ato seja válido perante o ordenamento ou para que o ato possa ser oponível contra terceiros.

Enquanto requisito de validade do ato jurídico, como já afirmado, no geral, as partes podem escolher a qualquer forma para o ato jurídico que desejam praticar, pois a regra é o princípio da liberdade das formas. A validade da declaração de vontade só depende de forma determinada quando a lei expressamente a exigir. Os negócios solenes são, pois, a exceção.

Assim sendo, tem-se, pois, que qualquer norma que estabeleça forma obrigatória para determinados atos jurídicos é uma norma (i) inderrogável, (ii) excepcional e (iii) não passível de analogia ou interpretação extensiva[235].

É inderrogável, porque a norma que estabelece a forma obrigatória é imperativa/cogente, logo a sua violação dá ensejo à nulidade do ato; excepcional, porque ela traz uma restrição à autonomia privada, sendo, portanto, como já afirmando, uma exceção ao princípio da liberdade das formas. Consequentemente, ela não pode ser interpretada de maneira ampla[236].

É preciso, contudo, ressaltar, que essas qualificações atribuídas às normas que estabelecem forma obrigatória para determinados atos jurídicos vêm sofrendo constantes críticas por parte da doutrina.

---

[233] FAZIO, Eugenio. *Dalla forma alle forme*. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale. Milano: Giuffrè, 2011, p. 179-180.

[234] FAZIO, Eugenio. *Dalla forma alle forme*. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale. Milano: Giuffrè, 2011, p. 43-44.

[235] MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 174-175.

[236] *Ibid*., p. 174.

Pietro Perlingieri afirma que a inderrogabilidade das normas contendo prescrições acerca da forma – e, consigo, a consequência de que todo negócio jurídico que não as respeitasse seria nulo – é passível de críticas. Isso porque, em primeiro lugar, as invalidades nem sempre possuem a mesma força e as mesmas consequências[237].

Em segundo, assim como a inderrogabilidade é conclusão obtida por meio de um processo hermenêutico, em que se extrai que a exceção ao princípio da liberdade das formas deve ser feita à luz de interesses de ordem pública, as nulidades também devem ser cominadas mediante interpretação, não *a priori*[238].

Isso quer dizer que, de acordo com Perlingieri, "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"[239].

Para Perlingieri, semelhante afirmação não deveria levar à conclusão de que as formas não possuem qualquer utilidade. Significa apenas dizer que as formas prescritas em lei são impostas e justificam-se "em razão da finalidade de proteção de uma ou de ambas as partes do negócio, particularmente quando os interesses sejam não-patrimoniais"[240].

Quanto à excepcionalidade, Perlingieri afirma que seu âmbito de aplicação – ainda que excepcional – deve ser visto sob o ângulo não da especialidade, em que uma regra especial derroga outra geral, mas de exceção a um princípio geral do direito, qual seja o de liberdade das formas.

Nesse sentido, a excepcionalidade deve ser interpretada em função da sistemática disposta no ordenamento como um todo coerente, não de maneira perfunctória[241].

---

[237] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 290.

[238] *Ibid*., p. 291.

[239] *Ibid.*, p. 291.

[240] *Ibid.,* p. 293.

[241] Nas suas palavras: "Excepcional é aquela norma que assim se apresenta no contexto das *regras gerais* e *das outras leis*, isto é, do inteiro ordenamento historicamente considerado. Não, simplesmente, uma rígida

E, para tanto, a forma deve ser analisada de acordo com a função que deve exercer no ordenamento. E essa função varia de acordo com diversos fatores, quais sejam: a) legitimação, capacidade e qualificação do sujeito; b) função negocial (*causa donandi, mortis causa etc.*); c) objeto (bens móveis, imóveis, créditos *etc*.)[242].

Nas palavras de Perlingieri:

> "A utilização da forma legal responde a uma política do direito que, tanto nas vicissitudes constitutivas quanto aquelas modificativas, regulamentares ou extintivas da relação, tende a garantir, tutelar e promover interesses mais merecedores de tutela; principalmente se respondem às exigências de sujeitos que no âmbito do sistema têm um estatuto a favor e em relação aos quais justifica-se ainda mais a atenção do legislador ordinário. Desse modo, não é suficiente constatar a existência ou inexistência da forma, mas é necessário, também, perguntar-se a que serve"[243].

Nathalia Masson afirma que o que causa maior controvérsia é o reconhecimento de que essas imposições formais são originárias de política legislativa. Não haveria, portanto, qualquer necessidade dogmática. A escolha pela solenidade é uma decisão discricionária do legislador, de acordo com interesses que almeja proteger[244].

Menezes Cordeiro, contudo, ressalta o perigo de se cair na discricionariedade da "justiça do caso concreto" ao afirmar, de maneira geral, uma inelegabilidade dos vícios formais. Para o autor, o não reconhecimento do vício deve ser atendido apenas em casos excepcionais e extremos, em observância à segurança jurídica[245].

---

contraposição entre uma *fattispecie* normativa e uma outra, mas em confronto entre a singular previsão e o ordenamento". PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 295.

[242] *Ibid.,* p. 295.

[243] *Ibid.,* p. 297-298.

[244] MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 176.

[245] CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2013, p. 781.

Para tanto, critérios de aplicação devem ser estabelecidos. O principal diz respeito à pessoa contra quem quer se opor o vício formal, ou seja, um critério subjetivo e que se apresenta em dois aspectos: (i) a relação dessa pessoa para com o vício; (ii) as consequências por ela sofridas em decorrência da nulidade[246].

Com relação ao primeiro aspecto, deve-se verificar a boa-fé subjetiva do sujeito que alega o vício quanto ao seu conhecimento no momento da celebração do negócio jurídico. Vícios formais evidentes acarretam a presunção de má-fé daquele que os alega posteriormente. Ademais, contra quem a nulidade é oposta, deve-se verificar se esta pessoa investiu confiança na higidez do negócio de modo a que o ordenamento venha a tutelá-la[247].

Quanto ao segundo aspecto, a inalegabilidade só seria possível se os efeitos da nulidade fossem não somente duros, mas insuportáveis para a pessoa contra quem ela é alegada[248].

Menezes Cordeiro ainda apresenta outra sistematização, empreendida na Alemanha por Reinicke, de acordo com a qual, cinco critérios deveriam ser observados:

> "1º conhecimento ou desconhecimento, pelas partes, da necessidade de forma do contrato, tripartido, consoante ambas, apenas uma ou nenhuma tenham conhecimento dessa necessidade; 2º cumprimento ou não cumprimento do contrato, tripartido, também, consoante ambas, apenas uma ou nenhuma tenham cumprido; 3º impossibilidade de restituição material das prestações; 4º prescrições de forma a favor, apenas, de uma das partes; 5º outros"[249].

---

[246] *Ibid.*, p. 783.
[247] *Ibid.*, p. 783-784.
[248] *Ibid.*, p. 784.
[249] CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2013, p. 782, nota 506.

Vale ressaltar que, num primeiro momento, Menezes Cordeiro mostrou-se reticente quanto à possibilidade de não se reconhecer o vício formal, mesmo à luz de interesses dignos de tutela, já que o legislador já teria feito tal ponderação quando da imposição da formalidade[250]. Para solucionar situações incoerentes do sistema, o autor preferia o regime de responsabilidade civil[251]. Nesse sentido, o autor indicava:

> "Quem dê azo a uma nulidade formal e a alegue, perpetra um facto ilícito: atenta contra a boa fé. Verificados os competentes requisitos, deve indemnizar - artigo 483.º/1 - sendo certo que a indemnização será, em princípio, natural ou específica - artigo 566.º/1. A título indemnizatório, o alegante de nulidades formais poderá ser condenado a suprir o vício, validando o negócio, quando inacatada, esta obrigação poderia ser executada especificamente, pelo tribunal"[252].

Entretanto, mais recentemente, Menezes Cordeiro reviu essa posição e passou a reconhecer como vantajosa a inalegabilidade dos vícios formais em certas situações. Para o autor, os casos que permitiriam o não conhecimento do vício formal requereriam uma situação em que estivessem presentes investimento de confiança, confiança justificável e possibilidade de imputar a situação de confiança à pessoa que está a alegar a invalidade formal[253].

Ademais, segundo Menezes Cordeiro, essa confiança deve ser tutelada pela via da inalegabilidade do vício formal apenas quando não houver outro recurso disponível e desde que não venha a prejudicar terceiros de boa-fé[254].

---

[250] *Ibid.*, p. 791-792.
[251] *Ibid.*, p. 796.
[252] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. 1. t. 1. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 384.
[253] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. 2. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 200-201.
[254] *Ibid.*

A posição de Menezes Cordeiro, por assaz restritiva, é, ainda, insuficiente como critério de orientação do intérprete que se encontre diante de ato preceptivo formado com inobservância da forma prescrita.

Isso porque, à exceção da proteção de terceiros de boa-fé, é possível que em dado caso concreto falte ou faltem alguns dos requisitos elencados pelo autor e, ainda assim, seja de rigor a manutenção do negócio jurídico a despeito de não revestir a forma prescrita, bastando, para tanto, que fique evidenciada a preservação da razão que levou à imposição de dada forma.

Com relação à possibilidade de o intérprete levar em consideração os fins que justificaram a imposição de dada forma para preservar o negócio jurídico, Menezes Cordeiro, de maneira contraditória, como se verá, ensina que:

> "Pois bem: se assentássemos em que normas relativas à forma prosseguem fins de publicidade, de prova e de reflexão, a redução teleológica permitiria dispensá-la sempre que se demonstrasse estarem esses mesmos fins acautelados. Sucede, porém, que as normas relativas à forma não têm fins claros. Elas valem por si e pela segurança que assumem emprestar aos negócios envolvidos. Basta ver que negócios importantes são consensuais, enquanto outros, pouco significativos, se sujeitam à forma solene máxima. As normas formais serão, assim, normas plenas. Com uma consequência relevante: não admitem redução teleológica"[255].

A contradição consiste em o autor, em páginas anteriores da mesma obra e em outras obras, arrolar os fins para os quais se presta a forma e, logo após, negar que as normas sobre formas tenham fins claros. Ademais, ao afirmar que as normas sobre forma "valem por si e pela segurança que assumem emprestar aos negócios envolvidos", mais uma vez faz afirmação que merece crítica, seja porque admite a existência de normas sem

[255] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. 1. t. 4., reimpressão da ed. de maio/2005. Coimbra: Almedina, 2007, p. 308.

qualquer finalidade, seja porque, mais uma vez contraditoriamente, após afirmar que as "normas valem por si", atribui-lhes a finalidade de servirem à segurança do negócio jurídico.

Ora, é evidente que as normas sobre forma servem à segurança do negócio jurídico, e fazem-no, justamente, por assegurar a reflexão das partes, a facilidade de prova e a publicidade.

Com relação à facilidade da prova e à publicidade, a forma funciona como fator de eficácia, respectivamente, impedindo que alguém se desincumba da prova de algum fato por outro meio que não o instrumento formal e impedindo a oponibilidade de dado ato jurídico a terceiros.

Com relação à reflexão das partes, a forma funciona como requisito de validade do negócio jurídico, o que significa afirmar que, nesta hipótese, sua inobservância implicará, em regra, nulidade do negócio jurídico.

Diz-se em regra porque, ainda que não estejam presentes todos os requisitos arrolados por Menezes Cordeiro para que se dê a inalegabilidade formal, será possível preservar o negócio jurídico se restar constatado que não houve irreflexão da parte que postula sua invalidação.

É verdade que militará em favor daquele que postulou a invalidação presunção de que, ao celebrar o negócio jurídico que pretende ver invalidado, agiu de modo irrefletido, pois, se houvesse refletido, não o teria celebrado.

Contudo, circunstâncias como longo decurso de tempo entre a celebração do negócio jurídico e a postulação de sua invalidação, cumprimento voluntário de obrigações impostas pelo negócio jurídico que se pretende invalidar, bem como a prática reiterada de outros atos incompatíveis com a intenção de invalidar o negócio jurídico são aptos a infirmar a presunção de irreflexão, impondo a conservação do negócio jurídico a despeito de ter sido celebrado com inobservância da forma prescrita.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão relativamente recente, julgou inválida uma doação em razão da inobservância de forma. Sua análise, ainda que bastante sumária, presta-se a servir de exemplo de situação em que, à evidência, não houve qualquer irreflexão quando da celebração do negócio jurídico por parte de quem postulou a invalidação, pelo que o negócio jurídico haveria de ser preservado.

Em breve síntese, a recorrente vendeu uma sua propriedade rural e doou o valor para custear o tratamento de saúde de sua neta, uma vez que ela e sua mãe (filha da recorrente) haviam sofrido um grave acidente automobilístico. Cinco anos após essa doação, a recorrente e sua filha celebraram um contrato ao qual deram o nome de "contrato de compra e venda de direito de herança", pelo qual a filha da recorrente vendia à terceira pessoa os direitos sucessórios que haveria de receber de sua mãe. A filha da recorrente faleceu no ano de 2002 e a neta da recorrente faleceu em 2006. Com o falecimento da neta, seu patrimônio, composto fundamentalmente da doação realizada em seu favor pela recorrente, haveria de ser atribuído ao seu pai, genro da recorrente. Inconformada com o fato de o pai de sua neta ser o único herdeiro, ajuizou uma ação de cobrança contra o espólio da neta, alegando que a doação que fizera fora uma antecipação de legítima e que, portanto, tinha o direito de reaver os valores que doara. A ação foi julgada improcedente e a sentença de improcedência confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul[256]. Ao recurso especial interposto foi, por maioria, dado provimento parcial.

[256] O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul restou assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. AÇÃO DE COBRANÇA INTENTADA PELA AUTORA APELANTE CONTRA A SUCESSÃO DA NETA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA, VEZ QUE NÃO VERIFICADA A QUESTÃO HAVIDA PELA APELANTE COMO INCONTROVERSA. MERITO. DOAÇÃO REALIZADA PELA AVÓ EM FAVOR DA NETA, NO INTUITO DE CUSTEAR TRATAMENTO MÉDICO E HOSPITALAR. DEMANDA QUE PRETENDE REAVER O VALOR DOADO, SOB O FUNDAMENTO DE TER SE TRATADO DE ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA EM FAVOR DA FILHA, E QUE, APÓS A MORTE DESTA, FOI TRANSMITIDO À NETA. LIBERALIDADE OCORRIDA QUANDO A FILHA DA DEMANDANTE AINDA ESTAVA VIVA. CIRCUNSTÂNCIA QUE DESCARACTERIZA O SUSTENTADO ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA. CONTRATO DE ANTECIPAÇÃO DE HERANÇA SUBSCRITO ANOS DEPOIS DA VENDA DO PATRIMÔNIO DA AUTORA. PACTUAÇÃO NULA, PORQUANTO TRAZ DISPOSIÇAO SOBRE HERANÇA DE PESSOA VIVA. DESCABIMENTO DA PRETENSAO DE RESTITUIÇÃO DE PATRIMÔNIO QUE DELIBERADAMENTE FOI VENDIDO PELA AUTORA APELANTE PARA AJUDAR A NETA. INCONFORMIDADE DA AUTORA COM O FATO DE O GENITOR DA NETA SER O UNICO HERDEIRO NECESSÁRIO, E A QUEM IMPUTA ABANDONO MATERIAL. QUESTÃO QUE DEVE SER OBJETO DE DISCUSSÃO EM AÇÃO PRÓPRIA, E NÃO EM AUTOS DE AÇÃO DE COBRANÇA. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO.

O acórdão restou assim ementado:

> CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE DOAÇÃO. AUSÊNCIA DE SOLENIDADE ESSENCIAL. PRODUÇÃO DE EFEITOS. CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NULO. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS. CONTRATO DE MÚTUO GRATUITO. ART. ANALISADO: 170 DO CC/02. 1. Ação de cobrança distribuída em 13/04/2006, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 13/01/2011. 2. Cinge-se a controvérsia a decidir a natureza do negócio jurídico celebrado entre a recorrente e sua filha, e se a primeira possui legitimidade e interesse de agir para pleitear, em ação de cobrança, a restituição do valor transferido à segunda. 3. O contrato de doação é, por essência, solene, exigindo a lei, sob pena de nulidade, que seja celebrado por escritura pública ou instrumento particular, salvo quando tiver por objeto bens móveis e de pequeno valor. 4. A despeito da inexistência de formalidade essencial, o que, a priori, ensejaria a invalidação da suposta doação, certo é que houve a efetiva tradição de bem móvel fungível (dinheiro), da recorrente a sua filha, o que produziu, à época, efeitos na esfera patrimonial de ambas e agora está a produzir efeitos hereditários. 5. Em situações como essa, o art. 170 do CC/02 autoriza a conversão do negócio jurídico, a fim de que sejam aproveitados os seus elementos prestantes, considerando que as partes, ao celebrá-lo, têm em vista os efeitos jurídicos do ato, independentemente da qualificação que o Direito lhe dá (princípio da conservação dos atos jurídicos). 6. Na hipótese, sendo nulo o negócio jurídico de doação, o mais consentâneo é que se lhe converta em um contrato de mútuo gratuito, de fins não econômicos, porquanto é incontroverso o efetivo empréstimo do bem

> fungível, por prazo indeterminado, e, de algum modo, a intenção da beneficiária de restituí-lo. 7. Em sendo o negócio jurídico convertido em contrato de mútuo, tem a recorrente, com o falecimento da filha, legitimidade ativa e interesse de agir para cobrar a dívida do espólio, a fim de ter restituída a coisa emprestada. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ - REsp: 1225861 RS 2010/0207570-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/04/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2014)

A solução apresentada pela Ministra Relatora, pensa-se, não poderia ter prevalecido, seja porque juridicamente impossível a conversão substancial do contrato de doação em mútuo, seja porque o que moveu a recorrente a buscar reaver os valores que doara (veja-se que ela não postula a invalidação da doação) não foi o arrependimento por ter doado, o que caracterizaria a irreflexão, mas sim o fato de não concordar com seu genro ser o único herdeiro do patrimônio da neta falecida.

Com relação à impossibilidade da conversão, ela se caracteriza por duas razões bastante evidentes: a primeira, pelo fato de a doação haver sido celebrada entre a avó (recorrente) na qualidade de doadora e a neta, na qualidade de donatária, e não entre a recorrente e sua filha, como constou do voto da Ministra Relatora[257], razão pela qual o contrato de "compra e venda de direitos sucessórios", do qual participaram recorrente e sua filha, ser absolutamente irrelevante para desqualificar a doação, feita em favor da neta. A segunda razão que impossibilita a conversão é a diferença radical entre o suporte fático do contrato de doação e o suporte fático do contrato de mútuo, ainda que gratuito.

Como ensina Marcos Bernardes de Mello:

[257] O fato de a doação haver sido celebrada entre avó e neta restou assentado na sentença e no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, fato para o qual chamou a atenção o Ministro João Otávio de Noronha em seu voto divergente.

> "O ato jurídico em que se converte deve ter suporte fáctico que esteja contido no suporte fáctico do ato inválido; portanto, o suporte fáctico do ato em que converte há de ser menor do que o do ato convertido. Não há possibilidade de conversão se o suporte fáctico do ato inválido contiver menos elementos, porque é essencial que o suporte fáctico do ato resultante da conversão esteja suficientemente concretizado no ato inválido. É preciso, portanto, que o suporte fáctico do ato inválido atenda a mais de um negócio jurídico, pelo menos aos dois a que se refere a conversão"[258].

Comparando-se o suporte fático da doação ao suporte fático do mútuo – embora o fato de serem radicalmente diversos em suas causas obstar que em boa técnica se façam juízos de comparação quantitativa –, nota-se que a doação é formada por uma transferência patrimonial necessariamente definitiva e gratuita ao donatário, enquanto o mútuo é formado por uma transferência patrimonial eventualmente gratuita ao mutuário e pela obrigação deste de restituir ao mutuante outra coisa do mesmo gênero, qualidade e na mesma quantidade. Evidentemente, a obrigação do mutuário de restituir ao mutuante outra coisa do mesmo gênero, da mesma qualidade e na mesma quantidade torna seu suporte fático mais complexo do que o do contrato de doação, razão pela qual é impossível converter o menos complexo (doação) no mais complexo (mútuo).

Com relação à ausência de irreflexão, restou evidenciada pelo fato de haver se passado mais de quinze anos entre a doação e a propositura da ação buscando, insista-se, não a invalidação, mas a restituição do valor doado sob o argumento de ter havido antecipação de legítima, bem como pelo fato de o comportamento da recorrente e suas manifestações processuais evidenciarem que seu inconformismo não era relativo à doação que fez em favor de sua neta, a qual reafirmou inúmeras vezes, inclusive qualificando-a como antecipação de legítima, mas sim com o fato de seu genro ser o único herdeiro de sua neta.

---

[258] Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 7ª ed. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 257.

Colocando-se entre parênteses as muitas outras razões que impediriam o provimento desse recurso especial – muitas delas exploradas pelos Ministros João Otávio de Noronha e Ricardo Villas Bôas Cueva –, entende-se que o negócio jurídico de doação não poderia ter sido invalidado, a despeito de não obedecer à forma legal, porque restou insofismavelmente provado que não houve irreflexão alguma por parte da doadora quanto à sua intenção de doar seus bens a sua neta.

Percebe-se com a análise desse acórdão que não estão presentes boa parte dos requisitos exigidos por Menezes Cordeiro para que se possa alegar a exceção de inalegabilidade do vício de forma – designadamente porque na hipótese a situação de confiança não foi suscitada na contraparte do negócio jurídico, mas em um terceiro, o qual, ademais, não realizou qualquer investimento de confiança na validade do negócio jurídico –, porém parece claro que sua invalidação por vício de forma significou aplicar a norma jurídica sem qualquer consideração de seus fins.

Como toda e qualquer categoria jurídica, a forma tem uma razão de ser, uma finalidade que se preste a justificar sua exigência e sem a qual a norma que a impõe ou não passaria de reminiscência histórica ou seria arbitrária, na medida em que tolheria, sem justa causa, a autonomia privada do indivíduo.

Como visto, a doutrina há tempos identificou quais são as funções da forma[259] e, por isso, é dever do intérprete, ao se deparar com ato preceptivo celebrado sem a observância da forma prescrita, proceder à investigação acerca da ocorrência ou não de violação a qualquer um daqueles fins.

Em constatando a incolumidade dos fins que impuseram a exigência de dada forma, não estará autorizado a ineficacizar o ato preceptivo à causa de invalidade[260].

[259] Sem variações, senão quanto ao modo de elencá-las, a doutrina, como visto, aponta como funções da forma: (i) a proteção do consentimento das partes, mediante a maior reflexão que a exigência de dada forma implica; (ii) a facilitação da prova do ato jurídico preceptivo; (iii) a publicidade do ato jurídico preceptivo.

[260] Remete-se o leitor ao item 3.4.2, no qual se argumentará a impossibilidade de invalidar um ato preceptivo quando sua prática não violou a finalidade da norma que impôs a invalidação.

2.4. Objeto

Há na doutrina muita divergência sobre o que seja o objeto do negócio jurídico, havendo tanto quem entenda ser o seu conteúdo, como quem entenda ser propriamente o objeto da prestação.

Savigny afirmava que o contrato é destinado a reger relações jurídicas entre as pessoas, sendo este, portanto, o seu objeto[261]. Essa definição partia do conceito clássico de contrato como acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Windscheid preferia referir-se ao conteúdo do negócio jurídico, ao invés de seu objeto[262].

Há autores que distinguem o conteúdo do objeto do negócio jurídico. De acordo com Menezes Cordeiro, o conteúdo diz respeito às regras que serão aplicadas às partes; ao passo que o objeto diz respeito ao *quid* sobre o qual recairá a relação jurídica[263].

Betti já possuía, anteriormente, uma distinção semelhante. Porém, além de distinguir entre objeto e conteúdo, fazia uma subdivisão quanto ao último, separando-o da eficácia jurídica do negócio. Para o autor, o objeto constitui-se nos interesses que virão a ser regulados diretamente pelas partes mediante a relação jurídica[264]. Betti, ao atribuir contornos objetivistas à declaração negocial, afirmava que o conteúdo do negócio jurídico era o preceito emitido pelas partes no âmbito da competência estabelecida pela lei, ao passo que os efeitos jurídicos (= eficácia do negócio jurídico) seriam atribuídos

[261] SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de droit romain*. v. 3. Tradução Ch. Guenoux. Paris: Didot, 1845, p. 324.

[262] Windscheid, Bernard. *Diritto delle pandette*. v. 1. Tradução Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1938, p. 261.

[263] MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de direito civil português*. v. 1. t. 1. Coimbra: Almedina, 2007, p. 674. No mesmo sentido: FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 625.

[264] BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 81.

diretamente pela lei a partir da integração do preceito emitido pelas partes (= conteúdo do negócio jurídico)[265].

Na doutrina italiana, ainda, Giuseppe Stolfi confere um sentido mais restrito à noção de objeto do negócio jurídico. Para o autor, o objeto seria o bem sobre o qual trataria o negócio. Para todo o mais, referir-se-ia ao conteúdo do negócio jurídico[266].

Nesse mesmo sentido posiciona-se Francesco Galgano, de acordo com quem:

> "Dilatar o conceito de objeto, com o fim de fazê-lo coincidir com o conteúdo do contrato, significa descurar que a este último – por enquanto bastará este exemplo – pode estar relacionada a condição, disciplina da qual diverge aquela do objeto (art. 1354 com relação aos arts. 1346 e 1418, § 2º, respectivamente relativos à condição e ao objeto impossível ou ilícito)"[267].

Para Galgano, portanto, objeto do negócio constitui-se na "coisa ou nas prestações mediante as quais se opera a função econômico-social do contrato"[268].

Giovanni Ferri aponta um fundamento possível para a origem dessa corrente que identifica como sendo o objeto do negócio o bem jurídico a ele relacionado[269]. O *Codice Civile* de 1865 afirmava, em seu art. 1116 que "apenas as coisas *in commercio* podem compor o objeto do negócio jurídico"[270].

---

[265] BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 86-87.

[266] STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1947, p. 15.

[267] "Dilatare il concetto di oggetto, fino a farlo coincidere con il contenuto del contratto, significa trascurare che a quest'ultimo – basti per ora questo solo esempio – può inerire la condizione, la disciplina della quale diverge da quella dell'oggetto (art. 1354 rispetto agli artt. 1346 e 1418, comm 2º, rispettivamente relativi a condizione e ad oggetto impossibili o illeciti)". GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico.* Milano: Giuffrè, 2002, p. 121.

[268] *Ibid*., p. 121.

[269] FERRI, Giovanni B. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: CEDAM, 2004, p. 145.

[270] *Codice Civile* del 1865, art. 1.116. "Le sole cose che sono in commercio, possono formare oggetto di contratto".

Uma interpretação clássica desse dispositivo pode ser encontrada nos comentários de Pacifici-Mazzoni:

> "Podem ser objeto do contrato as coisas comercializáveis não apenas atuais, isto é, existentes ao tempo da formação do contrato, mas também as futuras, que são as que no presente não existem mas que podem existir no futuro"[271].

Segundo Ferri, a perplexidade em não se conseguir subsumir uma série de bens ao conceito de coisa levou parte da doutrina italiana a ampliar o conceito de objeto do negócio jurídico de modo a compreender, ainda, as prestações estipuladas pelas partes.

Dessa forma, autores como Giorgio Giorgi, ainda na vigência do *Codice* revogado, afirmavam que o objeto de um contrato de compra e venda, por exemplo, era a relação complexiva entre as prestações de entrega da coisa e do preço. Giorgi afirmava que "se o contrato é um acordo destinado a constituir uma ou mais obrigações, estamos seguros em não nos equivocarmos ao afirmar que o objeto do contrato é sempre a obrigação"[272].

O legislador do *Codice* de 1942 preferiu escapar à controvérsia ao não oferecer qualquer definição acerca do objeto do negócio jurídico[273]. Desde então, a doutrina italiana divide-se entre aqueles que permanecem estabelecendo uma diferenciação quanto ao objeto e ao conteúdo do negócio, de um lado, e aqueles que acreditam na sinonímia dos termos[274].

Para Ferri, contudo, a corrente que prefere a distinção entre objeto e conteúdo é mais acertada[275]. De acordo com o autor:

---

[271] PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Istituzioni di diritto civile italiano*. v. 3. t. 2. Firenze: G. Pellas, 1869, p. 23.

[272] "Se o contrato é um acordo destinado a constituir uma ou mais obrigações, estamos confiantes que não nos enganamos ao afirmar que o objeto do contrato é sempre a obrigação" [*"si el contrato es un acuerdo encaminado a constituir una o más obligaciones, estaremos seguros de no equivocarnos al afirmar que el objeto del contrato es siempre la obligación"*]. GIORGI, Giorgio. *Teoria de las obligaciones en el derecho moderno*. v. 3. Tradução Eduardo Dato Iradier. Madrid: REUS, 1929, p. 298-299.

[273] FERRI, Giovanni B. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: CEDAM, 2004, p. 146.

[274] FERRI, Giovanni B. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: CEDAM, 2004, p. 150.

[275] No mesmo sentido: TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1952, p. 580-583.

> " (...) individuar o objeto como o conjunto de resultados programados e, com isso, inserir na problemática do objeto a noção de resultado, significa, em nosso juízo, sobrepor problemas diversos. De fato, uma solução em termos de resultado acaba sempre por evocar e se colocar em uma perspectiva de natureza efetiva e complexa, do ato de autonomia privada, cuja realização se funda sempre na existência e na operação, em concreto e em abstrato, dos elementos e situações (internas e externas à estrutura do negócio) não reconduzíveis ou resumíveis apenas ao objeto"[276].

Para Vincenzo Roppo, conteúdo é sinônimo de objeto do negócio jurídico. É dizer, em sua lição, que o conteúdo, ou objeto, é constituído pelas prestações contratuais[277].

Na doutrina francesa, autores como Planiol, Ripert, Esmein e Carbonnier definem o objeto do contrato como sendo o mesmo da obrigação, qual seja uma prestação de dar, fazer ou não fazer[278]. A ideia principal é a de que, na verdade, o contrato não possui objeto, a obrigação é que de fato possuí-lo-ia. Assim, quando se diz "objeto do contrato", estar-se-ia referindo-se elipticamente ao *objeto da obrigação surgida do contrato*[279].

Josserand, por outro lado, afirma que a doutrina francesa costuma confundir o objeto da obrigação com o do contrato, mas que isso não é técnico. Para Josserand, o objeto do contrato é "invariavelmente o nascimento de uma ou mais obrigações"[280].

---

[276] "*Inoltre, individuare l'oggetto come l'insieme dei risultati programmati e cioè inserire nella problematica dell'oggetto la nozione di risultato, significa, a nostro giudizio, sovrapporre problemi diversi.*

"Infatti, una soluzione in termini di risultato finisce sempre per evocare e porsi in una prospettiva di natura effettuale e d'insieme, dell'atto di autonomia privata, il cui realizzarsi si fonda sempre sull'esistenza e sull'operare, in concreto e in astratto, di elementi e situazioni (interni ed esterni alla struttura del negozio) non riconducibili o riassumibili soltanto nell'oggetto". Ibid., p. 153.

[277] ROPPO, Vincenzo. *Diritto privato*. Torino: Giappichelli, 2010, p. 407-408.

[278] PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; ESMEIN, Paul. *Traité pratique de droit civil français*. t. 6. v. 1. Paris: LGDJ, 1930, p. 292; CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. v. 2. Paris: PUF, 2004, p. 2008.

[279] COLIN, Henri; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. v. 2. Paris: Dalloz, 1915, p. 307.

[280] JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif françai*s. v. 2. Paris: Sirey, 1939, p. 63.

Na doutrina brasileira, Francisco Amaral diferencia objeto jurídico (ou conteúdo) do objeto material. De acordo com o autor, o objeto jurídico é "o que os sujeitos estabelecem, as prestações ou o comportamento a que se obrigam", sendo a isto que se refere a legislação quando exige que o objeto seja lícito, possível e determinável. Diferentemente, o objeto material diz respeito aos bens sobre os quais incidirá a relação jurídica[281].

Orlando Gomes adota a diferenciação entre objeto e conteúdo ao afirmar que o objeto é uma coisa ou prestação[282]. Ao passo que o conteúdo seria o conjunto de preceitos estruturado mediante a declaração das partes[283].

Silvio Rodrigues não define nem se refere a conteúdo do negócio jurídico, mas considera que o seu objeto seja o bem sobre o qual recairá a relação jurídica[284].

Antonio Junqueira de Azevedo, por outro lado, admite uma perfeita identidade entre objeto e conteúdo do negócio jurídico, ao dizer que "por objeto deve-se entender todo o seu conteúdo"[285]. Segundo o autor:

> "O objeto do negócio, abrangendo todo o seu conteúdo, encerra em si aqueles elementos que, na ordem decrescente de abstração, colocam-se abaixo dos elementos gerais de negócio jurídico" [286].

[281] AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 446.
[282] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 351.
[283] *Ibid*., p. 352-353.
[284] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 171.
[285] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 134.
[286] *Ibid*., p. 136. Isto é, "a) em primeiro lugar, os elementos categoriais inderrogáveis, desde que da espécie a que poderíamos chamar objetiva ou causal (o acordo sobre o preço e a coisa, numa compra e venda, por exemplo, faz parte do objeto do negócio jurídico); b) em segundo lugar, todos os elementos categoriais inderrogáveis, que, de resto, vão constituir o conteúdo implícito do negócio e que, por isso mesmo, muitas vezes são chamados erroneamente de "cláusulas implícitas"; e c) finalmente, em terceiro lugar, todos os elementos particulares, isto é, as diversas cláusulas (condições, termos etc.) expressamente incluídas no negócio". *Ibid*., p. 136.

Segue-se integralmente a lição de Antonio Junqueira de Azevedo. O negócio jurídico, enquanto instrumento do exercício da autonomia privada, visa à constituição de um regramento normativo (preceito), o qual é o seu objeto. Assim, o objeto do negócio jurídico não se confunde com o bem da vida (objeto da prestação), mas, sim, identifica-se com a regulamentação acerca dele, a qual os agentes do negócio jurídico positivam por meio do exercício de suas autonomias privadas.

Disso resulta que, como já afirmado[287], os requisitos de validade ligados ao objeto buscam subtrair da autonomia privada regulamentações inexequíveis ou que possam atingir prejudicialmente terceiros.

No que tange ao objeto do negócio jurídico – diferentemente dos requisitos respeitantes à capacidade e à forma –, as restrições à autonomia privada que, quando descumpridas, levam à sua nulidade tutelam interesses que extrapolam o das partes, dizendo respeito diretamente a toda a sociedade.

É principalmente a partir da constatação de que as razões impositivas de limitações à autonomia privada se dividem entre as que dizem respeito às partes do negócio jurídico e as que dizem respeito a terceiros que se fundamenta a defesa da possibilidade de tratamento dogmático distinto, conforme a norma jurídica em análise tenha por objeto umas ou outras.

[287] Item 1.3 desta tese.

CAPÍTULO 3 – REGIME JURÍDICO DA INVALIDADE

3.1. A invalidade como causa de ineficácia

A ineficácia é uma característica de dado ato – ou, no caso da inexistência, da aparência de ato – jurídico preceptivo; é, portanto, um "sintoma" que impõe ao intérprete a análise de sua causa.

Para esta tese, o que importa é a análise da ineficácia por invalidade, o que, por razões que se evidenciarão, impõe uma abordagem, ainda que bastante superficial, do fenômeno da inexistência.

3.1.1. A ineficácia do ato jurídico

As categorias jurídicas da inexistência e da invalidade são próximas a ponto de terem levado e ainda levarem muitos autores a identificá-las ou, pelo menos, a negarem utilidade na diferenciação[288].

O que ambas têm em comum é a situação jurídica de ineficácia, a qual é consequência insofismável da inexistência e consequência potencial da invalidade.

A ineficácia é a situação jurídica que se caracteriza em razão de um ato jurídico preceptivo não produzir, ou não produzir de algum modo, seus efeitos típicos.

A situação jurídica de ineficácia pode ser classificada a partir de, pelo menos, dois critérios: (i) quanto à extensão da ineficácia e (ii) quanto à causa da ineficácia.

[288] Martinho Garcez, por exemplo, afirma que a expressão "nulo de pleno direito" traduz-se em nosso direito do mesmo modo que a palavra "inexistente" no direito francês. GARCEZ, Martinho. *Nullidade dos actos jurídicos.* v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1910, p. 18. No mesmo sentido: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 291-292; FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 311; TARTUCE, Flavio. *Direito civil.* v. 1. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 432.

Pelo primeiro critério, isto é, quanto à extensão da ineficácia, ela pode ser: (a) total, na hipótese em que o ato jurídico preceptivo não produz qualquer de seus efeitos típicos, ou parcial, quando o ato jurídico preceptivo produz algum ou alguns dos seus efeitos típicos; (b) absoluta, quando a ineficácia, total ou parcial do ato jurídico preceptivo, é *erga omnes*, ou relativa, quando a ineficácia, total ou parcial do ato jurídico preceptivo, atinge algum ou alguns sujeitos de direito apenas.

Pelo segundo critério, isto é, quanto à causa da ineficácia, ela pode ser (a) por inexistência do ato jurídico preceptivo cuja aparência se tem em vista; (b) por invalidade do ato jurídico preceptivo; (c) por falta de legitimação para a prática do ato jurídico preceptivo; e (d) por ausência de fator de eficácia, como o evento futuro e incerto, no caso de condição suspensiva; o advento do termo, quando inicial; a averbação junto à matrícula do imóvel, quando se busca a oponibilidade de certas situações jurídicas de direito pessoal contra terceiros, por exemplo, a "cláusula de vigência" do contrato de locação nos termos do artigo 8º da Lei nº. 8.245/1991.

Como se demonstrará, defende-se nesta tese que o ato preceptivo inválido ordinariamente produz efeitos típicos – ainda que se trate de nulidade – os quais, no entanto, são tendencialmente sujeitos à cassação retroativa.

Sendo a invalidade uma das hipóteses de supressão retroativa da eficácia de ato jurídico preceptivo, é necessário buscar uma sistematização a mais coerente possível do fenômeno da ineficacização ou deseficacização, como preferem alguns[289].

Por ineficacização, quer-se significar o fenômeno de supressão retroativa da eficácia de dado ato preceptivo, excluindo-se do sentido da expressão o fenômeno da simples cessação da eficácia, por exemplo, por meio do distrato ou da resilição unilateral.

São hipóteses de ineficacização, além da invalidação[290], a resolução do negócio jurídico e, em algumas hipóteses, a revogação[291].

[289] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia. 1ª Parte. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 68.

A doutrina costuma diferenciar as causas da invalidade das causas da resolução, identificando, contudo, os efeitos de ambas.

Neste sentido, Orlando Gomes assevera que:

> "(...) A *anulação*, assim como a *resolução* tem efeito retroativo. Tudo o que foi executado anteriormente desaparece como se o contrato jamais tivesse existido"[292].

Ruy Rosado de Aguiar Júnior[293], após assemelhar as categorias no que tange à produção de efeitos retroativos, distingue-as apenas afirmando que a invalidade se refere ao sinalagma genético, enquanto a resolução, ao sinalagma funcional.

Quanto à eficácia da resolução em relação a terceiros, mais especificamente no que tange à possibilidade, ou não, de a eficácia restitutória da resolução atingir terceiros, a doutrina costuma distinguir entre eficácia obrigacional e eficácia real da resolução.

Por eficácia obrigacional, busca-se remeter à situação jurídica do terceiro cuja posição jurídica, derivada do contrato resolvido, é de natureza pessoal.

Araken de Assis defende que o terceiro, nesse caso, sofre os efeitos da resolução do contrato, perdendo, por conseguinte, a posição jurídica ativa que adquirirá,

---

[290] Deixa-se de incluir a rescisão por entender-se, com Orlando Gomes, que é *nomen iuris* próprio de espécie de invalidação. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 227.

[291] Embora Pontes de Miranda afirme que a revogação retira do mundo jurídico sempre retroativamente, essa noção não parece ser exata. Na verdade, há casos, como o de mandato, em que a revogação não atinge os atos praticados anteriormente, e o de doação, em que a eficácia é *ex tunc*, mas reconhece os efeitos do uso e gozo da coisa, bem como o de eventual alienação a terceiro. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia. 1ª Parte. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59.

[292] GOMES, *op.* cit., p. 219-220.

[293] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 71-73. Em sentido semelhante, ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 83 a 86.

tendo, segundo ele, aplicação plena o aforismo *resolutio iure dandis, resolvitur ius accipientis*[294].

Já quando se trata da chamada eficácia real, esse autor, juntamente com parcela considerável da doutrina[295], reconduz a solução aos dispositivos que disciplinam a propriedade resolúvel, defendendo que, se houve inscrição no título de cláusula resolutiva expressa, o terceiro sofrerá as consequências da resolução, vindo a perder o direito subjetivo sobre a coisa; do contrário, terá incidência o artigo 1.360 do Código Civil e ele o conservará.

A solução é parcialmente correta, merecendo, no entanto, temperamentos. O que define se a posição jurídica do terceiro será ou não afetada pela resolução do contrato do qual derivou não é sua natureza pessoal ou real, mas sim sua relação com a posição jurídica do figurante do contrato resolvido.

Três hipóteses podem se apresentar, sendo que apenas nas duas primeiras a solução do autor se afigura correta: (i) a posição jurídica do terceiro consiste em integrar a relação jurídica que teve por fonte o contrato; (ii) a posição jurídica do terceiro é dependente da manutenção da posição jurídica do figurante do contrato; (iii) a posição jurídica do terceiro é derivada do contrato, mas dele se autonomiza.

Na primeira hipótese, a posição jurídica do terceiro tem por causa imediata o contrato, razão pela qual sua ineficacização – entendida como cessação retroativa de efeitos – o atinge[296]. Esta solução é a que se impõe, na medida em que, nestes casos, o terceiro submete-se a preceito negocial de que não fora o autor e de cuja manutenção

---

[294] ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 159. No mesmo sentido, GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 210.

[295] TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Ação resolutória. In: *Enciclopédia Saraiva de direito.* Rubens Limongi França (coord.). v. 3. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 543; MENDONÇA, Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações.* v. 2. 3. ed. aum. e atual. por J. M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1938, p. 331.

[296] Em sentido contrário, Penteado defende que a regra é a imunização do terceiro, parte apenas da relação jurídica, contra os vícios da formação do contrato. Esta regra cederia, segundo ele, quando as exceções derivassem do próprio conceito de relação jurídica, por exemplo, a exceção de contrato não cumprido. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 47-48.

