



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO, ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

TÍTULO:
CONVERSÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS NULOS
UM DIÁLOGO LUSO-BRASILEIRO

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Rafael Mercadante Júnior

Orientadora: Professora Doutora Ana Cristina Ramos Gonçalves Roque dos Santos

Número do candidato: 20150290

Janeiro de 2018

Lisboa

RESUMO

As dinâmicas sociais atuais exigem instrumentos jurídicos aptos a atenderem aos intentos negociais, ou intento prático dos sujeitos dos negócios e atos jurídicos, sem a observância de formalidades ou solenidades rígidas e às vezes intangíveis. Há um princípio orientador de todos os atos e negócios jurídicos, ou seja, das manifestações humanas que tenham o condão de gerar efeitos jurídicos relevantes, criando, modificando ou extinguindo direitos próprios e ou alheios, conforme a intenção das partes ou mesmo automaticamente, que se denomina princípio da preservação ou conservação dos atos e negócios jurídicos. Consubstanciado na cláusula *favor negotii*, este princípio se expressa através de alguns instrumentos jurídicos como a confirmação, a ratificação, a renovação, a redução, e a conversão, dentre outros. É especialmente a conversão que nos invoca a escrever este trabalho, já que tem a capacidade de transformar negócios jurídicos considerados inválidos ou ineficazes, em outros válidos e capazes de atingir aquele escopo prático desejado, ou o mais próximo dele, também denominado desiderato negocial. Há, assim, interesses jurídicos e sociais relevantes em análise, e cumpre aos operadores e acadêmicos das ciências sociais aplicadas o dever de difundir, com zelo e responsabilidade, com base em estudos e decisões precedentes, para não dar margem a confusões e distorções práticas, instrumentos jurídicos de tamanha expressão.

Palavras-chave: *negócios jurídicos, favor negotii, conversão.*

ABSTRACT

Current social dynamics requires legal instruments capable of attending to business attempts, or practical intent of the parts in business and juridical acts, without the observance of rigid and sometimes intangible formalities or solemnities. There is a guiding principle of all legal acts and business, that is, the human manifestations that have the power to generate relevant legal effects, creating, modifying or extinguishing own and / or other rights, according to the intention of the parties or even automatically, the principles of preservation or conservation of legal acts and business. Consistent with the *favor negotii* clause, this principle is expressed through some legal instruments such as confirmation, ratification, renewal, reduction, and conversion, among others. It is especially the conversion that invokes us to write this work, since it has the capacity to transform legal business considered invalid or ineffective, in others valid and able to reach that desired practical scope, or the one nearest to it, also denominated business desiderato. There are, therefore, relevant legal and social interests under analysis, and it is incumbent upon the operators and academics of the applied social sciences to disseminate, with care and responsibility, on the basis of previous studies and decisions, so as not to give rise to practical confusion and distortions, legal instruments of such expression.

Key-words: *legal business, favor negotii, conversion.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. FATOS, ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS	11
1.1 – As manifestações humanas como fonte jurígena	12
1.1.1 – Negócios jurídicos	13
1.1.2 – Atos lícitos e ilícitos	15
1.2 – Elementos dos negócios jurídicos	17
1.2.1 – Pressupostos de existência	18
1.2.2 – Requisitos de validade	20
1.2.3 – Plano da eficácia	23
1.3 – Modulação de efeitos	24
1.3.1 – Negócios jurídicos modais	25
1.3.2 – Da condição, do termo e do encargo	26
2. INVALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	28
2.1 – Sistema clássico das invalidades	30
2.1.1 – Existência, validade e eficácia	31
2.1.2 – Ineficácia em sentido amplo	32
2.1.3 – Ineficácia em sentido estrito	33
2.2- Distinções entre nulidades e anulabilidades	35
2.2.1– Anulabilidades – invalidades relativas	36
2.2.2 – Nulidades – invalidades absolutas	38
2.2.3 –Invalidade sanável ou invalidade insanável	39
2.2.4 – Invalidade de eficácia automática e sem eficácia automática	40
2.2.5 – Invalidade absoluta e relativa	40
2.3 – Efeitos das invalidades	41
3. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS NEGÓCIOS	43
3.1 – Atividade dogmática de qualificação jurídica	47
3.2 – O esquema lógico da aplicação da lei	48
3.3 – Compreensão típica do fato	48

4. CONSERVAÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES HUMANAS	50
4.1 – Princípios do formalismo e da vontade	52
4.2 – Do <i>favor negotii</i>	54
4.2.1 – Da redução e da renovação	56
4.2.2 - Da confirmação, da validação e do perdão	61
4.2.3 - Da convalidação, da convalescença e da transformação	64
4.2.4 - Da aprovação, da ratificação e da sanção	67
4.2.5 - Da errônea denominação e da dúvida	69
 5. CONVERSÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS INVÁLIDOS	 70
5.1 - Da nomenclatura e origens	70
5.2 - Conceito e características da conversão	73
5.3 - Requisitos da conversão	76
5.4 - Conversão formal e legal	79
5.5 - Conversão dos negócios nulos, anuláveis e ineficazes	82
5.6 - Exemplos de aplicabilidade da conversão	83
5.7 - Jurisprudência	89
5.8 - Questionamentos e sugestão <i>de Lege Ferenda</i>	104
 CONCLUSÃO	 110
 REFERÊNCIAS	 113

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa pela compreensão e o grande incentivo para a realização de um sonho, minhas filhas por entenderem minhas recorrentes ausências, meus amados pais e irmã por tudo que sempre me proporcionaram. Agradeço finalmente à minha orientadora, Professora Doutora Ana Roque, por toda a paciência, cordialidade marcante e direcionamento preciso.

INTRODUÇÃO

A inclusão do instrumento da conversão dos negócios jurídicos nulos no Brasil por meio do Código Civil¹ de 2.002, figura jurídica que já existia em vários outros sistemas normativos, como em Portugal, Alemanha, Grécia e Itália, fez revitalizar uma série de questionamentos de ordem científica e prática para os operadores e pensadores do direito brasileiro, assim como já intrigavam desde longa data os cientistas e juristas do mundo todo, e, em especial, também os portugueses.