Pelas razões a seguir expostas, discorda-se do autor.

eficacial sua posição jurídica depende, bastando que se imagine um contrato com estipulação em favor de terceiro cuja eficácia, após a anuência do terceiro, é cassada retroativamente por efeito da resolução em virtude do inadimplemento do estipulante.

Na segunda hipótese, a relação de dependência faz com que a ineficacização do contrato anterior implique a ineficacização do contrato posterior, bastando que se imagine a consequência da resolução de uma locação por inadimplemento sobre a sublocação.

Ainda nessa segunda hipótese, uma outra situação de dependência, menos intensa, verifica-se quando o segundo contrato não é acessório do primeiro, porém pressupõe que um de seus figurantes conserve posição jurídica ativa dele derivada. Imagine-se que durante a vigência de compromisso de compra e venda o promissário comprador dê o imóvel em locação para terceiro. A manutenção desta locação, à evidência, pressupõe que o promissário vendedor mantenha em sua esfera jurídica a faculdade de ceder o uso do bem a terceiro, o que implica afirmar a contaminação eficacial da locação pela resolução do compromisso de compra e venda.

Finalmente, na última hipótese, a posição jurídica do terceiro é derivada do contrato na medida em que ele a recebeu de um dos figurantes, porém não guarda qualquer dependência com ele.

Nessa hipótese, a independência do direito subjetivo do terceiro em relação ao contrato que se pretende resolver imuniza sua posição jurídica, como corolário mesmo da relatividade dos contratos. Tal imunização é fruto da independência da posição jurídica do terceiro em relação ao contrato, e não da natureza jurídica do direito subjetivo de que é titular. Em sendo titular de direito real, realmente têm aplicação os artigos 1.359 e 1.360 do Código Civil, mas isso porque a inscrição da condição ou do termo no título (1.359) faz a posição jurídica do terceiro depender da relação jurídica contratual entre os figurantes, o que não se dá no artigo 1.360.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à relação jurídica de direito pessoal. Imagine-se que um ator cede, mediante remuneração, seus direitos de imagem à emissora

x, a qual cede-os à emissora y. Caso a emissora x deixe de pagar e o ator busque a resolução, não parece defensável que a resolução atinja os direitos da emissora y.

Parece, portanto, que para que o terceiro venha a sofrer as consequências da ineficacização por resolução é necessário que sua posição jurídica seja dependente da posição jurídica de um ou de ambos os figurantes, dependência esta que pode ser natural – como nos casos do contrato em favor de terceiro; locação e sublocação – ou convencional, quando as partes incluem cláusula com efeitos perante terceiro ou quando o terceiro anua com cláusula aposta pelas partes.

Quanto à ineficacização por resolução, a intangibilidade da esfera jurídica do terceiro[297] é a regra[298], corolário da relatividade dos efeitos contratuais fundada na autonomia privada[299], sendo a exceção vinculada a um fator de dependência entre a posição jurídica do terceiro e a do figurante ou dos figurantes cujo contrato resolver-se-á, sem o que não há contágio eficacial.

Essa solução, contudo, não pode ser simplesmente extrapolada para o caso de ineficacização por invalidade. Embora, como visto, a doutrina em geral identifique os efeitos da ineficacização por resolução com os efeitos da ineficacização por invalidade, diferenciando-as apenas quanto à causa – porém sem especificar a influência da diferenciação –, é justamente a causa eficiente[300] da ineficacização que deve ser levada em conta para fins de avaliação da posição jurídica do terceiro.

Com efeito, o ponto de partida para organização dogmática de uma solução acerca dos efeitos da ineficacização de relação jurídica sobre direitos de terceiro que dela derivaram parece ser a do *locus* do fator autorizador da ineficacização, é dizer se no sinalagma genético ou no sinalagma funcional.

---

[297] Marcos Bernardes de Mello fala em *princípio da incolumidade da esfera jurídica alheia*. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 202.

[298] Neste sentido, VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e Convalidação.* São Paulo: Max Limonad, 19[??], p. 70-71.

[299] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 230.

[300] Isto é, o que deu azo à ineficacização.

A diferença ressalta: quando a ineficacização tem por causa eficiente fator alocado no sinalagma funcional (plano da eficácia), a regra é a imunização da posição jurídica do terceiro, regra que cede diante da dependência (natural ou convencional) de sua posição jurídica com a posição jurídica dos figurantes do contrato (fonte do sinalagma funcional); quando a ineficacização tem por causa eficiente fator alocado no sinalagma genético, a tendência é a comunicação da deficiência aos adquirentes a título derivado.

A sucessão a título derivado se submete à regra de que ninguém pode transferir mais ou melhor direito do que possui[301], razão pela qual um direito subjetivo formado invalidamente – e não convalidado –, transmite-se invalidamente, com a consequência de o terceiro poder vir a sofrer as vicissitudes da ineficacização por invalidade.

Pese, no entanto, ser esta a regra, ela sofre temperamentos quando se trata de invalidade por anulabilidade, mercê do disposto no artigo 177 do Código Civil[302].

Com efeito, quando a norma dispõe que a *anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença* está a afirmar que o ato preceptivo anulável produz regularmente sua eficácia até que a sentença declare a invalidade e desconstitua retroativamente os efeitos por ele gerados.

Põe-se, portanto, a seguinte questão, *quid iuris* se antes da sentença de procedência um dos figurantes do ato preceptivo anulável transmitir o direito subjetivo a terceiro?

Pontes de Miranda responde pelo atingimento do direito de terceiro:

> "A anulação atinge, por vezes, interesses de terceiro. A sentença, constitutiva negativa, não desconstitui só entre as

[301] "*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*". Confira-se: MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e teoria da empresa.* v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 44-45.

[302] Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

> partes, - desconstitui e isso já importa em não ser. O não ser não é apenas entre os contraentes; é também entre os contraentes e terceiros.(...). Uma vez que a eficácia da anulação é *ex tunc*, tudo se há de restabelecer sem se atender ao que ocorreu no meio tempo. Assim, se um dos contraentes cedeu o crédito e notificou o devedor, essa notificação não exclui que a eficácia da sentença de anulação atinja a cessão de crédito (H. Dernburg, *Das Bürgeiliche Recht*, I, 396, nota 4). Se durante o tempo em que o negócio jurídico foi observado pelo que deu algum bem móvel ou imóvel, terceiro adquire, ao pedido de anulação se há de juntar o de decretação da anulação do título do terceiro (...). O terceiro pode opor usucapião ou outro modo originário de aquisição, segundo os princípios. Se o terceiro adquiriu o bem imóvel, pela transcrição, e o seu título não foi anulado, não se pode pensar em reivindicação"[303].

A solução, porém, não pode ser aceita integralmente. Com efeito, as hipóteses de anulabilidade são hipóteses de invalidade relativa, algo que não deve ser desconsiderado ao se averiguar sua oponibilidade a terceiros.

Ora, não haveria sentido em se afirmar que a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença se não fosse para reconhecer efeitos produzidos *medio tempore*, é dizer, entre a prática do ato e sua cassação.

Sobre os efeitos produzidos *medio tempore*, as lições de Manuel Augusto Vieira Neto merecem reprodução:

> "Os atos anuláveis, antes de julgados por sentença, são eficazes. A sentença produz efeitos, geralmente, entre as

[303] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 256-257. No mesmo sentido: GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos juridicos.* v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1910, p. 285; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 1. 8.ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 510.

> partes, *ex tunc* e completo; com relação aos terceiros, os efeitos quase sempre são *ex nunc*, de onde haver no decorrer do tempo uma cisão, o ato é eficaz até certo momento e ineficaz a partir deste momento"[304].

Veja-se que o autor reconhece a retroatividade da ineficacização por anulabilidade, ou seja, não afirma, *contra legem*, como fazem alguns[305] que a sentença produz efeitos *ex nunc* em se tratando de anulabilidade. Ao contrário, atendo-se ao texto da lei, faz a correta distinção entre a produção de efeitos entre as partes, aos quais a sentença cassa *ex tunc*, e a eficácia em face de terceiros produzida pelo ato preceptivo anulável entre sua existência e a sua retirada do mundo jurídico.

Parcela da doutrina busca proteger o terceiro contra a ineficacização por anulabilidade recorrendo à categoria da boa-fé. Neste sentido, por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves assevera justamente que a alienação a terceiro de boa-fé é hipótese de impossibilidade da restituição das partes ao *statu quo ante*, porém não fundamenta a afirmação, nem deixa claro se a conclusão é apenas para a anulabilidade ou se alcança também a nulidade[306].

Embora se concorde com a afirmação desse autor, ela não é óbvia – tanto que vozes autorizadas como as de Martinho Garcez, Pontes de Miranda e Serpa Lopes[307] são em sentido oposto –, exigindo, por isso, fundamentação.

Ao tratar do dolo e da coação, o Código Civil di-los inoponíveis *inter partes* quando praticados por terceiros com desconhecimento da parte beneficiada[308], é dizer,

---

[304] VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e Convalidação.* São Paulo: Max Limonad, 19[??], p. 83.

[305] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 445.

[306] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 485.

[307] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 256-257. No mesmo sentido: GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos juridicos.* v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1910, p. 285; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 1. 8.ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 510.

[308] Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou; Art. 154. Vicia o negócio

nestes casos o negócio jurídico não será invalidado em homenagem à boa-fé da contraparte.

Neste sentido, Clóvis Bevilaqua ensina que:

> "O dolo do estranho vicia o ato, se, sendo principal, era conhecido de uma das partes, e esta não advertiu a outra, porque, neste caso, aceitou a maquinação, dela se tornou cúmplice, e responde por sua má fé"[309].

Esses artigos, é verdade, não estão a afirmar que há anulabilidade, porém inoponível à contraparte, mas sim que nesses casos não haverá anulabilidade. No entanto, deles decorre clara proteção à contraparte de boa-fé, a qual não será atingida por conduta ilícita à qual não aderiu.

Se o Código Civil protege a contraparte de boa-fé, *a fortiori* terceiros estranhos à relação anulável devem ser protegidos, ainda que com uma nota diferenciadora fundamental: o negócio será invalidado, porém a aplicação do artigo 182 do Código Civil não atingirá o terceiro de boa-fé, restando à parte prejudicada a indenização pelo equivalente.

De todos os defeitos do negócio jurídico, a fraude contra credores é a que mais diretamente envolve terceiros, razão pela qual o Código Civil houve por bem disciplinar expressamente a proteção de terceiros de boa-fé.

Com efeito, há dois artigos que protegem o terceiro de boa-fé contra a eficácia da invalidação por fraude contra credores, quais sejam o artigo 159 e o artigo 161[310]. O artigo 159, *a contrario*, determina que não serão anuláveis os contratos onerosos

---

jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.

[309] BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* v. 1. 11. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 275.

[310] Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante; Art. 161. A ação, nos

do devedor insolvente com quem não sabia e nem podia saber de sua insolvência. Já o artigo 161, também *a contrario*, estabelece a ilegitimidade passiva *ad causam* para a ação anulatória do terceiro adquirente de boa-fé.

A análise conjunta de ambos os dispositivos conduz à conclusão de que, em se tratando de disposição onerosa pelo devedor insolvente, não haverá anulação do ato, a não ser que a contraparte soubesse ou devesse saber da situação de insolvência do alienante. Quanto ao subadquirente, ele apenas poderá ser réu da ação anulatória, sofrendo seus efeitos, se sabia da origem fraudulenta de seu direito, do contrário, não.

Neste sentido, Alvino Lima ensina que "só a boa-fé do terceiro, como crença razoável na legitimação, na lealdade, na correção do seu ato, pode paralisar a ação revocatória"[311].

Ora, se diante de categoria jurídica cuja estrutura é voltada para o desfazimento de alienações e remissões, é dizer, de atos jurídicos preceptivos que necessariamente envolvem terceiros – entendidos aqui como sujeitos de direito diversos do credor e do devedor fraudador –, o Código Civil expressamente tutela o terceiro de boa-fé, *a fortiori* deve fazê-lo nos casos em que o envolvimento de terceiros é acidental.

Isso porque não há sentido algum em se proteger o subadquirente de bem em cadeia dominial eivada do vício da fraude contra credores e deixar sem proteção o subadquirente de bem em cadeia dominial eivada do vício de erro ou dolo, por exemplo.

Tratando do terceiro que negocia com a vítima do erro, Silvio Rodrigues ensina que:

> "Se o Código Civil, a cada passo, proclama a importância que lhe merece no contrato a boa-fé do terceiro, se não raro ele abandona o rigorismo a que o levaria a consequência lógica

casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

[311] LIMA, Alvino. *Fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 156.

> de suas premissas, em respeito à segurança das relações jurídicas, seria inconsequente imaginar que a regra do artigo 86 do Código Civil se divorciou dessa orientação. Não é crível que, ao preceituá-la, quisesse o legislador manter-se indiferente às funestas consequências que poderiam decorrer de uma aplicação literal de seus termos. Assim, parece-me, ela deve ser interpretada de modo a não permitir que se estabeleça uma situação de insegurança na vida social, capaz de decepcionar a boa-fé do terceiro que nela, com razão, confiou"[312].

A solução em sentido contrário, é dizer, no sentido de permitir que a ineficacização por anulabilidade atinja o terceiro, além de ignorar que o ato anulável produz regularmente seus efeitos até que sobrevenha a sentença de invalidação, acarreta insuportável instabilidade no tráfego negocial na medida em que toda e qualquer aquisição a título derivado poderá ser atacada, independentemente da boa-fé do alienatário.

O Código Civil estabelece regime jurídico distinto conforme o direito adquirido por terceiro seja sobre coisa móvel ou imóvel[313], mas não estabelece regra expressa acerca da aquisição de direitos pessoais, razão pela qual a solução deve ser reconduzida à regra geral de proteção do terceiro de boa-fé.

3.1.2. Distinção entre invalidade e inexistência

A situação jurídica de invalidade é consequência de um processo de qualificação normativa de ato jurídico preceptivo, designadamente de atos jurídicos em sentido estrito ou negócio jurídico.

---

[312] RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento.* 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 67. As conclusões do autor são extrapoláveis às outras hipóteses de anulabilidade, em virtude da identidade de razões para tanto.

[313] *Vide* item 3.4, a respeito do princípio do *favor negotii*.

A invalidade é a qualidade do ato que se fez jurídico sem que se pudesse ter feito. Disso decorrem várias consequências que ao intérprete não é dado ignorar, a começar pela distinção fundamental entre ato inválido e o não ato, dito inexistente.

Essa distinção é controvertida em doutrina, havendo tanto quem a tenha por inútil[314], como quem a repute fundamental e inegável[315].

Menezes Cordeiro, por exemplo, nega peremptoriamente não só a utilidade do conceito de inexistência, como chega a dizer que as hipóteses que o Código Civil português trata como sendo de inexistência devem ser enquadradas como nulidade sob pena de se cometerem injustiças[316].

Em sentido contrário, José de Oliveira Ascensão defende a utilidade do conceito justamente por perceber que o negócio jurídico nulo produz, sim, efeitos, o que, por impossível lógico, é impensável em se tratando de inexistência[317].

---

[314] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 291-292; FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 311; TARTUCE, Flavio. *Direito civil.* v. 1. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 432.

[315] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 15; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 29-30.

[316] "Em Portugal, a doutrina francesa da inexistência não penetrou com facilidade. GUILHERME MOREIRA considerava-a idêntica à nulidade; apenas no Direito da família admitiria, a título excepcional, a possibilidade da inexistência, como vício mais grave do que a nulidade. PIRES DE LIMA ia mais longe; mesmo no Direito do casamento, a nulidade seria suficiente para enquadrar todas as falhas. CUNHA GONÇALVES, no entanto, veio admitir, por nítido influxo francês, essa figura. RAÚL VENTURA votou contra a inexistência – que equipara à nulidade – e MANUEL DE ANDRADE a favor, limitando-a, embora, ao domínio do casamento. GALVÃO TELLES tomou posição contrária: os casos pretensamente apresentados como de inexistência legal ou de inexistência material – não há nada – ou de nulidade (absoluta). (...). A lei portuguesa distingue, no casamento, os vícios da inexistência e da anulabilidade: só assim não sucede porque o Código pretendeu deixar disponível a <<nulidade>> para os casamentos católicos – artigo 1647./3. Com esta prevenção, regresse-se à inexistência. Ela distinguir-se-ia da nulidade ou da anulabilidade por vedar, por completo, a produção de quaisquer efeitos. O casamento declarado nulo ou anulado produz efeitos entre os cônjuges de boa fé e os próprios terceiros – casamento putativo, artigo 1647.: aquele que acredita na aparência dum casamento não deve ser prejudicado pela ineficácia dele. Isso não sucederia com o casamento inexistente; a própria lei o afirma – artigo 1630./1. Porém, os vícios que conduzem à inexistência – artigo 1628. – não são de molde a questionar a aparência do casamento: a pessoa que, de boa fé, acredite nele, merece tanta tutela quanta a quem creia num casamento declarado nulo ou anulado. (...). Os pretensos casos de inexistência jurídica são, pois, casos, de nulidade, sob pena de gravíssimas injustiças, enquadradas por puros conceptualismos". CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português:* Parte Geral. v. 1. t. 1. Coimbra: Almedina, 2007, p. 865-867.

[317] "Digamos desde já que a distinção entre nulidade (que é a categoria que se situaria na fronteira) e inexistência não é um mero tema construtivo. É certo que se diz vulgarmente que o negócio nulo não produz efeitos nenhuns (<<nulo e de nenhum efeito>>). Mas, como veremos, a expressão é exagerada. Não se produzem os efeitos visados pelas partes, mas podem produzir-se outros. Pelo contrário, na inexistência há

Realmente, a distinção dogmática entre a inexistência e a nulidade só se justifica se se admitir que o ato jurídico preceptivo nulo produz ou pode produzir efeitos jurídicos, do contrário, a distinção seria, no mínimo, completamente inútil.

Contudo, não é o caso.

Que o ato jurídico preceptivo nulo produz ou pode produzir efeitos jurídicos é um dado da dogmática jurídica, o qual é demonstrado pela lei e pelo *quod plerumque fit* e, ademais, comprovado por parte da doutrina, ainda que minoritária[318].

Quanto à demonstração legal e cingindo-se ao ambiente normativo do Código Civil, provam-no dispositivos como: § 2º do artigo 167; parágrafo único do artigo 169; artigo 181; artigo 182; § 2º do artigo 1.245; e artigo 1.360.

Quanto ao que a experiência mostra, basta que se imagine a seguinte situação hipotética como protótipo de um sem-número de outras: uma pessoa maior, acometida por severa doença mental, é interditada e, após reconhecida judicialmente como absolutamente incapaz, celebra sem qualquer representação um contrato pelo qual se torna locatária de um imóvel. Durante cinco anos usufrui do imóvel e paga pontualmente os alugueres e demais encargos. Vencido o prazo do contrato, o locador ajuíza ação de despejo e o locatário, representado em juízo por seu curador, celebra acordo (transação judicial) e acaba por deixar o imóvel[319].

Parece muitíssimo difícil dizer que o contrato a que se fez referência não existiu ou que, tendo existido, não produziu efeitos jurídicos.

---

que ser radical. Nenhuns efeitos favoráveis se produzem. Os filhos nascidos de casamento inexistente não têm as vantagens dos nascidos em casamento putativo (art. 1630); o negócio inexistente não vale como justo título para efeito de usucapião; e assim por diante. Aqui não há meios termos. (...) Quer dizer que nesses casos não há nada, porque falta o mínimo de voluntariedade, ou a vontade ou a consciência da declaração, ou a exteriorização. Esse é o núcleo da inexistência". ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil:* teoria geral. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310-313.

[318] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 49; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 481; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*. Tese. São Paulo: FDUSP, 2001; GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das nulidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 167, dentre outros.

[319] Cesar Fiuza dá exemplo idêntico: FIUZA, César. *Direito civil*. 11. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 247.

Assim, esta tese parte da premissa fundamental de que o ato jurídico preceptivo nulo produz ou pode produzir efeitos jurídicos e que, diante desta constatação insofismável, põem-se ao intérprete questões as quais não se pode ignorar, tais quais a distinção entre ser nulo e não ser; o conceito de invalidade, os requisitos para que certo ato jurídico preceptivo possa ser invalidado, bem como as consequências resultantes da invalidação.

Por razão de ordem lógica, deve-se analisar primeiramente a questão relativa à distinção entre a situação jurídica do fenômeno que, apesar de jamais haver ingressado no sistema jurídico, aparenta tê-lo feito e a situação jurídica do fenômeno que ingressou no sistema jurídico, não obstante não pudesse tê-lo feito.

A Teoria do Direito, a partir de uma perspectiva normativa, estabeleceu o pressuposto para que dado fenômeno social passe a fazer parte do sistema social *Direito*: a incidência de norma jurídica sobre ele[320].

A categoria da incidência é, pois, a chave teórica para que se compreenda a relação entre o *não ser* e *o ser* jurídico e, consequentemente, para que se compreenda a distinção entre o simples *parecer ser jurídico* e o *ser jurídico sem que devesse ter sido*.

A fim de que sua autonomia seja mantida, o sistema jurídico necessita de estruturas exclusivamente suas de contato com os sistemas sociais circundantes. Dentre outras estruturas, a norma jurídica se sobressai. Isso porque cabe justamente à norma jurídica ser o canal de integração/transformação de fatos sociais em fatos jurídicos.

Com a incidência da norma jurídica sobre o fato, ocorrem duas consequências, as quais somente podem ser cindidas no plano mental: o fato recebe a qualidade de jurídico e passa a pertencer ao sistema jurídico[321].

---

[320] Todo o nosso entendimento acerca da incidência é baseado em Pontes de Miranda. Para uma análise mais profunda desse conceito: MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, p. 10-17. Para uma outra visão acerca do mesmo fenômeno, *vide*: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, Capítulo IX, item 5.

[321] Sobre a incidência, Pontes de Miranda ensinou que: "A regra jurídica lá está, despregado o cordão umbilical ao órgão legislativo, se o houve; se o não houve, o mecanismo foi mais rudimentar: fatos passados realizavam a norma, ao mesmo tempo que ela os regia (costume). Numa e noutra espécie, ocorridos certos

No momento, pois, em que ocorre, em um sistema social não jurídico qualquer, dado fato que estava já, abstratamente, previsto em uma norma, esta incide sobre ele – o qual recebe em doutrina, o nome de suporte fáctico, acarretando a dupla consequência a que se fez referência, isto é, o fato passa a existir para o sistema jurídico, passa a ser fato jurídico.

Contudo, o problema a que se deve enfrentar consiste em saber quais as consequências que há na hipótese em que, não obstante não haja incidência por insuficiência do suporte fáctico, haja uma aparência de incidência e, consequentemente, aparência de fato jurídico. A completa compreensão deste fenômeno é fundamental para que se afastem dogmas ilógicos, por serem contraditórios, como o de reconhecer a distinção entre inexistência e invalidade e, paradoxalmente, afirmar que a invalidade máxima (nulidade) impede que o ato assim qualificado produza efeitos.

Parte da doutrina[322] reputa a expressão *negócio jurídico inexistente* como contraditória, porém, conforme apontado por Dabus Maluf[323], ela pode ser adequadamente utilizada, desde que não se perca de vista que a expressão *inexistência* designa qualificação jurídica, e não um mero dado fático.

Seja como for, o que interessa para o sistema jurídico é a aparência de negócio jurídico, isto é, um fato que, embora jamais haja feito parte do ordenamento

---

fatos-conteúdo, ou suportes fácticos, que têm de ser regrados, a regra jurídica incide. A sua incidência é como a da plancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha". MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, p. 11.

A noção ponteana de incidência influenciou profundamente Lourival Vilanova, o qual, a partir dela, construiu todo seu sistema de pensamento. Ao explicar a relação entre a incidência e o processo de juridicização dos fatos, o autor ensinou que: "As normas têm incidência na multiplicidade de fatos que o sistema reputou juridicamente relevantes e que ocorrem ligados a pessoas, a tempo, e espaço. Daí sua incidência factual, pessoal, temporal e espacial. A incidência é uma técnica do direito, é seu modo de referir-se aos objetos e situações objetivas, através do pressuposto ou hipótese fáctica da norma. Se o fato que corresponde à hipótese normativa não se verificou, nenhuma relação jurídica propriamente (mesmo em sentido amplo) se deu. A norma permanece com seu <<status>> de proposição, numa relação de pertinência ao sistema, que também tem seu status, o de um conjunto de enunciados preceptivos da conduta humana. (...). O conceito de fato jurídico é conceito-limite. Fora do conjunto de fatos jurídicos, ali onde nenhuma norma alcance o fato para relacioná-lo com efeitos jurídicos, há fato juridicamente neutro, juridicamente irrelevante". VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 132 e 216.

[322] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63, nota 88.

[323] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*. Tese. São Paulo: 2001, p. 195.

jurídico, aparenta nele haver ingressado e, por isso, é potencialmente gerador de frustração de expectativas que podem ser consideradas juridicamente legítimas.

O tratamento desta questão deve ser realizado a partir da abordagem dogmática de duas teorias que se tangenciam: a do negócio jurídico inexistente e a da aparência. A primeira revela o que se entende por negócio inexistente; a segunda, em que circunstâncias uma expectativa frustrada pode ser considerada digna de tutela jurídica.

A doutrina que versou o tema da inexistência jurídica[324] aponta que foi Zachariae quem inaugurou a teoria dos atos inexistentes.

De fato, ao se consultar a obra do jurista alemão acerca do Código Civil Francês, encontra-se o esforço dogmático de construção da categoria jurídica da inexistência[325].

---

[324] *Ibid*., p. 11.

[325] Ao investigar a possibilidade do casamento de pessoas do mesmo sexo, o autor ensina que: "Em direito natural, o casamento implica na união carnal de duas pessoas de sexo diferente: Iure naturali non datur matrimonium sine copula carnali. O direito francês exige para a existência do casamento: 1º o consentimento das duas partes contratantes, isto é, o homem e a mulher, art. 146; 2º a observância de certas formalidades prescritas pela lei, art. 165 combinado com os arts. 75 e 170; 3º exige, ainda, que a prova do cumprimento dessas formalidades seja fornecida, em conformidade às disposições particulares da lei a este respeito, art. 194-200. Quando pelo menos uma dessas condições não for preenchida, o casamento é nulo de direito". VON LINGENTHAL, Karl Zachariae. *Le droit civil français*. 1er. tome. Annoté, rétabli et traduit par MASSÉ et VERGÉ. Paris: Auguste Durand, 1854, p. 165. Tradução livre.

Mais adiante, ressalta a importância de se diferenciarem as condições de existência das de validade para o casamento: "É da mais alta importância, não somente do ponto de vista puramente teórico, mas, ainda, sob o ponto de vista prático, distinguirem-se bem as condições essenciais do casamento das de validade. As primeiras dizem respeito à uma questão de fato, a questão de se saber se o fato que as leis qualificam como casamento realizou-se ou não; os segundos dizem respeito à uma questão de direito, a questão de saber se o casamento, existindo de fato, deverá ser considerado como válido ao direito: pergunta que não pode ser colocada a não ser quando já suposta a existência de um casamento, e, por conseguinte, também, a existência das condições essenciais de um casamento. Se as condições de validade estão faltantes, tal casamento deverá, ainda assim, ser considerado como válido provisoriamente, até quando a nulidade seja declarada pelo juiz em ação de nulidade dirigida contra o casamento. Se, ao contrário, uma única das condições essenciais vem a faltar, não há sequer casamento, e não há necessidade de recorrer a uma ação de nulidade. Pode-se, é verdade, em certos casos, embora as condições essenciais de um casamento não estejam presentes, ser necessário mover uma ação; isto acontece quando o casamento existe em aparência; por exemplo, quando ele resulta de um ato de casamento, em que uma pessoa não estava em condições físicas de declarar sua vontade, mas que ainda assim o fez. Mas, destarte, a questão não concerne à validade do casamento; mas apenas quanto a saber se um casamento foi, de fato, contraído. Segue-se disso que esta ação não está submetida aos princípios que regem a ação de nulidade. (...) Assim também dispõe a doutrina do direito canônico. Assim, por exemplo, o casamento contraído por uma pessoa demente ou que encontrava-se profundamente embriagada não é um casamento; mas há aí <<o impedimento quanto à loucura ou à embriaguez, C. 24, 10, De sponsalibus. >> Toda a dificuldade reside na determinação das condições essenciais, ou, o que dá no mesmo, nas condições de fato para um casamento. Embora os jurisconsultos pareçam admitir (digo pareçam porque suas opiniões não foram completamente desenvolvidas) que seja suficiente, para a essência do

Vê-se que o autor fornece bases sólidas para a discussão da questão da inexistência, a qual, como aponta Orlando Gomes, não vem recebendo o devido desenvolvimento em razão da resistência da doutrina[326].

Da afirmação segundo a qual do negócio jurídico inexistente não se pode, sem grave contradição lógica[327], esperar qualquer efeito, pois o que nunca foi não pode ser causa de nenhuma consequência, não decorre que a categoria dogmática *negócio jurídico inexistente* seja irrelevante para o sistema jurídico. Ao contrário, quando a aparência de negócio jurídico for tal que suscite justas expectativas, estas devem ser tuteladas, não porque o inexistente produziu consequências, mas porque o *valor confiança*, algo já pertencente ao sistema jurídico – nesta qualidade – deve ser tutelado.

Como já apontado, cabe à chamada teoria da aparência fornecer as bases conceituais necessárias para que uma dada expectativa baseada em negócio inexistente seja considerada juridicamente legítima e, portanto, digna de tutela.

Como revela a doutrina[328], a origem da proteção da aparência foi a boa-fé subjetiva. Esta categoria permite tutelar o investimento de confiança de quem está em uma

---

matrimônio, que um homem e uma mulher encontrem-se unidos por um ato de casamento; dentro deste sistema, uma vez que existe um ato de casamento, o casamento em si existe, e, então, não pode ser atacado a não ser por uma ação de nulidade e, por conseguinte, somente dentro dos casos especificamente determinados legalmente. Uma e outra opinião diferem entre si pelas suas consequências, particularmente no que concerne à interpretação do art. 146 combinado com o artigo 180. Diz o art. 146: << Não há, mesmo, casamento sem consentimento>>, enquanto que o art. 180 diz que o casamento pode ser atacado como nulo se o consentimento dos noivos não foi livre, ou se houve erro quanto à pessoa. De acordo com a nossa opinião, estes artigos tratam de dois casos diferentes: o art. 146 de uma condição fática do casamento, o consenso; o artigo 180 de dois impedimentos ao casamento, impedimenta vis et erroris (impedimentos por coação ou erro). Segundo opinião contrária, o art. 180 não faria mais do que determinar mais exatamente os casos nos quais, de acordo com o art. 146, o casamento pode ser atacado como nulo - ob deficientem consensum (devido a vícios de consentimento). Contudo, esta interpretação está, evidentemente, em desacordo com o teor literal do art. 180; e uma vez que, então, uma interpretação segundo a qual o casamento propriamente dito de uma pessoa incapaz devesse ser mantido, estaria esta posição de acordo com a intenção do legislador?". VON LINGENTHAL, Karl Zachariae. *Le droit civil français*. 1er. tome. Annoté, rétabli et traduit par MASSÉ et VERGÉ. Paris: Auguste Durand, 1854, p. 166, nota 3. Tradução livre.

[326] Inclusive, dele mesmo: GOMES, Orlando. *Introdução do direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 468. Em sentido contrário, MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades.* Tese. São Paulo: 2001, p. 104-120.

[327] Em que incidem todos que, como Menezes Cordeiro, reconhecem efeitos do inexistente.

[328] CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2011, p. 1234; MATTIA, Fábio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: HI, 1999, p. 161; LANDIM, Francisco. *O credor aparente*. São Paulo: HI, 1999, p. 214; KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 23.

situação jurídica ilícita, porém o ignora. Justamente quanto às aparências que tenham repercussão humana é que a dogmática deve se voltar a fim de fornecer critérios operacionais, isto é, capazes de guiar o intérprete acerca da decisão de qualificar dada situação aparente como merecedora ou não de tutela[329].

Por ora importa reter que a inexistência é categoria dogmática fundamental, pois se presta, no mínimo, para estabelecer a fronteira entre o que é ou não jurídico e para afastar por completo o recurso à construção teórica da aparência quando estiver em questão negócio jurídico nulo, pois, então, estar-se-á diante de algo que é, que existe, e não do que meramente aparenta ser. Com isso evitam-se os prejuízos advindos das distorções categoriais.

3.2. Conceito e classificação da invalidade

Fixada a noção de que a invalidade é qualidade jurídica do ato de autonomia privada que, embora em contrariedade ao sistema jurídico, fez-se jurídico, cumpre precisar seu conceito e proceder à sua classificação.

Embora rejeitando o nome "aparência", Menezes Cordeiro ensina que: "A confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela. Rejeita-se, para traduzir a realidade em causa, a locução <<aparência>>, corrente na literatura alemã do começo do século e mantida, até hoje, no espaço latino: apenas interessa considerar a aparência que tenha repercussões humanas, enquanto, por outro lado, ela não é necessária para provocar a adesão a representações que constitui o cerne do tema em causa". CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1234.

[329] Neste esforço dogmático fundamental, Vicente Ráo sistematizou os requisitos para que a aparência produza efeitos, é dizer, para que o investimento de confiança seja tutelado. Segundo o autor: "A aparência de direito se caracteriza e produz os efeitos que a lei lhe atribui, somente quando realiza determinados requisitos objetivos e subjetivos. São seus requisitos essenciais objetivos: a – uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestadamente a apresentem como se fora uma segura situação de direito; b – situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; c – e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora legitimo, ou o direito como se realmente existisse. São seus requisitos subjetivos essenciais: a) a incidência em erro de quem, de boa fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera; b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu. Como se vê, não é apenas a boa fé que caracteriza a proteção dispensada à aparência de direito. Não é, tampouco, o erro escusável, tão somente. São esses dois requisitos subjetivos inseparavelmente conjugados com os requisitos objetivos referidos acima – requisitos sem os quais ou sem algum dos quais a aparência não produz os efeitos que pelo ordenamento lhe são atribuídos. O fundamento da aparência assim caracterizada vem a ser, pois, a necessidade, de ordem social, de se conferir segurança às operações jurídicas, amparando-se, ao mesmo tempo, os interesses legítimos dos que corretamente procedem". RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 24.

A invalidade é a consequência[330] do exercício irregular da autonomia privada, seja por irregularidade em seu conteúdo, seja por irregularidade no modo pelo qual foi exercida.

No primeiro caso, dá-se que a autonomia privada foi exercida sobre objeto que não poderia alcançar; no segundo, ou porque foi exercida por quem não tinha a capacidade (incluídas a consciência e a liberdade) de fazê-lo diretamente, ou porque seu exercício se exteriorizou de forma indevida.

Conteúdo e modo, então, são as balizas que pautam o exercício da autonomia privada e que, quando desrespeitadas, ensejam a incidência de normas que, ao mesmo tempo em que dão entrada à manifestação de vontade no mundo jurídico – tornando-o ato jurídico preceptivo –, qualificam-no como inválido.

A invalidade, entendida como a qualidade do ato jurídico preceptivo que, não obstante não devesse pertencer ao sistema jurídico, dele faz parte, é gênero composto de duas espécies: a nulidade e a anulabilidade.

Cumpre esclarecer que as invalidades podem ser classificadas sob vários critérios. Na doutrina brasileira, a adoção do critério dualista para as invalidades, dividindo-as em nulidades e anulabilidades, tal qual disposto no Código Civil, é majoritária, tendo sido adotada, por exemplo, por Clóvis Beviláqua[331], Pontes de

[330] Dentre os autores que afirmam ser a invalidade espécie de sanção a descumprimento de preceito normativo, encontram-se: BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 1. 11. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 331; GOMES, Orlando. *Introdução do direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 472; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 591; MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p.193; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 478; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese. São Paulo: 1986, p. 109; MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*. v. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil.* v. 1. São Paulo: Atlas, 2013, p. 505; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 554; VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 22; ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 358. Contra a classificação das nulidades como sanções: HART, H. L. A. *O conceito de direito*. trad. por Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 37-38.

[331] BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1980, p. 262-263.

Miranda[332], Silvio Rodrigues[333], Washington de Barros Monteiro[334], Orlando Gomes[335], Caio Mário da Silva Pereira[336], Maria Helena Diniz[337], Paulo Lobo[338], Christiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald[339], Carlos Roberto Gonçalves[340], Alexandre Guerra[341] e Flávio Tartuce[342].

Estes autores concordam quanto às distinções entre anulabilidade e nulidade, no que diz respeito: (i) ao interesse envolvido – privado, na anulabilidade, e público, na nulidade; (ii) à possibilidade de confirmação e convalidação do negócio jurídico anulável, negando-a ao negócio nulo; (iii) à sujeição a prazo decadencial – pela negativa, quanto aos negócios nulos, e pela positiva, quanto aos negócios anuláveis[343]; (iv) à cognoscibilidade – *ex officio*, do negócio nulo, e mediante provocação, do negócio anulável; e (v) à legitimidade para alegá-las – apenas aos interessados prejudicados, no caso de anulabilidade, e a todos os interessados, além do Ministério Público, quanto às nulidades.

Quanto aos efeitos, os autores dividem-se. Todos admitem que a declaração de nulidade possui efeitos *ex tunc* e *erga omnes*.

---

[332] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 31.

[333] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 284-290.

[334] MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil.* v. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328.

[335] Orlando Gomes chega a utilizar as expressões nulidade de pleno direito e dependente de rescisão, mas para se referir, respectivamente, às nulidades e anulabilidades. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 432-434. O autor fez uma crítica expressa à classificação em nulidades relativas e absolutas, ao afirmar ser contraditório dizer que um negócio jurídico possa ser eficaz entre as partes e ineficaz apenas com relação a certos terceiros. *Ibid.*, p. 433.

[336] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 443-447.

[337] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* v. 1. 31. ed. São Paulo: 2014, Saraiva, p. 604-605.

[338] LOBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 279.

[339] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil:* teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 608.

[340] O autor identifica as nulidades absolutas com o nulo e as relativas com o anulável. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 478-479.

[341] Alexandre Guerra critica o emprego da nulidade de pleno direito ao dizer que qualquer nulidade depende de declaração judicial. GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das nulidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 123.

[342] TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: lei de introdução e parte geral. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 452.

[343] Ressalvando Maria Helena Diniz e Washington de Barros Monteiro que admitem a sujeição a prazo decadencial até mesmo para se alegar a nulidade de um negócio jurídico, desde que o prazo seja o maior previsto em lei.

Entretanto, quanto à anulabilidade, Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves e Flávio Tartuce alegam ter efeitos *ex nunc* e *inter partes*[344]. Por outro lado, Clóvis Beviláqua, Washington de Barros Monteiro, Orlando Gomes, Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves de Farias e Alexandre Guerra[345] apontam que os efeitos, também para a anulabilidade, são *ex tunc* e *erga omnes*[346]. Por fim, Paulo Lobo afirma que a nulidade possui uma ineficácia absoluta, *ex tunc*, ao passo que a anulabilidade, uma ineficácia relativa, sendo possível a desconstituição apenas *ex nunc*, quando recomendável[347].

Há ainda outros doutrinadores que partem da classificação dualista, porém apresentam uma subdivisão das nulidades em absolutas e relativas; por exemplo, Marcos Bernardes de Mello[348], Antonio Junqueira de Azevedo[349], Francisco Amaral[350], Zeno Veloso[351], Rosa Nery e Nelson Nery Jr.[352].

Marcos Bernardes de Mello aglutina os critérios (i) do interesse – privado ou de ordem pública –; (ii) da legitimidade para arguir a nulidade; e (iii) da necessidade de

[344] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 287; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 445; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 604. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 484; TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. 1. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 452.

[345] GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das nulidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 128.

[346] BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1980, p. 265; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 278; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 433-435; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 605.

[347] LOBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 279.

[348] Marcos Bernardes de Mello adota apenas a distinção entre nulidades de pleno direito e dependentes de julgamento. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97.

[349] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986, p. 111.

[350] AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 560.

[351] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 313-314.

[352] Com relação às nulidades relativas e absolutas: NERY, Rosa; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil*. v. 1. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 225. Quanto às nulidades dependentes de sentença e de pleno direito: *Ibid.*, p. 240-241.

dilação probatória sob uma mesma divisão, qual seja entre nulidades de pleno direito e nulidades dependentes de alegação[353].

Para Mello, as nulidades de pleno direito caracterizar-se-iam por (i) serem estabelecidas num interesse de ordem pública; (ii) poderem ser alegadas por qualquer interessado e pelo Ministério Público; e (iii) operarem *ipso iure*. Já as nulidades dependentes de alegação seriam (i) dispostas no interesse privado; (ii) podendo ser alegadas apenas pelo interessado; e (iii) dependeriam de provimento judicial[354].

Antonio Junqueira de Azevedo afirma que o Código Civil não foi criterioso ao estabelecer a distinção entre atos nulos e anuláveis. O autor ensina que essa distinção deveria basear-se nos efeitos, isto é, seria nulo o ato que não produzisse efeitos *ab initio*, anuláveis aqueles com efeitos provisórios[355].

Portanto, para Antonio Junqueira de Azevedo, a análise das nulidades deve ser feita de maneira casuísta. Os atos nulos poderão, destarte, ser casos de nulidades absolutas, de pleno direito (ou manifestas), ou, ainda, que não produzam quaisquer efeitos. A nulidade poderá, ainda, reunir duas ou mais dessas qualidades.

O ato anulável, para Antonio Junqueira de Azevedo, por sua vez, poderá ser hipótese de nulidade relativa, dependente de sentença ou cujos efeitos sejam provisórios. Mais uma vez, a anulabilidade também pode reunir, no sistema disposto pelo Código Civil, dois ou mais desses atributos[356].

Rosa Nery e Nelson Nery Jr. admitem utilidade para a classificação em nulidades absolutas e relativas, de acordo com o critério da legitimidade para alegar cada

[353] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 288.
[354] *Ibid*., p. 289-290.
[355] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986, p. 111.
[356] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986, p. 111.

uma e, também, para a classificação em nulidades dependentes de alegação e de pleno direito, com base na necessidade ou não de pronunciamento judicial[357].

Zeno Veloso [358] reputa a nulidade relativa como um *tertium genus*, uma subdivisão das nulidades, ou seja, além das anulabilidades, haveria as nulidades absolutas e as relativas. As primeiras alegáveis por qualquer interessado e cujos efeitos seriam *erga omnes*; as últimas alegáveis apenas por pessoas determinadas e com efeitos restritos a quem as alegar.

Por fim, Francisco Amaral utiliza a classificação quanto à legitimidade para alegar a nulidade como subdivisão das nulidades. Assim, num primeiro plano, as invalidades dividir-se-iam em nulidades e anulabilidades. As primeiras, por fim, subdividir-se-iam em nulidades absolutas e relativas[359].

Em que pesem todas as distinções que a doutrina estabeleceu entre as espécies nulidade e anulabilidade, a única diferença fundamental entre elas é que o ato jurídico preceptivo nulo é tendencialmente instável, enquanto o ato jurídico preceptivo anulável é sempre estabilizável. Todas as demais distinções apontadas pela doutrina são corolários mais ou menos exatos dessa diferença estrutural[360].

Quanto ao que define se dado ato jurídico preceptivo deve ser qualificado como nulo ou anulável, afirma-se, renunciando-se a qualquer ontologismo não-científico, que esta qualificação é puramente normativa e, por isso, altamente variável.

---

[357] NERY, Rosa; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil*. v. 1. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 240-241.

[358] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 110.

[359] AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 560

[360] MICHELON JUNIOR, Cláudio. *Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 40, 1998, p. 67-68.

Deve-se, portanto, afastar, por imprecisas, clivagens que fazem referência a normas de ordem pública ou normas dispositivas[361]. Estas categorias normativas nada têm a ver com a qualificação de um ato jurídico preceptivo como nulo ou anulável.

Prova-o um exercício lógico simples: se é verdade que o exercício da autonomia privada em contrariedade à norma dita de ordem pública acarreta a nulidade do ato jurídico preceptivo resultante, nem toda nulidade é resultado dessa contrariedade[362].

Com relação à anulabilidade, é errado afirmar que seja consequência do exercício da autonomia privada em contrariedade à norma dispositiva ou a normas que só digam respeito aos interesses das partes envolvidas.

Não parece possível supor que alguém possa renunciar antecipadamente à alegação de invalidade por erro, dolo, coação ou mesmo imaginar que dissuadir – por meio da positivação de normas que acarretam anulabilidade – a violência, a fraude contra credores, o ardil, o aproveitamento deliberado e malicioso da vulnerabilidade alheia seja algo que não extrapole os interesses das partes envolvidas para, de maneira geral, tutelar o tráfego negocial.

O recurso indevido à categoria da norma jurídica de ordem pública como marco distintivo entre a nulidade e a anulabilidade tem sido fonte de vários equívocos[363].

Conforme afirmado, a diferença fundamental entre a nulidade e a anulabilidade consiste na maior ou menor instabilidade do ato jurídico preceptivo inválido.

A nulidade acarreta tendencial instabilidade definitiva do ato jurídico preceptivo, isto é, ele poderá a qualquer tempo ser retirado do mundo jurídico e ter seus

[361] Dentre os autores que distinguem as nulidades das anulabilidades por meio do interesse protegido, além dos que já foram acima citados, incluem-se também: MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 184; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. vol. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 503; GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*. Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896, p. 45 e nota 75; ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 374-375.

[362] Basta que se tome o artigo 109 do Código Civil como exemplo.

[363] Dentre os quais o mais relevante é o que resultou em se tomarem por sinônimas as expressões *nulidade* e *nulidade absoluta*; e *anulabilidade* e *nulidade relativa*.

efeitos cassados. Já a anulabilidade implica sempre instabilidade temporária do ato jurídico preceptivo, é dizer, presentes certos requisitos – fundamentalmente, o decurso do tempo e a ratificação – ele se consolida no mundo jurídico e seus efeitos passam a ser imunizados contra a cassação por invalidade.

A doutrina, de modo geral, costuma afirmar que o ato jurídico preceptivo nulo não produz efeitos e, como exceção, aponta o casamento putativo, o qual, não obstante nulo, produz efeitos jurídicos[364].

3.2.1. Distinção entre efeitos do negócio jurídico nulo e efeitos da nulidade

Embora a afirmação de que o negócio jurídico nulo não produz efeitos seja quase unânime, não está correta. Ela parte de premissa falsa e, por isso, produz resultado negado pelo conjunto normativo constante do Código Civil, razão pela qual pode ser qualificada como dogmaticamente errada.

Da análise das normas do Código Civil, decorre que, em regra, o ato jurídico preceptivo nulo produz os efeitos visados pelas partes, os quais, não obstante, podem ser cassados a qualquer tempo[365]. Quando o Código Civil quer negar a produção desses efeitos em razão da nulidade, é expresso neste sentido.

Analisando-se os artigos do Código Civil que direta ou indiretamente (nulidade virtual) impõem a sanção de nulidade, pode-se fazer a seguinte distinção: como eficácia de ato jurídico preceptivo nulo surgem posições jurídicas ativas e passivas. Quando o exercício da posição jurídica ativa não depende de intervenção estatal, judicial ou extrajudicial, a regra é a de que o ato jurídico preceptivo nulo produza todos os seus efeitos regulares até que seja decretada sua invalidade e seus efeitos cassados. Quando, no

[364] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 445; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. v. 1. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 286; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 484.

[365] Nesse sentido: GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das nulidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 140.

entanto, o exercício da posição jurídica ativa depende daquela intervenção, a nulidade o impede, o que consequentemente significa sua ineficácia.

Como exemplo da primeira situação, pode-se apontar as invalidades dos contratos que acarretaram troca de prestação entre as partes ou que, sendo associativos, tiveram seus instrumentos levados a registro no órgão próprio e, com isso, acarretaram o surgimento de pessoa jurídica.

Como exemplo da segunda situação, pode-se apontar a renúncia antecipada de direitos (*rectius*: posições jurídicas ativas) quando há norma jurídica que a proíba.

Comum a ambas as situações é a consequência da decretação de nulidade, a qual acarretará a retirada do ato jurídico preceptivo do mundo jurídico *como se* jamais houvesse existido.

O que caracteriza o casamento putativo, assaz utilizado como exemplo de negócio jurídico nulo que produz efeitos, é justamente o fato de sua invalidade acarretar a ineficacização *ex nunc*, isto é, mantendo-se todos os efeitos por ele gerados até a decretação de invalidade.

Disso decorre que o casamento putativo não se diferencia dos demais atos jurídicos preceptivos nulos porque produz efeitos, mas, antes, porque os efeitos que produz ficam imunizados contra a ineficacização típica da decretação de invalidade.

Portanto, pretender diferenciar a invalidade por anulabilidade da invalidade por nulidade a partir, respectivamente, da produção ou não de efeitos jurídicos é vício lógico consistente em utilizar, na distinção, apenas o gênero próximo, ignorando a diferença específica.

A diferença que se tomará por base para se diferenciar a invalidade em nulidade e anulabilidade é, como já se disse, a maior ou menor estabilidade do ato jurídico preceptivo inválido no mundo jurídico.

3.2.2. Nulidade

A nulidade é a sanção mais radical imposta pela ordem jurídica em razão do exercício irregular da autonomia privada quando dirigida à criação de norma jurídica privada.

Ao tratar da nulidade, como visto anteriormente, a doutrina costuma apontar como características do ato jurídico preceptivo nulo – justamente para diferenciá-lo do anulável – a ausência de produção de efeitos jurídicos ou, ao menos, dos efeitos jurídicos pretendidos pelo agente ou pelos agentes, a possibilidade de ser alegada por qualquer interessado e a impossibilidade de o ato nulo convalescer pelo decurso do prazo ou ser confirmado pelas partes diretamente ou por intervenção judicial.

Essas características, embora em sua maior parte encontrem algum respaldo legal, muitas vezes são elevadas à categoria de axiomas da nulidade, levando o intérprete a repeti-las sem considerar as distinções que o próprio sistema normativo – designadamente o Código Civil – traça.

A nulidade admite classificações, as quais influenciarão sobremaneira a solução de casos concretos, sendo certo que sua desconsideração tem levado a doutrina brasileira a fazer afirmações sem respaldo no Código Civil.

A classificação da nulidade que interessa a esta tese parte dos seguintes critérios: (i) quanto à titularidade do interesse diretamente tutelado pela norma jurídica que, violada, ensejou a nulidade e (ii) quanto à necessidade ou não de dilação probatória para aferição da nulidade.

Quanto à titularidade do interesse tutelado pela norma jurídica cuja violação ensejou a nulidade, a nulidade pode ser classificada em nulidade relativa e nulidade absoluta[366]. A nulidade será relativa quando o interesse tutelado pela norma jurídica

[366] Para uma análise da distinção – ainda que diretamente relacionada ao direito positivo francês – entre nulidades absolutas e relativas mediante outro critério que não o do interesse, conferir: CUMYN, Michelle. *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité*: étude historique et comparée des nullités contractuelles. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 253-258.

violada for primordialmente o de um agente, alguns ou todos os agentes que praticaram o ato jurídico preceptivo nulo. Será absoluta quando o interesse tutelado extrapolar os interesses do ou dos agentes e disser respeito à coletividade. Como exemplo da primeira hipótese, podem-se apontar a nulidade por incapacidade absoluta, a nulidade por vício de forma e a nulidade da deliberação social por desrespeito à regra procedimental; como exemplo da segunda, a ilicitude do objeto e o móvel de fraudar lei imperativa.

A utilização deste critério impõe que se enfrentem duas possíveis objeções, quais sejam a consistente em saber qual o critério de que se valerá o intérprete para afirmar que a nulidade é relativa ou absoluta, isto é, como ele determinará que o interesse tutelado pela norma jurídica interessa ao agente ou aos agentes diretamente ou à coletividade; e a consistente em demonstrar que o Código Civil de 2002 suporta esta classificação.

Quanto à primeira objeção, ela é superável com alguma facilidade. O Direito é construção cultural e, portanto, o dado histórico é um seu elemento constitutivo inegável. Quando se tem em vista o Direito Civil – dos mais, senão o mais antigo ramo do Direito –, isto fica ainda mais evidente[367].

A análise dos juristas acerca dos textos normativos que impõem as sanções de nulidade demonstra quais foram as razões que levaram o legislador a positivá-los e, com isso, o intérprete tem um caminho seguro para extrair as finalidades das normas e, assim, aplicá-las coerentemente aos casos concretos.

Acerca das normas jurídicas sobre a incapacidade e a forma, viu-se[368] que sem variações dignas de nota a doutrina, de ontem e de hoje, fundamenta-as nos interesses das partes, é dizer, no primeiro caso, para proteger o incapaz; no segundo, entre outras funções – designadamente a prova do ato e sua publicidade –, para chamar a atenção delas para a seriedade do ato jurídico que pretendem praticar.

[367] O Direito, e mais ainda o Direito Civil, não evolui aos saltos e, portanto, o aspecto histórico é critério analítico fundamental para identificar e, com isso, evitar interpretações arbitrárias. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 112.

[368] *Vide* itens 2.2 e 2.3.

Assim, o recurso aos fundamentos historicamente atribuídos às normas cuja violação têm por sanção a invalidade permite justificar a classificação da nulidade em relativa e absoluta.

Quanto à segunda objeção, isto é, a consistente em saber se o Código Civil autoriza a classificação da nulidade em absoluta ou relativa, há que se fazer análise algo mais detida, afinal a classificação que imediatamente resulta das normas do Código Civil é apenas a da distinção entre nulidade e anulabilidade.

A ausência de um segundo critério classificatório para as nulidades no Código Civil brasileiro não passou despercebida por Antonio Junqueira de Azevedo. Para o autor, "nulo" e "anulável" são apenas denominações discricionárias dadas pelo legislador nacional, mas que não representam essencialmente um conceito dotado de unidade[369].

Segundo o autor, a doutrina nacional, que resume o estudo da invalidade à dicotomia nulo/anulável, esquece que o tema é complexo ao não dar a devida atenção às classificações das nulidades em *de pleno direito/dependentes de sentença*; *absoluta/relativa*; *textual/virtual*; e, ainda, *total/parcial*[370].

A inexistência de regras expressas no Código Civil que tornem fora de questão a possibilidade de a doutrina classificar a nulidade em absoluta e relativa deve-se, segundo Bulhões[371], a uma interpretação equivocada, empreendida por Clóvis Beviláqua, inspirado por sua vez na doutrina de Lacerda de Almeida[372], a respeito do sistema de

[369] "Como não há critério objetivo, como nulo e anulável são somente <<nomes>>, a lei pode se dar à liberdade de, ora num passo, ora noutro, determinar que tal ou qual ato é nulo, mas que, ali, no conteúdo de <<nulo>>, A seja substituído por a, ou A^2 por a^2, ou C por c, etc.; ou que tal ato é anulável, mas que, no conteúdo de <<anulável>>, em lugar de b tenha-se B, em lugar de b^1, B^1, e assim por diante." AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986, p. 112.

[370] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 358.

[371] CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 02.

[372] BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 259.

nulidades que vigia anteriormente ao Código Civil de 1916, o qual era ditado pelo Regulamento 737[373].

Como afirmava Bulhões Carvalho, "muitas das críticas feitas ao Regulamento especialmente por Clóvis Beviláqua e Lacerda de Almeida, ou eram improcedentes ou resultaram de simples questões de redação superficialmente encaradas"[374].

Clóvis Beviláqua, em comento ao sistema do Regulamento 737, afirmava que:

> "A crítica da teoria das nulidades, que se encontra no reg. 737, de 25 de novembro de 1850, foi feita de modo conciso, mas completo por LACERDA DE ALMEIDA. Lei merecedora de todos os encômios, esse regulamento, se atendermos à circunstância do tempo, em que foi redigido, mostra-se pouco feliz no capítulo das nulidades, confundindo noções e complicando princípios de per si perfeitamente claros"[375].

O sistema normativo que disciplinava as nulidades era o Regulamento 737 de 1850, que partia de uma classificação tripartite das nulidades: (i) nulidades textuais e virtuais (art. 682 do Reg. 737); (ii) nulidades de pleno direito manifestas e dependentes de rescisão (arts. 683 a 686 do Reg. 737); e (iii) nulidades absolutas e relativas (art. 687 do Reg. 737).

---

[373] CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 02-04.

[374] *Ibid*., p. 02.

[375] BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 259.

Essa divisão empregada pelo Regulamento 737 foi inspirada na doutrina de Toullier, com semelhanças inclusive na redação[376].

Toullier, ao desenvolver seu sistema de nulidades, parte de três regras gerais acerca das invalidades.

De acordo com a primeira regra, a nulidade não poderia ser pronunciada caso a lei não houvesse expressamente cominado essa pena[377].

Toullier obtém a sua primeira regra distinguindo o ato de *proibir* do ato de *anular*. Nas palavras do autor:

> "Proibir um ato é o mesmo que ordenar que não o façam, é ordenar, ou permitir, que se lhe oponham. Anular, por outro

---

[376] "Ora, após a leitura das regras de Toullier, se compararmos o seu texto com o do art. 682 do Reg. 737, saltar-nos-á imediatamente à vista a impressionante semelhança de redação entre ambos". CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 16.

[377] "O legislador, proibindo ou obrigando a um ato, pode ter desejado apenas conferir a pretensão ou o direito de se opor, ou bem de submeter aquele que o fez ou se omitiu de fazê-lo, ao pagamento de perdas e danos às pessoas que sua ação ou omissão atingiu; pode, também, ter quisto que estes atos sejam nulos e sem efeito. Cabe-lhe, portanto, manifestar sua vontade acerca destes pontos, e sobretudo de manifestá-la claramente; pois, mais rigorosamente que a um cidadão, o legislador é obrigado a manifestar sua vontade de maneira a que os sujeitos não possam se confundir acerca do sentido da lei. Contrariamente, suas disposições se tornariam obstáculos à simplicidade".

"Parece, portanto, que a primeira regra nesta matéria é a de que não se deve de modo algum reconhecer arbitrariamente as nulidades que não estão escritas na lei; pois a lei somente pode estabelecer nulidades e, para anular ou apagar uma convenção ou um ato feito por pessoas capazes de fato, faz-se mister não somente a ação ou a vontade do poder soberano. É necessário, ainda, que a vontade seja manifestada de modo a que a pessoa não possa desconhecê-la ou ignorá-la" [*"Le législateur, en défendant ou en commandant un acte, peut n'avoir voulu que donner l'ordre ou le droit de s'y opposer, ou bien de soumettre celui qui l'aurait fait ou omis aux dommages et intérêts des personnes que blesse son action ou son omission; il peut aussi avoir voulu que ces actes soient nuls et sans effet. C'est donc à lui de manifester sa volonté sur ces différents points, et surtout de la manifester clairement; car plus rigoureusement encore qu'un simple citoyen, le législateur est tenu de manifester sa volonté de manière que les sujets ne puissent se méprendre sur le sens de la loi. Autrement ses dispositions deviendraient des pièges tendus à la simplicité.*

"Il parait donc que la première règle en cette matière est qu'on ne doit point suppléer arbitrairement les nullités qui ne sont point écrites dans la loi: car la loi seule peut établir des nullités; et pour annuler ou anéantir une convention ou un acte fait par des personnes naturellement capables, il faut non seulement l'action ou la volonté de la puissance souveraine; il faut de plus que cette volonté soit manifestée de manière que personne ne puisse la méconnaître ou l'ignorer"]. TOULLIER, C. B. M. *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*. v. 7. Rennes: Cousin-Danelle, 1816, p. 628-629. Mais adiante, "PRIMEIRA REGRA GERAL. Não há necessidade de pronunciar a nulidade dos atos em que alguma disposição da lei não tenha sido observada, a menos que esta pena não tenha sido expressamente ou equivalentemente pronunciada pela lei" [*"PREMIÈRE RÈGLE GÉNÉRALE. Il ne faut point prononcer la nullité des actes où quelque disposition de la loi n'a pas été observée, à moins que cette peine n'ait été expressément ou équivalemment prononcée par la loi."*]. TOULLIER, *op. cit.*, p. 677-678.

> lado, não é ordenar, é agir; é invalidar aquilo que foi feito, ou pronunciar, preventivamente, a anulação do que será realizado, tornando, na medida do possível, a vontade das partes impotente para produzir qualquer efeito"[378].

Pela segunda regra de Toullier, excepcionando a primeira regra, seria nulo todo e qualquer ato que não preenchesse as formalidades necessárias para que se atingisse a finalidade que a lei almejava ao impô-las[379], ou seja, *a contrario sensu*, se, a despeito da inobservância, chegou-se ao resultado, não se invalidará o negócio jurídico.

Por fim, a terceira regra de Toullier acabava por complementar a primeira, ao afirmar que, sempre que o legislador não houvesse disposto expressamente acerca do vício cominado ao ato que violasse dispositivo legal, caberia ao julgador, ao juiz, a prerrogativa de pronunciar a nulidade, prerrogativa esta que só seria exercida quando o fim tutelado pela lei não tivesse sido alcançado ou quando direitos de terceiros tivessem sido lesados[380].

---

[378] "*Défendre un acte, c'est ordonner de ne pas le faire, c'est ordonner ou tout au moins permettre de s'y opposer. L'annuler, ce n'est pas ordonner, c'est agir; c'est anéantir ce qui a été fait, ou prononcer d'avance l'anéantissement de ce qui sera fait, en rendant, autant que possible, la volonté des parties impuissante pour produire son effet*". *Ibid*., p. 640.

[379] "SEGUNDA REGRA, que é apenas uma exceção à precedente. Todo ato que não contenha as formalidades indispensáveis para alcançar a finalidade de sua celebração, isto é, a finalidade que a lei se propõe, é imperfeito e nulo; deve ser considerado como se nunca existiu.

"São formalidades que chamamos de intrínsecas ou substanciais, pois que elas são necessárias à existência ou à perfeição do ato e que, sem elas, não se pode preencher o objetivo da lei".

[*"SECOND RÈGLE, qui n'est qu'une exception de la précédente. Tout acte qui ne contient pas les formalités indispensables pour remplir le but de son institution, le but que la loi s'est proposé, est imparfait et nul; il doit être considéré comme s'il n'avait pas existé.*

"Ce sont ces formalités qu'on appelle intrinsèques ou substantielles, parce qu'elles sont nécessaires à l'existence ou à la perfection de l'acte, et que sans elles il ne peut remplir le but de la loi."]. TOULLIER, C. B. M. *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*. v. 7. Rennes: Cousin-Danelle, 1816, p. 678.

[380] "TERCEIRA REGRA. O silêncio do legislador, acerca do efeito que deve produzir a omissão de uma formalidade ou inobservância de uma disposição, anuncia que ele quis confiar na prudência do juiz, que não é de modo algum vinculado e que pode pronunciar a nulidade de um ato, uma vez que ele descubra que, pelo defeito de observância de uma formalidade prescrita, o ato é imperfeito, não preenche o objetivo da lei e, sobretudo, fere direitos de terceiros; mas que nunca deveriam ter sido atingidos" [*"TROISIÈME RÈGLE. Le silence du législateur, sur l'effet que doit produire l'omission d'une formalité ou l'inobservation d'une disposition, annonce qu'il a voulu s'en reposer sur la prudence du juge, qui n'est point lié et qui peut prononcer la nullité d'un acte, lorsqu'il trouve qu'à défaut d'observation d'une formalité prescrite, l'acte est imparfait, ne remplit par le but de la loi, et surtout qu'il blesse les droits d'un tiers; mas qui ne doit jamais"*] *Ibid*., p. 678.

As regras de Toullier foram transpostas, inclusive com um emprego vocabular muito semelhante ao do autor francês, para os artigos 682 e 683 do Regulamento 737 de 1850:

> **Art. 682.** A nullidade dos contratos só póde ser pronunciada:
> § 1º Quando a lei expressamente a declara (arts. 129, 288, 468, 656 e 677 Codigo).
> § 2º Quando fôr preterida alguma solemnidade substancial para a existencia do contrato e fim da lei (arts. 265, 302 e 406 Codigo).
>
> **Art. 683.** As nullidades ou são de - pleno direito - ou dependentes de rescisão.

Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, ao interpretar as regras de Toullier, aponta que, na verdade, os parágrafos 1º e 2º do artigo 682 do Regulagamento 737 diziam respeito, respectivamente, às nulidades *textuais* e *virtuais*[381]. Clóvis Beviláqua acreditava, diferentemente, que a distinção presente no art. 682 era aquela existente entre nulidades de *fundo* e de *forma*[382].

Na verdade, o artigo 682 fazia referência, como afirma Bulhões Carvalho, às nulidades *textuais* e *virtuais*. O fato de fazer menção a *solenidades intrínsecas* apenas comprovava a inspiração direta da obra de Toullier sobre o legislador da época. Isto porque Toullier, ao referenciar essa categoria de nulidades, utilizava-se frequentemente da distinção entre *formalités intrinsèques* (ou *substantielles*) et *extrinsèques*, como se pode ver expressamente na formulação de sua segunda regra[383].

---

[381] CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 17.

[382] "Temos, aí, aliás mal distintamente indicada, uma primeira divisão das nulidades: – as de fundo e as de forma". BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil.* 3. ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 259.

[383] *Vide* nota 370.

E, como se viu, sua segunda regra era exceção à primeira, que previa a hipótese de *nulidades textuais*. Portanto, a expressão *formalité intrinsèque* indicava, mais propriamente, vícios que não eram aparentes e que acarretavam uma *nulidade virtual*.

Francisco Pereira de Bulhões Carvalho assemelha o regime de nulidades desenvolvido por Teixeira de Freitas àquele contido no Reg. 737[384]. No que diz respeito às nulidades *absolutas*, Teixeira de Freitas dispunha que eram por incapacidade absoluta dos agentes, por incapacidade de direito, por fraude e simulação, por inexistência ou proibição quanto ao objeto, quando não seguissem forma prescrita em lei (art. 805 c/c. arts. 789 e 790 do *Esboço*)[385].

Por outro lado, o *Esboço* dispunha, em seu artigo 810, haver nulidade *relativa* quando os agentes fossem relativamente incapazes; a incapacidade fosse acidental; ou o vício fosse substancial (erro, dolo, coação, simulação e fraude)[386].

---

[384] Vieira Neto foi um duro crítico do sistema proposto por Teixeira de Freitas. Para ele, a divisão proposta no *Esboço* era casuísta e, por isso mesmo, necessitava de um extenso rol para apresentar as hipóteses de nulidade absoluta e relativa. VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 19[??]., p. 22. CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 102. No mesmo sentido: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 358. Teixeira de Freitas já atribuía utilidade à classificação na Consolidação das Leis Civis, citando diretamente os artigos do Reg. 737: "Só applica aos contractos a essencial distincção entre nullidades absolutas e relativas, entre nullidades de pleno direito e dependentes de acção (arts. 683 e 687)". FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 21.

[385] art. 789. "São nulos os atos jurídicos, ou nulas suas disposições (art. 787): 1.º Quando seus agentes forem absolutamente incapazes; 2.º Quando seus agentes forem relativamente incapazes; 3.º Quando seus agentes forem incapazes de direito; 4.º Quando seus agentes houverem procedimento com simulação ou fraude; 5.º Quando não tiverem objeto, ou o seu objeto principal for proibido; 6.º Quando não tiverem modo algum de expressão da vontade, ou houver proibição de seu modo ou modificação; 7.º Quando não tiverem a forma exclusivamente decretada na lei, ou decretada com a pena de nulidade; 8.º Quando, por dependerem para sua validade da forma instrumental, forem nulos os respectivos instrumentos por seus vícios internos ou externos". FREITAS, Augusto Teixera de. *Esboço do Código Civil*. v. 1. Brasília: Ministério da Justiça/UNB, 1983, p. 195.

art. 790. "São anuláveis os atos jurídicos ou suas disposições: 1.º Quando seus agentes obraram com incapacidade acidental; 2.º Quando não for desde logo conhecida a incapacidade de direito de seus agentes, ou a proibição de seu objeto, ou de seu modo, pela necessidade de alguma investigação de fato; 3.º Quando não tiver havido algum vício de substância, a saber, ignorância, erro, dolo, violência, simulação e fraude, sem prejuízo do disposto no artigo antecedente, nº 4". *Ibid*., p. 195.

art. 805. "Haverá nulidade absoluta em todos os casos do art. 789 com exclusão do de n.º 2, e no caso do art. 790, n.º 2". *Ibid.*, p. 196.

[386] art. 810. "Haverá nulidade relativa no caso do art. 789, n.º 2, e em todos os casos do art. 790 com exclusão do de n.º 2". *Ibid.*, p. 196.

Acerca da diferença entre as nulidades absolutas e relativas, Teixeira de Freitas diferençava-as pelo rol de legitimados para alegá-las, ou seja, pela questão do interesse envolvido. Com efeito, as nulidades absolutas poderiam ser alegadas pelas partes, seus representantes ou ainda seus sucessores. Havia, também, um rol de legitimados extraordinários, constituído por terceiros que tivessem interesse no pronunciamento da nulidade, e o Ministério Público[387].

As nulidades relativas, por sua vez, só poderiam ser alegadas pelos agentes incapazes, seus representantes ou sucessores, nas hipóteses de nulidade por incapacidade da parte; e, nas demais, apenas pelas partes, seus representantes ou sucessores[388]. Neste caso, não há um rol de legitimados extraordinários.

Depreende-se da leitura dos artigos do *Esboço* que o sistema disposto por Teixeira de Freitas tornava independentes as categorias de nulidade/anulabilidade e nulidades absoluta/relativa. Tanto o absoluta quanto o relativamente incapaz, por exemplo, tornariam o ato nulo; entretanto, por incapacidade absoluta, a nulidade seria igualmente absoluta, isto é, com um extenso rol de legitimados a alegá-la, enquanto que a nulidade seria relativa em virtude de ato praticado por relativamente incapaz.

Martinho Garcez também adotava a classificação das nulidades em absolutas e relativas. Para Garcez, as nulidades absolutas são aquelas que podem ser alegadas por qualquer pessoa interessada. Por outro lado, as nulidades relativas são decorrentes do não atendimento de solenidades cuja finalidade é a proteção de certos

---

[387] art. 808. "Podem alegar e demandar a nulidade absoluta dos atos jurídicos, ou de suas disposições:

1.º As partes que neles intervieram ou dispuseram, seus representantes necessários, seus sucessores por título universal singular; exceto nos casos que forem declarados na Parte Especial deste Código.

2.º Qualquer terceiro que tenha interesse na pronunciação ou julgamento da nulidade.

3.º O Ministério Público". FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. v. 1. Brasília: Ministério da Justiça/UNB, 1983, p. 196.

[388] art. 811. "A nulidade relativa do art. 789, n.º 2, não pode ser pronunciada pelo Juiz senão a requerimento da parte. Somente podem alegá-la ou demandá-la os agentes incapazes, seus representantes necessários, e seus sucessores por título universal ou singular, o que terá lugar por qualquer dos modos indicados no art. 806, n.ºs 1 e 2, exceto nos casos que forem declarados na Parte Especial deste Código". *Ibid*., p. 196-197.

art. 812. "A nulidade relativa em todos os mais casos também não pode ser pronunciada pelo Juiz, senão a requerimento da parte; e só poderá ser por ele julgada por via de ação ou de exceção a requerimento das partes que intervieram nos atos anuláveis, seus representantes necessários ou seus sucessores por título universal ou singular, exceto nos casos que foram declarados na Parte Especial deste Código". *Ibid*., p. 197.

indivíduos, tais como o cônjuge e os menores, sendo somente estes os legitimados a alegá-las[389].

De acordo com Garcez, baseando-se em Dunot[390], para que não haja qualquer dúvida a respeito de se uma determinada nulidade é absoluta ou relativa deve-se recorrer ao critério do interesse envolvido. Sempre que o interesse fosse geral, público, a nulidade seria absoluta. Em contrapartida, quando o interesse fosse particular, privado, a nulidade seria relativa.

Na doutrina brasileira, além de Garcez, os autores que, sozinho ou juntamente com outros critérios, utilizam-se da distinção de interesses para a classificação das nulidades em absolutas ou relativas são Marcos Bernardes de Mello[391], Francisco Amaral[392], Rosa Nery, Nelson Nery Jr.[393]. Ao passo que Antonio Junqueira de Azevedo e Zeno Veloso centram a distinção na legitimidade para alegá-las[394].

Emilio Betti também defende a classificação das nulidades em relativas e absolutas, rebatendo as críticas apresentadas pelos seus opositores. De acordo com o autor, a assimilação que muitos fazem entre nulo e nulidade absoluta, de um lado, e anulável e nulidade relativa, de outro, não é correta. Não há razão pela qual o nulo não possa ser um caso de nulidade relativa:

> " (...) la relatività delle qualifiche e situazioni giuridiche è un fenomeno che si può ormai considerare acquisito; d'altro canto, una situazione che si verifica oggettivamente, nel senso che non è subordinata a un'iniziativa processuale direta

[389] GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos.* Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896, p. 44.
[390] GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*. Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896, p. 45.
[391] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 288-290.
[392] AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 560.
[393] NERY, Rosa; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil*. v. 1. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 225.
[394] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, p. 110. VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 111.

> a farla valere, può tuttavia ben verificarsi in confronto di determinati interessati soltanto, ai quali sia circoscritta la legittimazione ad una pronuncia di accertamento per opera del giudice"[395].

Pontes de Miranda é um crítico da classificação em nulidades absolutas e relativas. Para o autor, o emprego das expressões não é dotado de coerência entre os diversos juristas que delas se utilizava. O sentido adequado, de acordo com Pontes de Miranda, seria quanto aos limites subjetivos da eficácia da invalidade, ou seja, nulidade absoluta, se *erga omnes;* relativa, se *inter partes*[396].

Pontes de Miranda afirma que, mesmo nesse sentido mais apropriado, a distinção não seria útil para diferenciar o nulo do anulável, haja vista haver nulidades que não podem ser alegadas por qualquer pessoa e anulabilidades que, por outro lado, podem ser alegadas por um extenso rol de interessados[397].

A mesma objeção feita por Pontes de Miranda fez com que Toullier retificasse a doutrina de Dunot, na França, afirmando que não seria propriamente o interesse envolvido que qualificaria uma nulidade como sendo absoluta ou relativa, mas tão-somente a previsão legal. Para Toullier, portanto, ao fim e ao cabo, seriam nulidades relativas todas aquelas declaradas deste modo pelo legislador; as demais, nulidades virtuais, seriam absolutas[398].

Nesse ponto, o Regulamento 737 de 1850 distanciou-se da doutrina de Toullier afirmando expressamente que:

> "a) nenhuma nulidade absoluta pode ser ratificada; b) é nulidade relativa não somente aquela que a lei expressamente

---

[395] BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 470.

[396] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 31.

[397] *Ibid*., p. 31.

[398] CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 92.

> determina só pode ser alegada por certas pessoas, como também, em geral, toda aquela que resulte da infração a dispositivo legal que tenha como causa primária o interesse dos particulares"[399].

Marcos Bernardes de Mello segue as objeções de Pontes de Miranda à divisão em nulidades absolutas e relativas. Para ele, a impropriedade no uso dos termos pode levar a equívocos, como, *e.g*., o de se afirmar que "uma nulidade absoluta (= nulidade), quando apenas alegável pelo interessado direto, seria, também, uma nulidade relativa"[400].

Para fazer referência à legitimidade de se alegar a nulidade, Marcos Bernardes de Mello opta por empregar os termos *nulidade de pleno iure* e *nulidade dependente de alegação*[401]. Como sua terminologia confunde-se com aquela por nós adotada para o segundo critério, sua doutrina será analisada mais adiante.

Zeno Veloso é um autor contemporâneo que também admite a incoerência promovida pelos Códigos de 1916 e 2002 no que diz respeito ao regime das invalidades. O autor cita exemplo que causava perplexidade entre autores, como Philadelpho Azevedo e Gondim Filho, à luz do Código Civil revogado[402].

O Código Civil de Clóvis Beviláqua, em seu art. 1.132 proibia de maneira absoluta a venda entre ascendentes e descendentes, consagrando regra que desde o Direito Romano já havia sido traduzida em máxima: f*raus inter proximus facile praesumitur*[403].

Diferentemente do artigo correspondente no Código vigente, que menciona expressamente ser o negócio de compra e venda entre ascendentes e descendentes

---

[399] CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 94.

[400] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97.

[401] *Ibid*., p. 97.

[402] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 105.

[403] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 103-104.

anulável, o art. 1.132 do antigo diploma civil apenas dispunha ser defeso o ato. Com isso, verificava-se uma clara hipótese de nulidade, haja vista que as anulabilidades são sempre expressas (por força do art. 145, V, do Código Civil de 1916), mas que, ao mesmo tempo, não poderia ser alegada por outra pessoa que não os descentes, ou seja, aqueles que possuíam interesse na declaração[404].

Zeno Veloso cita, inclusive, ensinamento de Philadelpho Azevedo, que, diante da incoerência, interpretava a regra como hipótese de venda nula *relativa*. No mesmo sentido, mas apresentando uma classificação tripartite, Gondim Filho afirmava que a nulidade relativa era uma classificação intermediária entre a nulidade e anulabilidade[405].

Zeno Veloso concorda que melhor seria adotar a classificação tripartite – nulidades, nulidades relativas e anulabilidades – de sorte a evitar incoerências no texto legal. Entretanto, não admite o seu reconhecimento sem que ocorra uma alteração legislativa que possa modificar o atual sistema de invalidades[406].

Com relação ao art. 682 do Regulamento 737 de 1850, há referência expressa à classificação das nulidades em dependentes de rescisão ou de pleno direito. Sobre essa classificação das invalidades, a qual toma por critério a necessidade ou não de dilação probatória para aferição da nulidade, discorrer-se-á a seguir.

Ao se apresentar a doutrina de Toullier, viu-se sua terceira regra, segundo a qual caberia ao juiz, quando não cominada expressamente a nulidade do ato, a prerrogativa de imputar ou não o vício em decorrência de violação de um preceito legal.

Para Toullier, essa regra é a que permitiria a classificação das nulidades em nulidades de pleno direito e nulidades dependentes de provimento judicial, ou seja, verifica-se, desde logo, a necessidade ou não de dilação probatória para que se declare a nulidade[407].

---

[404] *Ibid*., p. 104-105.
[405] *Ibid*., p. 105.
[406] *Ibid*., p. 110.
[407] "Nós dissemos, no começo, que a lei anula as convenções de dois modos, seja pronunciando imediatamente a nulidade, seja pronunciando-a por meio do juiz, a quem ela ordena pronunciá-la quando do

Segundo Toullier, a nulidade de pleno direito possuiria expressa previsão legal, em hipóteses de vícios extrínsecos e evidentes, que, devido à sua notoriedade, possibilitaria a sua oposição a qualquer tempo, mesmo que sem intervenção judicial[408].

Em contrapartida, quando o vício fosse oculto ou intrínseco, ou seja, houvesse a aparência de regularidade, a intervenção judicial far-se-ia necessária.

Toullier apresenta como exemplos de vícios dependentes de provimento judicial e dilação probatória as hipóteses de vícios do consentimento, verificados, ainda no Direito Romano, mediante o processo de *restitutio in integrum*[409]. Para Toullier, desta

---

conhecimento da lide: este último caso é o que chamamos propriamente de rescisão. Há duas espécies de nulidades; 1º aquelas que são pronunciadas imediatamente pela própria lei, ipso iure: chamamo-las nulidades de direito ou de pleno direito; 2) aquelas que só são pronunciadas pelo juiz, em caso de rescisão." [*"Nous avons dit en commençant que la loi annule les conventions de deux manières, ou en prononçant immédiatement la nullité, ou en prononçant par le ministère du juge, à qui elle ordonne de la prononcer en connaissance de cause: ce dernier cas est ce qu'on appelle proprement rescision. Il y a donc deux espèces de nullités; 1º celles qui sont prononcées immédiatement par la loi elle-même, ipso iure: on les appelle nullités de droit ou de plein droit; 2º celles qui ne sont prononcées que par le ministère du juge, dans le cas de la rescision."*]. TOULLIER, C. B. M. *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*. v. 7. Rennes: Cousin-Danelle, 1816, p. 679.

408 "A nulidade de direito ou de pleno direito é pronunciada pela lei, no caso de um vício extrínseco e aparente, cuja visibilidade impede o contrato de se formar, pois a lei se lhe opõe com antecedência" [*"La nullité de droit ou de plein droit est prononcé par la loi, dans le cas d'un vice extrinsèque et apparent, dont la visibilité empêche le contrat de se former, parce que la loi s'y oppose d'avance"*]. TOULLIER, C. B. M. *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*. v. 7. Rennes: Cousin-Danelle, 1816, p. 680.

409 "Mas como estes mesmos vícios são tendentes a destruir o consentimento, desde que atingido até certo ponto, os pretores, que exerciam em Roma o poder judiciário em toda a sua extensão e, até mesmo, o poder legislativo, em meio aos éditos que eles publicavam em função de sua magistratura, usaram deste mecanismo para suprir o silêncio das leis neste ponto que ora trabalhamos, além doutros. Eles introduziram a *restitution in integrum*, ou seja, conferiram <<às pessoas, seja menores, seja maiores, que se pretendiam lesadas e surpreendidas por dolo, coação ou erro, etc., uma ação para apresentar suas pretensões à justiça e ser, por cognição da causa, contraditoriamente, restituídas integralmente, ou restabelecidas no mesmo estado em que elas estavam antes do ato lesivo. Este ato seria, portanto, anulado ou considerado como nulo e não existente.

"Eram, destarte, apenas os pretores quem podiam em Roma conceder a restitutio in integrum e rescindir os atos: mas Justiniano conferiu este poder a todos os juízes revestidos de jurisdição, quibus aliqua jurisdictio est (l. 3, cod ubi et apud quem, etc., 2, 47), e até mesmo aos juízes delegados" [*"Mais comme ces mêmes vices sont de nature à détruire le consentement, lorsqu'ils sont portés à un certain point, les préteurs, qui exerçaient à Rome la puissance judiciaire dans toute son étendue, et même la puissance législative, au moyen des édits qu'ils publiaient en entrant dans les fonctions de leur magistrature, usèrent de ce moyen pour suppléer au silence des lois sur le point qui nous occupe, et sur bien d'autres. Ils introduisirent la restitution en entier, c'est-à-dire qu'ils accordèrent aux personnes, soit mineures, soit majeures, qui se prétendaient lésées et surprises par dol, crainte ou erreur, etc., une action pour porter leurs plaintes en justice, et être, en connaissance de cause, contradictoirement restituées en entier, ou rétablies dans le même état où elles étaient avant l'acte qui les blessait. Cet acte était rescindé, c'est-à-dire annulée ou considéré comme nul et non avenu ".*

"Ce furent d'abord les préteurs qui pouvaient seuls à Rome accorder la restitution en entier et rescinder les actes: mais Justinien donna ce pouvoir à tous les juges revêtus de la puissance publique, quibus aliqua

regra decorreriam algumas diferenças entre as nulidades de pleno direito e as dependentes de provimento judicial.

A principal diferença seria que a nulidade de pleno direito, por sua evidência, não necessitaria de prova de prejuízo para que fosse reconhecida. Isto é, a simples previsão legal do vício de nulidade bastaria. Por outro lado, as nulidades dependentes de provimento judicial dependeriam, para serem reconhecidas pelo juiz, da prova do prejuízo[410].

Antonio Junqueira de Azevedo, em um parecer[411], afirma que a divisão presente no Regulamento 737 é correta e representa bem a complexidade do sistema de nulidades. De acordo com o autor, nem todo nulo pode ser pronunciado pelo juiz *ex officio*.

A nulidade por incapacidade absoluta que existia anteriormente às alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que diz respeito aos que não possuíssem o necessário discernimento em virtude de enfermidade ou deficiência

---

juridisctio est, (l. 3, cod ubi et apud quem, etc., 2, 47), et même aux juges délégués"]. TOULLIER, C. B. M. *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*. v. 7. Rennes: Cousin-Danelle, 1816, p. 682-683.

[410] "A primeira tem por fundamento imediato a lei e o ato, ele próprio, cuja mera investigação faz ver que a lei foi violada e que o contrato não pôde se formar contra sua oposição onipotente e, sempre, presente. Aquele que alega a nulidade, seja por via de ação, seja por via de exceção, não possui, portanto, nada mais a provar; não precisa provar que foi lesado, nem em quê ou em quanto; a lei pronuncia a nulidade do ato, e isto basta. O ato não poderá produzir nenhum efeito".