Apontado como um instrumento para a preservação das manifestações de vontade humanas, a partir do que alguns chamam de reinterpretação, outros de requalificação ou mesmo de revalidação, e ainda de reavaliação dos atos volitivos negociais, aprioristicamente considerados inválidos ou ineficazes, a conversão pode efetivamente ser benéfica para o direito e para a sociedade, haja vista atender às atuais dinâmicas contratuais e ao primado de manutenção ou preservação das vontades, mas também enseja sérias indagações quanto a sua denominação, natureza jurídica, requisitos, analogias, elementos, segurança, extensão e aplicabilidade.

Cumprе salientar que existe grande similitude entre as bases científicas sobre os pressupostos de existência, requisitos de validade e o campo da eficácia dos negócios jurídicos no direito português e brasileiro, possibilitando o enfoque das nossas pesquisas basicamente na literatura destes dois países, sem nos esquecermos, por evidente, dos alicerces científicos alemães, franceses e italianos sobre a conversão das invalidades, além de outras que se mostrem relevantes ao debate.

Certo que a enormidade intelectual dos autores portugueses e brasileiros em que concentramos nossas pesquisas e considerações evidencia peculiaridades e especificidades de cada ordenamento jurídico sobre o estudo dos negócios jurídicos que escapam da proposta e do alcance do presente trabalho.

Desta feita, não nos propomos a estabelecer ou defender quais seriam as melhores ou mais adequadas correntes científicas sobre invalidade, ineficácia e inexistência dos negócios jurídicos, até por falta de alicerces suficientes, mas tão somente as que se apresentam mais esclarecedoras e, principalmente, as consonâncias científicas luso-brasileiras sobre os

¹LEI Federal nº 10.406/2002.

assuntos tratados, com o fito de ampliar o diálogo jurídico-científico destas duas nações profunda e historicamente interligadas.

Também não nos preocupamos em iniciar os temas ou capítulos abordando especificamente a doutrina ou a legislação de um dos países em detrimento ou preferencialmente ao outro, mas por acaso redacional ou por conveniência do assunto abordado naquela oportunidade.

Nosso foco, portanto, é dissecar e descrever o instituto da conversão dos negócios jurídicos inválidos, como um instrumento hábil ao aproveitamento das manifestações de vontade humanas eivadas de vícios ou defeitos que comprometam sua validade, transformando-os, coloquialmente dizendo, em negócios válidos, esmiuçando antes o mecanismo das invalidades mesmo, bem como a sua subdivisão entre absolutas, usualmente denominadas nulidades, e relativas, ordinariamente classificadas como anulabilidades, além do sistema das ineficácias.

O interesse em pesquisar a conversão dos negócios jurídicos nulos surgiu com a publicação da Lei Federal nº 10.406 do ano de 2002 no Brasil, que instituiu o novo Código Civil, em substituição a Lei Federal nº 3.071 de 1916, também conhecido como o Código Beviláqua, posto que o artigo 170² deste diploma legal trouxe grande inovação ao regime jurídico das invalidades do Brasil³.

Trata-se de uma significativa mudança para o direito brasileiro, tendo em vista que “[...] uma presença na lei constitui uma base juscultural importante para chamar a atenção da Ciência sobre o fenômeno que, de outra forma, pode, embora presente, passar despercebido”⁴, e já que até o momento os negócios jurídicos nulos não deveriam ser aproveitados em nada, tamanhos os problemas e vícios que justificavam as invalidades absolutas, fadados, assim, à ineficácia *ab initio*⁵.

² “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.”

³ A conversão dos negócios jurídicos compunha o Anteprojeto de Código das Obrigações de 1941 (elaborado por Orozimbo Nonato, Hahnemann Guimarães e Philadelpho Azevedo, bom como também constava do Anteprojeto de Código das Obrigações de 1963 (elaborado por Caio Mário da Silva Pereira) - DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – Rio de Janeiro: Renovar, 2001. ISBN 85-7147-237-8. p. 8.

⁴ CORDEIRO, António Menezes - **Da boa fé no direito civil** - Almedina, Coimbra, reimp., 1997. p. 279.

⁵ “como se o legislador, após ter condenado o negócio nulo à danação eterna, houvesse, não obstante, oferecido às partes uma “tábua de salvação”, capaz de preservá-lo” - MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa - **Aspectos da conversão do negócio jurídico** [Em linha]. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 2, n. 5, abr. 2008. p.

Pelo menos este era o panorama no Brasil pré-inserção da inovação legislativa, posto que não se concebia doutrinária ou jurisprudencialmente, ao menos majoritariamente considerando⁶, a conversão sem base normativa, distintamente de diversos outros países que mesmo sem parâmetros legais se servem do instituto ordinariamente, como por exemplo a Espanha, a Suíça e a Áustria.⁷

Da mesma maneira, o artigo 293º do Código Civil Português⁸, desde 1966, já estabelecia a conversão⁹, como também os Códigos Cíveis Alemão, Grego, Holandês e Italiano que prevêm o instituto, respectivamente nos dispositivos § 140¹⁰, 182º, 42º e 1424¹¹.

Pode-se notar que a conversão, portanto, de longe não importa em inovação normativa brasileira, ainda que vários juristas brasileiros já analisassem a conversão desde longa data, muito antes mesmo de sua inserção no Código de 2002, como Pontes de Miranda, Antônio Junqueira de Azevedo, João Alberto Schützer Del Nero, Wania do Carmo de Carvalho

78. [Consult. 17 Ago. 2017]. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21475/aspectos_conversao_negocio_juridico.pdf.

⁶ Pontes de Miranda defendia a presença da conversão no mundo do direito, sem mesmo constar das leis: “Precisava entrar? Foi o resultado da ciência ao analisar as relações jurídicas e revelar a regra, induzindo-a. É o produto de atividade sadia, como fora de desejar a todas as regras jurídicas.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - **Tratado de direito privado** - tomo LVI. 3. ed. 2 reimp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. § 7.733.).

⁷ FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – Quid Juris, Sociedade Editora Ltda., 1993, Lisboa. p. 207/212.

⁸ DECRETO-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro.

⁹ “O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas teriam querido, se tivessem previsto a invalidade.”