"Ao contrário, na ação rescisória, o ato tem aparência válida aos olhos da lei. Ele é tido como tal até prova em contrário, até que os vícios intrínsecos que operam a nulidade sejam descobertos, provados, apreciados e reconhecidos pela justiça; em uma palavra, até o julgamento que o declara nulo. Aquele que ataca o ato deve, portanto, provar que ele foi enganado, ou que ele era coagido, que estava em erro, que não possuía a deliberação necessária e, além disso, que ele foi lesado; pois, se ele não o foi, em vão provará todo o resto, sendo negado o pedido. O interesse é a medida das ações. Até mesmo o menor não será restituído em nada sem provar que houve lesão". [*"La première a pour fondement immédiat la loi et l'acte lui-même, dont la seule inspection fait voir que la loi a été violée, et que le contrat n'a pu se former contre son opposition toute-puissante, et toujours agissante. Celui qui oppose la nullité, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, n'a donc rien de plus à prouver; il n'a pas besoin de faire voir qu'il a été lésé, en quoi ni comment il l'a été; la loi prononce la nullité de l'acte, cela suffit. Il n'a pu produire aucun effet.*

Au contraire, dans l'action en rescision, l'acte et en apparence valable aux yeux de la loi. Il est réputé tel jusqu'à la preuve du contraire, jusqu'à ce que les vices intrinsèques qui en opèrent la nullité soient découverts, prouvés, appréciés et reconnus par la justice; en un mot, jusqu'au jugement qui le déclare nul. Celui qui l'attaque doit donc prouver qu'il a été surpris, ou qu'il n'a pas été libre, qu'il n'était dans l'erreur, qu'il n'avait pas l'esprit sain, et par dessus tout cela qu'il est lésé; car s'il ne l'était pas, en vain prouverait-il tout le reste, il serait repoussé. L'intérêt est la mesure des actions. Le mineur lui-même n'est point restitué sans prouver la lésion"]. TOULLIER, C. B. M. *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*. v. 7. Rennes: Cousin-Danelle, 1816, p. 686-687.

[411] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 358-359.

mental (antigo art. 3º, II, Código Civil), por exemplo, só seria nulidade de pleno direito após o processo de interdição do agente. Antes, a nulidade seria dependente de sentença. O mesmo valeria, de acordo com Antonio Junqueira de Azevedo, para as nulidades testamentárias[412].

Esta classificação também foi adotada por Teixeira de Freitas em seu *Esboço*. Para tanto, o autor distinguiu as nulidades em *manifestas* e *dependentes de julgamento*[413]:

> Art. 787. "Entenda-se que há *nulidade manifesta*, quando na lei se declarar que os atos jurídicos são nulos, ou se decretar nulidade ou a pena de nulidade"[414].
>
> Art. 788. "Entende-se que há *nulidade dependente de julgamento*, quando na lei se declarar que os atos jurídicos são anuláveis *ou podem ser anulado*"[415].

A relação entre nulidades manifestas e dependentes de julgamento, de um lado, e nulidades relativas e absolutas, de outro, no Esboço, não é de perfeita identidade. Na sistemática disposta por Teixeira de Freitas, via de regra, a nulidade absoluta também era manifesta (de pleno direito). Seria, contudo, dependente de julgamento nos casos em que a incapacidade de direito ou a proibição de seu objeto não fossem desde logo conhecidos devido à necessidade de dilação probatória[416].

A nulidade relativa, por outro lado, geralmente seria dependente de julgamento de acordo com o Esboço, excepcionando-se a hipótese de ato praticado por relativamente incapaz, em que a nulidade seria manifesta.

---

[412] *Ibid*.

[413] "A palavra <<manifesta>> é, de per si, sugestiva e indica que o grande jurisconsulto adotou o conceito de que o característico essencial da nulidade de pleno direito estaria na evidência imediata da sua prova". CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 58.

[414] FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. v. 1. Brasília: Ministério da Justiça/UNB, 1983, p. 794-795.

[415] *Ibid*., p. 795.

[416] CARVALHO, *op. cit.*, p. 60.

Para Bulhões Carvalho, o fato de Teixeira de Freitas não ter estabelecido uma relação de identidade entre as duas classes de nulidades e de fazer menção ora a uma, ora a outra, evidencia sua opção em não dar preferência a nenhuma das classificações[417].

Como já se disse a propósito da primeira classificação, Clóvis Beviláqua, inspirado pela doutrina de Lacerda de Almeida, era um crítico da sistemática disposta pelo Regulamento 737. Com relação à divisão em nulidades de pleno direito e nulidades dependentes de rescisão, o autor do Código Civil de 1916 afirmava que muito frequentemente traços característicos do que se diz ser uma nulidade de pleno direito são encontrados em nulidades dependentes de julgamento, e vice-versa[418].

Segundo Beviláqua:

> "Por exemplo, a nulidade dependente de rescisão deve ser pronunciada por meio de acção competente: todavia, pode ser oposta em defesa, em determinados casos, como veremos em seguida; e a nulidade de pleno direito pode ser alegada e pronunciada por meio de ação e defesa"[419].

Por essa razão, optou por descartar a divisão anteriormente estabelecida na legislação ao redigir o projeto que veio a tornar-se o Código Civil de 1916. Beviláqua chegou a estabelecer completa identidade entre as nulidades de pleno direito e o nulo *tout court*, de um lado, e as nulidades dependentes de sentença e o anulável, de outro. De sorte que, para o autor, o nulo, ou nulidade de pleno direito, responderia a ofensas aos princípios da ordem jurídica, ao passo que o anulável, ou nulidades dependentes de sentença, protegeria os interesses individuais[420].

---

[417] CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 60.

[418] BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1980, p. 262.

[419] *Ibid*.

[420] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. vol. I. 11. ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 331.

É por isso que, de acordo com o Código Civil de 1916 numa leitura de Bulhões Carvalho, os atos de uma pessoa não interditada que não tivesse o necessário discernimento para manifestar sua vontade seriam nulos e não dependentes de dilação probatória[421], diferentemente do disposto anteriormente pelo Regulamento 737.

A identidade entre nulo e nulidade de pleno direito também foi adotada por Carvalho Santos, para quem o ato nulo não precisa de uma ação de nulidade para ser declarado, o juiz de ofício poderia reconhecê-lo. De acordo com o autor, em comento ao Código Civil de 1916, "é imprescindível que o juiz encontre provada a nullidade"[422]. Mais adiante, todavia, Carvalho Santos parece admitir que essa regra possui exceções, ao dizer que, quando a nulidade for duvidosa ou contestada, far-se-á necessária a cognição judicial[423].

Bulhões Carvalho criticou a opção de Beviláqua de simplesmente ignorar a distinção estabelecida pelo Regulamento 737. E, de maneira ainda mais forte, a redação do art. 152 do Código Civil de 1916, que afirmava não terem efeito antes de julgadas as nulidades do art. 147, não se pronunciando de ofício e tendo como *legitimados para alegá-la apenas os interessados*.

De acordo com o autor:

> "Esse dispositivo é evidentemente inadequado. É mesmo de admirar não só ter sido acolhido no atual Código Civil, como também conservado em todo os projetos ulteriores de modificação do Código.
> Se as nulidades do art. 147 (ato anulável) podem ser alegadas por qualquer interessado, como decorre do texto legal, a diferença entre nulo e anulável se limitaria a que o primeiro poderia ser declarado nulo *ex officio*".

[421] CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 115.
[422] SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. 3. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 254.
[423] *Ibid*.

O que, evidentemente, não é verdadeiro. Os *interessados* a que faz menção o artigo são apenas as pessoas em benefício de quem a anulabilidade foi estabelecida. Ainda assim, o legislador, ao invés de fazer referência às hipóteses de anulabilidade, deveria ter mais propriamente se referido às nulidades relativas[424]. Pontes de Miranda, ao comentar a expressão utilizada pelo legislador, *interessados*, afirmava que "nem historicamente, nem dentro da sistemática do direito civil, seria possível tal dilatação da alegabilidade do anulável"[425].

Mais recentemente, reconhecendo a confusão de Beviláqua ao equiparar as anulabilidades às nulidades dependentes de alegação, Marcos Bernardes de Mello estabeleceu uma outra classificação que, num primeiro plano, é idêntica à do Código Civil, entre *nulidades* e *anulabilidades,* mas que, ulteriormente, divide as *nulidades em nulidades dependentes de alegação* e *nulidades de pleno iure*[426].

A classificação de Marcos Bernardes de Mello baseia-se na legitimidade para alegar as nulidades, tendo em mente o autor hipóteses de nulidade, como, *e.g*., decisões de órgãos colegiados, que não poderiam ser alegadas por qualquer interessado, mas tão-somente as partes. Vale ressaltar que Bernardes de Mello apenas toma emprestada a terminologia tradicional, mas que *não respeita o seu critério*, qual seja a necessidade de dilação probatória[427].

De acordo com Mello, acerca da nulidade de pleno direito:

> "A nulidade de *pleno iure* não alcança, apenas, determinados interesses pessoais e privados, certas pessoas interessadas, direta ou indiretamente, no ato jurídico e suas consequências; afeta a todos. Por isso, a decisão que desconstitui o ato jurídico nulo tem eficácia *erga omnes*. Por essa razão, se há vários interessados na decretação da nulidade, qualquer deles

[424] CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 116.
[425] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, p. 32.
[426] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110.
[427] *Ibid*., p. 111.

> estará legitimado para argui-la, e a desconstituição do ato nulo terá eficácia em relação a todos"[428].

Com relação à nulidade dependente de alegação:

> "Quando se trata de nulidade dependente de alegação, a legitimação é deferida apenas a quem tenha seu interesse diretamente violado. Não tem legitimação o Ministério Público, nem cabe a sua decretação de ofício pelo juiz"[429].

Da análise dos autores citados, em especial das lições de Marcos Bernardes de Mello, decorre que não há óbice a que se classifique a nulidade em: (i) nulidade absoluta e nulidade relativa, conforme a titularidade do interesse diretamente tutelado pela norma jurídica que, violada, ensejou a nulidade[430] e em (ii) nulidade dependente de ação e nulidade de pleno direito, conforme a necessidade ou não de dilação probatória para aferição da nulidade.

Como se verá ao ensejo da análise das questões processuais, estas classificações influenciarão fundamentalmente a legitimidade para a propositura da ação de invalidação, bem como as regras sobre ônus da prova.

3.3. Efeitos da invalidação

Desde que se admita a diferença entre não existir e existir, embora invalidamente, há que analisar o regime jurídico predisposto pelo Código Civil Brasileiro para reestabelecer o estado de coisas violado pelo ato preceptivo inválido.

---

[428] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 288-289.

[429] *Ibid*., p. 289-290.

[430] José Oliveira Ascensão também admite a classificação. Segundo ele, "A nulidade relativa é assim aquela em que há prioritariamente um sujeito que é tutelado; na nulidade absoluta pode pelo contrário haver vários interessados particulares, mas a tutela é em primeira linha de um interesse geral". ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: teoria geral. v. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Saraiva, p. 319.

Uma vez que houve a entrada indevida de um ato preceptivo no ordenamento jurídico, é necessário anatematizá-lo, porém isso implica lidar com todos os efeitos que dele possam ter decorrido.

Como se verá, a disciplina da invalidação é fornecida preponderantemente pelo artigo 182 do Código Civil, o qual, no entanto, deve ser analisado à luz de outras normas presentes na codificação.

3.3.1. Âmbito de aplicação do artigo 182 do Código Civil

Submetida ao julgador a questão da validade de dado ato jurídico preceptivo, a análise preliminar que há de ser realizada é a referente ao atingimento ou não do interesse tutelado pela norma jurídica tida por violada.

Caso o julgador conclua que o interesse normativamente protegido resta incólume, não estará autorizado a aplicar as consequências típicas do reconhecimento da invalidade. Porém, caso conclua que a violação da norma jurídica acarretou o atingimento daquele interesse, então, caber-lhe-á proceder à aplicação do artigo 182 do Código Civil[431].

Um primeiro desafio que se põe ao intérprete é o consistente em saber se o artigo 182 do Código Civil disciplina os efeitos do reconhecimento da anulabilidade ou da nulidade ou, ainda, de ambas. Isso porque o artigo 177 do Código Civil dispõe que a *anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença*, razão pela qual parte da doutrina[432] entende que, enquanto o ato preceptivo nulo nunca produziu quaisquer efeitos jurídicos, o ato jurídico preceptivo anulável os produz até que a sentença, reconhecendo a anulabilidade, determine que cesse de produzí-los.

A controvérsia doutrinária é, fundamentalmente, quanto aos efeitos da decisão judicial que reconhece a invalidade por anulabilidade. Se é unânime na doutrina

[431] Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

[432] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 445.

que, em se tratando de nulidade, os efeitos são retroativos, em se tratando de anulabilidade, alguns autores defendem que os efeitos da decisão são *ex nunc*, devendo ser preservados todos os efeitos que o ato jurídico produziu até o momento em que foi invalidado[433]. Para outros autores, no entanto, o reconhecimento da invalidade por anulabilidade tem o mesmo efeito do reconhecimento da nulidade, qual seja efeito *ex tunc*[434].

Este último posicionamento é o correto. A afirmação de que o reconhecimento da anulabilidade gera consequências apenas para o futuro (*ex nunc*) não resiste a mais superficial análise, pois, além de potencialmente conduzir a soluções irrazoáveis, contraria a literalidade de diversos artigos do Código Civil.

Imaginem-se duas situações em que, em ambas, um menor, sem qualquer assistência ou representação, dirige-se a um estabelecimento comercial destinado à venda de produtos eletrônicos. Suponhamos que o menor compre um computador e, por ele, pague a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Os seus pais, no exercício do poder familiar, ajuízam a ação para ver reconhecida a invalidade deste negócio jurídico de compra e venda por incapacidade do comprador. Se, numa primeira hipótese, o menor tem idade inferior a dezesseis anos, será aplicado o artigo 182 do Código Civil e as partes retornarão ao *statu quo ante*, isto é, o menor restituirá o computador e o estabelecimento, o dinheiro. No entanto, se o menor, quando da compra, tinha idade superior a dezesseis anos e se for levada a sério a ideia de que a decisão que reconhece a anulabilidade produz efeitos *ex nunc*, a decisão judicial será algo como: "O negócio jurídico é inválido, mas como se trata de anulabilidade, produziu seus efeitos regularmente, devendo o comprador manter a propriedade do computador e o estabelecimento, a propriedade do dinheiro".

---

[433] *Ibid*.; AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 570-571; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 483. De maneira contraditória, inicialmente afirmando que a sentença que a anula o negócio jurídico tem eficácia *ex nunc*, mas, em seguida, dizendo que volta-se ao estado anterior: NERY, Rosa; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. v. 1. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 255.

[434] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 75; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 1. 8. ed. rev. e atual por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 509; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986, p. 111-112; VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 331; FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 343-344; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 605.

Vê-se que, adotado o posicionamento que se tem por incorreto, a propositura de ação buscando o reconhecimento da anulabilidade somente teria alguma utilidade se o negócio jurídico que se pretende ver anulado fosse de trato sucesivo ou de execução diferida. Não há, pensa-se, nenhum dispositivo do Código Civil que autorize sustentar que o codificador limitou a alegação de invalidade por anulabilidade a negócios jurídicos de trato sucessivo e de execução diferida, permitindo que, em se tratando de negócios de execução imediata, a anulabilidade seja absolutamente irrelevante.

Mas esse posicionamento, como já afirmado, para além de conduzir a soluções racionalmente insustentáveis, contraria a literalidade de dispositivos do Código Civil que diretamente tratam de hipóteses de anulabilidade.

Apenas a título de exemplo, ao tratar do dolo de terceiro, o artigo 148 do Código Civil dispõe que, se o beneficiário da conduta dolosa não sabia e nem devesse saber do dolo, o negócio subsistirá, ou seja, se ele soubesse, o negócio jurídico teria de ser desfeito – anulado –. Vê-se, claramente, que a consequência típica do reconhecimento do dolo é o desfazimento do negócio jurídico. Neste mesmo sentido, agora sobre a coação praticada por terceiro, o artigo 154 do Código Civil. Finalmente, o artigo 165 do Código Civil, ao tratar da fraude contra credores, dispõe que anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, ou seja, a vantagem que deixará o patrimônio do devedor insolvente a ele retorna.

Não havendo qualquer fundamento aceitável para limitar a aplicação do artigo 182 do Código Civil a apenas uma das espécies de invalidade, cumpre analisar seu conteúdo, designadamente em que consiste repor as partes ao *statu quo ante* e quais os limites que impõe ao julgador para tanto.

3.3.2. Análise da primeira parte do artigo 182 do Código Civil: o retorno ao *statu quo ante*

Da constatação da natureza constitutiva do provimento jurisdiconal que reconhece a nulidade ou anulabilidade[435] decorre que o provimento jurisdicional que aplicará o artigo 182 do Código Civil deve ser analisado em seus dois momentos lógicos típicos: o do reconhecimento da invalidade (cuja carga declaratória é evidente) e o do desfazimento dos efeitos (cuja carga é constitutiva negativa).

Para que possa ser reconhecida a invalidade, é fundamental, como já se afirmou, que a conduta do agente ou dos agentes haja contrariado a norma jurídica que impõe a invalidade não apenas formalmente, mas sobretudo materialmente, isto é, que haja atingido o interesse jurídico que aquela norma jurídica tinha por escopo proteger.

Idealmente, portanto, a carga declaratória do provimento jurisdicional contém declaração de que o ato jurídico preceptivo foi celebrado, isto é, ingressou no mundo jurídico, porém contrariou formal e materialmente norma jurídica cuja violação tem por consequência a imposição da sanção de invalidade (nulidade ou anulabilidade).

Superado este primeiro momento lógico, verifica-se se o ato jurídico preceptivo julgado inválido produziu efeitos – o que, como já visto, é o *quod plerumque fit* – e, em caso afirmativo, põe-se a questão da restituição das partes ao estado em que se encontravam antes da sua existência. Esta questão envolve, como já anunciado, definir em que consiste o retorno ao *statu quo ante* e quais os limites para tanto.

A primeira parte do artigo 182 do Código Civil prescreve que, com a invalidação do ato jurídico, as partes devem ser restituídas ao estado em que antes dele se achavam.

A restituição das partes consiste na eficácia da decisão que impõe o desfazimento de tudo o que fora consequência do ato jurídico preceptivo julgado inválido. Após a decisão, e desde que ela possa produzir toda sua eficácia típica, o ato inválido será anatematizado do mundo jurídico e, portanto, a partir de então, tido por inexistente (*rectius*: como se nunca houvesse existido).

[435] Adota-se o entendimento de que a questão da natureza jurídica do provimento jurisidicional que reconhece a nulidade ou a anulabilidade é constitutiva. Cf. item 4.1.

Disso decorre que a restituição imporá a devolução de tudo quanto eventualmente fora prestado como eficácia do ato jurídico preceptivo inválido.

Essa restituição de que trata o artigo 182 do Código Civil tem suas raízes históricas no instituto da *restitutio in integrum*, criação do direito romano[436].

Segundo a doutrina, a *restitutio in integrum* foi medida de equidade voltada a abrandar os rigores do direito romano antigo diante da situação em que a simples observância ou inobservância da forma civil de um ato fosse pretexto para, respectivamente, manterem-se os efeitos de um ato consagrador de flagrante injustiça ou negar efeitos a um ato livremente querido pelas partes[437].

A aplicação do instituto, e disso parece não haver dúvidas na doutrina, dava-se tanto quando uma regra de direito preexistente era violada, como quando, embora o ato jurídico praticado fosse formalmente lícito, o pretor o entendia contrário à equidade, designadamente quando se entendia ter havido logro de menores[438].

No direito luso-brasileiro, a *restitutio in integrum*, admitida nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título XLI), servia apenas como recurso contra sentenças lançadas contra menores de 25 anos de idade. Tinha, ainda, caráter nitidamente subsidiário: somente seria aplicada onde não houvesse posibilidade de anulação do ato jurídico, pois, havendo esta possibilidade, era tanto quanto bastava para que se repusessem as partes ao *statu quo ante*.

Sua função era, portanto, a de restituir aos menores o que haviam prestado, posto que de maneira válida, quando da prestação lhe adviessem prejuízos. Era, à evidência, um instituto voltado a permitir um controle *a posteriori* da conveniência ou

---

[436] ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations:* roman foundations of the civilian tradition. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 651-652; MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, p. 109; OLIVEIRA, A. de Almeida. *O benefício de restituição* 'in integrum'. Rio de Janeiro: Garnier, 1886.

[437] OLIVEIRA, A. de Almeida. *O benefício de restituição* 'in integrum'. Rio de Janeiro: Garnier, 1886, p. 3.

[438] KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 464.

inconveniência do ato jurídico praticado pelo menor tendo como baliza de aplicação, não sua validade ou invalidade, mas a existência ou não de um prejuízo a ele.

Neste sentido, Almeida Oliveira ensina que:

> "A restituição do direito romano comprehendia tanto os actos do menor, como os do seu tutor ou curador. A do nosso direito, por isso que suppõe acto valido mas lesivo, não restitue o menor contra os actos judiciaes, que elle practica sem autoridade de quem o representa, mas só contra os actos do seu pai, tutor ou curador. Então nega a lei o benefício pela razão de que, quando o acto é nullo, não precisa o menor de restituição para reparar o damno soffrido"[439].

Vê-se que a *restitutio in integrum*, tal qual incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelas Ordenações Filipinas, era fonte de perene insegurança jurídica na medida em que não se podia confiar na manutenção de um ato jurídico validamente praticado.

Este foi o fator que levou o legislador a, pelo Código Civil de 1916, abolir o benefício da restituição integral no Brasil. Seu artigo 8º dispunha: "Na proteção que o Código Civil confere aos incapazes não se compreende o benefício de restituição".

Comentando este artigo, Clóvis Beviláqua justificou-o nos seguintes termos:

> "A concessão desse benefício é uma expansão reacionária da capacidade, é um meio de providenciar, para que sejam garantidos os interesses do menor e de outros incapazes, concedendo-lhes um poder excessivo, injusto e irracional, qual é o de anularem os atos válidos"[440].

[439] OLIVEIRA, A. de Almeida. *O benefício de restituição* 'in integrum'. Rio de Janeiro: Garnier, 1886, p. 178-179.

[440] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 1. 11. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 159.

Essa já era, de resto, a opinião de Teixeira de Freitas[441], a qual, pode-se dizer, fora acolhida por Clóvis Beviláqua.

Então, desde o Código Civil de 1916, fora abolido no sistema jurídico brasileiro o benefício da restituição e, portanto, o desfazimento retroativo de ato jurídico preceptivo somente pode se dar nos casos previstos em lei, sendo um deles a invalidação com a conseqência predisposta no artigo 182 do Código Civil: o retorno das partes ao *statu quo ante*.

Antes de se analisar a segunda parte do artigo 182 do Código Civil, isto é, a que trata da impossibilidade de restituição, há que se fixar, com alguma precisão, o conteúdo da prestação restitutória, ou seja, o que se deve restituir.

À primeira vista, a questão não suscita maiores dificuldades: se após sua invalidação o ato juridico preceptivo há de ser tido como se jamais houvesse existido, basta que se desfaçam os deslocamentos patrimoniais determinados por ele.

---

[441] Em seu Esboço do Código Civil, sugeria a supressão desse benefício extraordinário concedido ao incapaz, vale transcrever seus comentários ao referido art. 43: "O benefício de restituição do nosso Direito atual é o do Direito Romano. A restituição, com o seu sentido técnico, é um remédio extraordinário, que só tem lugar em falta de remédio ordinário; e isto quer dizer que, por exemplo, os menores (aos quais sobretudo se refere a legislação neste assunto) devem propor ação de nulidade, quando os atos são nulos: 1º, por serem por eles praticados com incapacidade para os praticar; 2º, por serem por eles praticados com capacidade para os praticar, mas sem as formalidades especiais exigidas pela lei; 3º, por serem praticados pelos tutores e curadores sem estarem autorizados para praticá-los; 4º, por serem praticados pelos tutores e curadores autorizados para os praticar, mas sem as formalidades especiais exigidas pela lei. E na verdade, se os atos são nulos nestas quatro hipóteses, ainda mesmo não tendo havido lesão, que necessidade havia do benefício de restituição para anular esses atos como lesivos? E como usar deste benefício, para intentar a ação rescisória que era o seu efeito, se esta ação supõe atos válidos, posto que lesivos, e se os atos acima indicados são atos nulos? O benefício da restituição, portanto, nada tem com esses atos nulos, refere-se unicamente aos atos válidos dos menores, e de seus tutores e curadores, e que, nào obstante a validade, podem ser atacados por ações recisórias, e podem ser anulados. Eis a restituição em seu sentido especial (pois que nos casos de nulidade também a restituição, isto é, regresso ao estado das coisas antes dos atos); e neste sentido especial o Projeto a repele, como um privilégio irracional, como uma proteção exagerada dos incapazes, cuja utilidade não compensa os males que causa à sociedade. (...) Entre nós atualmente esse benefício raramente é invocado, quase nunca aproveita a não ser para opor segundos embargos à sentenças. E demais, a restituição supõe lesão, de onde nasceu o brocardo – *minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam laesus* - e o Projeto, como ver-se-á na 3ª Seção deste Livro 1º, não admite, nem racional e praticamente podia admitir, a lesão como vício dos contratos em uma época, como a atual, em que os contrato comutativos, sobretudo a compra e venda, são tão frequentes; em uma época que reclama imperiosamente a livre circulação do comércio, e a segurança do direito de propriedade. Se a lesão não é vício dos contratos, fica extinta a diferença entre as ações rescisórias, e as ações de nulidade. Se o ato é válido, nada mais absurdo e iníquo que anulá-lo. Se o ato é nulo, não se tem distinção a fazer, como tudo ver-se-á depois, senão entre nulo e anulável, não havendo outra ação senão a de nulidade". FREITAS, Augusto Teixeira. *Esboço do Código Civil*. v. 1. Brasília: Ministério da Justiça/UNB, 1983, p. 33-34.

A questão se torna mais complexa ao se indagar acerca de eventuais pretensões indenizatórias decorrentes da invalidação, designadamente as oriundas dos investimentos de confiança de uma das partes na validade do ato jurídico desfeito por inválido.

Embora haja controvérsia na doutrina sobre a natureza contratual ou extracontratual de eventual responsabilização civil decorrente da invalidação de ato jurídico, por uma questão de lógica, ao menos formal, há que se reconduzir o tema às regras da responsabilidade civil aquiliana, afinal não há ou não mais há contrato do qual possa decorrer a eficácia típica do inadimplemento voluntário.

Se é assim, há que se chamar à incidência as regras dos artigos 186 e 927 do Código Civil e, portanto, a pretensão indenizatória somente terá lugar se a conduta de um dos agentes, para além de ter causado dano ao outro, puder ser qualificada de ilícita.

Para que o juízo de aferição da ilicitude seja positivo, no entanto, não bastará uma simples violação da lei, pois, se assim fosse, todo ato preceptivo inválido teria como eficácia indireta o surgimento de pretensões indenizatórias, uma vez que a invalidade já é ela mesma consequência de ato ilícito.

Para que a ilicitude da qual decorreu a invalidade enseje também a pretensão indenizatória é necessário que se levem em consideração duas regras gerais de direito: a de que ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece (*nemo jus ignorare censetur*); e a de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Assim, se a norma jurídica que fora violada de boa-fé pelos agentes ao formarem o ato jurídico preceptivo versava sobre sua forma ou seu objeto, é dizer, proibia ou prescrevia determinada forma ou qualificava o objeto como ilícito, impossível ou indeterminável, nenhum deles terá pretensão indenizatória contra o outro. Isso porque, do contrário, a ignorância de um dos agentes acerca da lei o estaria escusando de sofrer as consequências – ou, ao menos, todas as consequências – advindas do seu descumprimento.

Quanto à segunda regra, isto é, a de que ninguém pode, em benefício próprio, alegar a própria torpeza, ela impedirá o surgimento de pretensão indenizatória quando quem a pretende agiu de maneira deliberadamente ilícita, tenha ou não havido concurso da contraparte.

A partir dessas duas balizas, podem-se arrolar com alguma segurança as hipóteses normativas de invalidade previstas na Parte Geral do Código Civil que em tese permitem e as que não permitem o surgimento de pretensões a indenizações.

Do primeiro tipo, isto é, que permitem o surgimento de pretensão à indenização, são as hipóteses de invalidade por incapacidade de um dos agentes, por dolo, coação, estado de perigo e fraude contra credores; do segunto tipo, as hipóteses de invalidade previstas nos artigos 166 incisos II, III, IV, V, VI, VII; 167, além das hipóteses de erro e lesão.

Fixado que o conteúdo da restituição das partes ao *statu quo ante* é composto pelos deslocamentos patrimoniais cuja fonte fora o ato jurídico preceptivo invalidado e, eventualmente, por prestação de indenização, cumpre analisar os limites desta restituição, é dizer, as situações jurídicas que a impossibilitam, o que remete à análise da segunda parte do artigo 182 do Código Civil.

3.3.3. Análise da segunda parte do artigo 182 do Código Civil: situações de impossibilidade de restituição das partes *ao statu quo ante*

O próprio artigo 182 do Código Civil reconhece que, em algumas hipóteses, não será possível a restituição e, como solução contra essa impossibilidade, impõe que as partes devam ser indenizadas com o equivalente.

A indenização pelo equivalente volta-se preponderantemente para as hipóteses em que o ato jurídico preceptivo anulado teve por eficácia a entrega de coisa

consumível, a qual, antes de operada a restituição consequente da invalidação, fora consumida[442].

Trata-se de uma hipótese de impossibilidade física da restituição, a qual não impõe maiores dificuldades. Porém, a expressão *e não sendo possível restituí-las* não se limita à impossibilidade física, mas abrange também o que se pode chamar de impossibilidade jurídica.

Por impossibilidade jurídica pretende-se designar obstáculos à restituição impostos por normas jurídicas que incidam, ou possam incidir, conjuntamente com o artigo 182. Analisar-se-ão as hipóteses: (i) em que o pagamento foi feito a incapaz em razão de obrigação anulada (artigo 181); (ii) em que a restituição ou qualquer indenização a uma das partes acarrete enriquecimento injustificado; (iii) em que se operou a usucapião da coisa que seria objeto da restituição; e (iv) *ex variis causarum figuris*.

Passa-se à análise de cada uma dessas hipóteses apresentadas.

3.3.3.1. Pagamento feito a incapaz em razão de obrigação anulada

Quanto a essa primeira hipótese, dispõe o artigo 181 que, sem provar proveito ao incapaz, não se pode reclamar restituição do que a ele se pagou em adimplemento de obrigação anulada[443]. O dispositivo repete a redação do artigo 157 do Código Civil de 1916 e se aplica tanto a absolutamente incapazes quanto a relativamente incapazes[444].

---

[442] MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: parte geral. v. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 336; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 1. 32. ed.São Paulo: Saraiva, 2002, p. 305; DINIZ, Maria Helena. Comentários ao art. 182. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; FIUZA, Ricardo (coord.). *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 208; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 485; OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil anotado*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 351; VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 335.

[443] Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.

[444] BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 1. 11. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 341; MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 209.

Os artigos 181 e 310 do Código Civil, embora tenham a mesma *ratio*, não se confundem. O primeiro pressupõe um ato jurídico preceptivo cuja eficácia foi a imposição de prestação em favor do incapaz pela contraparte, sendo que, após a realização do pagamento, o ato jurídico preceptivo é invalidado e se põe a questão da incidência ou não do artigo 182. Para que incida e a contraparte obtenha a restituição do que pagou ao incapaz deve provar que o pagamento reverteu em proveito dele. Já o artigo 310 pressupõe a higidez da fonte obrigacional e a consciência de que o *accipiens* é incapaz. Neste caso – o qual será especificamente estudado na segunda parte desta tese –, para que o pagamento tenha a eficácia de liberar o devedor, ele deve provar que o pagamento reverteu em benefício do incapaz.

A expressão *benefício ou proveito do incapaz* tem baixa densidade significativa[445] e, portanto, exige algum esforço dogmático para sua caracterização e, consequentemente, para a correta aplicação dos dispositivos que dela se valem.

O único referencial interpretativo a partir do qual se poderá construir o significado da expressão é a incapacidade do sujeito passivo do pagamento, isto é, do credor.

Os artigos 181 e 310 partem da presunção *juris tantum* de que faltando ao agente, total ou parcialmente, discernimento ele empregará mal a vantagem patrimonial que lhe foi imputada pela contraparte a título jurídico de pagamento e, portanto, impor-lhe a obrigação de restituir seria negar-lhe a proteção típica de seu estado de incapacidade: impedir que se vincule prejudicialmente por manifestações de vontade oriundas de processo mental deliberativo deficiente.

Por essa razão é que se o incapaz empregou bem a vantagem patrimonial que lhe fora imputada a título de pagamento, entende-se que sua incapacidade não lhe prejudicou e, portanto, naquele caso específico, ele prescinde da proteção normativa própria de seu estado. Assim, terá aplicação integral o artigo 182 e as partes deverão ser repostas ao *statu quo ante*.

[445] A expressão é de: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 2009, p. 348.

A fim de fornecer critérios para que o aplicador verifique se houve proveito ao incapaz e determine, ou não, a restituição, três situações devem ser distinguidas: (i) o incapaz emprega o pagamento para solver dívidas suas exigíveis; (ii) o pagamento que o incapaz recebeu consistiu na entrega de coisa que ainda existe em seu patrimônio; e (iii) o incapaz emprega o pagamento para adquirir bens ou serviços.

Configurada a primeira situação, o aplicador deverá determinar que o incapaz restitua o que recebeu nos termos do artigo 182 do Código Civil, pois a diminuição do seu passivo lhe é, por si só, proveitoso.

Com relação à segunda situação, invalidado o ato jurídico preceptivo que originou a obrigação adimplida com a entrega da coisa ao incapaz, este pagamento passa a ser considerado indevido e, portanto, têm incidência os artigos 876 e seguintes do Código Civil, os quais impõem a restituição, ademais, se a coisa dada em pagamento ainda está no patrimônio do incapaz, significa que não a empregou mal e, portanto, deverá restituí-la.

Finalmente, quanto à última hipótese, é sem dúvida a de mais difícil solução. O aplicador terá de fazer uma distinção arbitrária entre bens e serviços de primeira necessidade e bens e serviços – à falta de expressão melhor – dispensáveis. Em sendo do primeiro tipo, caberá ao aplicador determinar a restituição do pagamento nos termos do artigo 182. Em sendo do segundo tipo, caracterizar-se-á mau aproveitamento do pagamento pelo incapaz e, por força da incidência do artigo 181 do Código Civil, ele nada terá de restituir.

3.3.3.2. Restituição ou qualquer indenização que acarreta enriquecimento injustificado

À partida – e a fora a situação já analisada do pagamento ao incapaz –, toda a prestação que teve por causa um ato preceptivo anulado deverá ser restituída a quem a realizou, nos termos do artigo 182 do Código Civil.

Quando se está a analisar prestações restitutórias, é necessário verificar se têm incidência as normas que disciplinam o enriquecimento injustificado, as quais estão distribuidas entre os artigos 876 *usque* 886 do Código Civil[446].

O sistema jurídico brasileiro, assim como o português[447], contém regra expressa a determinar o caráter subsidiário do regime jurídico do enriquecimento injustificado, é dizer, em havendo outros meios para que o empobrecido seja ressarcido, ser-lhe-á vedado o recurso à categoria do locupletamento injustificado[448].

Portanto, uma conclusão inicial a que se pode chegar é a de que, em se tratando de invalidade, a pretensão à restituição há de ser fundada no artigo 182 do Código Civil, sem que se possa diretamente recorrer ao regime jurídico dos artigos 876 a 886.

Menezes Leitão afirma, no entanto, que, diante da invalidade de um negócio jurídico, pode-se acionar com base no enriquecimento injustificado para obter-se com isso a recuperação do acréscimo patrimonial de uma das partes não abrangido pela restituição da prestação[449].

A afirmação do autor, porém, não pode ser diretamente transportada para a solução da questão no sistema jurídico brasileiro, uma vez que os dispositivos legais sobre a restituição por invalidade no Código Civil português e no Código Civil brasileiro apresentam redações consideravelmente diferentes.

O artigo 182 do Código Civil Brasileiro determina que, invalidado o negócio jurídico, as partes sejam repostas ao *estado em que se encontravam antes dele*; já

[446] Entre estes artigos, sobreleva o 885, o qual dispõe que: "A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir. " Veja-se a nota 170 supra. Nesse sentido: GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das nulidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 235-236.

[447] O sistema alemão não possui regra de subsidiariedade para a aplicação do regime de enriquecimento injustificado. O sistema francês, por outro lado, reconhece o caráter da subsidiariedade do enriquecimento injustificado. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. 2. t. 3. Coimbra: Almedina, 2010, p. 159; p. 163.

[448] No Código Civil Brasileiro, artigo 886; no Código Civil Português, artigo 474º.

[449] LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 454.

o artigo 289º, nº 1 do Código Civil Português determina que seja *restituído tudo o que tiver sido prestado*.

Assim, no sistema jurídico português, acaso a prestação tenha gerado um enriquecimento injustificado à contraparte, a restituição da prestação deverá ser dada sob o fundamento do artigo 289º, nº 1, porém o ressarcimento do lucro, à base das regras sobre locupletamento injustificado (artigos 473º *usque* 482º).

A redação do artigo 182 do Código Civil Brasileiro não dá margem à necessidade de se recorrer à disciplina do enriquecimento injustificado, afinal determina que as partes sejam repostas à situação em que estariam se o negócio não houvesse sido praticado, o que à evidência inclui a restituição do acréscimo patrimonial, e não só do efetivamente prestado.

Como já se apontou algures[450], a categoria jurídica do enriquecimento injustificado opera em dois níveis distintos do sistema jurídico. Funciona, num primeiro nível, e já agora contando com a existência de dispositivo legal expresso, como instrumento próprio, embora subsidiário em regra, de correção de deslocamentos patrimoniais injustificados; num segundo nível, e, aqui, mais destacadamente em sua feição de princípio geral do direito, como critério balizador da interpretação de dispositivos normativos, legais ou contratuais, evitando resultados hermenêuticos propiciadores de enriquecimento injustificado.

---

[450] BUNAZAR, Maurício. *Notas sobre a interpretação do art. 453 do Código Civil*. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v. 90, jul./ago. 2014, p. 76. É esse também o entendimento de: LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 934; CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. 2. t. 3. Coimbra: Almedina, 2010, p. 147-148; NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 214.

A esse respeito: "Há ao menos dois sentidos propriamente jurídicos em que se pode falar de enriquecimento sem causa. Em primeiro lugar, a expressão pode referir um princípio que serve tanto como fundamento quanto como critério interpretativo para diversas regras que tratam de aspectos específicos de institutos do direito privado e mesmo, em diversos casos, para regras de direito público. Em segundo lugar, pode-se estar falando especificamente de um instituto do direito privado e, mais especificamente, de um instituto que regula a constituição de certas relações obrigacionais (i.e. uma fonte de obrigações).

"Como princípio, o enriquecimento sem causa é o fundamento, por exemplo, dos regimes eficaciais da anulação do negócio jurídico e da resolução dos contratos". MICHELON JUNIOR, Cláudio. *Direito restituitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 176.

Pensa-se que, em se tratando da restituição à base da invalidade de atos jurídicos preceptivos, embora por determinação legal expressa esteja afastada a possibilidade de a categoria jurídica do enriquecimento injustificado operar naquele primeiro nível, nada impede que opere em seu segundo nível.

Assim, as frases *estado em que antes dele se achavam* e *não sendo possível restituí-las*, ambas do artigo 182 do Código Civil, devem ser interpretadas à luz da categoria jurídica do enriquecimento injustificado.

Disso decorre que, em algumas situações, para que as partes realmente sejam repostas ao estado pré-negocial, não poderá ser determinada qualquer restituição ou indenização, sob pena de uma delas enriquecer-se à custa da outra.

3.3.3.3. Usucapião da coisa que seria objeto de restituição

Ainda, um outro limite à restituição à base de invalidade que pode ser reconduzido à expressão *não sendo possível restituí-las* é a usucapião. Se o ato jurídico preceptivo inválido foi causa da entrega de coisa[451], por incidência do artigo 182, ela deve ser restituída à contraparte.

Porém, é possível que aquele a quem caberia a obrigação de restituir a coisa possua-a de modo tal que se ponha a questão de se saber se ele pode invocar a usucapião como exceção àquela obrigação.

Antes de se oferecer alguma resposta, importa ressaltar que a exceção da usucapião não terá lugar quando a restituição favoreça a qualquer das pessoas arroladas nos artigos 197 e 198 do Código Civil, por força do disposto no artigo 1.244 do Código Civil[452].

[451] Entendida aqui como bem corpóreo.

[452] "Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião."

Para que alguém adquira, por usucapião, direito subjetivo de propriedade (ou outro direito subjetivo real) é necessário que estejam presentes um pressuposto e cinco requisitos. O presuposto é a posse sobre a coisa; os requisitos são todos relativos à posse, é dizer, ela deve ser exercida sobre coisa hábil de ser adquirida por usucapião (*res habilis*), de modo contínuo, sem oposição de quem teria legitimidade para se opor, duradouro e ao modo de dono.

O ato preceptivo inválido pode ou não ser apto a constituir o suporte fático da transferência *inter vivos* da propriedade, conforme a coisa, objeto do direito real, seja móvel ou imóvel e o ato preceptivo em análise nulo ou anulável, hipóteses que o Código Civil distingue com bastante clareza.

Em se tratando de coisa móvel, o § 2º do artigo 1.268 do Código Civil dispõe que a tradição que tiver por título um negócio jurídico nulo não transfere a propriedade. Disso decorre que, por expressa disposição de lei, aquele que recebeu a coisa e que, por incidência do artigo 182 do Código Civil, deveria restituí-la nunca teve sobre ela direito subjetivo de propriedade e, portanto, poderá, presentes os demais requisistos, mormente o tempo, evitar a restituição valendo-se da exceção de usucapião.

Se a tradição teve por título um negócio jurídico anulável, houve transferência da propriedade, é dizer, desde a data da alienação, o alienatário é havido por dono da coisa. Assim, poder-se-ia argumentar a imposibilidade de ele se valer da exceção de usucapião na medida em que não é possível usucapir coisa própria. De fato, caso se entenda, como parte da doutrina[453], que em se tratando de anulabilidade, os efeitos da decisão judicial não retroagem, esta solução se impõe.

No entanto, como já visto, seja a hipótese de nulidade, seja a hipótese de anulabilidade, julgada procedente a demanda em que se exerceu a pretensão à invalidação,

[453] AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 570-571; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 483. De maneira contraditória, inicialmente afirmando que a sentença que a anula o negócio jurídico tem eficácia *ex nunc*, mas, em seguida, dizendo que volta-se ao estado anterior: NERY, Rosa; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. v. 1. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 255.

a decisão é retroativa, implicando a retirada, *ex tunc*, do ato jurídico preceptivo do mundo jurídico, isto é, como se ele nunca houvesse existido.

Disso decorre que anulado o ato preceptivo que implicou a transferência da propriedade, o sistema normativo brasileiro trata o alienatário como se ele nunca houvesse sido dono da coisa, mas sim simples possuidor. Por essa razão, presentes os demais requisitos, ele poderá se valer da exceção de usucapião.

Quanto à coisa imóvel, a solução legal é algo diversa. O § 2º do artigo 1.245 dispõe que, enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Porém, invalidado (à causa de nulidade ou anulabilidade) o ato preceptivo que serviu de causa à tranferência da propriedade e, consequentemente, cancelado o registro de seu instrumento no Cartório de Registro de Imóveis, a solução é rigorosamente a mesma, é dizer, o sistema normativo trata o alienatário como se nunca houvesse sido proprietário da coisa, razão pela qual poderá valer-se da exceção de usucapião[454].

Imagine-se que, em virtude de contrato comutativo de compra e venda, S entrega coisa móvel a S' e este lhe entrega certo preço em dinheiro. Anos depois, este contrato é julgado nulo e põe-se a questão da restituição da coisa por S' e consequentemente do preço por S. S' alega e vê acolhida a exceção de usucapião.

Diante desta situação hipotética, a única pretensão de S seria à indenização pelo equivalente.

Esta solução, no entanto, encontra óbice no instituto da compensação, uma vez que S também está obrigado a restituir a S' o preço que recebeu.

[454] Importante ressalvar que somente haverá possibilidade de exceção de usucapião se a razão do cancelamento do registro for a incidência de norma jurídica que implique decisão constitutiva extintiva de efeitos *ex tunc*.

Assim, salvo se apurada alguma diferença de valores em favor de alguma das partes, a caracterização da usucapião impedirá a restituição delas ao *statu quo ante*[455].

Cumpre, ainda, analisar se o ato preceptivo inválido pode ou não ser caracterizado como justo título para fins de compor o suporte fático da usucapião ordinária (artigo 1.242 e 1.260).

A palavra *título* designa a razão de ser de uma dada situação jurídica, evidentemente não se confundindo com instrumento escrito. Quando se faz referência a *título* em sede de direito das coisas, está-se a se referir ao fundamento jurídico da posição jurídica ativa de alguém relativamente a uma coisa.

Luciano de Camargo Penteado, ao tratar da usucapião ordinária, ensina que justo título:

> "Consiste no documento apto a, em tese, produzir o efeito translativo do domínio. Trata-se da necessidade de negócio jurídico *instrumentado*, isto é, de título com a formalidade mínima de redação escrita, não bastando mero acordo verbal. Além disso, ele deve ser apto a transferir o direito real postulado, pelo seu próprio conteúdo, mas nas circunstâncias, ter falhado por alguma razão alheia à sua própria formação, isto é, por uma razão extrínseca. Falhas intrínsecas do título implicam nulidade, o que afasta seu qualificativo de justo. O título é justo quando válido, isto é, quando conforme às regras de validade do negócio jurídico em geral"[456].

[455] Caso não seja acolhida a exceção de usucapião, por exemplo porque ainda não decorreu o tempo suficiente, a restituição da coisa e consequentemente do preço terá de levar em consideração uma série de variáveis, que funcionarão como exceções para ambas as partes, por exemplo: aquele obrigado a restituir o preço poderá alegar que o alienatário gozou da coisa até então e, por isso, a devolução integral do preço acarretaria enriquecimento injustificado; por sua vez, o alienatário poderá alegar eventual existência de benfeitorias e acessões.

[456] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 323.

As lições do autor são muito próximas ao que se vê no artigo 1.320, inserido no Título V (*Da Prescripção Adquisitiva*), das Consolidações das Leis Civis de Teixeira de Freitas, segundo o qual . "É justo título todo aquelle, que, conforme a Direito, reputa-se habil para transferencia do dominio"[457].

No entanto, esta noção de justo título é assaz restrita. O *justiça* do título, em sede de direito das coisas, parece estar ligada não – ou não apenas – à transferência do domínio, mas fundamentalmente à transferência da posse *ad usucapionem*.

Um título pode ser apto a justificar uma dada situação jurídica e, ao mesmo tempo, inapto (*rectius*: injusto) a justificar uma outra situação jurídica. A título de exemplo, um contrato (verbal ou escrito) de comodato é título justo, isto é apto, a justificar todas as posições jurídicas ativas típicas da qualidade de comodatário, porém é inapto a compor o suporte fático da usucapião da coisa dada em comodato, sendo certo que, na verdade, chega mesmo a impedir a formação deste suporte fático.

O que se quer demonstrar é que a *justiça/injustiça* do título há de ser analisada não em abstrato, mas à vista da situação jurídica concreta em análise. Assim, parece que justo título, para fins de usucapião, é aquele apto à transladação de uma posse ao mesmo tempo justa e *ad usucapionem*.

Parece ser essa a posição de Clóvis Bevilaqua, quando afirma que "justo título é o título hábil para conferir ou transmitir o direito à posse, como a convenção, a sucessão, a ocupação"[458], bem como o que se dispunha nas Ordenações Filipinas:

> "Ord. 4, 58, 3: "E se alguem comprar alguma cousa, ou a houver por via de escaimbo, ou doação, ou por outro titulo semelhante, e na scriptura do contracto lhe foi dado poder por aquelle de quem houve a dita cousa, para tomar e haver a posse della, dimitindo de si, e desemparando a dita posse, em

[457] FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. v. 2. ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 769.

[458] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 3. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 13.

> taes casos, e cada hum delles, o que houve a cousa, poderá haver e cobrar a posse della, não achando quem lhe contradiga.
>
> E os tabelliães, sem outro mandado de Justiça, lhe poderão dar instrumentos publicos de como tomarão a posse, vendo primeiro as Cartas das compras e escaimbos, ou doações, feitas sobre as ditas cousas aos que quizerem tomarem posse dellas; e não vendo elles as Cartas, ou algum justo titulo, por que a cousa lhes pertença, não lhes dêm instrumentos de taes posses, que assi quizerem tomar, sem special mandado, e auctoridade de Justiça. E fazendo-o em outro modo pagarão à parte, a que pertencer, a perda e dano, que sobre isso se lhe recrescer, e Nós lho estranharemos, como aquelles, que passão nossos mandados"[459].

À configuração do justo título, portanto, basta um ato jurídico preceptivo impositivo da obrigação de transferir a propriedade que, a despeito de inválido, seja apto a conferir à parte negocial – e, consequentemente, a seus sucessores – posse extreme dos vícios da violência, clandestinidade e precariedade.

Neste sentido, Darcy Bessone ensina que:

> "(...) A justiça do título diz respeito à sua aptidão, em princípio, para constituir ou transmitir o direito. Um exemplo: na compra e venda, a posse resulta de título hábil para transmitir o domínio. Não obstante, se se anula o negócio causal – a compra e venda, por não ser o vendedor dono da coisa vendida, ou por ser ele incapaz, o título

[459] PORTUGAL. *Código Filipino*. ed. fac. sim. da 14. ed. v. 3. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 853.

> desaparece, mas não perde o caráter justo, em relação ao período da posse anterior à anulação do negócio causal"[460].

Assim, é perfeitamente possível que ato preceptivo nulo se configure como justo título, enquanto que ato preceptivo meramente anulável, não. Por exemplo, uma compra e venda de imóvel nula por defeito de forma será justo título para fins de usucapião, enquanto que uma compra e venda em que o vendedor foi coagido, não.

3.3.3.4. *Ex variis causarum figuris*

Até agora foram analisadas categorias jurídicas que justificam a manutenção de efeitos do ato jurídico preceptivo inválido por meio da simples demonstração da incidência de certas normas jurídicas, designadamente do artigo 181 do Código Civil e das que disciplinam, respectivamente, a vedação ao enriquecimento injustificado e a usucapião.

Cumpre, então, procurar sistematizar algumas outras possíveis categorias jurídicas a fim de investigar se são aptas a justificar a manutenção, total ou parcial, da eficácia de ato jurídico precetivo inválido.

Marcos Bernardes de Mello sintetiza o entendimento da doutrina tradicional quando afirma que:

> "É comum, porém, em doutrina e em julgados, a afirmativa de que *o ato jurídico nulo é ineficaz*, ou seja, o ato jurídico nulo não produz os efeitos jurídicos que lhe são próprios. Essa afirmativa, no entanto, não é de todo verdadeira. Os

[460] BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 272. Sobre a justa causa no Direito Romano, no mesmo sentido, BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffré, 1952, p. 241.

> casos em que o ato nulo produz sua eficácia própria a desmentem"[461].

E, mais adiante, conclui:

> "A atribuição pelo ordenamento jurídico de eficácia jurídica ao ato jurídico nulo, como se pode concluir, constitui sempre exceção à regra geral da ineficácia, que se justifica porque visa a 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 Jurislativa, portanto, na dimensão axiológica, política, do direito"[462].

Em parcial contraposição a Marcos Bernardes de Mello, Hamid Charaf Bdine Júnior assevera que:

> "Embora se reconheça o caráter excepcional das hipóteses de eficácia do contrato nulo, neste trabalho [*Efeitos do negócio jurídico nulo*] se deseja sustentar que nem mesmo a sanção máxima do negócio jurídico (o reconhecimento da nulidade) pode sobrepor-se 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"[463].

Embora, como já se demonstrou acima, a regra seja a de que o ato jurídico preceptivo inválido (anulável ou nulo) produza efeitos, os quais, reconhecida a invalidade, são cassados retroativamente, parece inegável reconhecer que este autor tem razão, isto é, que há mesmo situações em que o desfazimento eficacial retroativo implica violação insuportável de outros bens jurídicos dignos de tutela.

---

[461] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 228.
[462] *Ibid.*, p. 230.
[463] BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 162.

A questão que se põe, porém, é a da necessidade de se fornecer ao adjudicador (juiz ou árbitro, designadamente) critérios dogmáticos mais ou menos seguros para que possa decidir entre cassar ou não os efeitos do ato jurídico preceptivo inválido, pois, sem isso, as soluções não passarão de *decisionismo*, algo sempre arbitrário.

Passar-se-á, então, a, sob o signo do *favor negotii*, esboçar uma tentativa de concretização dogmaticamente coerente do princípio da conservação dos negócios jurídicos[464], a partir do agrupamento de situações jurídicas que, presentes, justifiquem a manutenção da eficácia de ato jurídico preceptivo inválido.

3.4. *Favor negotii* – a conservação dos negócios jurídicos

O princípio da conservação do negócio jurídico, também conhecido como *favor negotii*, representa a tutela que o ordenamento jurídico confere aos negócios jurídicos concretos.

Antonio Junqueira de Azevedo, talvez o autor que mais tenha contribuído para a existência de uma dogmática tipicamente brasileira do negócio jurídico, ensina que o princípio da conservação do negócio jurídico não visa à proteção de uma abstração qualquer [negócio jurídico em tese], mas de uma concreta relação jurídica entre pessoas, da qual resultam uma série de consectários, não só jurídicos, mas também sociais e econômicos.

Com eloquente simplicidade, a lição do autor permite que se ponha em perspectiva realista a gravidade da imposição da consequência da invalidação do ato jurídico preceptivo: a destruição de obra da autonomia privada. Segundo o autor, a possibilidade de conservar negócios *in concreto* é corolário necessário do valor que o

[464] Utilizar-se-á a metonímia negócio jurídico (espécie) por ato jurídico preceptivo (gênero) em homenagem à tradição.

ordenamento jurídico, ao reconhecer a categoria negocial *in abstrato*, confere à autonomia privada[465].

Conservar o negócio jurídico, portanto, é, antes de tudo, prestigiar a liberdade de autodeterminação das pessoas[466].

Sobre o que seja o princípio da conservação do negócio jurídico, Antonio Junqueira de Azevedo ensina que consiste "em se procurar salvar tudo o que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia"[467].

Para Del Nero, a conservação do negócio jurídico nada mais é do que a preservação de valores caros ao ordenamento. Essa preservação realiza-se, portanto, por meios explícitos e implícitos[468]. Enquanto os meios explícitos representam regras específicas que concretizam o princípio, o meio implícito é exatamente a construção do princípio em sua fórmula geral[469].

No plano da existência, o princípio surge como uma máxima hermenêutica, concretizada em nosso ordenamento através do preceito contido no art. 112 do Código Civil, com amplitude máxima, e, mais restritamente, no art. 1.899, consagrando um subprincípio conhecido como *favor testamenti*[470].

O princípio da conservação dos negócios jurídicos encontra suas origens no *favor testamenti*, o qual, inicialmente, consistia num favorecimento da instituição de

---

[465] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67.

[466] GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das nulidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 170.

[467] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66.

[468] DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 351-352.

[469] DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 351-352.

[470] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 351-352.

herdeiro e depois passou a ter um alcance mais geral, designando um favor para a vontade testamentária[471].

De acordo com Marino, o processo de qualificação negocial, mediante interpretação, inicia-se com a busca de correspondência entre os elementos fáticos e os elementos categoriais apresentados pelo ordenamento para determinada espécie negocial. Essa correspondência, em um primeiro momento, deve ser obtida em sua máxima medida[472].

Entretanto, num segundo momento, ao verificar-se que a correspondência máxima representa ineficácia do negócio, dever-se-á retornar ao processo interpretativo em busca de um ponto ótimo entre a correspondência dos elementos fáticos e a tipicidade negocial, de um lado, e a eficácia do negócio, de outro. Verifica-se, destarte, que a "conversão substancial do negócio jurídico consiste precisamente no procedimento de escolha entre duas qualificações jurídicas, diferentes, do mesmo negócio jurídico, escolha essa cujo resultado é a atribuição ou o reconhecimento de eficácia jurídica ao negócio jurídico"[473].

Na conversão substancial do negócio jurídico há, portanto, um processo de *modificação* da qualificação jurídica com o objetivo de se *manter* alguma eficácia do negócio jurídico. Marino ressalta que essa modificação da qualificação é ligada ao objeto (*quid*) e ao modo (*quomodo*) como esse processo ocorrerá, ao passo que a manutenção da eficácia tem em mente a finalidade (*cur*) e o fundamento (*ex quo*) da conversão[474].

Essa máxima hermenêutica remonta às regras interpretativas de Pothier. De acordo com ele, "quando uma cláusula estiver sujeita a duas interpretações, deve-se interpretá-la de acordo com a que pode conferir-lhe algum efeito, em detrimento daquela

[471] *Ibid*.
[472] *Ibid*., p. 325.
[473] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 325.
[474] *Ibid.*, p. 325-326.

que não poderia conferir-lhe nenhum"[475]. Essa origem é confirmada por Emilio Betti. Mas, de acordo com Betti, a redução da máxima de Pothier ao momento inicial da qualificação jurídica do negócio, como feito por alguns, não é exata.

A interpretação no sentido de conservar o negócio deve ser feita durante toda a sua vida, seja no plano da existência, seja nos da validade e da eficácia:

> "Não é exato que não haja lugar para o critério da <<conservação do contrato>>, a não ser em via preliminar, como se ele devesse ser posto de lado e ignorado depois de exaurida a modesta função preservativa: indubitavelmente preliminar, ele continua a ter, de modo subsidiário, uma função hermenêutica útil mesmo na observância dos outros critérios, no sentido de uma preferência do efeito maior entre aqueles possíveis, quando, todavia, restarem dúvidas"[476].

Como ensina Junqueira de Azevedo, no plano da existência, o princípio da conservação dos negócios jurídicos tem sua atuação concretizada por meio da interpretação da vontade negocial, procurando integrá-la nas diversas modalidades de negócio jurídico. Caso não esteja presente algum elemento categorial inderrogável, é possível buscar uma qualificação diversa, que lhe reconhecerá eficácia jurídica, por meio do instituto da conversão substancial[477].

No campo dos negócios *mortis causa*, a regra de conservação do negócio jurídico apresenta relevo especial, com fundamento no art. 1.899 do Código Civil,

---

[475] "*lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui dans lequel elle peut avoir quelque effet, que dans celui dans lequel elle n'en pourroit avoir aucun*". POTHIER, Robert Joseph. *Traités des obligations*. tome 1er. Paris: Debure, 1764, n. 92, p. 113.

[476] BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 388. No mesmo sentido em: BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 360-361.

[477] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66-70; SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 41-42.

exatamente porque, ao dar máxima eficácia ao testamento preserva-se alguma vontade do testador, já que este não mais pode querer de outro modo (*iam aliud velle non potest*)[478].

Para Biondo Biondi, o *favor testamenti*, cuja expressão é de origem moderna, encontra-se presente já em tempos clássicos no Direito Romano, no qual a vontade do testador tem algo de sacro e que a *fides* tutela, de sorte que a execução da última vontade do testador é feita no interesse da coletividade[479].

Pontes de Miranda apresenta, como um dos fundamentos do *favor testamenti*, o fragmento D. 28, 5, 75, do Digesto, em que se afirma que: "Se alguém houver sido instituído herdeiro assim, 'excetuado o fundo, excetuado o usufruto', será, por direito civil, como se houvesse sido instituído sem essa exceção, e isso se fez com a autoridade de GALO AQUÍLIO"[480].

No que diz respeito ao negócio jurídico de casamento, há também reconhecimento de subprincípio do *favor matrimonii*, presente em nossa legislação através do art. 1.547 do Código Civil, ao dispor que "na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados"[481].

Borges Carneiro tentou, inclusive, elaborar regra geral para o caso do *favor matrimonii*, ao afirmar que "a dispensa se concede mais facilmente quando o matrimonio já se acha contrahido em boa fé, do que para o contrahir"[482].

---

[478] TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 6. ed. riv. Padova: CEDAM, 1952, p. 163.

[479] BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: A. Giuffre, s.d., p. 641-642.

[480] Tradução de Pontes de Miranda: MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 57. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1973, p. 110. No original: "*Si ita quis heres institutus fuerit: 'excepto fundo, excepto usu fructu heres esto', perinde erit iure civili atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilli factum est*". CORRAL, Ildefonso Garcia del. *Cuerpo del derecho civil romano*. v. 2. Barcelona: Jaime Molinas, 1892, p. 381.

[481] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1971, p. 360. Conferir ainda: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. t. 4. v. 1. Barcelona: Bosch, 1953, p. 147-148; FLUME, Werner. *El negocio juridico*: parte general del derecho civil. v. 2. 4. ed. Tradução José María Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: 1998, Fundación Cultural del Notariado, p. 649-650.

[482] CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal*. v. 2. Lisboa: Sousa Neves, 1867, p. 29.

Nos planos da validade e da eficácia, o princípio da conservação dos negócios jurídicos concretiza-se em medidas sanatórias[483]. Para José de Abreu Filho, no entanto, a aplicação dessas medidas sanatórias no plano da validade deve ser feita com especial atenção, tendo em mente a gravidade do vício[484]. Por conta dessa observação, o autor não admite sua aplicação aos negócios jurídicos nulos, algo que, como se demonstrará, não se afigura correto.

De todo modo, quanto ao plano da validade, são decorrência do princípio da conservação, segundo Antonio Junqueira de Azevedo[485]: a distinção estabelecida entre requisitos considerados menos graves ou mais graves – anulabilidade ou nulidade –, porque, por meio dela, é possível a confirmação dos atos anuláveis; a sanação do ato nulo, a qual é excepcional (art. 208, 2ª parte, do Código Civil de 1916[486]); a nulidade parcial, isto é, nulidade de apenas uma cláusula do negócio jurídico[487], a qual mantém o negócio sem a cláusula viciada; a nulidade de forma; a conversão formal do negócio jurídico, que, por meio da adoção de forma menos rigorosa daquela eleita pelas partes, torna o negócio com nulidade de forma em negócio válido; por fim, a admissão pelo legislador, nos casos de erro e de lesão, de correção de negócios jurídicos anuláveis[488].

No que diz respeito às nulidades parciais[489], a regra ficou marcada pela fórmula do adágio *utile per inutile non vitiatur*[490]. No Código Civil brasileiro, a regra encontra-se presente no art. 184, que dispõe que "respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for

[483] SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico:* nulidades e medidas sanatórias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 41-42.

[484] ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.377.

[485] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 68-69; SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico:* nulidades e medidas sanatórias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 41-42.

[486] O artigo mencionado pelo autor dispunha que "É também nulo o casamento contraído perante autoridade incompetente (artigos 192, 194, 195 e 198). Mas esta nulidade se considerará sanada, se não se alegar dentro em 2 (dois) anos da celebração". O seu correspondente, isto é o artigo 1.560, II, disciplina a hipótese como sendo de anulabilidade. De todo modo, o atual Código traz hipótese de nulidade sanáveis pelo tempo, por exemplo, parágrafo único do artigo 45, parágrafo único do artigo 48 e parágrafo único do 2.027.

[487] TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 6. ed. riv. Padova: CEDAM, 1952, p. 163.

[488] No mesmo sentido: FERRARA, Francesco. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 394-395.

[489] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 473-474.

[490] BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffré, 1952, p. 193.

separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal".

Raquel Schmiedel restringe o âmbito de aplicação da regra aos negócios complexos:

> "O problema das nulidades parciais é adstrito, exclusivamente, aos negócios complexos, mas que constituem um único negócio. Se uma das partes ou cláusulas é nula, a questão situa-se, justamente, na contaminação ou não desta nulidade a todo o negócio. Dispõe o art. 153 que <<a nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável>>"[491].

A origem do princípio do *utile per inutile non vitiatur* remonta a um fragmento do Digesto (D. 45, 1, 1, 5), ao afirmar que a estipulação de entrega de dois escravos Pânfilo e Stico pode ser desmembrada com a finalidade de que eventual vício de uma estipulação não acarrete a nulidade da outra[492].

Embora não seja possível afirmar que o Direito Romano tenha conhecido, ainda no Período Clássico, a formulação de uma regra geral como a que hoje existe, pode-se observar uma tendência em se preservar a parte válida, quando possível sua sobrevivência sem a parte viciada[493].

---

[491] SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*: nulidades e medidas sanatórias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 68.

[492] D. 45, 1, 1, 5.: "*Sed si mihi Pamphilum stipulanti, tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adjectionem pro supervacuo habendam puto. Nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis: neque vitiatur utilis per hanc inutilem.*"

Tradução para o português: "Mas se a mim, que me prometeu entregar o escravo Pânfilo, tu me houver prometido Pânfilo e Stico, opino que há de ser considerada supérflua a adição de Stico; porque, se há tantas estipulações quantos objetos corpóreos, há de certo modo duas estipulações, uma útil e a outra inútil; e não se vicia a útil mediante a inútil" (baseada na tradução para o espanhol de: CORRAL, Ildefonso García del. *Cuerpo del derecho civil romano*. v. 3. Barcelona: Jaime Molinas, 1897, p. 520.

[493] ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*: roman foundations of the civilian tradition. Cape Town: Juta & Co., 1992, p. 75-76.

Reinhard Zimmermann colaciona vários exemplos presentes nas fontes: "um pedaço de terra foi vendido, mas as partes falharam em atingir um consenso com relação a um escravo que seria transferido como parte dos acessórios; uma cláusula que foi adicionada a um contrato de empréstimo para uso isentando o locatário de responsabilidade por dolo; o nome de um dos herdeiros num testamento foi riscado; uma promessa que havia sido feita, mediante *stipulatio*, para pagar certa quantia ao *stipulator* e a um terceiro"[494].

Como fontes importantes para a ulterior formulação geral do princípio *utile per inutile non vitiatur*, pode-se citar: D. 50, 17, 94 ("as coisas supérfluas não viciam as declarações")[495]; D. 22, 1, 29 ("Determinou-se que se alguém tiver estipulado seja lucro sobre os juros estabelecidos, sejam juros sobre juros, tenha-se por inexistente o que foi ilicitamente expressado, e que se possa pedir a parte lícita")[496] e, ainda, o ensinamento de Gaio, em Inst. 3, 103:

> "É ainda inútil uma estipulação pela qual prometemos que seja feita entrega de alguma coisa a alguém a cujo poder não estamos sujeitos. Daqui resulta que se tenha levantado esta questão: qual o valor a dar a uma estipulação feita quando alguém estipula que se entregue algo a si mesmo e a alguém a cujo poder não se está sujeito? Os nossos mestres pensam que ela é universalmente válida, e que apenas quem fez a estipulação fica com o direito ao pagamento por inteiro, tal como ficaria se não tivesse acrescentado o nome de nenhum estranho; quanto aos autores da escola adversa, entendem que ao estipulador é devida apenas metade, e que a estipulação é inútil pelo que respeita à parte restante"[497].

---

[494] ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*: roman foundations of the civilian tradition. Cape Town: Juta & Co., 1992, p. 75-76.

[495] Ulpianus *libro II. Fideicomissorum – Non solent, quod abundant, vitiare scripturas*.

[496] Marcianus *livro XIV. Institutionum. – Placuit, sive supra modum quis usuras stipulatus fuerit, sive usurarum usurams, quod illicite aiectum est, pro non adiecto haberi, et licitas peti posse*.

[497] GAIO. *Instituições de direito privado romano*. Tradução J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2010, p. 324.

Há controvérsia, no que concerne aos fragmentos do Digesto, acerca da sua origem, se compilatória ou, de fato, clássica. Giovanni Criscuoli afirma, contudo, que certamente no que diz respeito aos negócios *mortis causa*, as hipóteses de preservação do negócio jurídico em virtude de nulidade parcial já eram reconhecidas pelo direito clássico. Ao passo que, quanto aos negócios *inter vivos*, a única certeza é de que pelo menos desde o período justinianeu essa preservação também foi admitida[498].

Pontes de Miranda afirma que há diferença entre a regra presente no direito romano e a atual. Enquanto no direito romano a presunção era de não-contagiação; no ordenamento jurídico brasileiro, a regra seria a presunção de contagiação da nulidade parcial[499]. De acordo com Pontes de Miranda, "ali, as circunstâncias haveriam de ser alegadas e provadas, que mostrassem haver a contagiação; aqui, o que se tem de alegar e provar é a não-contagiação"[500].

Raquel Schmiedel, por outro lado, acredita que nosso direito também reconhece como regra geral a não-contagiação da nulidade parcial. De acordo com a autora:

> "Não obstante, parece válido entender-se que o art. 153 do Código Civil consagra a regra da incomunicabilidade da nulidade, isto é, a não-contagiação, com fundamento no princípio da conservação dos negócios jurídicos. A isto deve-se acrescentar que é assente na doutrina que as nulidades parciais – e, portanto, a prevalência da não-contagiação – consistem na forma jurídica do princípio *utile per inutile non vitiatur*"[501].

[498] CRISCUOLI, Giovanni. *La nullità parziale del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 17-19.
[499] No mesmo sentido: VON TUHR, Andreas. *Derecho civil*: teoria general. v. 3. t. 1. Tradução Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1947, p. 314.
[500] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 52.
[501] SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*: nulidades e medidas sanatórias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 68.

Concorda-se com Pontes de Miranda, haja vista a disposição literal da norma em análise.

Segundo Giovanni Criscuoli, a generalização do princípio do *utile per inutile non vitiatur* deu-se na Idade Média através da atividade dos glosadores, encontrando-se de maneira quase acabada nos comentários de Acúrsio e Azone, dentre outros[502]. No Renascimento, estudiosos, tais como Andreas Alciati, acabaram por refinar o conceito[503].

Durante o trabalho de glosa e generalização empreendido pelos estudiosos da Idade Média alcançou-se o conceito de vontade hipotética das partes que permitiria a formulação do princípio tal qual é conhecido atualmente[504].

A referência a uma vontade hipotética das partes diante de uma nulidade parcial foi expressamente prevista pelo BGB, § 139, "do qual se depreende que o elemento do negócio que não é afetado pela nulidade é válido quando, segundo o ponto de vista da parte – ou das partes, em caso de negócio plurilateral –, constitui o principal ou, ao menos, o mínimo desejável com relação a todo o negócio assim como estava projetado"[505].

Seguindo a formulação alemã, mas com consequência oposta – pela presunção da preservação do negócio –, o *Codice Civile* italiano, em seu art. 1.419 também se utiliza de uma vontade hipotética das partes[506] [507]. Alberto Trabucchi, em comentário ao

---

[502] CRISCUOLI, Giovanni. *La nullità parziale del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 49-51.

[503] *Ibid*., p. 52-54.

[504] ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations:* roman foundations of the civilian tradition. Cape Town: Juta & Co., 1992, p. 76-77

[505] VON TUHR, Andreas. *Derecho civil*: teoria general. v. 3. t.1. Tradução Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1947, p. 315.

[506] Art. 1419."Nulidade parcial.

"A nulidade parcial de um contrato ou a nulidade de uma única cláusula acarreta a nulidade do contrato inteiro se disto decorre que os contraentes não o teriam concluído sem aquela parte de seu conteúdo que é viciada pela nulidade.

"A nulidade de uma única cláusula não acarreta a nulidade do contrato quando as cláusulas nulas são substituídas, de direito, por normas imperativas.

[*"Nullità parziale.*

La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.

dispositivo, afirma que o aplicador da regra, sobretudo o juiz, deverá, na construção de uma vontade hipotética que de fato nunca existiu, recorrer às normas da boa-fé, com o objetivo de dar sentido e utilidade ao que resta do negócio, retirada a parte viciada, sem que com isso ocorra um desequilíbrio entre as partes[508].

Já quanto ao plano da eficácia, o princípio da conservação revela-se, conforme afirma Antonio Junqueira de Azevedo, quando da admissão da ineficácia em sentido estrito. Neste caso, um ato válido desde a sua formação, contudo, inicialmente ineficaz, passa, por meio do fator de eficácia, a produzir efeitos. Ocorre, pois, pós-eficacização do negócio jurídico[509].

Seja, portanto, no plano da existência, da validade ou da eficácia, as hipóteses em que o negócio jurídico é mantido para que alguma eficácia possa ser preservada permitem reconhecer um princípio de conservação do negócio jurídico, diante num processo de sistematização dessa pluralidade de normas casuísticas.

O recurso à categoria jurídica dos princípios opera em pelo menos três contextos distintos na prática jurídica. Em um primeiro contexto, opera como mero reforço argumentativo de uma solução direta prevista no ordenamento jurídico, por exemplo,

---

La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative."]

[507] No Código Civil italiano de 1865 não havia previsão genérica quanto à regra do *utile per inutile non vitiatur*, mas diversas leis específicas e a própria jurisprudência italiana já possuíam alguns indícios de reconhecimento da tese muito antes da 2ª codificação. PUTTI, Pietro Maria. *La nullità parziale*: diritto interno e comunitario. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 150-153.

[508] "Ao reconstruir esta 'vontade hipotética' o juiz deverá pressupor boa fé e equidade das partes: o que significa, essencialmente, que o resto do negócio, retirando a parte nula, poderá permanecer em vigor se se preservar algum sentido e utilidade, sem desequilíbrio para as partes interessadas" [*"Nel ricostruire questa 'volontà ipotetica' il giudice dovrà presuppore buona fede ed equità delle parti: il che significa, in sostanza, che il resto del negozio, privato dalla parte nulla, potrà restare in piedi se conserva un senso e un'utilità, senza squilibri per le parti interessate"*]. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 242.

No mesmo sentido: ROPPO, Vincenzo. *Diritto privato*. Torino: Giappichelli, 2010, p. 496-497; SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*: nulidades e medidas sanatórias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 72.

Negando utilidade à expressão "vontade hipotética", mas partilhando da mesma opinião de Trabucchi quanto ao processo de sua formulação: CASELLA, Mario. *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 46.

[509] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69-70.

quando após se afirmar a incidência do artigo 330 do Código Civil[510], acrescenta-se tratar-se de aplicação da *suppressio*. Vê-se que à solução do caso concreto basta a aplicação direta do artigo citado, sem qualquer necessidade do recurso à boa-fé objetiva e à *suppressio*. Nestes casos, pode-se falar em eficácia retórica do princípio[511].

Em um segundo contexto, o princípio funciona como elemento de interpretação de regras jurídicas positivadas, por exemplo, permitindo interpretação com resultado extensivo ou restritivo ou justificando a analogia[512].

Finalmente, o princípio opera em grau máximo de eficácia quando se presta a autonomamente, isto é, por si só, dar resposta a um caso concreto[513].

A conversão (substancial e formal) do negócio jurídico nulo, a confirmação (expressa ou tácita) e o convalescimento do negócio jurídico anulável, bem como a pós-eficacização do ato preceptivo válido, mas ineficaz, são medidas sanatórias que encontram previsão expressa no direito positivo brasileiro e que têm como fundamento o princípio da conservação dos negócios jurídicos, o que implica afirmar que o recurso a este princípio para solucionar casos concretos diretamente reconduzíveis a estas medidas sanatórias tem mera eficácia retórica[514].

---

[510] "O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato".

[511] STRECK, Lenio. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 77.

Humberto Ávila denomina essa categoria de postulados hermenêuticos (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed.São Paulo: Malheiros, 2011, p. 135). Evidentemente que isto não se aplica quando se trata de análise dogmática (teórica) da norma, mas apenas quando se está diante da solução de um caso concreto.

[512] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. amp. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 98.

[513] *Ibid*., p. 102.

[514] Há no Brasil obras doutrinárias que trataram destas categorias jurídicas com amplitude e profundidade, e para as quais se remete o leitor (em ordem de antiguidade): VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 19[??].; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 126-134; SCHMIEDEL, Raquel. *Negócio jurídico*: nulidades e medidas sanatórias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985; DEL NERO, João Alberto Schültzer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 351; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conversão dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

O que se pretende investigar é se o princípio da conservação dos negócios jurídicos pode funcionar naqueles outros dois níveis, é dizer, justificando a aplicação analógica de uma medida sanatória positivada quando da aplicação de uma norma que não contenha previsão de medida sanatória e justificando autonomamente a manutenção da eficácia de ato jurídico preceptivo inválido.

A fim de ordenar a exposição, agrupar-se-á a análise a partir de dois critérios: (i) proteção de terceiros de boa-fé; e (ii) ausência de violação do bem jurídico protegido pela norma jurídica que impôs a invalidação

3.4.1. Proteção a terceiros de boa-fé contra a ineficacização por nulidade

O Código Civil brasileiro não dispõe de regra geral expressa de proteção de terceiros de boa-fé contra os efeitos da invalidação de ato jurídico preceptivo, ao contrário, segundo a doutrina tradicional[515] a regra é justamente o atingimento da esfera jurídica de terceiro como eficácia típica da invalidação, seja por nulidade, seja por anulabilidade.

Como reforço a esta afirmação, há o fato de o Código Civil, em hipóteses específicas, expressamente atribuir a terceiros, desde que de boa-fé, a posição jurídica ativa de imunidade contra a oponibilidade típica da invalidação. Isso permite que se afirme, com coerência, que, quando o legislador quer proteger terceiros de boa-fé contra a oponibilidade da invalidação, fá-lo expressamente.

Em sentido contrário, parcela da doutrina defende, sob variados fundamentos[516], que se protejam terceiros de boa-fé contra a oponibilidade típica da invalidação[517], solução esta que, com as ressalvas a seguir, subscreve-se.

---

[515] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 256-257.; GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos juridicos.* v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1910, p. 285; LOPEZ, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 1. 8.ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 510.

[516] Um inventário amplo encontra-se em BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173-183.

[517] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 3. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 621 e ss.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 445; GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a

O enunciado 537 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, assevera que:

> "A previsão contida no artigo 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses merecedores de tutela".

O enunciado, até mesmo por sua necessária concisão, deixa em aberto justamente os critérios para que o adjudicador qualifique os interesses em jogo como "merecedores de tutela".

Os autores pátrios que defendem possibilidade de manutenção dos efeitos do ato preceptivo inválido, em regra, fazem-no sob o fundamento de categorias jurídicas de baixa densidade significativa, as quais, por esta razão mesma, dependem do esforço dogmático de concretização.

Não basta, por exemplo, afirmar que o efeito retroativo da invalidação pode afetar a segurança jurídica, violar a boa-fé, violar a proporcionalidade, violar o dever de solidariedade social e, até mesmo, violar a dignidade humana[518], é necessário fornecer balizas dogmáticas[519] mais ou menos seguras para que o intérprete, com base no sistema normativo em que está atuando, decida racionalmente- é dizer, fundamentadamente- por uma ou outra solução[520].

Com relação à imunização ou não da posição jurídica de terceiros contra a oponibilidade da invalidação, defende-se que o critério de que deverá partir o intérprete é o

---

eficácia jurídico-social como critério de superação das nulidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 131.

[518] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 342; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2003, p. 337.

[519] Ou, nas lições de Miguel Reale, modelos dogmáticos. REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 37.

[520] O inciso II do artigo 489 do Código de Processo Civil apresenta síntese eloquente do que se entende por decisão não fundamentada: "empregar conceitos jurídicos indeterminados sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida".

da boa-fé, em sentido subjetivo, do terceiro, sendo desnecessário e até mesmo descabido recorrer a critérios como os da solidariedade social e dignidade humana.

Como se procurará demonstrar, as inúmeras normas que imunizam terceiros de boa-fé contra os efeitos da invalidação permitem que se extraia do sistema normativo do Código Civil regra geral de proteção, a qual poderá ser aplicada sempre que presentes os seus pressupostos.

O Código Civil expressamente tutela terceiros de boa-fé contra a oponibilidade da invalidação nos seguintes artigos: 159; 161; 167, § 2º; 301; 814, § 1º; 879, parágrafo único; 1.563.

Como já visto, a invalidade é situação jurídica que pode conduzir à ineficácia, sendo certo que há outras situações de ineficácia que não têm por fonte a invalidade, e sim, por exemplo, a falta de legitimação[521].

O Código Civil igualmente tutela terceiros contra a oponibilidade da ineficácia que não tenha por fonte a invalidade, o que se constata da análise dos seguintes artigos: 312; 359; 563; 891, parágrafo único; 974 § 1º; 1.268, *caput* e § 1º; 1.817; 1.827, parágrafo único.

Finalmente, em um terceiro grupo de normas, o Código Civil estabelece requisitos para que a eficácia de uma dada situação jurídica possa ser oposta a terceiros. É o que dispõem os seguintes artigos: 191; 221; 288; 290; 364; 385; 507; 522/523; 662; 673; 686; 980; 989; 997, *caput* e parágrafo único; 1.015; 1.048; 1.057; 1.063, § 3º; 1.144; 1.148; 1.154, parágrafo único; 1.174; 1.212; 1.333, parágrafo único; 1.387; 1.446, parágrafo único; 1.577, parágrafo único e 1.657.

Da análise dos três grupos de situações (proteção de terceiros contra ineficacização por invalidade; proteção de terceiros contra ineficacização por falta de fator

[521] Segue-se aqui a lição de Antonio Junqueira de Azevedo, para quem: "*Legitimação* é o poder de dispor de determinada *res*". AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial:* noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986, p. 155.

de eficácia e requisitos para a oponibilidade da eficácia de certas situações jurídicas a terceiros), extraem-se duas constantes que podem servir de baliza para que o adjudicador decida entre estender ou não ao terceiro os efeitos da ineficacização: (i) que o terceiro ignore justificadamente a causa eficiente da ineficacização; (ii) que a posição jurídica ativa do terceiro tenha por causa eficiente ato preceptivo oneroso.

Quanto à ignorância justificada, caracterizar-se-á quando o ato preceptivo inválido celebrado entre as partes originárias dispuser de fator predisposto a lhe conferir publicidade e o interessado na invalidação não providenciar a tempo – é dizer, antes da aquisição do terceiro –, a anotação da existência da ação de invalidade. Tal se dará sempre que o objeto do ato preceptivo que se pretende ineficacizar por inválido for sujeito a registro.

Ademais, quando não houver fator predisposto a conferir publicidade à relação jurídica entre as partes do ato preceptivo inválido, caberá ao adjudicador verificar se o terceiro adotou as cautelas ordinárias que razoavelmente se esperam de quem celebra negócios do mesmo tipo, por exemplo, a busca de certidões acerca de distribuições de ações, entre outras.

A proteção do terceiro contra a ineficacização típica da invalidação, portanto, não exige apenas que ele ignore a invalidade do negócio jurídico do qual derivou sua posição jurídica. É necessário, ainda, que ele haja procedido diligentemente, isto é, da forma como se espera que pessoas prudentes ajam em situação negocial semelhante[522].

Neste sentido, Francesco Carnelutti define a boa-fé do terceiro como opinião racional da existência do direito

Constatada a escusabilidade da ignorância do terceiro acerca da invalidade do ato preceptivo precedente, a análise dos grupos de normas selecionadas revela, ainda, a necessidade de que sua posição jurídica haja sido consequência de ato preceptivo oneroso.

[522] Francesco Carnelutti define a boa-fé do terceiro como "opinião racional acerca da existência do direito" (*opinione ragionevole della esistenza del diritto*). CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione.* Padova: CEDAM, 1933, p. 162.

A ideia subjacente a esse requisito é a de que o Direito deve optar por proteger a quem pretende evitar um prejuízo (*qui certant de damno vitando*) a quem simplesmente pretende conservar uma vantagem (*qui certant de lucro captando*).

Assim, se a posição jurídica do terceiro for derivada imediatamente de ato preceptivo celebrado *causa donandi*, independentemente de sua boa-fé poderá sofrer os efeitos da invalidação do ato preceptivo antecedente.

No entanto, presentes os dois requisitos que se extraem dos conjuntos normativos acima arrolados, é dizer, a ignorância justificada e a onerosidade da aquisição de sua vantagem, o terceiro há de contar com a imunização de sua posição jurídica ativa contra os efeitos típicos da invalidação por nulidade.

Essa solução, porém, há de ser confrontada com dois dispositivos específicos do Código Civil, os quais tratam, respectivamente, da aquisição *inter vivos* de coisas móveis e de coisas imóveis (*rectius*: aquisição de direito subjetivo sobre coisa móvel e sobre coisa imóvel).

O artigo 1.268, § 2º dispõe que não transfere a propriedade a tradição quando tiver por título um negócio jurídico nulo. Deste dispositivo, resultam imediatamente duas constatações: a primeira é a de que a tradição titulada por negócio jurídico anulável transfere a propriedade, consequência do disposto no artigo 177 do mesmo Código; a segunda, ainda mais evidente, é a de que o *accipiens* não se torna dono da *res*, mas mero possuidor.

Dessa segunda constatação, resulta que se o *accipiens* alienar o bem a terceiro, esta alienação será a *non domino*, razão pela qual o terceiro poderá sofrer as consequências da ineficacização do ato preceptivo do qual, direta ou indiretamente, derivou sua situação jurídica.