¹⁰ “Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde”, ou “Presentes num negócio jurídico nulo os requisitos de um outro negócio jurídico, vale o último, se for de presumir-se que a validade dele, à vista do conhecimento da nulidade, teria sido querida” – *op. cit.*- DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – p. 1.

¹¹ “Conversão do contrato nulo – O contrato nulo pode produzir os efeitos de um contrato diverso, do qual contenha os requisitos de substância e de forma, quando, à vista do objetivo perseguido pelas partes, deva entender-se que elas o teriam desejado se houvessem conhecido a nulidade” - No original: “Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità” – *op. cit.* - MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa - **Aspectos da conversão do negócio jurídico** - p. 77.

Triginelli, dentre outros, certamente também influenciados por grandes nomes da literatura jurídica portuguesa sobre o tema, como Albino Anselmo Vaz, Raúl Jorge Rodrigues Ventura, Eduardo Correia, Rui de Alarcão, Teresa Luso Soares, e Luís A. Carvalho Fernandes, sem a exclusão de outros.

Em uma especialização em direito empresarial realizada nos anos de 2003 até 2005, na Instituição Toledo de Ensino, atual Centro Universitário, no município de Bauru, Estado de São Paulo/ Brasil, procuramos abordar perfunctoriamente o tema na monografia de conclusão, haja vista a novidade normativa do ano imediatamente anterior.

Ocasionalmente, ao desenvolver aquele trabalho, enfocamos basicamente na nova “perspectiva sobre as invalidades” no sistema jurídico brasileiro, e hoje, com esta proposta, analisaremos mais a própria conversão e figuras jurídicas análogas, complementares, com proximidade teórica ou de aplicabilidade, cujas dessemelhanças precisam ser pontificadas para reduzir a margem de erros técnico-jurídicos.

Assim, intrigou-nos enormemente o tema, assim como a sua potencial amplitude de aplicação social, não nos esquecendo, aliás, do robusto debate sobre ser extensível aos negócios anuláveis ou não, aos incompletos, aos pendentes de condição, e aos ineficazes¹², o que abordaremos no decorrer de nossa dissertação, assim como as suas possíveis modalidades, elementos e caracterização.

Apesar de sua expressão científica substancial, o que pudemos verificar já nas pesquisas iniciais é que a conversão parece-nos ainda subutilizada, ao menos no Brasil, talvez até pelo pouco conhecimento sobre sua configuração e possíveis aplicações como saneadora dos negócios jurídicos inválidos, distintamente do que ocorre em Portugal, que já apresenta uma maior sedimentação teórica e jurisprudencial sobre o tema.

Convictos, entretanto, que sempre há espaço para novos debates e enriquecimento de temas já visitados doutrinária e jurisprudencialmente, despretensiosamente revisamos e analisamos algumas das obras mais importantes sobre o tema da conversão dos negócios nulos, e ao final apresentamos alguns questionamentos e uma sugestão *de lege ferenda*, com o fito de apresentar algum contributo acadêmico.

¹² Pese embora não concordemos plenamente, “é possível pôr o problema da conversão relativamente a quaisquer hipóteses em que o negócio celebrado não produz seus efeitos.” CORREIA, Eduardo – **A conversão dos negócios jurídicos ineficazes** – in B.F.D., vol. XXIV (1948) - p. 380.

1. FATOS, ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS

Fundamental o estudo dos fatos, atos e negócios jurídicos para a compreensão da figura jurídica da conversão, já que oriunda de um corte epistemológico destes institutos jurídicos amplamente estudados, dissecados e analisados, e que ainda causam tamanha intriga e inquietude àqueles que resolvem estudá-los e compreendê-los.

O “facto jurídico é, normalmente, definido como um evento ao qual o Direito associe determinados efeitos”¹³, ou como definiu Manuel Augusto Domingues de Andrade: “Facto jurídico é todo o facto em sentido comum (acontecimento natural ou acção humana) que produz consequências jurídicas.”¹⁴

Como se pode notar logo de partida, não são todos os fatos naturais ou humanos que importam ao mundo do direito, mas tão somente aqueles que encontram subsunção em alguma norma jurídica, sobretudo produzindo efeitos ou consequências juridicamente significativas.

Interessam, pois, ao tema, os eventos naturais ou humanos que repercutam no ambiente jurídico, produzindo efeitos juridicamente relevantes.

Fato jurídico seria assim, segundo Miguel Reale, “o fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito”, que sintetiza: “O fato jurídico, em suma, repete, no plano dos comportamentos efetivos, aquilo que genericamente está enunciado no modelo normativo”.¹⁵

Nas lições de Carnelutti: “fato jurídico é o expoente da dinâmica do direito, enquanto as situações jurídicas representam o seu aspecto estático. Sem os fatos jurídicos não haveria vida jurídica.”¹⁶

¹³ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – 4ª ed. reformulada e atualizada. – v. 2º: Parte geral: negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5529-9. p. 83.

¹⁴ ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de – **Teoria geral da relação jurídica** – vol. I. Coimbra: Almedina, 2003. Depósito legal: 111074/03. p. 21.

¹⁵ REALE, Miguel – **Lições preliminares de direito** [Em linha]. – 25ª ed., 22ª tir., 2001, p. 188. [Consult. 19 Ago. 2017]. Disponível em: https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/40071/mod_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale.

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco – **Teoria geral do direito** – tradução de A. Rodrigues Queiró, Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942. p. 258.

1.1 - As manifestações humanas como fonte jurígena

Assim, teríamos os fatos jurídicos naturais, também denominados fatos jurídicos em sentido estrito¹⁷ ou involuntários¹⁸ como fontes de consequências jurídicas, como exemplos o nascimento, a morte ou o simples passar do tempo (maioridade, prescrição ou decadência), abandono de álveo, aluvião, avulsão, caso fortuito e de força maior, e também os fatos decorrentes das manifestações humanas, conhecidos por atos jurídicos em sentido amplo¹⁹, como as declarações humanas de vontade (fatos jurídicos voluntários), como os atos jurídicos em sentido estrito, os negócios jurídicos e os atos ilícitos, além da classe dos atos-fatos jurídicos, por vários doutrinadores inseridos no contexto dos fatos naturais, ou dos atos materiais, ou ainda dos atos humanos sem se perquirir sobre a vontade, intenção ou consciência do agente.²⁰

Os atos jurídicos em sentido estrito ou atos meramente lícitos são aqueles que decorrem da manifestação volitiva humana, cujos efeitos já estão estabelecidos em lei, como a adoção²¹, o reconhecimento de paternidade, a tradição, a percepção dos frutos (em que não há dose de escolha da categoria jurídica). Já os negócios jurídicos são as declarações humanas de vontade, cujos efeitos são buscados pelas partes, como no exemplo de uma relação contratual (admitindo modulação dos efeitos – condição, termo ou encargo – o que não aconteceria, *a priori* - para os atos meramente lícitos), e ainda os atos ilícitos (culposos ou dolosos) que são também geradores de efeitos preestabelecidos pelas normas jurídicas.

Nesta ordem de idéias, um ato ou fato somente pode ser qualificado como juridicamente relevante a partir do momento que produza efeitos jurídicos desejados ou não pelos sujeitos ou para os sujeitos, criando, modificando, mantendo ou extinguindo direitos.

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral** – 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 987-85-02-08771-2. p. 315.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil, V. 1.** – Rio de Janeiro: Forense, 2005. ISBN: 85.309.2180-1. p. 459.

¹⁹ *op. cit.* - GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral** – p. 316.

²⁰ *ibid.* - p. 317.

²¹ GOMES, Orlando – **Direito de família** – 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 340. (há quem classifique a adoção como negócio jurídico, como Carlos Alberto Dabus Maluf – MALUF, Carlos Alberto Dabus/ Adriana Caldas do Rego Dabus Maluf – **Curso de direito de família** – São Paulo: Editora Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-18756-6. p. 567.).

1.1.1 – Negócios jurídicos

A teoria dos negócios jurídicos foi desenvolvida pelos pandectistas alemães, e nasceu no século XVIII, e que Savigny explicitou como “espécie de fatos jurídicos que não são apenas ações livres, mas em que a vontade dos sujeitos se dirige imediatamente à constituição ou extinção de uma relação jurídica.”²²

O Código Civil alemão (BGB) deu o primeiro tratamento legal, em códigos de significativa consagração²³, ao negócio jurídico, com a seguinte fórmula conceitual: “Negócio jurídico é um ato, ou uma pluralidade de atos, entre si relacionados, quer sejam de uma ou de várias pessoas, que tem por fim produzir efeitos jurídicos, modificação nas relações jurídicas no âmbito do Direito Privado.”²⁴

Importante, assim, os esclarecimentos sobre o que sejam os próprios negócios jurídicos e os atos meramente lícitos, o que arriscamos dizer, quanto aos primeiros, são manifestações humanas de vontade direcionadas para a produção de efeitos jurídicos esperados e aguardados por aqueles que exprimem a vontade, como por exemplo, um negócio jurídico contratual de compra e venda de um bem.

Neste raciocínio, um sujeito exterioriza sua vontade planejada de alienar um bem e receber o preço correspondente, encontrando manifestação volitiva convergente de um comprador, que também assim imaginou pagar um valor por bem congênere, e ambos buscam os efeitos jurídicos de transmissão do domínio da coisa. Ou seja, para um gerando a extinção de um direito dominial, e para o outro a aquisição da propriedade.

Evidentemente muito mais apropriadas as palavras do ilustre Professor Carlos Alberto da Mota Pinto, ressaltando a possibilidade de serem múltiplas as manifestações de vontade, assim como a busca de efeitos conforme a intenção manifestada, ou seja, a vontade dirigida para alcançar efeitos práticos:

“Os negócios jurídicos são actos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com a intenção de os

²² SAVIGNY, Friedrich Karl von – **Sistema del derecho romano atual** – Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Góngora. t. 2, p. 202.

²³ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 28, nota (5) de rodapé, em que dá notícias de códigos anteriores, citando FLUME, com o ALR prussiano (1.794) e o saxónico (1.863), com a seguinte noção de negócio jurídico: “acto em que existe uma vontade de, em conformidade com a lei, constituir, extinguir ou modificar uma relação jurídica.”

²⁴ LARENZ, Karl – **Derecho civil: parte general** - Trad. esp. Caracas: Edersa, 1978. p. 421.

alcançar sob tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conforme a intenção manifestada pelo declarante ou declarantes.”²⁵

Para Robert Römer²⁶ negócio jurídico é “constituição, desconstituição ou modificação de uma relação jurídica, causada e condicionada por uma declaração de vontade”²⁷.

Conforme os ensinamentos de Mota Pinto, adotou-se a teoria dos efeitos práticos-jurídicos, em que “os autores dos negócios jurídicos visam certos resultados práticos ou materiais e querem realizá-los por via jurídica.”²⁸ Assim:

“A vontade dirigida a efeitos práticos não é a única nem é a decisiva — decisiva para existir um negócio é a vontade de os efeitos práticos queridos serem juridicamente vinculativos, a vontade de se gerarem efeitos jurídicos. Nomeadamente deveres jurídicos. correspondentes aos efeitos práticos. Há uma intenção dirigida a um determinado efeito económico juridicamente garantido.”²⁹

Refutadas hodiernamente, portanto, as teorias dos efeitos jurídicos e dos efeitos práticos. A primeira pressupõe “os efeitos jurídicos produzidos, tais como a lei os determina, são perfeita e completamente correspondentes ao conteúdo da vontade das partes”³⁰ e, assim, que as partes tenham pleno conhecimento ou “representação” dos efeitos jurídicos dos negócios, restringindo o campo negocial apenas para aqueles que tenham conhecimentos técnicos bastantes.

Já de acordo com a teoria dos efeitos práticos, “as partes manifestam apenas uma vontade de efeitos práticos ou empíricos, normalmente económicos ou sociais, sem carácter ilícito. A estes efeitos práticos ou empíricos manifestados, faria a lei corresponder efeitos jurídicos concordantes”³¹, igualando, pois, os negócios jurídicos aos compromissos morais ou

²⁵PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil** - 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7. p. 378.