O Código Civil, no *caput* do artigo 1.268, estabelece requisitos rigorosos para que a aparência de propriedade seja levada em consideração para a imunização da posição jurídica do adquirente de boa-fé. Com efeito, além da boa-fé, a imunização de sua

posição jurídica exige que ele haja adquirido a propriedade de coisa a partir de uma oferta pública, em estabelecimento comercial ou leilão.

Realmente, o texto da lei é muitíssimo claro: a tradição feita pelo não proprietário aliena a propriedade apenas se a coisa foi oferecida ao público, em estabelecimento comercial ou em leilão, em circunstâncias tais que a qualquer pessoa o alienante se afigurava como dono, ou seja, (i) se a alienação não for oferecida ao público; (ii) não for adquirida em estabelecimento comercial ou em leilão; (iii) ou estiverem presentes circunstâncias capazes de pôr em dúvida a titularidade do alienante, não haverá transladação do domínio, segundo os termos estritos do Código Civil.

Há, no entanto, exceções estabelecidas pelo próprio Código Civil, podendo-se apontar, pelo menos, as seguintes: a simulação, embora produza título nulo, não permite a extensão de sua ineficacização a terceiros de boa-fé, isto é, o terceiro que adquire a coisa de um dos figurantes do negócio jurídico simulado adquire a *non domino*, não obstante terá sua posição jurídica imunizada (artigo 167, § 2º); a ineficacização fruto da anulação do casamento não alcança terceiros de boa-fé, assim, por exemplo, se um dos cônjuges, casado sob regime da comunhão universal, alienou coisa móvel, cuja propriedade é oriunda da comunhão, a terceiro de boa-fé, a invalidação do casamento implica afirmar que a alienação foi a *non domino*, porém a posição jurídica do terceiro estará imunizada (artigo 1.563); o herdeiro aparente que aliena bens hereditários a terceiro de boa-fé aliena a *non domino*, não obstante a posição jurídica do terceiro estará imunizada (artigo 1.817).

Em atenção à segurança do tráfego negocial, antes mesmo que ao princípio da boa-fé, parece possível conferir ao *caput* do artigo 1.268 interpretação restritiva a fim de interpretar a frase *oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial* como sendo um exemplo de circunstância capaz de gerar a crença no adquirente e nas demais pessoas na existência do direito do alienante.

O que se defende é que o adjudicador decida não com base no modo de formação do contrato – oferta pública –, mas sim a partir das circunstâncias do negócio jurídico, ou seja, desde que as circunstâncias negociais em que se deu a alienação *a non*

domino sejam capazes de levar a erro comum, há que se prestigiar o terceiro de boa-fé em detrimento do real proprietário.

Quanto ao que sejam as circunstâncias negociais, Antonio Junqueira de Azevedo ensina que:

> " (...) consiste exatamente naquele conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas)".
> "(...) As 'circunstâncias negociais' são, pois, um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos"[523].

No caso da alienação a *non domino*, a imunização da posição jurídica do terceiro não se dará sempre, nem mesmo em regra, mas apenas se as circunstâncias em que se deu forem tais que ao adquirente como a qualquer pessoa o alienante se afigurar como dono.

Vale dizer, com Francesco Carnelutti, que não bastará simplesmente a ignorância do adquirente acerca da falta de legitimação do alienante, ao contrário, para que a sua boa-fé lhe aproveite ela deverá ser racional (*ragionevole*), isto é, fundada na aparência de idoneidade do direito do alienante[524].

Ora, é perfeitamente possível que uma alienação a *non domino* titulada por negócio jurídico formado a partir de proposta *stricto sensu* esteja cercada de circunstâncias negociais aptas a gerar *error communis,* enquanto que uma alienação a *non domino* precedida de oferta pública não o esteja.

---

[523] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.
[524] CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933, p. 166.

Basta que se imaginem dois exemplos: (i) uma doação manual de bem móvel de elevadíssimo valor feita verbalmente – nulamente, pois – durante uma festa de aniversário na presença de vários convidados e (ii) uma aquisição de peças usadas de veículo automotor em uma feira livre, aberta ao público por definição.

Imagine-se que esse donatário que, à evidência, não é dono do bem (Código Civil, artigo 541 e seu parágrafo único, combinado com § 2º do artigo 1.268), alguns dias depois aliene-o onerosamente a um dos convidados que presenciou a doação.

Caso o doador se arrependa ou, caso faleça, um de seus herdeiros busque anular a doação, não parece razoável que os efeitos da invalidação possam atingir o terceiro adquirente, haja vista estarem presentes a boa-fé justificada e a onerosidade de sua aquisição.

É fundamental que se perceba que o interesse subjacente à questão não é o do terceiro adquirente, ou seja, não se trata de preferir a posição jurídica terceiro à posição jurídica do real dono, mas antes de se tutelar o tráfego negocial.

É axiomática a necessidade de se tutelar o tráfego negocial, garantindo-se aos adquirentes a imunização de suas posições jurídicas contra vicissitudes da relação jurídica antecedente sempre que restar demonstrado que adotaram todas as cautelas que se esperam de pessoas razoáveis em situação semelhante. Quanto ao padrão a ser observado pelo adjudicador para avaliar se houve ou não por parte do adquirente a adoção das cautelas possíveis, defende-se que seja utilizada a noção de circunstância negocial, tal qual construída por Antonio Junqueira de Azevedo.

Finalmente, cabe analisar a questão da ineficacização por invalidade do título que serviu de base à aquisição *inter vivos* de bem imóvel.

O artigo 1.247, *caput* e parágrafo único[525], pré-exclui expressamente a boa-fé do terceiro como elemento apto a imunizar sua posição jurídica contra a invalidação do registro, é dizer, cancelado o registro, o real proprietário poderá eficazmente reivindicar o imóvel do terceiro, independentemente do título de sua aquisição ou de sua boa-fé.

O Código Civil de 1916 não continha regra em igual sentido, mas a doutrina – à exceção de poucos autores, como Pontes de Miranda, que entendia ser a transcrição forma abstrata de aquisição da propriedade imóvel – e a jurisprudência eram em sentido semelhante, é dizer, cancelado o registro, o real proprietário poderia reaver o imóvel do terceiro adquirente[526].

Não obstante, tutelava-se o terceiro adquirente quando o autor da ação voltada à invalidação do título não a fazia registrar (*rectius*: averbar) na matrícula do imóvel nos termos autorizados pelo artigo 167, I, 21 da Lei 6.015/73[527], pois entendia-se que neste caso adotara todas as cautelas que dele poder-se-iam exigir, é dizer, sua boa-fé o imunizava.

A superveniência do Código Civil de 2002, com os inequívocos termos do artigo 1.247, acabou por solucionar o conflito entre o real proprietário e o terceiro de boa-fé privilegiando aquele em detrimento deste.

Esta solução, contudo, alterou-se radicalmente com o advento da Lei 13.097/2015, a qual, em seu artigo 54, determinou a inoponibilidade ao terceiro adquirente

[525] Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule. Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

[526] Por todos: SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como processo.* Rio de Janeiro: FGV, p. 52-61.

[527] Esse foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em reiterados julgados, por todos confira-se REsp 476.665-São Paulo, em que o Sr. Ministro José Delgado chega a afirmar: "Vamos admitir que a coisa seja móvel, porque a coisa litigiosa pode ser móvel ou imóvel. Os arts. 167, inciso XXI, e 169 da Lei nº 6.015/73 determinam, com carga imperativa, o registro das ações de anulação referentes aos bens litigiosos, especialmente no caso dos imóveis. Tal registro não foi feito. O bem foi adquirido em uma cadeia dominial em que ele é o quarto adquirente, ou seja, princípio da boa-fé do quarto adquirente, que confiou em toda aquela documentação representada pela cadeia dominial".

de demandas, constrições judiciais ou administrativas que não constem da matrícula do imóvel[528].

O parágrafo único do artigo 54 da Lei 13.097/2015 acabou por revogar o parágrafo único do artigo 1.247 do Código Civil, restaurando de certo modo o entendimento que prevalecia durante a vigência do Código Civil de 1916, qual seja o de que o terceiro que adquiriu o imóvel fiando-se em sua matrícula agiu de boa-fé e, por isso, há de ter sua posição jurídica imunizada contra ineficacizações, inclusive oriundas da invalidade do título e do registro antecedente.

A solução determinada pela Lei 13.097/2015 é melhor que a até então determinada pelo Código Civil, porque impõe um ônus a quem de fato pode dele se desincumbir, é dizer, é muito mais razoável onerar o demandante com o ônus de fazer inscrever sua ação na matrícula do imóvel do que impor ao adquirente o ônus de conhecer a existência de potenciais demandas aptas a, em tese, ineficacizar sua aquisição.

A solução predisposta pelo Código Civil era bastante draconiana, na medida em que os termos do parágrafo único do artigo 1.247 não deixavam margem para outra solução: fosse qual fosse o motivo do cancelamento do registro, o terceiro adquirente,

---

[528] Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias; II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

O Código Civil português traz solução próxima:

Art. 291º. (Inoponibilidade da nulidade e da anulação).

1. A declaração de nulidade ou a anulação do negócio jurídico que respeite a bens imóveis, ou a bens móveis sujeitos a registo, não prejudica os direitos adquiridos sobre os mesmos bens, a título oneroso, por terceiro de boa fé, se o registo da aquisição for anterior ao registo da acção de nulidade ou anulação ou ao registo do acordo entre as partes acerca da invalidade do negócio.

2. Os direitos de terceiro não são, todavia, reconhecidos, se a acção for proposta e registada dentro dos três anos posteriores à conclusão do negócio.

3. É considerado de boa fé o terceiro adquirente que no momento da aquisição desconhecia, sem culpa, o vício do negócio nulo ou anulável.

independentemente de sua diligência e boa-fé, perderia o imóvel, a não ser que contasse com exceção substancial autônoma, como a usucapião.

Em síntese conclusiva, pode-se afirmar que a ineficacização à causa de nulidade em regra alcança terceiro cuja posição jurídica derive direta ou indiretamente do ato preceptivo inválido. Para que o terceiro tenha sua posição jurídica imunizada contra essa ineficacização é necessário que haja adquirido o direto subjetivo de maneira onerosa (*qui certant de damno vitando*; *qui certant de lucro captando*) e esteja de boa-fé, entendida esta como ignorância justificada porque precedida das cautelas exigidas de qualquer pessoa razoável em igual situação.

3.4.2. Ausência de violação do bem jurídico protegido pela norma jurídica que impôs a invalidação

Desde que se esteja diante de um sistema político em que haja distinção entre quem elabora a norma jurídica e quem a aplica aos casos concretos, a questão da interpretação se põe[529].

Sobre o que seja a interpretação e qual seja a função do intérprete, há um sem-número de teorias cujo conteúdo varia mais por razões ideológicas do que técnicas, porém, *grosso modo*, pode-se divisar duas posturas a tal ponto opostas que permitem uma primeira aproximação dos entendimentos sobre aquelas questões.

Pode-se, de maneira bastante ampla, insista-se, agrupar os autores que versam o tema da interpretação em realistas e construtivistas. Para os primeiros, a linguagem encerra um significado único, o qual corresponde exatamente ao objeto referido na comunicação interpretanda e, por isso, é apto a, num juízo retrospectivo, qualificar o trabalho interpretativo como certo ou errado (realismo/ontologismo); Para os segundos, não cabe ao intérprete descobrir e revelar uma essência pré-existente, mas antes construir

[529] BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 12-13.

um significado a partir de seus preconceitos (aqui, no sentido de pré-compreensão do mundo) e do material interpretando (construtivismo/pragmatismo)[530].

Esta tese parte de visão mais realista do que construtivista. Entende-se que o jurista está rigorosamente adstrito à norma jurídica, a qual se configura como ponto de partida inegável de seu trabalho[531].

Assim, se é verdade que o jurista não deve limitar sua função à interpretação gramatical dos textos legais, é igualmente verdadeiro que ignorar o texto da lei, seja fingindo-o inexistente, seja deturpando seu teor, é conduta intolerável na medida em que é fonte, na melhor das hipóteses, de má ciência; na pior, de autoritarismo e usurpação do Poder Legislativo.

As normas jurídicas, no mais das vezes, são obtidas por meio da indução generalizante de casos concretos. A estrutura da norma jurídica, por isso, normalmente é composta pela descrição abstrata de uma situação jurídica ("problema") e pela atribuição de uma consequência que se verifica quando de sua ocorrência ("solução do problema")

Assim, o texto normativo na maioria dos casos já encerra a solução adequada para os casos concretos sobre os quais incidirá, bastando ao intérprete-adjudicador aplicá-lo.

Realmente, a solução dos casos concretos a partir do método dedutivo parece ser a regra. Neste sentido, Neil MacCormick afirma que:

> "Apesar de constantes negativas por parte de eruditos quanto à possibilidade de o direito conceder espaço ao raciocínio dedutivo, ou até mesmo à lógica, este livro defende com

[530] BUNAZAR, Maurício. Interpretação (hermenêutica). In: LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (coord.). *Dicionário de direito de família*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2015, p. 560-562.

[531] LUHMANN, Niklas. *Il diritto della società*. Tradução Luisa Avitabile. Torino: Giappichelli, 2012, p. 470-471; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão e dominação. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 24-25.

> firmeza a noção de que uma forma de raciocínio dedutivo é essencial para a argumentação jurídica"[532].

Após deixar claro para o leitor de que tem absoluta consciência de que o raciocínio dedutivo não encerra toda a argumentação jurídica, MacCormick afirma que:

> "Um sistema de direito positivo, em especial o direito de um Estado moderno, engloba uma tentativa de consolidar amplos princípios de conduta na forma de normas relativamente estáveis, claras, detalhadas e objetivamente compreensíveis, bem como de fornecer um processo aceitável e inspirador de confiança interpessoal para fazer vigorar essas normas. Esse processo é visível sobretudo nos casos em que haja alguma disputa interpessoal, ou em que a manutenção da justiça ou da ordem social tenha exigido a criação de órgãos públicos para policiar e impor o cumprimento de normas que, de outro modo, não seriam obedecidas espontaneamente. Nessas situações, o reclamante particular ou o agente público responsável pela imposição da norma deverá apresentar algumas afirmações sobre o estado dos fatos no mundo, e tentar demonstrar de que modo esse estado de fatos exigiria a intervenção com base em alguma norma que se aplique aos fatos declarados. Consequentemente, a lógica da aplicação da norma é a lógica central do direito dentro do moderno paradigma da racionalidade jurídica sob o manto do 'Estado de Direito'. Talvez, para a decepção de importantes teóricos, essa lógica seja na realidade relativamente simples e direta. A fórmula simples porém muito criticada 'N+F = C' ou 'Norma mais fatos geram conclusão' é a verdade essencial" [533].

[532] MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. IX-X.

[533] MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. IX-X.

O raciocínio dedutivo funciona na maioria dos casos porque o texto normativo não surge do nada, ao contrário, é resultado de processo cultural de valoração de fatos sociais[534] e, também, de experimentação social.

O texto normativo condiciona sempre a interpretação, afinal como ensina Umberto Eco "um texto pode suscitar uma infinidade de leituras sem, contudo, permitir uma leitura qualquer"[535].

Isso não significa afirmar a irrelevância da interpretação – até porque a verificação da adequação entre texto normativo e caso concreto a pressupõe –, mas sim reafirmar a importância de o intérprete, mormente o adjudicador, respeitar o texto legal e sempre partir dele para a solução do problema social concreto.

O texto normativo não é um texto estético, não é uma peça de arte aberta que, sendo de certo modo fim em si mesma, é capaz de se enriquecer com toda e qualquer interpretação por mais inventiva e imaginativa que seja[536].

O texto normativo, ao contrário, é fundamentalmente instrumental, tem sua razão de ser no fim a que se propõe, qual seja o de servir de parâmetro para a decisão/solução de um problema previsto abstratamente nele mesmo ou em outro texto normativo, ou seja, ele não surge senão de uma necessidade social e não visa senão a dar uma dada resposta a ela[537].

A função típica do direito de ter sempre de fornecer respostas faz com que sua hermenêutica seja invariavelmente interessada, isto é, impõe ao intérprete não só um ponto de partida (no caso, a norma jurídica), mas, principalmente, uma linha de chegada (a solução do problema)[538].

---

[534] REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 57.

[535] ECO, Umberto. *Os limites da interpretação.* Tradução Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 81.

[536] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 84-85.

[537] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 221.

[538] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 221.

Uma interpretação (aqui entendida como resultado do trabalho interpretativo) que não solucione de alguma maneira o problema proposto não pode ser considerada interpretação jurídica. Esta constatação permite afirmar que, nesta perspectiva, a interpretação jurídica é sempre teleologicamente dirigida[539].

Emilio Betti, autor de uma das mais importantes obras acerca da interpretação no direito, ensina que:

> "Diante da correlação que a norma estabelece entre certas espécies e um determinado tratamento jurídico, o intérprete deve questionar-se não apenas 'como', mas também 'porque' a correlação disposta deve funcionar. Em outros termos, ao lado do momento lógico, deve ter em mente o momento teleológico da norma jurídica: juntamente com o conteúdo lógico da fórmula legislativa, deve indagar-se a respeito da *ratio iuris*, que ilumina seu valor normativo. Isso porque a norma jurídica – diferentemente de um juízo teorético, que visa a si próprio como saber e conhecimento de verdade – não visa a si mesma, mas constitui um *instrumento para um fim de convivência social*, que não se pode dizer alcançado com a simples emanação, mas apenas com a aplicação dessa norma na vida de relação"[540].

É importante que se perceba que a questão sobre se o adjudicador deve ou não investigar a finalidade da norma antes de aplicá-la não se confunde com a antiquíssima questão sobre se o juiz deve ou não julgar sempre conforme as leis escritas[541]. Esta última

---

[539] BUNAZAR, Maurício. Interpretação (hermenêutica). In: LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (coord.). *Dicionário de direito de família.* v. 2. São Paulo: Atlas, 2015, p. 561.

[540] BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 210.

[541] A questão *utrum sit semper secundum leges scriptas judicandum* foi posta e respondida por Santo Tomás de Aquino em sua *Summa Theologicae* (Sum. Th., II, II, 60, 5. Confira-se: AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica*. v. 6. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira (coord.). 2. ed. São Paulo: Loyola, 2012, p. 92). Uma análise profunda da resposta de Santo Tomás de Aquino encontra-se em: VILLEY, Michel. *Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política.* Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 51 e ss.

questão, por importantíssima que seja, é incompatível com uma análise que se pretenda dogmática.

Partindo-se da premissa segundo a qual o Direito – aqui reduzido à sua dimensão normativa – é um sistema social voltado fundamentalmente à solução coativa de conflitos, conclui-se que toda e qualquer norma jurídica encerra uma finalidade, sendo tarefa do intérprete extraí-la do sistema jurídico[542].

Não é outra a lição de Carlos Maximiliano:

> "Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito (...). Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela do interesse para o qual foi regida"[543].

Poder-se-ia objetar que a busca da finalidade da norma jurídica daria ensejo a interpretações abusivas e autoritárias, na medida em que se estaria autorizando o intérprete – designadamente o adjudicador – a ir contra o texto da lei e impor sua vontade a pretexto de fazer valer sua finalidade[544].

---

[542] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 124-125.

[543] *Ibid*.

[544] Uma refutação completa deste tipo de objeção encontra-se em BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 210 e ss.

O receio é injustificável e a objeção, de certo modo, falaciosa. O intérprete não é livre para, *ex nihilo*, apontar qual é a finalidade de dada norma jurídica. Ao contrário, sendo o Direito uma realidade cultural, o resultado da pesquisa acerca de qual seja a finalidade de certa norma é passível de controle pela construção doutrinária que ao longo da história se deu em torno da norma interpretanda.

Neste sentido, Emílio Betti ensina que:

> "(...) Assim como na gênese e no vigor da norma jurídica para o conteúdo lógico da sua enunciação é necessariamente ínsito e imanente um elemento histórico e teleológico, também na interpretação que se deve fazer dela no momento lógico e histórico (que a ela é comum com a interpretação meramente recognitiva) é necessariamente concomitante um momento teleológico, que, de resto, é característico de toda interpretação em função normativa. Ora, em tal momento teleológico tem sede uma avaliação comparativa dos interesses em jogo, que é tarefa da lei antes mesmo de ser tarefa do intérprete: tarefa, esta última, apenas reconstrutiva, sobre cujo cumprimento não devem ter influência preferências pessoais de caráter contingente e arbitrário"[545].

Assim, se a comunidade jurídica, a partir fundamentalmente da dogmática jurídica, consagra a finalidade de certa regra jurídica, isto é, aponta o bem jurídico a que ela visa a tutelar, o intérprete-adjudicador estará adstrito a aplicá-la de modo a atingir aquele fim e, em não o fazendo, sua interpretação poderá ser qualificada como errada.

Não fossem suficientes as razões apontadas para justificar o dever do intérprete de realizar a finalidade da norma ao aplicá-la, o direito brasileiro contém norma expressa que o obriga a isso.

---

[545] BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 213.

Com efeito, o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro impõe ao juiz que, ao aplicar a lei, atenda aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. A busca, pois, da finalidade da norma jurídica é, no direito brasileiro, dever legal do juiz[546].

É verdade que, como já apontado, no mais das vezes, a aplicação da norma jurídica por subsunção será suficiente para que sua finalidade seja atingida, é dizer, para que o caso tenha a solução adequada. Porém, é possível que o caso concreto apresente peculiaridades que revelem ao intérprete contrariedade entre a literalidade do texto legal e sua finalidade, ocasião em que, se quiser decidir corretamente, terá de optar por esta.

Isso porque ignorar a finalidade normativa subjacente ao texto legal, aplicando-o sem outra consideração que não a mera adequação formal entre a narrativa fática e a disposição gramatical, pode, igualmente, significar recusa à aplicação da norma.

Essas considerações se aplicam integralmente às regras sobre invalidade de atos jurídicos preceptivos dispostas no Código Civil. Um ato preceptivo posto em contrariedade a texto normativo impositivo da sanção de invalidade, em regra, deverá ser ineficacizado.

Contudo, defende-se que, como corolário do *favor negotii*, o intérprete-adjudicador deverá deixar de aplicar a sanção de invalidade se, em dado caso concreto, restar evidenciado que a ineficacização implicará contrariar a finalidade da norma jurídica.

Relativamente à categoria jurídica da invalidade, o respeito à finalidade da regra jurídica[547] como recurso apto a impedir a ineficacização do ato preceptivo exige que

---

[546] VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao Código Civil*: artigos 1º a 6º. 2. ed. rev. e aum. Belém: Unama, 2006, p. 124; DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 159.

Após estabelecer interessante crítica à redação do artigo 5º da LINDB, designadamente por identificar os conceitos de aplicação e interpretação, José de Oliveira Ascensão reconhece que o dispositivo consagra o elemento teleológico da interpretação. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 396-398.

[547] Hamid Charaf Bdine Júnior ensina que "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" e, mais adiante, que "será possível admitir os efeitos do negócio jurídico nulo-portanto, prestigiando sua eficácia- sempre que puder ser superada a razão

se esteja diante de anulabilidade ou de nulidade relativa, pois em se tratando de nulidade absoluta a violação da regra que a impôs, por definição, acarreta afetação negativa de interesses sociais que extrapolam o das partes envolvidas.

Quanto à anulabilidade, a pertinência da alegação de incolumidade do bem jurídico tutelado pela norma impositiva da invalidade é de demonstração mais simples. Isso porque historicamente se diz que as anulabilidades visam exclusivamente a proteger uma das partes do ato preceptivo ou, eventualmente, terceiro[548], razão pela qual a constatação de que a proteção não é necessária é suficiente para afastar a invalidação.

O próprio Código Civil consagra hipóteses de preservação do negócio jurídico anulável sob o fundamento da incolumidade do bem jurídico protegido. O artigo 144, por exemplo, dispõe que o erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do declarante.

Este artigo contém uma imprecisão técnica evidente. O negócio jurídico formado erroneamente nos termos do artigo 138 é anulável, ou seja, já é inválido. O que o artigo 144 estabelece é que o negócio jurídico, posto que formado invalidamente, não será ineficacizado se a parte contrária atender à vontade real do declarante.

À evidência, trata-se de hipótese de convalescimento do negócio jurídico anulável fundamentado na constatação de que o bem jurídico tutelado pelas normas jurídicas que disciplinam a categoria jurídica do erro foi preservado. O mesmo se verifica no § 2º do artigo 157 do Código Civil, o qual permite a preservação do negócio jurídico viciado por lesão quando a contraparte afasta o prejuízo causado por ela[549].

---

contemplada para sua invalidade e que esse fato não acarrete violação à ordem pública de modo insuperável". BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209.

[548] Cf. item 4 acerca das possibilidades de alegações por terceiros.

[549] "Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito".

Não se vislumbra qualquer óbice a que se extraia regra geral determinadora da preservação da eficácia de negócio jurídico inválido quando a razão de ser da imposição da invalidade não se faz presente.

A descoberta da finalidade da norma, como insistentemente já se afirmou, pode ser obtida a partir da interpretação histórica e, principalmente, da construção doutrinária que em torno dela se firmou.

É verdade que conclusões precipitadas, baseadas apenas no senso comum, podem levar a soluções equivocadas.

Exemplificar-se-á este risco demonstrando o equívoco em que incidiu parte da doutrina ao interpretar dois dispositivos legais do Código Civil: o artigo 156 e o artigo 496.

Com relação ao artigo 156, parcela da doutrina entende aplicável a ele por analogia o § 2º do artigo 157, o que acabou consolidado no enunciado 148 da III Jornada de Direito Civil[550].

Esse entendimento, que pode ser considerado majoritário[551], não parece correto[552]. Há entre a disciplina da lesão e a do estado de perigo uma diferença

[550] "Art. 156: Ao 'estado de perigo' (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157".

[551] Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: teoria geral. v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 639; FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 326; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 1. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 296; OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil anotado*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 294; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 443.

Contra a aplicação analógica: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 530.

Silvio Rodrigues propõe solução mediante aplicação da vedação ao enriquecimento sem causa, tendo o juiz de estabelecer um valor correspondente ao serviço prestado. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil:* parte geral. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 223.

[552] Teresa Ancona Lopez também aponta a impossibilidade de aplicação do art. 157, §2º, para a hipótese de estado de perigo: LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181-182.

fundamental: a caracterização da lesão não exige dolo de aproveitamento – o que, aliás, também é afirmado majoritariamente[553] –, enquanto que a do estado de perigo sim[554].

A norma jurídica contida no artigo 156 aproxima-se teleologicamente muito mais do dolo e da coação do que da lesão, pois em todas estas categorias percebe-se a existência de dupla finalidade normativa: proteger a higidez da manifestação de vontade e sancionar o comportamento ilícito da contraparte.

Quanto ao artigo 496, costuma-se afirmar que a sua *ratio* é a proteção da legítima dos eventuais herdeiros[555], quando a melhor doutrina demonstrou que sua finalidade não se encerra aí, e sim consiste, também, em assegurar a harmonia familiar, evitando desconfianças entre os membros da família[556].

A esta altura poder-se-ia objetar que o melhor, então, é sempre aplicar a lei tal qual posta, sem se arriscar a fazer interpretações teleológicas potencialmente equivocadas.

Esta atitude, contudo, não é digna do jurista, a quem compete envidar seus melhores esforços na busca das soluções as mais harmônicas possíveis.

Assim, fixadas estas premissas, pode-se afirmar que, constatada a incolumidade do fim da norma, é dever do intérprete evitar a invalidação do ato jurídico preceptivo.

---

[553] Enunciado n. 150 do CJF: "Art. 157: A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento".

[554] LOPEZ, *op. cit.*, p. 186.

[555] ANDRADE, Ronaldo Alves de. Comentários ao art. 496. In: ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 772.

[556] SIMÃO, José Fernando. Venda de ascendentes a descendentes. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 1, v. 1, out./dez. 2014, p. 110-111; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 171-172.

3.4.3. Estabilização da eficácia de negócio jurídico celebrado por agente ilegítimo

Como visto, a ilegitimidade consiste na proibição *intuitu personae* que impede ou limita o agente de estabelecer como objeto do negócio jurídico certos direitos subjetivos, visando à proteção de pessoas relacionadas a ele[557].

Diferentemente do que se dá quando o que falta é a legitimação, a falta de legitimidade conduz à invalidade do ato jurídico preceptivo, ora por nulidade, ora por anulabilidade.

Embora as hipóteses de ilegitimidade conduzam à mesma solução (invalidade), as razões que levaram o legislador a estabelecer hipóteses de ilegitimidade são variáveis, é dizer, procurou-se, por meio da imposição da ilegitimidade, proteger pessoas ligadas ao agente contra a violação de interesses os mais diversos.

Assim, por exemplo, as hipóteses de ilegitimidade estabelecidas nos artigos 117, 549 e 1.647 do Código Civil conduzem à invalidade do ato jurídico preceptivo, porém as razões que levaram o legislador a estabelecê-las são fundamentalmente distintas.

Se, como se vem defendendo ao longo desta tese, é dever do intérprete aplicar as normas jurídicas levando em consideração os fins a que elas se destinam, e não apenas a literalidade do texto legal[558], será possível manter os efeitos de ato jurídico preceptivo praticado sem legitimidade se restar demonstrada a ausência de violação do interesse que se buscava proteger.

Nas hipóteses em que a ilegitimidade conduz à anulabilidade, a possibilidade de convalescimento e de ratificação expressa ou tácita do ato jurídico preceptivo são suficientes para a tutela da autonomia privada, isto é, para que se evite a invalidação sem que tenha sido violado o bem jurídico tutelado pela norma. *Sed contra*, quando a ilegitimidade conduz à nulidade, caso em que a convalidação e a ratificação não são possíveis por expressa disposição legal (artigo 169 do Código Civil).

---

[557] Confira-se o item 2.2 desta tese, onde constam as referências bibliográficas.
[558] Confira-se o item 3.4.2 *supra*.

No entanto, é possível divisar casos em que a ilegitimidade é necessária e suficiente à violação do bem jurídico tutelado pela norma e casos em que a ilegitimidade é necessária para que haja a violação do bem jurídico tutelado, mas não é suficiente.

Como exemplo da primeira hipótese, pode-se apontar o artigo 497; da segunda, o artigo 549, ambos do Código Civil. Ambos os artigos, visando à proteção de certas pessoas, impõem ilegitimidade e a sancionam com a nulidade do ato jurídico preceptivo praticado pelo agente ilegítimo. Contudo, o interesse juridicamente protegido em um e em outro caso é essencialmente distinto, permitindo, a partir desta distinção, explicitar a razão pela qual a ineficacização por invalidade no caso do artigo 497 é inevitável, enquanto que a manutenção da eficácia do ato preceptivo de doação é, em tese, possível no caso do artigo 549.

O fundamento do artigo 497, isto é, o bem jurídico que ele busca tutelar é o que a doutrina convencionou chamar de isenção de ânimo nas pessoas incumbidas de zelar pelos interesses alheios.

Ao comentar o artigo 1.133 do Código Civil de 1916 (correspondente ao artigo 497 do Código Civil vigente), Clóvis Bevilaqua ensinou que:

> "As proibições deste artigo têm um fundamento moral transparente: manter a isenção de ânimo naqueles, a quem se confiam interesses alheios. A lei quer impedi-los de sucumbir, como diz HUC, à tentação de sacrificar o seu dever ao que considerem seu interesse"[559].

As lições de Clóvis Bevilaqua, sem variações dignas de nota, foram repetidas pela quase totalidade da doutrina, a qual, de forma uníssona, reconhece que a norma jurídica em questão busca assegurar a isenção de ânimo nas pessoas a quem se confiam interesses alheios[560].

---

[559] BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 4. 10. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 246.

[560] Assim, por exemplo, CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. 16. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1936, p. 117; ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. São Paulo:

Carnelutti definiu o interesse "como uma posição favorável para a satisfação de uma necessidade, e, portanto, como uma relação entre o ente que experimenta a necessidade (homem) e aquele que é capaz de satisfazê-la (bem)"[561].

Quando a alguém é atribuído o poder funcional de zelar pelos interesses alheios, exige-se que, no exercício de seu mister, não tenha em vista outras necessidades que possam influenciar sua conduta, encaminhando-a em sentido diverso ou contrário ao das necessidades a que deve acorrer.

Emílio Betti, ao tratar da tutela de um interesse alheio, ensina que:

> "(...) a destinação inerente à função comporta, para o investido, o dever de desenvolver uma atividade de gestão vinculada objetivamente à preocupação com o interesse alheio e, ao mesmo tempo, uma discricionariedade técnica na apreciação dos meios mais idôneos para satisfazê-lo no caso concreto: discricionariedade cujo controle em âmbito jurisdicional exige uma interpretação que ultrapasse o significado literal das normas em discussão, para indagá-lo à luz do interesse a ser tutelado"[562].

Quando a lei atribui a alguém a gestão do interesse alheio, parte da presunção de que o gestor atuará com a isenção necessária e, para garantir tal isenção, impede-o, em regra peremptoriamente, de exercer concomitantemente dupla posição jurídica, é dizer, a de parte negocial e a de gestor do interesse alheio, afinal, até mesmo do ponto de vista lógico, a isenção de ânimo é incompatível com o exercício de posições jurídicas contrapostas.

Forense, 1961, p. 76; MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 39. 3. ed. São Paulo: Borsoi, 1972, p. 67; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 191; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 3. 12. ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 187; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 5. 32. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 92.

[561] CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 84-85.

[562] BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos.* Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 245.

Destarte, a concorrência dos interesses do gestor e do gerido, *ipso facto*, revela a ausência da isenção de ânimo exigida pela lei e, por isso, é bastante para implicar a nulidade do negócio jurídico, sem espaço para qualquer consideração acerca da vantagem ou desvantagem do ato para o agente em posição de subordinação[563].

Quanto à nulidade prevista no artigo 549 do Código Civil, embora segundo a melhor doutrina também seja consequência da ilegitimidade[564], seu fundamento é a proteção da legítima dos herdeiros necessários[565].

A abordagem dogmática do artigo 549 exige que se abstraia de considerações de *lege ferenda*, como afirmar que melhor teria sido se o legislador estabelecesse a anulabilidade do excesso[566] ou sua ineficácia, como se dá alhures[567].

No Brasil, a partir do Código Civil de 1916[568], a opção do legislador foi a de tutelar a legítima por meio da imposição da nulidade da parte da doação que exceder àquela de que o doador, no momento da doação, poderia dispor por testamento.

---

[563] Por isso, não se concorda com Ronaldo Alves de Andrade, quando afirma que a nulidade prevista no artigo 497 do Código Civil funda-se em uma presunção absoluta de que a compra foi feita de modo a beneficiar o comprador, mas não se admitindo prova em sentido contrário, isto é, no sentido de que o contrato foi feito regularmente e que nenhum prejuízo acarretou. ANDRADE, Ronaldo Alves de. In: ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro.* v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 780.

[564] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millennium, 2004, p. 162.

[565] Não se tem notícia da existência de algum autor que negue a afirmação de que o artigo 549 do Código Civil tem por escopo a proteção da legítima.

[566] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 46. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 250 e ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 178. Este autor, mais adiante, reconhece que a anulabilidade teria o inconveniente de os prazos para a propositura da ação serem mais curtos, o que poderia acabar por prejudicar os herdeiros.

[567] Por exemplo, artigo 920 do Código Civil francês ("as liberalidades, diretas ou indiretas, que ofendem a reserva de um ou mais herdeiros serão redutíveis à parte disponível no momento da abertura da sucessão") e artigo 555 do Código Civil italiano ("As doações cujo valor excede a quota da qual o defunto podia dispor estão sujeitas à redução ao limite desta quota").

[568] As Ordenações Filipinas, Ord. 4, 65, 2, dispunham que: "E não ficando tanta herança do defuncto, per que os herdeiros possam haver sua direita legítima sem a doação, será desfalcado tanto da doação, e assi da terça, soldo à livra, até que a legitima seja primeiro supprida; e feito assi o desfalcamento, se alguma cousa ficar da terça e da doação, o que sobejar da doação, havel-o-ha o donatario, e o que sobejar da terça, será distribuido conforme ao testamento". PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. ed. fac-sim. da 14. ed. por Cândido Mendes de Almeida. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 870.

Neste sentido, Clóvis Bevilaqua, após mencionar as dificuldades que a questão da doação inoficiosa suscita, bem como a diversidade das soluções alienígenas, ensina que:

> "O Código Civil brasileiro tomou caminho diferente para desfazer a dificuldade, e adotou uma providência radical. A doação inoficiosa é nula no excesso da legítima; mas esse excesso se aprecia no momento da doação, como se o doador falecesse nesse mesmo dia. O doador sabe que não pode dar mais do que a metade de seus bens, se tiver herdeiros necessários, se tiver descendentes ou ascendentes, sabe que a parte excedente é nula. O donatário também não pode alegar surpresa, se lhe impugnam o excessivo da doação"[569].

A doutrina, diante dos termos inequívocos do artigo 549 do Código Civil, acertadamente reconhece que a doação inoficiosa tem mesmo como sanção a nulidade da parte que invadir à legítima[570], não se podendo interpretar o dispositivo como impositivo de uma mera ineficácia em sentido estrito.

Esta constatação, contudo, não impede que se dê ao dispositivo interpretação teleológica, a qual possibilitará que, em determinadas circunstâncias, a doação, a despeito de inoficiosa, tenha sua eficácia preservada.

Por óbvio que seja, é importante que se insista na afirmação de que a norma jurídica não é uma disposição que se justifica pelo que estatuí, mas sempre pelo fim a que visa ao estatuir[571]. Afinal, como ensina José Oliveira Ascensão, "toda a fonte existe para

---

[569] BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 4. 10. ed. atual. por Achilles e Isaías Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 280.

[570] Por exemplo, MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 46. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 250 e ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 178; BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 127; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 4. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 182; GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 218; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millennium, 2004, p. 162; LOBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 334.

[571] Sobre a finalidade do direito, confira-se VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: d*efinições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes,

atingir fins ou objetivos sociais. Por isso, enquanto se não descobrir o *para quê* duma lei, não se detém ainda a chave de sua interpretação"[572].

A constatação de que a finalidade do artigo 549 do Código Civil é preservar a legítima não pode ser desconsiderada pelo intérprete responsável por sua aplicação na solução dos casos concretos.

Assim, embora o legislador tenha optado por estabelecer a nulidade da parte da doação que invadir a legítima, o princípio do *favor negotii* permite que o intérprete, ao constatar a incolumidade do interesse protegido pelo artigo 549 do Código Civil, possa reconduzir dogmaticamente a solução ao regime jurídico da ineficácia em sentido estrito, mais especificamente no que tange à possibilidade de reconhecer a pós-eficacização do negócio jurídico de doação.

De modo algo simplista, mas suficiente para enunciar o que se propõe, pode-se afirmar que não será possível ineficacizar, à causa de nulidade, uma doação inoficiosa sempre que por alguma razão a legítima não sofrer qualquer diminuição.

O artigo 549 do Código Civil demarca de modo preciso o momento em que se determina se houve ou não nulidade da doação, qual seja o da liberalidade. É dizer, somente será nula a doação se, no momento de sua celebração, ela exceder o montante que o doador poderia dispor por testamento.

Se, porém, após a celebração de doação inoficiosa sobrevier acontecimento que implique desaparição da *ratio* que impôs a nulidade, o princípio da conservação dos negócios jurídicos concorrerá para que a doação seja preservada.

Imaginem-se duas situações hipotéticas: (i) após a doação invasiva da legítima, o doador recebe por herança patrimônio muitas vezes superior ao que, no momento da doação, dispunha e (ii) após a doação invasiva da legítima, o destinatário da

---

2008. Indispensável, ainda, a obra de BETTI, Emilio. *Interpretação da Lei e dos atos jurídicos.* Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[572] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Renovar, 2005, p. 395.

proteção prevista no artigo 549 do Código Civil, isto é, o herdeiro necessário prejudicado pela doação inoficiosa, falece.

Ora, em ambas as hipóteses, é inegável que desapareceu a razão justificadora da invalidade prevista no artigo 549 do Código Civil e, portanto, a doação deverá ser integralmente preservada.

Ainda ao ensejo de se tratar das consequências da celebração de negócio jurídico por agente ilegítimo, cabe analisar dispositivo do Código Civil brasileiro sobre o qual há divergência doutrinária acerca da sanção decorrente de sua violação.

Com efeito, ao disciplinar o contrato estimatório (artigos 534 a 537 do Código Civil), o legislador dispôs no artigo 537 que o consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição.

Embora nem todos os autores que analisaram esse dispositivo tenham explicitado as consequências de sua violação[573], pode-se divisar na doutrina autores que defendem a nulidade do ato de disposição pelo consignante[574] e autores que defendem a ineficácia em sentido estrito do ato de disposição[575].

Paulo Lôbo, por exemplo, defende a nulidade do ato nos seguintes termos:

> "Há quem sustente que a violação da norma de vedação de dispor da coisa, pelo consignante, constituiria inadimplemento do contrato, mas produziria efeitos em relação a terceiro. Assim, a venda de coisa consignada dentro do prazo ajustado, feita pelo consignante a terceiro, seguida

[573] Por exemplo: VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. v. 3. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 276-277.

[574] Por exemplo: LOBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 272, LOBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 330 e DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 249.

[575] Por exemplo: MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 39. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1972, p. 404; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 613-614 e MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. v. 3. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 184.

> da tradição, produziria os efeitos de transmissão da propriedade. O terceiro estaria legitimado a reivindicar a coisa do consignatário (Biscontini; Ruggeri, 1998: 31). Entendemos, contrariamente, que não se trata simplesmente de inadimplemento contratual. Não se estaria violando apenas o contrato. Está em jogo não apenas o ilícito relativo às partes do contrato, mas o princípio da boa-fé que tutela o interesse de todos aqueles que confiem na legitimidade do poder de disposição do consignatário. Nulo é o negócio jurídico que tiver por objetivo fraudar lei imperativa (CC, art. 166, VI). A nulidade decorre da violação da lei que atribui ao consignatário o poder exclusivo de disposição"[576].

Já Otavio Luiz Rodrigues Jr. defende a ineficácia do ato de disposição, ensinando que:

> "O consignante terá desrespeitado o comando do art. 537, CCB/2002, se e quando vender, doar, trocar, ceder a coisa consignada.
>
> "Mas, qual a natureza dessa violação? Os atos do consignante serão inválidos ou ineficazes?
>
> "Em conformidade às soluções apresentadas para a qualificação jurídica das vendas a non domino, tem-se que o consignante, posto que impedido de alienar a coisa em poder do consignatário, no prazo contratual, realiza negócio ineficaz em relação ao *accipiens*"[577].