²⁶ Jurista alemão do século dezenove, que figura entre os grandes teóricos da conversão dos negócios jurídicos, tendo desenvolvido sua monografia no ano de 1853, em Heidelberg, mais de um século após o Tratado de Christian Ferdinand Harpprecht, datado de 1747.

²⁷RÖMER apud DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – 2001, p. 201.

²⁸*op. cit.* - PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil** - p. 381.

²⁹*ibid.* - p. 381/382.

³⁰*ibid.* - p. 380.

³¹*ibid.* - p. 381/382.

convenções sociais, e, por esvaziar o campo de incidência e de significado jurídico dos negócios jurídicos, deixou de ser adotada esta teoria.

Ainda pondera Mota Pinto ao referir-se aos negócios jurídicos, sob o esboço de maior e mais expressivo instrumento de autogoverno:

“Estamos perante o instrumento principal de realização do princípio da autonomia da vontade ou autonomia privada. Lá atrás focámos, ao tratar dos princípios fundamentais do direito civil português, a função do negócio jurídico como meio de autogoverno pelos particulares da sua esfera jurídica própria.”³²

A relevância do estudo sobre os negócios jurídicos resta patente com esta afirmação de sua repercussão jurídica e social, sendo, portanto, o principal instrumento de realização da autonomia privada.

O entendimento sobre a estrutura material e jurídica das manifestações volitivas negociais, seus elementos, seus efeitos, suas consequências, são o ponto de partida inarredável para o estudo da conversão.

1.1.2 – Atos lícitos e ilícitos

Dentre as ações humanas com efeitos jurídicos, umas produzem ditos efeitos, então, em consonância com a vontade do agente, que as pratica justamente para obter os resultados desejados. Estes são os negócios jurídicos, como o casamento³³, o contrato, o testamento e a renúncia. Mas “outras ações humanas produzem também efeitos jurídicos, mas sem qualquer atenção àquele elemento interno, psíquico, que é a vontade do agente.”³⁴

“Os simples actos jurídicos são factos voluntários cujos efeitos se produzem, mesmo que não tenham sido previstos ou queridos pelos seus autores, embora muitas vezes haja concordância entre a vontade destes e os referidos efeitos. Não é, todavia,

³² *op. cit.* - PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil** -p. 380.

³³ Conforme a concepção clássica, contratualista ou individualista do casamento, acolhida outrora pela escola do direito natural, esposada pelo Código de Napoleão. (MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de direito civil: direito de família** – 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-02298-9. p. 23.). Neste particular, convém ressaltar que o Código Civil Português, em seu artigo 1577º, ao tratar da noção de casamento, estabelece: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.” (DL n.º 47.344/66, de 25 de Novembro.)

³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de direito civil, v.1: parte geral** – 39. ed. ver. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 85.02.04304-8. p. 195.

necessária uma vontade de produção dos efeitos correspondentes ao tipo de simples acto jurídico em causa para essa eficácia se desencadear. Os efeitos dos simples actos jurídicos, ou actos jurídicos *sinalo sensu*, produzem-se — diz-se comumente — *e.v lege* e não *ex voluntate*.³⁵

Assim, os seus “efeitos acham-se previamente delineados na lei como consequência fatal da prática daquela ação. São os atos jurídicos lícitos. Outros, enfim, procedem do agir humano, mas violam o direito: são os atos ilícitos.”³⁶

Exemplos outros de atos lícitos ou “meramente lícitos”³⁷ são a descoberta de um tesouro, cujos resultados obtidos não constituíam o escopo do inventor, assim como a especificação em matéria alheia ou plantação em terreno próprio com semente alheia.

Do mesmo modo, quando há uma manifestação humana que se desdobra em ilícito, as consequências já estão colocadas normativamente, determinando o dever de indenizar os danos causados. Desta feita, praticado o ilícito *lato sensu*, fica seu autor automaticamente ou *ipso jure* vinculado ao dever jurídico reparador, ou seja, aos efeitos jurídicos nada desejados ou esperados por aquele que praticou a conduta delituosa.

Esta conclusão podemos extrair da conjugação dos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, posto que o primeiro delineia o ato ilícito da seguinte maneira: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”³⁸ Por sua vez, o artigo 927 estabelece que quem pratica o ato ilícito deve reparar o dano.

Da mesma maneira, dispõe o Código Civil Português, ao tratar da responsabilidade civil por factos ilícitos: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”³⁹

Assim, “os actos ilícitos são contrários à ordem jurídica e por ela reprovados; imporiam uma sanção para o seu autor (infractor de uma norma jurídica).”⁴⁰

³⁵ *op. cit.* - PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil** -p. 357.

³⁶ *op. cit.* - MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de direito civil, v.1: parte geral** -p. 196.

³⁷ RODRIGUES, Sílvio – **Direito civil: parte geral** – 34. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 85-2-04320-X. p. 157.

³⁸ Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

³⁹ Artigo 483, DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro.

⁴⁰ *op. cit.* - PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil** -p. 356.

O ato ilícito, portanto, “é fonte de obrigação: a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. É praticado com infração de um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resultem dano para outrem.”⁴¹

Independentemente de qualquer elemento psíquico desejado pelo agente, os atos jurídicos e atos ilícitos produzem efeitos preestabelecidos em lei, são “ex legis” ou “ipso iuris”. Ou seja, há manifestação humana, mas não visando efeitos quaisquer, que acontecem porque as normas impõem.

1.2 – Elementos dos negócios jurídicos

Os negócios jurídicos são compostos, conforme a literatura predominante, de elementos estruturantes e outros que são necessários para que sua validade seja sedimentada, além daqueles que são próprios dos negócios a que dizem respeito, também denominados elementos naturais. Segundo Reale, “elementos naturais são os que correspondem à índole de cada negócio jurídico, e que, portanto, embora não expressos, estão subentendidos; mas, as partes podem, desde que o declarem, excluí-los dele.”⁴²

Os elementos naturais, também conhecidos como efeitos naturais do negócio, são, por exemplo, a entrega da coisa na venda e compra e o pagamento do respectivo preço, ou em outras palavras, aquilo que se espera da manifestação de vontade. Configuram as consequências naturais do negócio apresentado.

Sobre as diversas classificações quanto aos elementos dos negócios jurídicos pondera Mota Pinto:

“Reina nesta matéria grande diversidade de opiniões entre os autores, que distinguem muitas vezes entre elementos. pressupostos, requisitos, etc., dos negócios. Essa variedade de pontos de vista importa principalmente diversidades de sistematização ao explicar-se a teoria do negócio jurídico, não tendo repercussões no plano pragmático da solução dos casos da vida.”⁴³

Desta maneira, poderíamos dizer que existem elementos sem os quais não há que se falar em negócio jurídico, posto que são pressupostos de existência, ou elementos “sine qua non”, ou seja, sem os quais o negócio sequer existe, já que lhe faltaria substrato mínimo, como o próprio sujeito para manifestar vontade, assim como uma exteriorização de vontade

⁴¹*op. cit.* - GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral** – p. 492.

⁴²REALE apud ALVES, José Carlos Moreira – **Direito romano** – vol. I, 4ª ed. Rio de Janeiro, 1978, p. 208.

⁴³*op. cit.* - PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil** - p. 382.

qualquer, já que o pensamento humano não é capaz de repercutir no mundo negocial, ainda que se admita o silêncio como forma de manifestação de vontades em circunstâncias especialmente consideradas, bem como algum objeto jurídico em torno do qual gravite a manifestação de vontade em tela.

De outra maneira, consideramos a possibilidade de negócios que apresentam estes elementos mínimos existenciais, e, portanto, existem, mas estão fadados a invalidade, já que não atenderam a requisitos de manifestação válida de vontade, ou, simplesmente, requisitos de validade, como na avaliação de ser o sujeito que manifesta vontade capaz de manifestá-la, de ser a forma escolhida para a exteriorização de vontade apta ao negócio proposto, ou se o objeto apresenta liceidade suficiente para o propósito.

Existem ainda os elementos que não são imprescindíveis aos negócios, mas podem ser inseridos nos mesmos, quando se quer efeitos postergados, cessantes ou até retardados. Assim, pode-se lançar uma cláusula que determinado negócio jurídico passará a gerar efeitos em determinado momento, como o implemento de uma condição suspensiva, ou mesmo deixará de gerar efeitos, como no implemento de uma condição resolutiva.

Estes últimos são elementos colocados pelo legislador à disposição dos sujeitos e sua utilização depende exclusivamente do alvedrio destes mesmos sujeitos. Não são, assim, exigidos substancialmente ou juridicamente.

Nas palavras de Moreira Alves, “nos negócios jurídicos, distinguimos três espécies de elementos: a) elementos essenciais; b) elementos naturais; e c) elementos acidentais. Em rigor, elementos essenciais são aqueles sem os quais o negócio não jurídico não existe.”⁴⁴

1.2.1 – Pressupostos de existência

Também designados elementos essenciais de existência, esclarece Moreira Alves: “para a existência do negócio jurídico, basta que haja a parte (ou partes), a manifestação de vontade e o objeto.”⁴⁵

Cabe aqui o esclarecimento exordial de que a ineficácia dos negócios jurídicos pode ser ocasionada pelo reconhecimento de sua inexistência, o que ocorre nas hipóteses em que as manifestações de vontade são desprovidas de elementos mínimos de subsistência.

⁴⁴*op. cit.* - ALVES, José Carlos Moreira – **Direito romano** – p. 207.

⁴⁵*ibid.* –p. 208.

Isto ocorreria, por exemplo, na falta dos agentes ou sujeitos dos negócios, ou mesmo quando estes não exprimem vontade alguma, e ainda quando faltar objeto jurídico sobre o qual incida a vontade.

Sobre a inexistência dos negócios jurídicos, parece haver um consenso entre a doutrina, oportunamente bem avalizada por Paulo Nader:

“A teoria da inexistência surgiu em função de uma lacuna existente no Código Napoleão em matéria de casamento. A Lei Civil criara o princípio de que não há nulidade sem texto, sem todavia, apresentar um elenco perfeito das nulidades. Assim, o casamento realizado por pessoas do mesmo sexo não poderia ser invalidado pois faltava esta previsão legal, como várias outras. Coube ao jurista alemão, Zacharia von Lighental, a teoria dos negócios inexistentes, que supria o Direito francês de grave lacuna apresentada.”⁴⁶

E continua o mesmo autor, fazendo referência ao Código Civil Português:

“Valendo-se da experiência francesa, o Código Civil português, por seu art. 1.628, previu as hipóteses de casamento inexistente: a) quando celebrado por quem não possuía competência funcional para o ato; b) casamento em estado de urgência e não homologado; c) casamento sem declaração de vontade; d) casamento por procurador irregularmente constituído; e) casamento de pessoas do mesmo sexo.”⁴⁷

Corroborar António Menezes de Cordeiro que “a atual inexistência surgiu, em termos conjunturais, na doutrina napoleónica, para resolver uma questão de interpretação suscitada pelo Código Civil francês e pela doutrina subsequente”⁴⁸, quando a doutrina e a jurisprudência fixaram a regra de que não haveria nulidade de um casamento sem um texto que a pronuncie de modo expresso, para restringir os casos de dissolução do casamento.

O mesmo autor faz severas críticas à colocação da inexistência como figura jurídica autónoma de vício negocial, já que não apresenta regime diferente do de outras ineficácias e, designadamente, do da nulidade.⁴⁹ Isto com supedâneo em doutrinadores franceses atuais e também em parte de sólida e referenciada doutrina portuguesa, citando Guilherme Moreira,

⁴⁶ NADER, Paulo – **Curso de direito civil, parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. ISBN 85-309-1739-1. p. 523.

⁴⁷ *ibidem*. - 2ª nota de rodapé.

⁴⁸ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 925.

⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes - **Da confirmação no Direito Civil** – Coimbra: Edições Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3432-4, p. 88/89.

que apenas a admitiria no direito matrimonial, Pires de Lima que a refutava mesmo no campo do casamento, Raúl Ventura, que à equipara a nulidade, igualmente a Galvão Telles.⁵⁰

De outro modo, favoráveis à teoria das inexistências estariam Mota Pinto, Rui de Alarcão, Castro Mendes, Carvalho Fernandes e Antunes Varela.⁵¹

Antes das críticas, porém, faz Menezes Cordeiro adequada distinção entre a pretensa inexistência jurídica da inexistência material, em que “não haveria nada: faltariam os próprios elementos materiais – por exemplo, as declarações de vontade – de que depende um negócio jurídico”⁵², enquanto “na inexistência jurídica, surgiria ainda uma configuração negocial, a que o Direito retiraria, no entanto, qualquer tipo de eficácia.”⁵³

“Apenas a inexistência jurídica releva na discussão. A inexistência material é puramente descritiva: em qualquer momento, o número de negócios que nunca chegaram a existir é infinito: torna-se impensável tomá-los um por um para, daí, fazer uma categoria jurídica operacional.”⁵⁴

Resta claro, entretanto, o ponto de consonância entre as doutrinas portuguesa e brasileira no pertinente à inexistência material, como pressupostos estruturantes dos negócios, sendo também recorrente o nivelamento ou a equiparação das inexistências jurídicas às invalidades absolutas sob o prisma das nulidades no Brasil.

Os efeitos práticos entre as inexistências e invalidades são equivalentes, a priori, já que se inválidos ou inexistentes os negócios não apresentariam aptidão para produção dos efeitos almejados, dispensando-se, também aprioristicamente falando, os inexistentes de pronunciamento judicial neste sentido.

Entretanto, é recorrente a ponderação que mesmo nas inexistências materiais ou substanciais, em que é perfeitamente constatável o defeito negocial, muitas vezes é razoável a busca das vias jurisdicionais para a certeza jurídica do fenômeno.

1.2.2 – Requisitos de validade

Ultrapassada a avaliação de estarem presentes os elementos mínimos estruturantes das manifestações negociais ou declarações de vontade humana, cabe indagar se os elementos

⁵⁰*op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes - **Da confirmação no Direito Civil** – p. 88.

⁵¹*ibidem.*

⁵²*ibidem.*

⁵³*ibidem.*

⁵⁴*ibidem.*

atendem a preceitos de validade, conforme se depreende da lógica sistemática de todos os ordenamentos jurídicos que adotam a teoria negocial.

Ora, “A validade é preferível à invalidade e, assim, sempre que for possível, deve o intérprete e o aplicador do direito tentar encontrar os processos e as soluções que evitem a invalidade.”⁵⁵

Existe previsão no Código Civil Brasileiro sobre os requisitos genéricos de validade de um negócio jurídico, elencados em seu artigo 104, que estabelece os contornos da validade, e, por consequência, os paradigmas da invalidade:

“Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

Desta feita, quando não presentes os requisitos enunciados são verificadas as invalidades, conforme construção dos artigos 166 e seguintes, que versam sobre as nulidades, ou do artigo 171 e sucedâneos, que tratam da anulabilidade.

Se, portanto, o agente for absolutamente incapaz, ilícito ou impossível seu objeto, não obediência da forma prescrita, preterição de solenidade ou objetivo fraudulento, temos as nulidades do artigo 166:

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”

De outra maneira, se o agente for apenas relativamente capaz, ou nas circunstâncias de vícios de erro, dolo, coação, estado de perigo, fraude contra credores ou lesão, temos as anulabilidades do artigo 177:

“Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

⁵⁵VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - 7ª. ed. Lisboa: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-5011-9.p. 642/643.

- I - por incapacidade relativa do agente;
- II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

Preocupou-se o legislador em elencar as mais diversas hipóteses de vícios ou defeitos dos negócios, em capítulo próprio, estabelecendo a consequência de sua verificação, além de outras hipóteses que estão dispersas pelo Código Brasileiro, tratando o legislador de enunciar, na medida do possível, tratar-se de nulidade ou anulabilidade.

Pensando em suas eventuais falhas, o próprio legislador criou uma previsão de “nulidade virtual”⁵⁶ ou implícita⁵⁷, posto que onde for proibida a prática de um ato sem a cominação da sanção específica para o caso, temos tratar-se de nulidade.

O Código Civil Português não possui uma disposição única que descreva genericamente os requisitos de validade de um negócio jurídico, mas já discorre sobre as invalidades diretamente, a partir do seu artigo 280º, que dispõe: “1. É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável. 2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.” Subsequentemente estabelece o artigo 282º: “1 - É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados.”⁵⁸ Também existem disposições esparsas na lei portuguesa tratando de nulidades ou anulabilidades.

Evidentemente os dois códigos dispensam enorme atenção às invalidades, desenhando suas características, seus efeitos, os legitimados para sua invocação ou as possibilidades de sua convalidação, pelo tempo, pelo juiz e pelas partes.

Este é o padrão normativo mencionado linhas atrás, que permite um transitar seguro pelo campo das invalidades, sempre tomando enorme cuidado com os desvios de padrão estabelecidos pelo próprio legislador ou pelos sistemas normativos analisados casuística e oportunamente.

⁵⁶ "resulta da violação de norma jurídica cogente, proibitiva ou impositiva, que seja silente quanto à sanção da nulidade e que não defina outra espécie de sanção para o caso de ser transgredida" (BERNARDES DE MELLO, Marcos - **Teoria do fato jurídico: plano da validade** - 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 93).

⁵⁷ "decorrente da função da norma jurídica e não do texto sancionatório expresso" - GOMES, Orlando - **Introdução ao direito civil** - 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 473.

⁵⁸ DECRETO Lei n.º 47.344/66, de 25 de Novembro.

1.2.3 – Plano da eficácia

Existem situações em que o negócio atende a todos os pressupostos de existência, também a todos os requisitos de validade, apresentando aptidão para a geração de efeitos, que acabam por inoportunar em razão de acontecimentos diversos: morte do devedor, caso fortuito e força maior, condição suspensiva, termo inicial, dentre outros.

Desta feita, “O negócio jurídico é ineficaz quando por qualquer motivo legal não produz todos ou parte dos efeitos que, segundo o conteúdo das declarações de vontade que o integram, tenderia a produzir.”⁵⁹

Assim, uma ineficácia pode ou não estar relacionada com algum vício ou defeito dos negócios, intrínseco ou congênito, atrelada, pois, a uma invalidade ou mesmo a sua própria inexistência, como também pode decorrer de fatores estranhos às invalidades, extrínsecos aos negócios.