O que falta ao consignante não é legitimidade para a prática do ato jurídico de disposição, mas sim legitimação, isto é, poder de disposição, pelo que têm razão os que

[576] LOBO, Paulo. *Direito civil*: *contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 330.

[577] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 613.

defendem que a violação do artigo 537 do Código Civil tem como consequência a ineficácia em sentido estrito do ato de disposição.

A ineficácia do ato de disposição pelo consignante é consequência suficiente para tutelar o interesse do terceiro, que adquiriu o direito subjetivo de propriedade de quem efetivamente podia transferí-lo, é dizer, do consignatário.

Quanto àquele que celebrou com o consignante o negócio jurídico tendente à transferência da propriedade da coisa consignada, como ensina Pontes de Miranda, o negócio jurídico de direito obrigacional será existente, válido e eficaz, porém se a falta de legitimação do consignante o impedir de cumprir o contrato, restará à contraparte pleitear a resolução do contrato, com indenização por perdas e danos.

3.4.4. Análise do artigo 105 do Código Civil

O Código Civil Brasileiro de 1916 dispunha em seu artigo 83 que "a incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra em proveito próprio, salvo se for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum".

Ao analisar esta disposição normativa, a doutrina divergia sobre se ela se referia somente à incapacidade relativa ou também à absoluta[578].

Acabou por prevalecer o entendimento de que o artigo 83 do Código Civil de 1916 somente se referia à incapacidade relativa, basicamente sob o fundamento de que a

[578] Defendiam que para ambas: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986, p. 150-152; CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistema de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 119; BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 1. 11. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 263; MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. v. 1. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 187.

Apenas para a incapacidade relativa: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Metrópole, 1936, p. 278.

Apenas para a incapacidade absoluta: MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 115.

incapacidade absoluta é matéria de ordem pública e, portanto, não há que se fazer qualquer investigação acerca da existência ou inexistência de prejuízo para o incapaz[579].

Essa justificativa, no entanto, revela um paralogismo, na medida em que a premissa é, no mínimo, vaga. A fórmula *ordem pública* é de baixa densidade normativa[580], prestando-se a abarcar situações jurídicas que não guardam qualquer semelhança entre si[581], de modo a, como já apontou Antonio Junqueira de Azevedo, facilitar sua utilização "retoricamente para qualquer tese"[582].

Ainda que se pretenda recorrer à ordem pública para justificar a sanção de nulidade, é bastante evidente que a ordem pública é violada não porque um texto de lei foi violado, mas porque o interesse subjacente a este texto o foi. Ora, a licitude do objeto, a finalidade comum a ambas as partes, uma dada forma e a capacidade do agente podem ser considerados questões de ordem pública, mas não é possível imaginar que as razões que os elevaram a isso sejam as mesmas. É dizer, o fundamento para sancionar uma intenção fraudulenta é radicalmente distinto do fundamento para sancionar o desrespeito à forma prescrita e ambos são distintos do fundamento para a invalidade do ato jurídico preceptivo praticado pelo incapaz.

No entanto, o posicionamento restritivo acabou se refletindo na redação do Código Civil de 2002, o qual, em seu artigo 105, deixa claro que a restrição à alegabilidade da incapacidade da contraparte se refere apenas à incapacidade relativa, é dizer, a *contrario sensu*, a incapacidade absoluta de uma das partes poderá ser alegada pela contraparte[583].

---

[579] ABREU FILHO, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 363.

[580] A expressão é de: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 2009, p. 348.

[581] Por exemplo, a prisão cautelar (artigo 312 do Código de Processo Penal), a intervenção da União nos Estados (artigo 34, III da Constituição Federal), a divulgação da imagem alheia (artigo 20 do Código Civil), o impedimento de cobrança da remuneração pela prestação de serviços (parágrafo único do artigo 606), o poder do Poder Executivo de cassar a autorização de funcionamento de sociedades dependentes de autorização (artigo 1.125 do Código Civil) etc.

[582] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 8.

[583] O dispositivo também se aplica aos contratos plurilaterais, nos quais os interesses das partes não são contrapostos, mas sim convergentes.

Esta opção do legislador, contudo, conflita com o fundamento da categoria da incapacidade, o qual, como se procurou demonstrar, é a proteção do incapaz. Com efeito, não se tem notícia de um autor sequer que haja apontado outro fundamento apto a justificar a opção do legislador de qualificar certas pessoas como incapazes que não sua proteção[584].

Essa contradição entre o artigo 105 do Código Civil e o fundamento da incapacidade impõe uma tomada de posição do intérprete. Caso aplique o artigo 105 em sua literalidade, estará admitindo que a doutrina se equivocou quanto ao fundamento da incapacidade ou, no mínimo, estará admitindo que o legislador é livre para estabelecer restrições desprovidas de fundamento; caso deixe de aplicar o artigo 105 exatamente como positivado, estará admitindo não somente que o legislador se equivocou, mas que o aplicador tem o poder de, por meio da interpretação, corrigir o equívoco.

O que se defende nesta tese é essa segunda posição, pela qual deve ser dada interpretação restritiva ao artigo 105 em razão da incompatibilidade entre seu texto e a razão de ser das normas disciplinadoras da incapacidade.

A interpretação restritiva desperta bastante resistência fundamentalmente entre os autores que direta ou indiretamente são adeptos do dogma da vontade do legislador e que, portanto, acabam por preferir a interpretação literal a qualquer outra[585].

Como ensinou Betti, o que deve pautar a interpretação não é a "vontade do legislador", mas sim a *ratio iuris* da norma[586].

Entre os autores pátrios, embora haja manifestações voluntaristas com a utilização de expressões como "intenção de quem formulou a lei"[587], parece prevalecer a

---

[584] Chega a ser bastante contraditório defender que a incapacidade serve para proteger o incapaz e, posteriormente, defender que não se deve fazer qualquer consideração sobre se o ato foi ou não prejudicial ao incapaz. É o que se vê em BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 1. 11. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 263 e 333.

[585] Neste sentido, a crítica de BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 221-222.

[586] *Ibid*.

ideia de que é a busca da *ratio iuris* que deve pautar a atuação do intérprete na busca do sentido do texto normativo[588].

Então, se é verdade que, em se adotando uma postura voluntarista, o artigo 105 do Código Civil é incontornável, impondo a conclusão de que a faculdade de alegar a incapacidade absoluta não é exclusiva do incapaz, é igualmente verdadeiro que a superação do voluntarismo impõe a consideração dos fins a que se destina a norma e, já agora, revela-se no mínimo embaraçoso defender que uma norma que se propõe a proteger o incapaz possa ser utilizada contra ele.

Afinal, como ensina Betti, "um intérprete que se limitasse a levar em conta a fórmula legislativa porque é 'escrita assim' ou o costume porque é praticado de tal maneira e prescindisse de indagar qual avaliação normativa constitui sua *ratio iuris* mostraria ter uma noção bastante mísera do sentido da lei e não cumpriria sua tarefa"[589].

Defende-se, pois, que o artigo 105 do Código Civil seja interpretado levando-se em consideração a razão de ser das normas impositivas da incapacidade de fato, com o que se manterá hígida a coerência lógica do sistema jurídico de incapacidades do direito brasileiro.

---

[587] LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentário teórico e prático da Lei de introdução ao Código Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Jacintho Editora, 1943, p. 167.

[588] Nesse sentido, ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução do Código Civil brasileiro*. v. 1. 3. ed. atual por Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 223-224; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 162; DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 172; BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. Alcides Tomasetti Junior (coord.). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 46; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 276-277.

[589] BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 231.

CAPÍTULO 4 – ASPECTOS PROCESSUAIS DA INVALIDADE: BREVES CONSIDERAÇÕES

4.1. Delimitação dos aspectos processuais relevantes à análise da categoria jurídica da invalidade disciplinada pelo Código Civil

Embora a invalidade disciplinada pelo Código Civil seja de direito material, sua consequência típica – quase que invariavelmente – é imposta por ato jurisdicional, o qual há de ser prolatado de acordo com normas de direito processual civil.

A eficácia típica da categoria jurídica da invalidade é a reposição das partes ao estado em que se encontravam antes da existência do ato jurídico preceptivo inválido (artigo 182 do Código Civil), o que necessariamente implicará o desfazimento retroativo dos efeitos por ele produzidos.

O reestabelecimento das partes ao estado prístino poderá exigir, por exemplo, a imposição de restituições patrimoniais, cancelamentos de registros e averbações, buscas e apreensões, entre outras medidas que somente podem ser alcançadas mediante ato jurisdicional.

Dentre os inúmeros aspectos processuais que podem se relacionar com a categoria jurídica da invalidade, há três que, em razão do maior grau de dependência com o direito material, podem ser considerados os mais relevantes, quais sejam a natureza jurídica do provimento jurisdicional que reconhece a invalidade; a legitimidade *ad causam* para as ações de invalidade e os limites subjetivos da extensão da coisa julgada em ação de invalidade.

Quanto ao primeiro aspecto, ele se justifica pelo fato de haver uma intrínseca relação entre o dogma segundo o qual o ato preceptivo nulo não produz efeitos e a corrente doutrinária – francamente majoritária – que defende a natureza meramente declaratória do provimento jurisdicional que reconhece a nulidade.

Quanto ao segundo aspecto, ele se justifica porque a legitimidade ativa *ad causam* para as ações de invalidade é atribuída por normas do Código Civil – designadamente pelos artigos 168, *caput* e parágrafo único e 177 – as quais somente a atribuem a quem demonstre interesse na invalidação, o que se relaciona diretamente com a classificação das nulidades em absoluta e relativa.

Finalmente, quanto ao terceiro aspecto, ele se justifica porque a imposição da eficácia típica da invalidação poderá colocar em questão direitos subjetivos de terceiros. O atingimento dos direitos subjetivos de terceiros, todavia, dependerá da superação de restrições de direito material[590] e de direito processual, sendo certo que a restrição de direito processual mais importante é o limite subjetivo da eficácia da coisa julgada.

4.2. Natureza jurídica do provimento jurisdicional que reconhece a invalidade do ato jurídico preceptivo

Há na doutrina divergência sobre a natureza jurídica do provimento jurisdicional que reconheça a invalidade de dado ato jurídico preceptivo. Costuma-se afirmar que, em se tratando de nulidade, é provimento jurisdicional meramente declaratório, pois o julgador simplesmente declara a nulidade do ato jurídico, o qual, por ser nulo, nunca produziu efeitos; já em se tratando de anulabilidade, o provimento jurisdicional é constitutivo, pois, além de declarar a invalidade, volta-se preponderantemente para o desfazimento dos efeitos produzidos pelo ato jurídico inválido[591].

Esse posicionamento contraria a literalidade do artigo 182 do Código Civil, o qual determina que o provimento jurisdicional seja apto a restituir as partes ao estado em

[590] Os aspectos materiais, *vide* 3.4.1.

[591] GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos juridicos*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1910, p. 28; AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 526-531; VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 351; GAINO, Itamar. Invalidade do negócio jurídico. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 681; RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 526-527; TEPEDINO, Gustavo; Barboza, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 327-328.

que se encontravam antes de celebrarem o ato jurídico preceptivo inválido. Assim, o posicionamento mais acertado parece ser o de Pontes de Miranda, para quem o provimento jurisdicional, seja a hipótese de nulidade ou anulabilidade, é sempre constitutivo[592].

Explica-se.

Constatada a invalidade de ato jurídico preceptivo, o interessado poderá exercer o direito potestativo à sua invalidação. Este poder formativo extintivo pode ser exercido extrajudicialmente ou judicialmente e, nesta hipótese, por via de ação ou de exceção.

O Código Civil, em seu artigo 177, no entanto, restringe o exercício extrajudicial do poder formativo extintivo às hipóteses de nulidade, é dizer, em se tratando de anulabilidade, a invalidação exige decisão judicial.

Embora em tese seja possível o reconhecimento extrajudicial de nulidade por órgãos como ofícios extrajudiciais de registro e imóveis ou de notas, o *quod plerumque fit* é que o poder formativo extintivo seja exercido por via judicial, razão pela qual cumpre analisar a natureza jurídica do provimento jurisdicional que dê provimento à ação que postule a invalidação do ato jurídico preceptivo, bem como sua eficácia típica.

Tradicionalmente, a doutrina[593] ensina que o processo de conhecimento pode conduzir a uma de três possíveis espécies de provimentos jurisdicionais: o (meramente) declaratório, o condenatório e o constitutivo[594].

É lugar comum que os provimentos condenatório e constitutivo são compostos por uma precedente declaração da norma jurídica que incidiu no caso concreto

[592] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das ações:* ações constitutivas. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1973, p. 106-111.

[593] Um dos precursores da classificação trinária: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009, p. 73.

[594] Para os adeptos da classificação quinaria, há ainda o mandamental e o executivo *lato sensu*. Porém, como a divergência doutrinária sobre a natureza jurídica do provimento jurisdicional sobre a invalidade por nulidade restringe-se aos que a afirmam meramente declaratória e os que a afirmam constitutiva, estas outras espécies não serão analisadas.

sub examine, a qual justamente serve de fundamento para o acolhimento do pleito condenatório ou constitutivo formulado pelo autor.

Como já afirmado, a doutrina é pacífica no sentido de afirmar que, em se tratando de anulabilidade, a sentença é constitutiva, havendo, no entanto, divergência sobre a natureza jurídica do provimento jurisdicional que reconhece a nulidade. Neste caso, o entendimento majoritário é no sentido de se tratar de decisão judicial meramente declaratória[595], enquanto que os divergentes defendem se tratar de provimento judicial de natureza constitutiva[596].

Embora haja a divergência, a exposição, ainda que sumária, das lições doutrinárias acerca dos conteúdos dos provimentos meramente declaratório e constitutivo é suficiente para que se possa chegar a uma conclusão segura acerca da natureza jurídica do provimento jurisdicional que reconhece a nulidade.

A ação declaratória tem por objeto a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica, bem como a autenticidade ou a falsidade de um documento[597].

O que se busca com o provimento declaratório é a certeza jurídica sobre qualquer um daqueles objetos[598]. Não se obtém com o provimento jurisdicional declaratório típico qualquer outro efeito, senão a obtenção de um enunciado jurisdicional de fato, qual seja se a relação jurídica existe ou não; como existe (*id est*, sua natureza jurídica); ou ainda se dado documento é verdadeiro ou falso.

---

[595] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 325. ALVIM, Arruda; MONTEIRO, Estela L.; CAMARGO, Soares de. *Ação declaratória*: ementário de doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 126.

[596] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 77; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil.* v. 1. 17. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 291.

[597] Código de Processo Civil, art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; II - da autenticidade ou da falsidade de documento.

[598] Neste sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 325; BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 247; CASTRO, Torquato. Ação Declaratória. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1942; MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das ações*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 5; p. 21; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento.* v. 2. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 421.

Quando se analisa a eficácia típica do provimento jurisdicional declaratório, percebe-se que ele se encerra na enunciação referida, é dizer, não tem a eficácia de alterar, nem mesmo minimamente, a esfera jurídica alheia[599], razão pela qual é ainda chamada de *sentença de mera certeza*[600].

Neste sentido, Tomás Pará Filho ensina que:

> "Nas sentenças declaratórias, a atestação autoritativa de uma vontade concreta da lei esgota o escopo do provimento. Quando, porém, outra função aparece predisposta, na sentença, a alcançar a efetivação das obrigações, em geral, ou a operar mudanças concernentes a relações ou estados jurídicos, o provimento jurisdicional é dotado de um 'plus', que o caracteriza como sentença de condenação, no primeiro, e como sentença constitutiva, no segundo caso"[601].

O provimento jurisdicional meramente declaratório passado em julgado implica a certeza jurídica acerca de um fato (existência, modo de ser ou inexistência de uma relação jurídica; veracidade ou falsidade de um documento), por lógica, sempre e necessariamente, passado.

Essa característica do provimento jurisdicional meramente declaratório exige que se faça a distinção entre *referir-se ao passado* e *alterar o passado*, é dizer, entre declarar a existência de uma situação jurídica (pretérita, sempre) e alterar os efeitos produzidos por situação jurídica pretérita, por exemplo, cassando-os como se nunca houvessem existido.

Essa distinção imbrica-se com as categorias da incidência e da aplicação da norma jurídica. A incidência, como ensina Pontes de Miranda, é fenômeno infalível que ocorre no momento em que se completa, no mundo fenomênico, o suporte fático descrito

[599] Buzaid ensina que a ação declaratória não tende à realização efetiva, sendo insuscetível de execução forçada. BUZAID, Alfredo. *Ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 340.
[600] PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*. São Paulo: Obelisco, 1973, p. 26.
[601] *Ibid*., p. 28.

na norma jurídica[602]. A aplicação da norma jurídica é *posterius*, que, em regra[603], exige ato de autoridade.

O provimento jurisdicional meramente declaratório refere-se à incidência da norma jurídica, é dizer, declara que em dado momento pretérito completou-se o suporte fático de uma norma jurídica e que, portanto, ela incidiu, fazendo com que a relação jurídica concreta passasse a existir ou que o documento fosse produzido, ainda que falsamente[604].

Quando se declara, com a força da coisa julgada, situação jurídica pretérita, pode ser que toda a eficácia pretendida pelo interessado tenha já sido obtida, é dizer, seu interesse encerrou-se na obtenção da certeza jurídica. Pode, no entanto, ocorrer que a obtenção da certeza seja condição para que o Estado aplique a regra jurídica, o que é o *quod plerumque fit*.

Imaginem-se três exemplos de provimentos declaratórios típicos: (i) declaratório da exata interpretação de cláusula contratual[605]; (ii) declaratório da usucapião; (iii) declaratório da existência de união estável.

No primeiro caso, o provimento jurisdicional será bastante para que o autor obtenha toda a eficácia que pretende; no segundo caso, o provimento jurisdicional poderá ou não ser bastante para que o usucapiente exerça *in totum* seu direito subjetivo de propriedade. Em se tratando de bem móvel, o provimento jurisdicional, de ordinário, é suficiente para tanto; em se tratando de bem imóvel, o provimento jurisdicional é necessário para que possa haver o registro (do instrumento da sentença ou acórdão) no Cartório de Registro de Imóveis competente; finalmente, no terceiro caso, o provimento jurisdicional declaratório será necessário para que se possa aplicar os efeitos da situação

[602] MIRANDA, F. C. Pontes. *Tratado de direito privado*. v. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 12-13. Em sentido diverso: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, Capítulo IX, item 1.

[603] Em havendo consenso, nada impede que os próprios particulares apliquem a lei.

[604] Quando o provimento declaratório é de inexistência, o enunciado é de negação da incidência de dada norma jurídica.

[605] Súmula 181, STJ: "É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual.".

jurídica de convivência, por exemplo o direito de, *causa mortis*, suceder ao companheiro falecido.

O provimento jurisdicional constitutivo tem, sempre e necessariamente, eficácia dupla: implica a declaração da incidência (no passado) ou não incidência da norma jurídica e a aplicação desta ou de outra norma jurídica quando da prolação da decisão.

Como ensina Pontes de Miranda:

> "A ação constitutiva é a que tem por fito geral modificar ou extinguir alguma relação jurídica. Quando se constitui não se faz estar dentro (não se institui), nem se substitui, nem se restitui, nem se destitui: ou se constitui positivamente, isto é com (*cum*) o que se decide se põe plus, que diferencia o momento posterior; ou se constitui negativamente, isto é, se retira, *com* o ato, o que lá estava; ou se altera o que lá está, como se tem de alterar"[606].

A eficácia típica do provimento jurisdicional constitutivo é, "por sua força intrínseca" [607], isto é, independentemente de qualquer outro ato que não o *decisium*, promover a alteração na situação jurídica declarada[608].

Quando o que se pretende é a simples declaração de uma situação jurídica – insista-se, sempre pretérita –, o provimento jurisdicional meramente declaratório é bastante. Quando, porém, o que se pretende é ir além do mero reconhecimento de dada situação jurídica, promovendo, por força mesmo do *decisium*, efeitos, *ad futurum vel ad praeteritum*, mister o provimento jurisdicional constitutivo.

---

[606] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das ações*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 3.

[607] PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*. São Paulo: Obelisco, 1973, p. 30.

[608] Neste sentido, ainda, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento.* v. 2. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 423; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 327; MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das ações.* v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 11; CASTRO, Torquato. *Ação declaratória. 2. ed.* São Paulo: Saraiva, 1942, p. 19; BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 132-133; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.* Notas ao direito brasileiro vigente por Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 17.

Destarte, a discussão sobre a natureza jurídica do provimento jurisdicional relativo à invalidade (por nulidade ou anulabilidade) de ato jurídico preceptivo exige que se especifique o objetivo do autor da demanda.

Se o seu interesse for apenas o de obter decisão que ateste com a força da coisa julgada a invalidade de dado ato jurídico preceptivo, o provimento jurisdicional meramente declaratório será suficiente[609]. No entanto, se o interesse do agente, indo além do mero reconhecimento da invalidade, for o de obter provimento jurisdicional que restitua a situação jurídica ao estado imediatamente anterior ao do momento da existência do ato jurídico preceptivo inválido, o provimento jurisdicional necessário e suficiente será o constitutivo.

Quando, então, a maioria da doutrina, referindo-se, ainda que indiretamente, à obtenção da tutela impositiva do retorno ao *statu quo ante*, afirma que, em se tratando de nulidade, o provimento jurisdicional é meramente declaratório, faz afirmação que contraria os próprios conceitos de provimento jurisdicional declaratório e constitutivo.

Apenas a título de exemplo, Tomás Pará Filho, após afirmar que na "ação declaratória a atestação autoritativa de uma vontade concreta da lei esgota o escopo do provimento", sendo certo que qualquer outro *plus* é o que caracterizará o provimento jurisdicional como constitutivo ou condenatório, afirma "que [em] se tratando de ato nulo a sentença é declaratória"[610].

Esta afirmação é fruto do dogma segundo o qual o ato nulo não produz qualquer efeito (*quod nullum est quod nullum effectum producit*), reminiscência da época em que se identificava o inexistente com o nulo, como ensina Pontes de Miranda:

---

[609] Imagine-se que o interesse do autor é apenas o de ver declarada, com força de coisa julgada, a invalidade de uma cláusula contratual antes que produza- e justamente para que não produza- sua eficácia típica. Por exemplo, a declaração de invalidade (por nulidade ou anulabilidade) de dada constituição de garantia.

[610] PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*. São Paulo: Obelisco, 1973, p. 31. O mesmo se vê em: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.* Notas ao direito brasileiro vigente por Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 158.

> "As ações de inexistência de alguma relação jurídica, ou mesmo de algum ato jurídico, são declarativas. Quando, hoje, se diz que a ação de nulidade é declarativa, desatende-se a que o nulo, quando começou a ser o inválido absoluto, e não o inexistente, como era no direito romano, não se declara, se desconstitui, *ex tunc*"[611].

Se de fato o ato preceptivo nulo não produzisse qualquer efeito, o provimento jurisdicional meramente declaratório seria bastante, afinal a situação jurídica das partes antes e depois do ato cuja invalidade fora declarada seria rigorosamente a mesma.

Se diante de um ato preceptivo inválido (nulo ou anulável), o que o interessado busca é a declaração da invalidade e o retorno à situação jurídica imediatamente anterior à existência do ato inválido – *plus*, portanto –, inexorável reconhecer a insuficiência do provimento jurisdicional meramente declaratório[612].

Ao agente interessado em ver reconhecida a invalidade de dado ato jurídico preceptivo o ordenamento jurídico reconhece duas pretensões[613] distintas, mas que podem ser relacionadas: a pretensão à mera declaração da qualidade de inválido e a pretensão ao desfazimento dos efeitos produzidos por este ato inválido, pretensão esta ligada àquela por vínculo de prejudicialidade lógica[614].

---

[611] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das ações*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 9.

[612] Imagine-se alguém que, em razão de compra e venda nula, pretende ver cancelado o registro do título no Cartório de Registro de Imóveis. Evidentemente que uma sentença que apenas reconheça a compra e venda como nula será insuficiente para tanto, bem como é evidente que se esta sentença vier acompanhada de ordem de cancelamento tratar-se-á de provimento jurisdicional que foi além da mera declaração.

[613] "Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa". MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 451. Em um sentido mais estrito: "Nas palavras de Francisco Amaral, a pretensão nasce no momento em que o credor pode exigir a prestação e esta não é cumprida, causando lesão no direito subjetivo, e pressupõe, assim, a existência de um crédito, com o qual não se confunde. Esta é a noção de pretensão em sentido estrito". SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência*: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 192.

[614] "As questões prejudiciais, portanto, são questões (pontos de fato ou de direito controvertidos) que constituem antecedente lógico para o conhecimento da pretensão do autor, mas que não são decididas pelo juiz da causa, e sim, incidentalmente, *resolvidas* por ele, porque sobre elas ninguém *pede* decisão específica do magistrado, já que não compõem o bojo do pedido formulado pelo autor". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento.* 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154.

É, pois, necessário atentar para a diferença fundamental que há entre referir-se ao passado e alterar o passado. A eficácia típica da carga declaratória de todo provimento jurisdicional consiste justamente em referir-se ao passado, declarando a inexistência, existência ou modo de ser de uma relação jurídica ou a falsidade ou veracidade de um documento, porém somente o provimento jurisdicional constitutivo[615] é apto a alterar uma situação jurídica pretérita como se jamais houvesse existido, isto é, a retroagir.

A ação por invalidade (nulidade ou anulabilidade), quando procedente, conduz a um provimento jurisdicional constitutivo especial, cuja peculiaridade consiste na possibilidade de alteração pretérita do campo de eficácia do ato jurídico preceptivo invalidado, designadamente na restituição das partes ao estado (*rectius*: à situação jurídica) em que se encontravam antes de sua existência.

É lugar comum que, pelo provimento jurisdicional constitutivo, pode-se criar, modificar ou extinguir uma dada situação jurídica. Quanto à extinção, por imperativo lógico, é sempre a extinção de algo existente, que, por efeito do *decisium*, deixa de existir.

Todo provimento jurisdicional constitutivo extintivo impede que o que foi extinto continue a produzir efeitos, afinal deixa de pertencer ao mundo jurídico. No entanto, em algumas situações, o provimento jurisdicional constitutivo extintivo vai além e desfaz – retroativamente, portanto – os efeitos que o ato que fora extinto produzira.

A retroatividade é eficácia excepcional, dependente, pois, de autorização normativa, haja vista ser fonte evidente de insegurança jurídica. Em se tratando de ação de invalidade, essa autorização normativa vem prevista no artigo 182 do Código Civil.

Assim, sempre que, por meio de ação de invalidade, pretender-se a supressão de uma situação jurídica – eficácia de ato preceptivo inválido –, o provimento jurisdicional adequado a tanto há de ser qualificado como constitutivo; já quando o que se

[615] Nem todo provimento jurisdicional constitutivo – talvez nem mesmo a maioria deles – produz efeitos *ex tunc*, mas apenas o provimento jurisdicional constitutivo é apto a tanto.

busca é o mero reconhecimento da qualidade de inválido de dado ato preceptivo, bastará o provimento jurisdicional meramente declaratório.

4.3. Legitimidade ativa *ad causam* para as ações de invalidade[616]

A diferenciação proposta entre nulidade absoluta e nulidade relativa enfrenta óbices na literalidade dos artigos 168 – *caput*[617] e parágrafo único[618] – e 177[619] do Código Civil, isso porque uma interpretação que se difundiu procurou justamente diferenciar o ato jurídico preceptivo nulo do ato jurídico preceptivo anulável afirmando que, em se tratando de nulidade, qualquer pessoa a pode alegar, enquanto que, em se tratando de anulabilidade, somente o agente destinatário imediato da proteção normativa é que teria legitimidade para a argui-la[620].

Porém, ambos os dispositivos se valem da mesma expressão quando buscam atribuir legitimidade para a arguição de invalidade, seja a invalidade por nulidade, seja a invalidade por anulabilidade: *interessados*.

Portanto, seja a hipótese de nulidade, seja de anulabilidade, somente o agente interessado é que disporá de legitimidade para alegá-la. O que se procurará demonstrar é que nas hipóteses de nulidade relativa apenas um dos agentes ou eventualmente terceiro disporá de legitimidade para arguir a invalidade, enquanto que nas hipóteses de nulidade absoluta ambos os agente – e eventualmente terceiros – disporão de legitimidade.

---

[616] Não se analisará a legitimidade passiva *ad causam* para as ações de invalidade na medida em que é sempre a mesma: da contraparte do ato preceptivo inválido e, eventualmente, do terceiro que possa vir a sofrer os efeitos da aplicação do artigo 182 do Código Civil.

[617] Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

[618] Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

[619] Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

[620] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 433-435; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 483; ROSENVALD; Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil*: teoria geral. 9. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 608.

A compreensão do sentido normativo dos artigos 168, *caput* e parágrafo único, e 177 do Código Civil, desse modo, passa pela obtenção do sentido normativo do signo *interesse*.

O *interesse* consiste na relação de pertinência de uma situação jurídica a um ou a vários sujeitos de direito. É, portanto, categoria jurídica cuja utilidade é unificar sob seu signo dado plexo de posições jurídicas, tanto ativas, quanto passivas, cujo conteúdo é altamente variável, na medida em que se altera conforme o tipo de situação jurídica a que se refere. Assim, o pai é titular de interesse decorrente da relação jurídica de filiação, tanto quanto o proprietário e o sócio o são, respectivamente, das situações jurídicas decorrentes de dono e de membro de dada sociedade.

A categoria jurídica *interesse*, considerada isoladamente, isto é, independentemente da referência a alguma situação jurídica é, pois, vazia de significado. Por isso, o significado de *interesse* não é diferente no direito processual civil, no direito administrativo, no direito societário ou no direito civil. Trata-se sempre da mesma categoria jurídica, alterando-se apenas o conteúdo a que, no contexto de sua utilização, quer remeter.

Fixada essa premissa, a literalidade dos artigos 168, *caput* e parágrafo único, e 177 é, por si só, apta a revelar que o signo *interesse* presta-se a determinar o sujeito ou os sujeitos de direito titulares do direito potestativo de "alegar" a invalidade, pretendendo, nos termos do artigo 182, o retorno ao *statu quo ante*.

A interpretação gramatical dos artigos 168, *caput*, e 177 conduz à conclusão de que a legitimidade para a alegação de invalidade não pode ser utilizada como fator de distinção entre a nulidade e a anulabilidade. No entanto, a doutrina, indo além da interpretação gramatical, acabou por interpretar o signo *interesse* de maneira distinta, conforme se trate de nulidade ou de anulabilidade.

Clóvis Beviláqua, ao comentar o artigo 146 do Código Civil de 1916[621], afirmou que a alegação de nulidade pode ser realizada por qualquer interessado, independentemente de prova do prejuízo[622], enquanto, ao comentar o artigo 152[623], ensinou que somente são interessados aqueles em favor dos quais existe a invalidade, seus sucessores ou sub-rogados, credores e, ainda, terceiros prejudicados[624].

Entre outros, seguiram a lição de Clóvis Bevilaqua, Orlando Gomes[625], Custódio da Piedade Ubaldino Miranda[626] e Zeno Veloso[627].

Em sentido diverso, e mais rente ao texto da lei, Washington de Barros Monteiro não vislumbra diferença entre interessados em alegar a nulidade e interessados em alegar a anulabilidade, sendo apenas que, entre os primeiros, inclui-se o Ministério Público[628].

Pontes de Miranda rechaça essa interpretação, afirmando expressamente que o conceito de interesse é um no artigo 146 e outro no artigo 152, aproximando-se, assim, das lições de Clóvis Bevilaqua[629]. Porém, aparta-se delas no que concerne à questão da prova do "prejuízo". Como visto, Clóvis Bevilaqua dispensa a prova do prejuízo quando se trata de alegação de nulidade, enquanto que para Pontes de Miranda a demonstração do interesse na alegação da nulidade será sempre necessária[630].

---

[621] Correspondente ao artigo 168 do Código Civil vigente.

[622] BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 1. 11. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 333.

[623] Correspondente ao artigo 177 do Código Civil vigente.

[624] BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 1. 11. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 338.

[625] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1996, p. 474-475.

[626] MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 154-155.

[627] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 156 e 269.

[628] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 272.

[629] "Já ai ressalta que os 'interessados', a que se refere o artigo 146, são 'interessados' segundo conceito de interesse, que não é, de modo nenhum, o conceito de 'interesse' que serviu de cogitar de 'interessados' no artigo 152". MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado.* v. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 31-33.

[630] "O poder ser arguida pelo próprio causador do nulo a nulidade não dispensa que se lhe inquira do interesse. Se não há interesse na decretação , inclusive o de evitar multa ou outras penas, excluído está o causador do nulo [impedido de alegar a nulidade]; porém como outrem qualquer estaria." MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das ações*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 105.

A lição de Pontes de Miranda, neste aspecto, não é correta. Não se tratam de conceitos distintos de interesse, mas do mesmo conceito com conteúdo que pode[631] ser diverso, conforme se trate de nulidade ou de anulabilidade.

Pretender distinguir a nulidade da anulabilidade afirmando que nesta interessado é aquele ou são aqueles em cujo benefício se pôs a norma jurídica que determinou a anulabilidade é falha lógica na medida em que a titularidade do interesse juridicamente protegido é o critério determinante para a legitimidade da arguição da invalidade sempre, trate-se de nulidade ou de anulabilidade[632].

Assim, é necessário determinar qual o critério que o Código Civil utilizou para atribuir o direito potestativo de alegar a invalidade – por nulidade ou anulabilidade- aos sujeitos de direito, pois se é evidente que somente os interessados possam fazê-lo, não o é a determinação de quem seja interessado.

O direito positivo é produto da relação entre fatos e valores, isto, *grosso modo*, significa que o enunciado normativo, em regra, exprime a valoração de fatos sociais[633]. O direito – aqui reduzido ao seu aspecto puramente normativo – é "ordem conjetural de problemas" [634], constatação que põe em evidência seu caráter fundamentalmente pragmático: o de resolver os problemas abstratamente previstos a partir das soluções abstratamente predispostas.

Por essa razão, a aplicação das normas jurídicas pressupõe precedente processo interpretativo, o qual, no limite, consiste na realização do juízo de adequação entre o problema concretamente posto e a solução ou soluções disponíveis abstratamente.

---

[631] Diz-se "pode" porque, em se tratando de nulidade relativa, será igual ou muito próximo ao de anulabilidade.

[632] Como, aliás, parece reconhecer: MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das ações.* v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 105.

[633] REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 57. Essa é a ideia por detrás do brocardo *ex facto oritur iuris.*

[634] REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. XXIV.

A *finalidade* da norma jurídica é, portanto, o de resolver o tipo[635] de problema que serviu de fonte para sua positivação.

O direito privado em geral, em especial o direito civil, está em uma posição científica privilegiada na medida em que a antiguidade de suas normas permitiu que se desenvolvesse vasto material científico sobre elas.

Assim, a análise das lições doutrinárias acerca das regras impositivas da sanção de invalidade permite que se descubra com clareza qual o bem jurídico que o legislador visa a tutelar e, com isso, obtém-se um sentido hermenêutico seguro para guiar o intérprete no processo de aplicar tais regras aos casos concretos futuros.

De modo geral, pode-se concluir, portanto, que legitimado para a propositura da ação é o titular do interesse jurídico tutelado pela norma jurídica violada. Disso decorre que, quando o bem jurídico tutelado disser respeito a apenas uma das partes do negócio jurídico ou a um terceiro, estar-se-á diante de hipótese de anulabilidade ou, ainda, de nulidade relativa, a depender da opção legal em qualificar o ato preceptivo respectivamente como anulável ou nulo, enquanto que, quando se estiver diante de bem jurídico cuja tutela extrapola os interesses da ou das partes, tratar-se-á de nulidade chamada absoluta.

Assim, em se tratando de anulabilidade, a legitimidade ativa será exclusivamente:

(i) Nos casos de incapacidade relativa, do relativamente incapaz, seja por si mesmo ao tornar-se capaz, seja por meio de seu assistente;
(ii) Nos casos de erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo, de quem manifestou a vontade viciada, ou, excepcionalmente, de seus herdeiros;

[635] Tipo, aqui, em sentido técnico, significando conceito de ordem, contraposto ao conceito de classe, temporário, fluido, indefinível, que permite uma maior abertura para a realidade concreta, com ordenação dos fenômenos mediante comparação ao invés de classificação. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58.

(iii) No caso de fraude contra credores, daqueles que já eram credores do devedor ao tempo do ato de disposição e, por este ato, tenham diminuída a expectativa de recebimento de seu crédito;

(iv) Pelo representado, nos casos dos artigos 117 e 119[636];

(v) Pelo confitente, no caso do artigo 214[637];

(vi) Do descendente que estava imediatamente na linha sucessória do ascendente vendedor e do cônjuge deste – ressalvado ser o regime de bens o da separação obrigatória –, na hipótese do artigo 496[638];

(vii) Do descendente que estava imediatamente na linha sucessória do ascendente permutante e do cônjuge deste – ressalvado ser o regime de bens o da separação obrigatória –, na hipótese do artigo 533, II[639];

(viii) Do cônjuge que sofreu o adultério ou de seus herdeiros necessários, no caso do artigo 550[640];

(ix) De quem transacionou sob erro, dolo ou coação, no caso do artigo 849[641];

(x) Do credor prejudicado, no caso do artigo 1.122[642];

(xi) Nos casos do artigo 1.550[643], pelo incapaz, pelo nubente que manifestou vontade viciada, pelo mandante ou, no caso de incompetência da autoridade

---

[636] Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo; Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

[637] Art. 214. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação. O parágrafo único do Código de Processo Civil expressamente dispõe que a legitimidade para a ação é do confitente ou, caso faleça após a sua propositura, de seus herdeiros.

[638] Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

[639] Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

[640] Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal

[641] Art. 849. A transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

[642] Art. 1.122. Até noventa dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles.

[643] Art. 1.550. É anulável o casamento: I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges; VI - por incompetência da autoridade celebrante.

celebrante, por qualquer dos cônjuges, ressalvada a hipótese do artigo 1.554, a qual impede a invalidação do casamento;

(xii) Nas hipóteses do artigo 1.647, do cônjuge a quem cabia assentir ou de seus herdeiros, como dispõe expressamente o artigo 1.650[644];

(xiii) Na hipótese do artigo 1.909, daquele a quem caberia o quinhão hereditário se não existisse a disposição testamentária[645];

(xiv) Na hipótese do artigo 2.027, do herdeiro a quem aproveitar a invalidação da partilha[646].

Da leitura dos artigos que disciplinam as hipóteses arroladas, decorre que o poder formativo de se postular a invalidade é sempre conferido a alguém a quem a norma jurídica violada visava a tutelar e, em algumas situações, aos seus herdeiros.

A questão que se coloca, então, consiste em saber se a transmissibilidade *causa mortis* do poder formativo de postular a invalidação por anulabilidade é a regra no sistema normativo do Código Civil ou se, ao contrário, é excepcional e, portanto, depende de regra expressa.

A doutrina ensina que nos primórdios do direito romano a sucessão universal implicava a continuação da pessoa do morto em todos os seus aspectos, inclusive nos direitos de sua personalidade, mas que evolui no sentido de a limitar às posições jurídicas do morto[647].

---

[644] Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal. Art. 1.650. A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros.

[645] Art. 1.909. São anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação.

[646] Art. 2.027. A partilha é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos.

[647] MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e teoria da empresa*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 134-136.

A sucessão universal *causa mortis*, assim, consiste na transmissão da totalidade das relações jurídicas patrimoniais de alguém a uma ou mais pessoas, as quais recebem o nome de herdeiros[648].

A sucessão universal implica a transmissão ao sucessor das posições jurídicas ativas e passivas do *de cujus*, não havendo, portanto, qualquer razão para excluir desta transmissão o poder formativo de invalidar atos preceptivos.

Esta é a regra geral, a qual pode ser excepcionada desde que expressamente, como ocorre na hipótese do artigo 1.559 do Código Civil[649], quando, então, diz-se que a ação é personalíssima. Em se tratando deste tipo de ação, o herdeiro não terá legitimidade *ad causam*, porém poderá continuar a ação proposta pelo sucedido[650].

Em síntese, pode-se afirmar que a regra é a transmissibilidade *causa mortis* do poder formativo de pleitear a invalidação do ato preceptivo ou, em se tratando de ação personalíssima, sua continuidade pelos herdeiros.

Quanto à sucessão *inter vivos*, Pontes de Miranda assevera que o cedente do crédito conserva para si o direito de invocar a anulabilidade:

> "Se A cede a C o crédito contra B, A continua com a ação contra B se há anulabilidade, com invocação da regra jurídica da anulabilidade se houve transmissão por instrumento ou intermédio de outrem. A cessão do crédito não transfere as ações de anulação. Poder-se-ia discutir o direito próprio do cessionário; mas ele não no tem. Se houve cessão de crédito e assunção de dívida, nem por isso se entendem transferidas as ações de anulação. Se há sentença anulatória, a restituição é

[648] OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões.* v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 53-54.

[649] Art. 1.559. Somente o cônjuge que incidiu em erro, ou sofreu coação, pode demandar a anulação do casamento; mas a coabitação, havendo ciência do vício, valida o ato, ressalvadas as hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.557.

[650] Salvo se houver disposição legal que qualifique a ação como intransmissível. Artigo 485, IX do Código de Processo Civil.

> do que prestou ao que pediu a anulação, de modo que o cessionário terá de ir contra o cedente, que recebeu, por lhe não ter sido entregue o que se restituiu ao cedente, nem lhe caber ação de enriquecimento contra o autor da ação, devedor"[651].

A lição do autor não é correta. Se é verdade que a ação não passa ao cessionário – afinal não era o destinatário da tutela da norma violada –, é falso que se manterá com o cedente. Isso porque, tendo por fonte a autonomia privada, a cessão do crédito implicará confirmação, por execução voluntária, do negócio jurídico anulável[652] pelo cedente.

Ademais, pretender o cedente, após a cessão, anular o negócio jurídico configuraria exercício inadmissível de posição jurídica por *venire contra factum proprium*.

Em se tratando de assunção de dívida por delegação ou de novação subjetiva passiva por delegação, a solução é rigorosamente a mesma. *Aliter* em se tratando de assunção de dívida por expromissão.

Nessa hipótese, o devedor não consentiu com a sua substituição, é dizer, não exerceu autonomia privada. Disso decorre que poderá ter ainda todo o interesse em ver invalidado o negócio jurídico que serviu de fonte ao débito, por exemplo, se fora vítima de coação ou de dolo.

Quanto à novação subjetiva passiva por expromissão, há que se analisar o artigo 367 do Código Civil, o qual autoriza a novação de obrigação anulável [*rectius*: de negócio jurídico anulável do qual derivou a obrigação].

À primeira vista poderia parecer que esse dispositivo impediria o devedor de anular o negócio jurídico que deu origem à obrigação novada, o que somente é verdadeiro em se tratando de novação subjetiva passiva por delegação.

---

[651] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das ações.* v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 117.
[652] Artigos 174 e 175 do Código Civil.

Ora, a novação é negócio jurídico, submetendo-se, pois, ao princípio da relatividade dos efeitos. À evidência, um negócio jurídico entre credor originário e outrem não tem eficácia de suprimir posição jurídica ativa do devedor originário – a consistente em poder anular o ato preceptivo –, terceiro em relação àquela novação. Se o devedor não pode se opor à novação subjetiva passiva (artigo 362 do Código Civil), é porque de ordinário não sofre qualquer prejuízo jurídico, ao contrário, tem seu passivo diminuído. Assim, em havendo novação subjetiva por expromissão o devedor conserva o poder formativo de invalidar o ato preceptivo.

De acordo com Pontes de Miranda:

> "Se o devedor conhecia o vício do negócio jurídico, porém no momento de novar não tinha capacidade para renunciar à pretensão à anulação, ainda lhe resta tal pretensão e pode promover a desconstituição; e resultaria, com o êxito da ação, a ineficácia do negócio jurídico novativo. Não nos esqueça que, com a anulação, que, *ex hypothesi*, ainda seria possível, a dívida desapareceria (eficácia *ex tunc* da sentença anulatória) e pois o art. 1.007 é que incidiria"[653].

Analisada a legitimidade ativa para invalidação de ato preceptivo anulável, cumpre analisar a legitimidade ativa para pleitear-se a invalidação nos casos de ato preceptivo nulo.

O critério definidor da *legitimatio* ativa, como já afirmado, é rigorosamente o mesmo, qual seja a titularidade do interesse tutelado pela norma jurídica cuja violação tem por consequência a sanção de nulidade.

Assim, partindo-se da clivagem proposta entre nulidade absoluta e nulidade relativa[654], tem-se que em se tratando de nulidade absoluta terá legitimidade para arguir a nulidade qualquer das partes, terceiros interessados como credores e o Ministério Público,

[653] MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 25. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 95.
[654] Item 3.2.2 desta tese.

quando lhe couber intervir. Ademais, em se tratando de nulidade absoluta e de pleno direito, deverá o juiz reconhecê-la de ofício[655].

Quanto à cognoscibilidade de ofício da nulidade, há que se interpretar o parágrafo único do artigo 168 a fim de conferir-lhe coerência com o sistema normativo do Código Civil acerca da categoria jurídica da invalidade.

A cognoscibilidade de ofício exige que se trate de nulidade absoluta e de pleno direito, é dizer, não será possível quando o interesse tutelado pela norma jurídica for fundamentalmente de uma das partes do ato preceptivo e/ou exigir dilação probatória para aferição da invalidade.

Quanto à impossibilidade de reconhecimento de ofício de nulidade que demande dilação probatória, o próprio texto legal a impede ao dispor que o juiz a pronunciará quando a encontrar provada, é dizer, em não estando provada, não lhe será lícito pronunciá-la de ofício.

Quanto à necessidade de se tratar de nulidade absoluta, a exigência justifica-se porque, se o interesse em jogo é fundamentalmente o de uma das partes, cabe a ela e somente a ela delimitar o objeto da demanda, sob pena de violar-se o princípio da adstrição, ampliando-se indevidamente o objeto litigioso.

Diz-se indevidamente porque o fundamento da cognoscibilidade de ofício das matérias ditas de ordem pública consiste na transcendência dos interesses postos em juízo, é dizer, no fato de extrapolarem os interesses das partes, dizendo respeito à sociedade como um todo, e, como demonstrado amplamente, as hipóteses de nulidade relativa se caracterizam justamente pela relatividade dos interesses à parte ou às partes do processo.

Ademais, para parcela considerável da doutrina, ainda que se trate de nulidade absoluta, o princípio da adstrição há de ser observado. Nesse sentido, Ricardo de Carvalho Aprigliano ensina que:

[655] Artigo 168 do Código Civil, *caput* e parágrafo único.

> "As leis de ordem pública de direito material recebem, no plano do processo, tratamento semelhante ao de qualquer outra questão de direito trazida a julgamento. Não são diferenciadas, não prescindem de pedido da parte, não podem ser invocadas fora do âmbito do objeto litigioso. Do mesmo modo a elas não se aplica a afirmação de que não estão sujeitas à preclusão, ou que podem ser examinadas em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Todas estas características são próprias da ordem pública processual, que não se confunde com a ordem pública de direito material (...). A previsão do artigo 168, parágrafo único, do Código Civil, segundo a qual as nulidades devem ser pronunciadas de ofício pelo juiz quando este conhecer do negócio jurídico, deve ser compatibilizada com os princípios processuais e aspectos da técnica que atribuem às partes a delimitação do litígio que querem submeter ao Poder Judiciário"[656].

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) parece ter assentado esse entendimento em sua súmula 381, segundo a qual "nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas".

Com efeito, em muitos dos precedentes que levaram à edição da súmula, o STJ reconheceu que o julgamento de ofício de matérias de direito patrimonial, ainda que de ordem pública, implica julgamento *extra petita*[657].

Em julgado mais recente, relativo a procedimento monitório, o STJ reformou acórdão que confirmou sentença, a qual reconheceu de ofício a prescrição, muito embora o réu houvesse interposto intempestivamente embargos à ação monitória e não houvessem sido conhecidos os embargos de declaração que opôs. O STJ deu provimento

[656] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo, Atlas, 2011. Coleção Atlas de Processo Civil. Coordenação: Carlos Alberto Carmona, p. 33-34

[657] Por todos, confira-se o Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.028.361/RS, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 15/05/2008.

ao recurso especial, reconhecendo, entre outros relevantes fundamentos, que o âmbito próprio para a discussão de questões de mérito, ainda que de ordem pública, é os embargos do devedor, os quais têm natureza de verdadeira ação de conhecimento. Nas palavras do ministro relator, "(...), mesmo as questões conhecíveis de ofício, tais como a prescrição debatida nestes autos, só poderiam ser apreciadas se aberto o conhecimento pela oposição dos embargos monitórios"[658].

Na verdade, parece que não é correto dizer que ao juiz é vedado decidir fora dos limites do objeto litigioso, pois isso significaria esvaziar uma das características principais das chamadas normas de ordem pública. O que é vedado ao juiz é decidir de ofício sem ouvir as partes.

O princípio do contraditório exige que às partes seja dada efetiva oportunidade de se manifestarem sobre toda questão que possa, direta ou indiretamente, influenciar a solução da lide.

Essa parece ter sido a intenção do Código de Processo Civil de 2015, mais especificamente em seu artigo 10[659].

Tal artigo não impede o conhecimento de ofício pelo magistrado das matérias ditas de ordem pública, mas exige que seja dado às partes o direito de exercerem o contraditório.

Nese sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves ensina que:

> "(...) Infelizmente os membros do Poder Judiciário, em sua esmagadora maioria, não percebiam a diferença basilar entre decidir de ofício e decidir sem a oitiva das partes. Determinadas matérias e questões devem ser conhecidas de

[658] Recurso Especial n. 1.432.982 – ES, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17/11/2015.

[659] Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

> ofício, significando que, independentemente de serem levadas ao conhecimento do juiz pelas partes, elas devem ser conhecidas, enfrentadas e decididas no processo. Mas o que isso tem a ver com ausência de oitiva das partes? Continua a ser providência de ofício o juiz levar a matéria ao processo, ouvir as partes e decidir a respeito dela. Como a surpresa das partes deve ser evitada em homenagem ao princípio do contraditório, parece que mesmo nas matérias e questões que deva conhecer de ofício o juiz deve intimar as partes para manifestação prévia antes de proferir sua decisão, conforme inclusive consagrado na legislação francesa e portuguesa"[660].

Assim, em síntese, em se tratando de nulidade relativa, ao juiz será vedado conhecer de ofício da nulidade; em se tratando de nulidade absoluta, poderá conhecê-la, desde que confira às partes oportunidade para se manifestarem em efetivo exercício do contraditório.

Imaginem-se três situações hipotéticas: (i) o pai de três filhos resolve fazer doação a dois deles e, para compensar o terceiro, celebra com este contrato por escritura pública de cessão dos direitos hereditários a que fará jus quando vier a falecer seu pai (avô do cessionário). Passados alguns anos, o cedente falece e, quando da abertura de seu inventário, o cessionário faz juntar aos autos o instrumento público de cessão; (ii) Pedro e Paulo celebram um contrato, o qual dá início a uma parceria comercial entre eles, porém, quando da contratação, Pedro era absolutamente incapaz. Passados alguns anos, há uma demanda em que as mesmas partes do contrato, agora plenamente capazes, buscam discutir a interpretação de uma cláusula, mas não há qualquer interesse de nenhum deles em invalidar o contrato, o qual é muito vantajoso a ambos; (iii) João celebra em favor de Antônio contrato de constituição de renda, porém por instrumento particular[661]. Por este contrato, João exige apenas que Antônio gaste porcentagem da renda com sua educação.

[660] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.26. Tempos antes da edição do Código de Processo Civil de 2015, Ricardo de Carvalho Aprigliano já se insurgia contra os julgamentos surpreendentes baseados em questões de ordem pública. Obra citada, p. 241.

[661] O artigo 807 do Código Civil exige que o contrato de constituição de renda seja instrumentalizado por escritura pública.

Passados alguns anos, João (devedor) aciona Antônio (credor) visando a que este comprove que está efetivamente gastando a porcentagem acordada da renda com sua educação.

Essas três situações hipotéticas descrevem negócios jurídicos nulos, e não meramente anuláveis. O primeiro é nulo por contrariedade ao artigo 426 do Código Civil (nulidade virtual, de acordo com o inciso VII do artigo 166 do Código Civil); o segundo é nulo *ex vi* do inciso I do artigo 166 do Código Civil e o terceiro é nulo em razão do disposto no inciso IV do artigo 166 do Código Civil.

Os negócios jurídicos hipoteticamente descritos, no entanto, diferenciam-se porque, enquanto o primeiro se caracteriza como eivado de nulidade absoluta, os outros dois se caracterizam como eivados de nulidade relativa.

Seguindo-se, pois, a literalidade do parágrafo único do artigo 168 do Código Civil, o juiz estaria autorizado a julgar nulos os três negócios jurídicos, determinando o retorno das partes ao estado em que antes dele se encontravam (artigo 182 do Código Civil).

Porém, não é essa a solução correta. Com relação ao primeiro negócio, por se caracterizar como eivado de nulidade absoluta e de pleno direito, o juiz estará autorizado a conhecer de ofício a nulidade, isto é, suscitá-la ainda que não haja sido mencionada por nenhuma das partes ao formularem pedido. O juiz, porém, somente poderá decidir pela nulidade após conceder às partes efetiva oportunidade de se manifestarem sobre a nulidade suscitada.

Com relação aos outros dois negócios jurídicos, o juiz não poderá conhecer de ofício da nulidade por se tratarem de hipóteses em que o interesse tutelado pela norma jurídica formalmente violada é diretamente o das partes do negócio jurídico, designadamente o do incapaz no segundo e o de ambas as partes no terceiro.

Pelas razões já expostas[662], em se tratando de invalidade por incapacidade a legitimação ativa para a ação voltada à invalidação do ato jurídico preceptivo é do incapaz, e, em se tratando de invalidade por inobservância da forma, da parte ou das partes do ato jurídico preceptivo.

4.4. Limites subjetivos da extensão da coisa julgada em ação de invalidade

A regra geral consagrada no direito brasileiro é a de que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando e nem prejudicando terceiros[663]. Porém, tanto a lei quanto a doutrina apresentam exceções.

Com efeito, dispõe o *caput* do artigo 109 do Código de Processo Civil que a legitimidade das partes não se altera em razão da alienação *inter vivos* da coisa ou do direito litigioso e o seu § 3º determina que os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias alcançam o adquirente ou cessionário, isto é, terceiros. Estes dispositivos, à evidência, se referem às hipóteses em que a transmissão da posição jurídica ativa sobre a coisa ou direito ocorre após a instauração do processo.

Assim, se no curso de demanda tendente à invalidação de ato jurídico preceptivo que implicou cessão de crédito, cessão de cotas sociais, cessão de ações ou cumprimento de obrigação de transladar a propriedade qualquer destas posições jurídicas ativas for transmitida pelo réu a terceiro, a este, em regra[664], será oponível, por expressa disposição legal, a sentença de procedência.

Pese, porém, o disposto no artigo 109, § 3º do Código de Processo Civil vigente (repete o artigo 42, § 3º do Código de Processo Civil de 1973) a doutrina

---

[662] Itens 2.2; 2.3; 3.2; 3.4.2; 3.4.4.

[663] Essa regra vinha consagrada exatamente deste modo no artigo 472 do Código de Processo Civil de 1973, tendo sido omisso o Código de Processo Civil de 1939, e, atualmente, vem positivada no artigo 506 do vigente Código de Processo Civil.

[664] Como se verá a seguir, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), justamente em homenagem à boa-fé, já mitigou esta extensão a terceiros. O STJ, no entanto, admitiu que em certos casos, como no da alienação judicial de imóveis, a sentença atinge terceiros (STJ, RMS 27.358 - RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.10.2010).

majoritária, seguida pela jurisprudência[665], é no sentido de que o terceiro adquirente (sucessor a título singular) somente sofre os efeitos da sentença se participou do processo ou se, no mínimo, teve chance efetiva de participar, é dizer, não sofrerá os efeitos da sentença se ignorava de maneira escusável a litispendência[666].

No entanto, em algumas hipóteses, mais especificamente quando a posição jurídica do terceiro é, no plano do direito material, vinculada por nexo de prejudicialidade ao objeto da decisão, ele, embora jamais possa sofrer os prejuízos de sua imutabilidade, pode sofrer prejuízo jurídico decorrente da sentença[667].

Nesses casos, José Rogério Cruz e Tucci ensina que:

> "Se o grau de dependência entre a relação jurídica decidida e aquela que tem o terceiro como titular for de tal sorte expressivo, a produzir-lhe prejuízo jurídico, poderá ele insurgir-se contra a sentença por via indireta, submetendo o direito objeto de decisão no precedente processo à (re) apreciação judicial, ou, então, poderá impugnar diretamente a sentença, com o escopo de demonstrar que ela é equivocada ou injusta"[668].

Caso o terceiro – adquirente ou cessionário – não tenha sido regularmente citado e incluído no polo passivo da ação tendente à invalidação do ato jurídico preceptivo, põe-se a questão consistente em se saber qual é o instrumental processual adequado para que possa apresentar eventual exceção substancial contra os efeitos da sentença ainda não transitada em julgado.

---

[665] STJ, REsp 1.107.263-SP, rel. Min. Denise Arruda, j. 05.11.2009; REsp 927.334-RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 20.10.2009; RMS 18184/RS, rel. Min. Teori Albino Zavaski, DJ 25/04/2005; REsp 316441/RJ, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 21/06/2004; REsp 116879/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 17/10/2005.

[666] Para um inventário exaustivo da questão, confira-se: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 211-225.

[667] *Ibid*., p. 191.

[668] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 347.

José Rogério Cruz e Tucci arrola como remédios contra os efeitos prejudiciais de uma sentença dada *inter alios* os embargos de terceiro, o recurso do terceiro prejudicado e o mandado de segurança[669].

O estudo levado a cabo por este autor aborda a generalidade de casos em que a sentença pode trazer prejuízos a terceiro, daí arrolar até mesmo o mandado de segurança como medida apta a, em certos casos, afastar tal o prejuízo[670].

Para este estudo, no entanto, interessa apenas uma hipótese específica em que a sentença dada entre as partes possa vir a atingir terceiro, qual seja a hipótese em que a posição jurídica do terceiro seja derivada de ato preceptivo cuja validade esteja sendo discutida entre as partes processuais.

Há, como se viu, vozes autorizadas no sentido de que a invalidade, por nulidade ou anulabilidade, sempre implicará a ineficacização das posições jurídicas derivadas do ato preceptivo inválido. Assim, embora se defenda nesta tese que, em se tratando de anulabilidade, a regra é a imunização da posição jurídica do terceiro, a questão não é pacífica.

A complexidade da *questio iuris* exige que o terceiro disponha de instrumento processual que lhe permita defender com suficiente amplitude sua posição jurídica, razão pela qual não parecem adequados para este desiderato nem o mandado de segurança nem o recurso do terceiro prejudicado.

Quanto ao mandado de segurança, tal se dá por razão evidente, é dizer, o direito do terceiro à imunização de sua posição jurídica, em regra, não será líquido e certo, exigindo no mais das vezes prova, por exemplo, de sua boa-fé.

Também o recurso do terceiro prejudicado não parece remédio adequado, pois o recurso, em regra, não permite sejam rediscutidas todas as questões jurídicas que

[669] *Ibid*., p. 178 e ss.
[670] *Ibid*., p. 184-186, o autor narra caso concreto no qual atuou e em que se evidencia que o mandado de segurança era mesmo a única via adequada para se tutelar os interesses dos terceiros.

possam ser relevantes para que o terceiro apresente sua exceção substancial, sendo certo que, uma vez que apresente o recurso, deixa de ser considerado terceiro e passa a ser considerado parte do processo, submetendo-se não só aos efeitos da sentença, mas também à sua imutabilidade.

Parece que os instrumentos processuais mais amplos à disposição do terceiro para que possa apresentar as razões da imunização de sua posição jurídica contra a ineficacização típica da invalidação do ato jurídico da qual derivou são a oposição e os embargos de terceiro.

A oposição consiste na ação por meio da qual o opoente demanda autor e réu por pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre o qual litigam[671].

A oposição será adequada para que o terceiro, cuja posição jurídica derive do ato preceptivo cuja validade é discutida, apresente exceção substancial suficiente a imunizar sua posição jurídica contra a ineficacização decorrente da eventual invalidação do ato.

Quanto aos embargos de terceiro, o Código de Processo Civil legitima sua oposição pelo terceiro quando houver constrição ou ameaça de constrição sobre bem que possua ou sobre o qual tenha direito incompatível com o ato constritivo. Os embargos prestam-se a obter o desfazimento da constrição determinada ou a inibição da possível constrição[672].

Os embargos de terceiro têm natureza jurídica de ação, permitindo ampla cognição por parte do julgador[673].

---

[671] Artigos 682 a 686 do Código de Processo Civil. Confira-se CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Pluralidade de partes e intervenção de terceiros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 188-191.

[672] Artigos 674 a 681 do Código de Processo Civil.

[673] O objeto da cognição somente é limitado no caso de os embargos serem opostos contra o credor com garantia real, caso em que o embargado somente poderá alegar: a insolvência do devedor comum; a nulidade do título ou sua inoponibilidade a terceiro; e que a coisa dada em garantia é outra, e não aquela sobre a qual pende a constrição ou ameaça de constrição.

O terceiro, cuja posição jurídica derive do ato preceptivo cuja validade é discutida no processo principal, poderá apresentar via embargos de terceiro uma das exceções substanciais suficientes à imunização de sua posição jurídica.

Diferentemente da oposição, que apenas pode ser ajuizada até a prolação da sentença, os embargos de terceiro podem ser opostos enquanto não transitar em julgado a sentença, na fase de seu cumprimento ou no processo de execução[674].

Como normalmente o terceiro toma ciência da ameaça de constrição sobre o seu bem quando do cumprimento da sentença ou da execução, os embargos de terceiro acabam por ser o remédio processual mais eficaz à tutela da posição jurídica de quem não fez parte do processo.

Porém, se o terceiro não tomar ciência da ameaça de constrição, ou da constrição mesma, sobre seu bem a tempo de opor os embargos de terceiro[675], poderá, como terceiro juridicamente interessado[676], se valer da ação rescisória desde que, é claro, esteja presente uma das situações descritas no artigo 966 do Código de Proceso Civil.

[674] Artigo 675 do Código de Processo Civil.

[675] Nos termos do artigo 675 do Código de Processo Civil, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da respectiva carta.

[676] Artigo 967, II do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

O objetivo da tese foi o de analisar dogmaticamente a categoria jurídica da invalidade no âmbito do Código Civil brasileiro, fundamentalmente, colocando à prova tradicionais dogmas do direito civil relativos ao negócio jurídico e, para que ela pudesse merecer a qualificação de dogmática, procurou-se sempre fundamentar suas afirmações e conclusões no direito positivo brasileiro e, também, na construção doutrinária que o teve por objeto.

Para que se pudesse desenvolver o estudo proposto, foi necessário reafirmar e justificar algo que, há algum tempo, bem poderia ser tido por óbvio: o negócio jurídico é o principal instrumento da autonomia privada, a qual consiste em uma das mais – senão mesmo na mais – importantes facetas da liberdade.

Se é verdade que a autonomia sempre foi alvo de negação por alguns pensadores – designadamente pelos chamados filósofos deterministas –, é igualmente verdadeiro que o Direito sempre a teve por pressuposto, até mesmo porque, do contrário, careceria de um mínimo de justificação moral.

Isso, como é evidente, não significa que a autonomia privada não haja sofrido e sofra ataques de juristas – no mais das vezes, de matiz estatizante –, podendo-se apontar como exemplo, embora indireto, de oposição a ela a negação da utilidade do conceito de negócio jurídico.

A oposição de alguns importantes juristas brasileiros, muitas vezes influenciados por tendências doutrinárias alienígenas, à utilidade da categoria *negócio jurídico*, não impediu que o Código Civil de 2002 dedicasse a ela Título exaustivo, em uma reafirmação importante do valor da autonomia privada.

A autonomia privada, contudo e, talvez, infelizmente, não é daquelas categorias que, uma vez consagradas pela evolução histórico-axiológica[677], podem ser atribuídas indistintamente a todos os cidadãos de um Estado, ao contrário, ela pressupõe a existência de um conjunto de características de base orgânica, o qual é condição de possibilidade para que um processo deliberativo possa ser qualificado como minimamente racional.

Assim, e por paradoxal que pareça, proclamar a autonomia privada de quem não disponha minimamente dessa condição de possibilidade, dispensando, pois, a estrutura de seu significado, implica, ideologicamente, negar o valor da autonomia e disso decorre uma consequência tão óbvia quanto inevitável: a pretexto de se negar a distinção entre pessoas autônomas e pessoas não autônomas, acaba-se por negar a necessidade de proteção destas face àquelas.

A autonomia privada é uma categoria do pensamento jurídico e, como tal, é natural que sofra alterações conceituais pelo *Zeitgeist*, porém, sob pena de sua desnaturação, seu núcleo significativo e sua natureza jurídica hão de ser preservadas. Quanto ao seu núcleo significativo, *grosso modo*, ele é composto pelas condições de possibilidade, tanto orgânicas, quanto materiais, de deliberação e escolha; quanto à sua natureza jurídica, é a de fonte do direito privado.

Foi a partir da premissa fundamental de que a autonomia privada é a fonte mais importante do direito privado que se procurou desenvolver a tese que ora se conclui.

Dessa premissa, é consequência lógica que a invalidação, é dizer, a supressão retroativa do produto de um negócio jurídico, implica limitar o exercício da autonomia privada, o que há de ser medida excepcional, justificada racionalmente[678].

Defende-se nesta tese que a racionalidade da justificativa não se satisfaz com o mero juízo de adequação formal entre dado suporte fático concreto e o texto da

[677] REALE, Miguel. *Direito natural/ direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

[678] Como ao longo de sua obra demonstrou Antonio Junqueira de Azevedo. Confira-se, fundamentalmente, *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66/67.

norma jurídica impositiva da invalidade, algo que, embora necessário, não é suficiente à invalidação. Para tanto, é fundamental que o intérprete constate que, de fato, o negócio jurídico concreto que se pretende invalidar violou a finalidade da norma impositiva da sanção invalidante.

Essa constatação, isto é, esse controle de racionalidade, é facilitado pela sólida construção doutrinária sobre as normas jurídicas impositivas de invalidade, como as normas sobre capacidade, objeto e forma do negócio jurídico.

Defende-se, então, que ineficacizar, à causa de invalidade, um negócio jurídico sem que estejam presentes formal e materialmente as razões da invalidação é, pois, ilógico e arbitrário.

É ilógico porque carece de qualquer sentido fundamentar e sistematizar as razões de ser de uma norma impositiva de um requisito de validade se, quando da análise de um negócio jurídico concreto, for possível invalidá-lo sem sua aferição; arbitrário, insista-se, porque implicará limitar a autonomia privada sem justificativa racional.

Assim, um dos objetivos da tese foi o de demonstrar que a afirmação da autonomia privada passa, necessariamente, tanto pela garantia de seus meios, como pela tutela de seus resultados.

Um outro objetivo da tese foi o de buscar contribuir para o fornecimento de critérios dogmáticos para a aplicação do artigo 182 do Código Civil. A construção desses critérios exigiu o enfrentamento de um dogma assaz difundido: o de que o negócio jurídico nulo não produz efeitos.

Se, de fato, o negócio jurídico nulo não produzisse efeitos, não haveria qualquer dificuldade em sua ineficacização, ou melhor, sequer haveria qualquer necessidade disso. Porém, não é o que se dá.

O negócio jurídico nulo – e não apenas o anulável – ordinariamente produz efeitos jurídicos (confira-se, uma vez mais, o texto do parágrafo único do artigo 168 do

Código Civil, no qual se faz expressa referência a efeitos – jurídicos, pois – do negócio jurídico nulo, além dos outros exemplos citados ao longo da tese), o que impõe ao intérprete a tarefa de conciliar o artigo 182 do Código Civil com outras de suas normas, como as que vedam o enriquecimento injustificado, disciplinam a usucapião e impõem a tutela de terceiros de boa-fé.

O objetivo da tese foi o de contribuir para a solução de casos concretos, seja fornecendo algum fundamento racional para a preservação do negócio jurídico, seja fornecendo critérios para sua ineficacização quando a invalidação for inevitável.

BIBLIOGRAFIA

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ACCARIAS, G. *Précis de droit romain*. tome II. 4. ed. Paris: Cotillon, 1891.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALMEIDA, Guilherme Assis; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 1. 7. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense. 1990.

_____. _____. v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca.* São Paulo: Forense, 1961.

_____. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

ALVIM, Arruda; MONTEIRO, Estela L.; CAMARGO, Soares de. *Ação declaratória*: ementário de doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDRADE, Manuel Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. v. 2. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. Coleção Atlas de Processo Civil. Coordenação: Carlos Alberto Carmona.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Edson Bini. 3. ed. Bauru: Edipro, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil:* teoria geral. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil:* teoria geral. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____; ANDRADE, Ronaldo Alves de. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986.

_____. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paulo (coord.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas, Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Forma (negócios jurídicos). In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 38. Rubens Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. Alcides Tomasetti Junior (coord.). São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA, Heloisa Helena; TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.* v. 1. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BETANCOURT, Fernando. *Derecho romano clásico*. Sevilla: Universidad del Sevilla, 2001.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

_____ *et al*. *Teoría general del negocio jurídico*. Perú: ARA Editores, 2001.

_____. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. v. 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 3. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 13.

_____. _____ v. 4. 10. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

_____. *Teoria geral do direito civil.* 3. ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1980.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. v. 3. Milano: Giuffrè, 2000.

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano.* Milano: Giuffré, 1952.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia aristotélica:* leitura e interpretação do pensamento aristotélico. Barueri: Manole, 2003.

_____; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito.* Tradução Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução Luis Bacci e Andrés Larrosa. Madrid: REUS, 1951.

BUCKLER, William H. T*he origin and history of contract in roman law down to the end of the republican period.* Londres: Cambridge University Press, 1895.

BUNAZAR, Maurício. Elementos para uma análise unitária do fenômeno da invalidade. In: JUSTO, A. Santos *et al*. *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. coord. Pastora do Socorro Teixeira Leal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Notas sobre a interpretação do art. 453 do Código Civil. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 90, jul./ago. 2014.

_____. Interpretação (hermenêutica). In: LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (coord.). *Dicionário de direito de família.* v. 2. São Paulo: Atlas, 2015, p. 560-562.

BUZAID, Alfredo. *Ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. ed. atual., rev. e aum. por Hamílcar de Garcia e Antenor Nascentes. vol. 2. Rio de Janeiro: Delta, 1958.

CAPITANT, Henri; COLIN, Ambroise. *Cours élémentaire de droit civil*. tome II. augmenté par Julliot de la Morandière. Paris: Dalloz, 1953.

CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal*. v. 3. Lisboa: Sousa Neves, 1867.

_____. _____. v. 2. Lisboa: Sousa Neves, 1867.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933.

_____. *Teoria geral do direito.* Tradução A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASELLA, Mario. *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*. Milano: Giuffrè, 1974.

CASTRO, Torquato. Legitimação (direito material). In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. v. 48. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Ação declaratória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1942.

CERAMI, Pietro *et al. Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica*. Napoli: Jovene editore, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009.

CHIRONI; ABELLO. *Tratatto di diritto civile italiano*. v. 1. Parte generale. Torino: Fratelli Bocca, 1904.

CÍCERO, Marcus Tullius. *De fato*, XVIII, 41. Traduzido para o francês por Vincent Ravasse, l'Université de Québec, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil*. v. 2. aum. por Julliot de la Morandière. Paris: Dalloz, 1953.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário Filosófico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CORBINO, Alessandro. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*. Milano: Giuffrè, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. 1. t. 1. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. _____. v. 1. t. 4., reimpressão da ed. de maio/2005. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. _____. v. 2. t. 3. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. _____. v. 2. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. *Da modernização do direito civil*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

CORNIL, J. *Droit Romain*. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1885.

CORRAL, Ildefonso Garcia del. *Cuerpo del derecho civil romano*. v. 2. Barcelona: Jaime Molinas, 1892.

_____. _____. v. 3. Barcelona: Jaime Molinas, 1897.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correpondência com os artigos do Código Civil brasileiro*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

CRISCUOLI, Giovanni. *La nullità parziale del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1959.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Pluralidade de partes e intervenção de terceiros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CUMYN, Michelle. *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité:* étude historique et comparée des nullités contractuelles. Paris: L.G.D.J., 2002.

D'ENTRÈVES, Alessandro Passerin. *Il negozio giuridico:* saggio di filosofia del diritto. Torino: Roberto Gayet, 1934.

DEL NERO, João Alberto Schültzer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DÍAZ, Julio Alberto. Para uma nova hermenêutica dos intervalos lúcidos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o direito de família*: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 17. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *La representación el el derecho privado*. Madrid: Civitas, 1979.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. v. 2. 2. ed. Paris: Pierre Emery, 1697.

DORAL, Josè Antonio; ARCO, Miguel Angel del. *El negocio juridico*. Madrid: Trivium, 1982.

EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2010.

ENNECCERUS, Lugwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. v. 2. Tradução Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935.

_____;_____;_____. _____. t. 4. v. 1. Barcelona: Bosch, 1953.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução do Código Civil brasileiro*. v. 1. 3. ed. atual por Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Direito civil*: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAZIO, Eugenio. *Dalla forma alle forme*. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale. Milano: Giuffrè, 2011.

FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

FERRARA, Francesco. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano.* Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959.

FERRI, Giovanni B. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: CEDAM, 2004.

FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Da representação. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

FIUZA, César. *Direito civil*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FLUME, Werner. *El negocio juridico*. Tradução José María Miguel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación cultural del notariado, 1998.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 38. Rubens Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Manual de direito civil*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil.* v. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

_____. *Consolidação das Leis Civis*. v. 1. ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, 2003.

_____. _____. v. 2. ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, 2003.

GAINO, Itamar. Invalidade do negócio jurídico. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAIO. *Instituições de direito privado romano*. Tradução J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2010.

GALGANO, Francesco. El crepúsculo del negocio jurídico. In: BETTI, Emilio *et alii*. *Teoría general del negocio jurídico*. Perú: ARA Editores, 2001.

GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*. Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896.

_____. _____. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1910.

GIORGI, Giorgio. *Teoria de las obligaciones en el derecho moderno*. v. 3. Tradução Eduardo Dato Iradier. Madrid: REUS, 1929.

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Introdução ao direito civil*. Atual. por Theodoro Humberto Junior. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Contratos*. 26. ed. atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. _____. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Luiz Cunha. *Tratado de direito civil*. v. 4. t. 1. 2. ed. atual. e aum. por Orozimbo Nonato, Laudo de Camargo e Vicente Ráo e anot. por R. Barbosa. São Paulo: Max Limonad, 1958.

_____. _____. v. 4. t. 2. 2. ed. adap. por Orozimbo Nonato, Laudo de Camargo e Vicente Ráo e anot. por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1958.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos:* a eficácia jurídico-social como critério de superação das nulidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016.

GUZMÁN, Luis Aberto Peña; ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Derecho romano*. v. 1. Buenos Aires: TEA, 1962.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contratos reais e o princípio do consensualismo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 84/85, 1989/1990, p. 79-91.

HUGO, *Institutionen des heut. röm. Rechts,* II, §29 *apud* STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1947.

HULOT. *Les cinquantes livres du Digeste ou Pandectes de l'Empereur Justinien*. v. 1. Paris: Metz, 1803.

HUME, David. *Tratado da natureza humana*. São Paulo: UNESP, 2009.

HUPKA, Josef. *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Tradução Luis Sancho Seral. Madrid:Revista de derecho privado, 1930.

IGLESIAS, Juan. Direito romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

IRTI, Natalino. *Idola libertatis*: tre esercizi sul formalismo giuridico. Milano: Giuffrè, 19[??].

JOLIVET, Régis. *Curso de filosofia*. 3. ed. Tradução Eduardo Prado de Mendonça. Rio de Janeiro: Agir, 1957.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. v. 2. Paris: Sirey, 1939.

JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*. v. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. _____. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____; *et al*. *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. coord. Pastora do Socorro Teixeira Leal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

KANT, Immanuel. *Prolegômenos a toda a metafísica futura*. Lisboa: Edições 70, 2008.

_____. *Crítica da razão pura*. Tradução Manuela Pinto dos Santos e Antonio Fradique Morujão. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

_____. *Crítica da razão prática*. Tradução, introdução e notas de Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KASER, Max. *Direito privado romano*. 2. ed. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1974.

KENNY, Anthony. *Uma nova história da filosofia ocidental.* v. 1. Traduzido por Carlos Alberto Bárbaro. São Paulo: Loyola, 2008.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *A representação voluntária no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

KRUEGER, Paulus Krueger; MOMMSEN, Theodorus. Corpus Iuris Civilis. v. 1. Institutiones. Digesta. 22. ed. Berlim: Weidmann, 1973.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

LANDIM, Francisco. *O credor aparente*. São Paulo: HI, 1999.

LARENZ, Karl. *Derecho civil:* parte general. Tradução Miguel Izquierdo e Macías-Picavea Madrid: EDERSA, 1978.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Notas ao direito brasileiro vigente por Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, Alvino. *Fraude no direito civil.* São Paulo: Saraiva, 1965.

LOBO, Paulo. *Direito civil:* parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Paulo. *Direito civil*: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 1. 8 ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

_____. *Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Jacintho Editora, 1943.

LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Il diritto della società*. Tradução Luisa Avitabile. Torino: Giappichelli, 2012.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*. Tese. São Paulo: FDUSP, 2001.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. v. 2. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar; 2006.

MATTIA, Fabio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: CID, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAY, Gaston. *Éléments de droit romain*. 18. ed. Paris: Sirey, 1932.

MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Institutiones juris civilis lusitani cum publici tum privati,* Liv. II. Coimbra: 1845.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. v. 3. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existên*cia. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1ª Parte. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. v. 2. 3. ed. aum. e atual. por J. M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1938.

MICHELON JUNIOR, Cláudio. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul,* Porto Alegre, v. 40, 1998.

_____. *Direito restituitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MICHAUD-QUANTIN, P. *Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin*. Paris: Universitas, 1970.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. _____. v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. _____. v. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. _____. v. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1970.

_____. _____. v. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

_____. _____. v. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

_____. _____. v. 25. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

_____. _____. v. 39. 3. ed. São Paulo: Borsoi, 1972.

_____. _____. v. 42. 3. ed. São Paulo: Borsoi, 1972.

_____. _____. v. 46. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

_____. _____. v. 57. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1973.

_____. *Tratado das ações*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1971.

_____. _____. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. _____. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973

MONIER, Raymond. *Manuel élémentaire de droit romain*. v. 2. 4. ed. Paris: Domat-Montchrestien, 1948.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil.* v. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____._____. v. 5. 32. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.* v. 1. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e teoria da empresa*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do direito civil português*. v. 1. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907.

MOSCO, Luigi. *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*. Napoli: Eugenio Jovene, 1961.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY, Rosa; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil.* v. 1. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

OLIVEIRA, A. de Almeida. *O benefício de restituição* 'in integrum'. Rio de Janeiro: Garnier, 1886.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões.* v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1952.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil anotado*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Istituzioni di diritto civile italiano*. v. 3. t. 2. Firenze: G. Pellas, 1869.

PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*. São Paulo: Obelisco, 1973.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *Direito das coisas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millennium, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PETIT, Eugène. *Tratado elementar de direito romano*. Tradução Jorge Luís Custódio Porto. Campinas: Russell, 2003.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005.

PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil.* v. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. v. 1. Atual. por René Savatier. Paris: LGDJ, 1925.

_____; _____; ESMEIN, Paul. *Droit civil français*. v. 6. Paris: LGDJ, 1930.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas.* v. 3. ed. fac. sim. da 14. ed. Brasília: Senado Federal, 2004.

POTHIER, Robert Joseph. *Traités des obligations*. tome 1er. Paris: Debure, 1764.

PUTTI, Pietro Maria. *La nullità parziale*: diritto interno e comunitario. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra*: Almedina, 1982.

RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*. v. 1. 6. ed. Madrid: EDERSA,1954.

_____. _____. v. 2-III. 6. ed. Madrid: EDERSA, 19[??].

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O direito como experiência.* 2. ed. fac. sim. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. T*eoria tridimensional do direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Direito natural/ direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56-57.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4ème. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Dos vícios do consentimento*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008.

ROPPO, Vincenzo. *Diritto privato.* Torino: Giappichelli, 2010.

ROSELVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil*: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos inominados II*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTO AGOSTINHO. *Diálogo sobre o livre arbítrio*. Tradução e introdução Paula Oliveira e Silva. Edição bilíngue. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2001.

_____. *O livre-arbítrio.* São Paulo: Paulus, 1995.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Metrópole, 1936.

_____. _____. v. 3. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

SAVIGNY, Karl von. *Le droit des obligations*. v. 2. Tradução G. Gérardin et Paul Jozon. 2. ed. Paris: Ernest Thorin, 1873.

_____. *Traité de droit romain*. v. 3. Tradução Ch. Guenoux. Paris: Firmin Didot, 1845.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*: nulidades e medidas sanatórias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Tradução José Santa Cruz Teigeiro. Bosch: Barcelona, 1960.

SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre. *Manual de direito romano e textos em correpondência com os artigos do Código Civil brasileiro*. v.1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; FIUZA, Ricardo (coord.). *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*: contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em: 13.10.2016.

_____. Venda de ascendentes a descendentes. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 1, v. 1, out./dez. 2014.

_____. *Prescrição e decadência*: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013.

SOHM, Rudolph. *The Institutes of roman law*. Tradução James Crawford Ledlie. Oxford: Clarendon Press, 1892.

_____. Instituciones de derecho privado romano. 17. ed. Tradução W. Roces. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936.

STANCIOLI, Brunello. Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família. In: *Revista brasileira de direito de família*, v. 2, 1999, Porto Alegre, IBDFAM.

STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1947.

STOLZE, Pablo. Entrevista. *Revista do IBDFAM*, Belo Horizonte, n. 24, dez. 2015/jan. 2016, p. 6.

STRECK, Lenio. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 77.

TALAMANCA, Mario. *Elementi di diritto privato romano.* Milano: Giuffrè, 2001.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Direito civil*. v. 1. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.

TELLES, José Homem Correa. *Digesto portuguez*. v. 3. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1846.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.* v. 1. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____; _____; _____. _____. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). v. 3. t. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THONNARD, F.-J. *Compêndio de História da Filosofia.* Tradução Dr. Valente Pombo. São Paulo: Herder, 1953.

TISSOT, A. *Les douzes livres du Code de l'Empereur Justinien*. v. 2. 2. ed. Paris: Metz, 1807.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Ação resolutória. In: Enciclopédia Saraiva de direito. Rubens Limongi França (coord.). v. 3. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOULLIER, C. B. M. *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*. v. 7. Rennes: Cousin-Danelle, 1816.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1952.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VAN WETTER, Polynice. *Pandectes contenant l'histoire du Droit Romain*. v. 1. Paris: LGDJ, 1909.

_____. _____. v. 4. Paris: LGDJ, 1910.

VELASCO, José I. C. Martínez de. *La exteriorización de los actos jurídicos*: su forma y la protección de su apariencia. Espanha: Bosch, 1990.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao Código Civil*: artigos 1º a 6º. 2. ed. rev. e aum. Belém: Unama, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil.* v. 1. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. _____. v. 3. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e Convalidação*. São Paulo: Max Limonad, 19[??].

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILLELA, João Baptista. *Incapacidade transitória de expressão*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paulo (coord.). Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VILLEY, Michel. *Direito Romano.* Tradução Fernando Couto. Resjuridica, Porto, 1955.

_____. *Filosofia do direito:* definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política.* Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

VON LINGENTHAL, Karl Zachariae. *Le droit civil français*. 1er. tome. Annoté, rétabli et traduit par MASSÉ et VERGÉ. Paris: Auguste Durand, 1854.

VON TUHR, Andreas. *Derecho civil*. v. 2. t. 1. Tradução Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1947.

_____. _____. v. 3. t. 1. Tradução Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1947.

ZAKI, Magdi S. *Le formalisme conventionnel*: illustration de la notion de contrat-cadre. Revue internationale de droit comparé, vol. 38, nº 4, oct./dec. 1986, p. 1045-1048.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*: roman foundations of the civilian tradition. Cape Town: Juta, 1992.

WATSON, Alan. *Roman Law and Comparative Law*. Athens: The University of Georgia Press, 1991.

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Tradução Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. v. 1. Torino: UTET, 1938.