São esclarecedoras as lições do Professor Sílvio de Salvo Venosa, quando aborda os graus da ineficácia:

“Quando o negócio jurídico se apresenta de forma irregular, defeituosa, tal irregularidade ou defeito pode ser mais ou menos grave, e o ordenamento jurídico pode atribuir reprimenda maior ou menor. Ora a lei simplesmente ignora o ato, pois não possui mínima consistência, nem mesmo aparece como simulacro perante as vistas do direito, que não lhe atribui qualquer eficácia; ora a lei fulmina o ato com pena de nulidade, extirpando-o do mundo jurídico; ora a lei o admite, ainda que viciado ou defeituoso, desde que nenhum interessado se insurja contra ele e postule sua anulação. Traçamos, pois, aqui as três categorias de ineficácia dos negócios jurídicos: negócios inexistentes, nulos e anuláveis.”⁶⁰

Pouco distinta é a abordagem dada por José de Oliveira Ascensão:

“Distinguem-se três tipos de ineficácia (em sentido amplo), por ordem decrescente de gravidade: - a inexistência jurídica; - a invalidade; - a ineficácia em sentido restrito.”⁶¹

⁵⁹ ANDRADE, Manuel Antônio Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 411.

⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito civil: parte geral**. 6.ed. – 3. reimp. – São Paulo: Atlas, 2006. – Coleção direito civil; v. 1. ISBN 85-224-4254-1. p. 503.

⁶¹ ASCENSÃO, José de Oliveira - **Introdução à ciência do direito** – 3.ed. revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN 85-7147-481-8. p. 70. O título das edições anteriores desta obra foi: O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma Perspectiva Luso-Brasileira.

Ensina Menezes Cordeiro que a teoria das ineficácias é estranha ao direito Romano, a não ser pela atuação pretoriana, equivalendo a expressão *nullus* à não existência de negócio, e *rescindere* aproximando-se da ineficácia, e mencionando o remédio genérico da *integrum restitutio*, vejamos:

“I. No Direito romano, não se aponta uma teoria geral da ineficácia: ela seria, de resto, contrária à feição geral do *ius romanum*. Muitas das subtilezas da invalidade e da ineficácia dos negócios jurídicos já haviam sido surpreendidas pelos empíricos jurisprudentes: ao longo do tempo, elas seriam aproveitadas, estando na base, através de sucessivas generalizações e abstrações, da atual teoria da ineficácia.

II. A referência a *nullus*, a propósito de um negócio, equivalia à afirmação da sua não-existência. Surgia, ainda, referência a *rescindere*, enquanto a situação *pro infecto* era aproximada mais da ineficácia do que da nulidade. Muitas outras expressões similares ocorrem nas fontes.

III. Na subsequente evolução das ineficácias, a *in integrum restitutio* teve um papel importante. Trata-se de um remédio a conceder pelo pretor e que facultava rescindir um negócio que, embora válido em si, tivesse sido concluído na base de circunstâncias que tornariam iníqua a sua execução. A *restitutio* era suficientemente ampla e vaga para, ao longo dos séculos, vir a cobrir as mais distintas situações.

IV. Significativa foi, ainda, a posição de Bártolo, que veio contrapor o *ius dicendi nullum* ao *iure rescindens*. A *nullitas* operava *ipso iure*, enquanto a anulabilidade implicava uma especial atuação do interessado, justamente através da velha *in integrum restitutio*: a rescisão. Os reflexos desta técnica foram claros nos jurisprudentes e na antiga experiência francesa.”⁶²

Conforme o quadro clássico das invalidades, nas lições de Antônio Menezes Cordeiro⁶³, teríamos na base a ineficácia em sentido amplo, que abrange todas as manifestações nas quais um negócio não produza (todos) os efeitos que, em princípio, ele se destinaria a produzir, como nos casos de nulidades, anulabilidades e invalidades mistas, e a ineficácia em sentido estrito, em que os negócios não apresentam vícios, e “apenas se verifica uma conjunção com factores extrínsecos” que conduzem à referida não produção de efeitos.

1.3 - Modulação de efeitos

⁶²*op. cit.* - CORDEIRO, Antônio Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 911/913.

⁶³*op. cit.* - CORDEIRO, Antônio Menezes - **Da confirmação no Direito Civil** – p. 78/79.

Como dito linhas atrás, existem elementos que podem ser inseridos em negócios jurídicos, dependendo do puro arbítrio das partes, ou seja, que não se configuram como pressupostos de existência ou requisitos de validade, mas que se colocados devem ser obedecidos estritamente.

Diversamente do que acontece com os elementos criados por lei, a benefício de toda a coletividade, e que exigem sempre sua observância, estes são opcionais e estão à disposição dos sujeitos negociais, que podem deles se utilizar ou não.

Evidentemente se utilizados pelos sujeitos de um negócio passam a ser de sua essência, e devem ser obedecidos sob pena também de invalidação. Assim, “elementos acidentais são os que não estão implicitamente contidos no negócio jurídico, mas que, se as partes quiserem, podem expressamente apô-los a ele.”⁶⁴ Se, entretanto, “num caso concreto, forem apostos ao negócio jurídico, tornam-se seus elementos essenciais, porque ficam intimamente ligados a ele.”⁶⁵

Esclarece Mota Pinto que “trata-se das estipulações, que não caracterizam o tipo negocial em abstracto, mas se tornam imprescindíveis para que o negócio concreto produza os efeitos a que elas tendem.”⁶⁶

Estão à disposição dos sujeitos, que podem realizar os negócios de maneira pura e simples, sem elementos acidentais ou modais, ou podem realizar um negócio condicional ou sujeito a termo inicial. Assim, uma doação pode ser pura, ou subordinada ao implemento de alguma condição.

1.3.1 – Negócios jurídicos modais

Existem, assim, elementos que podem ou não ser utilizados em negócios jurídicos, que são os denominados acidentais, transformando os negócios jurídicos em “modais”. Conforme já salientado, a utilização ou não destes elementos não interfere no plano da existência e da validade dos negócios enquanto observados abstratamente, mas definitivamente influenciam no plano eficaz.

Os elementos acidentais dos negócios jurídicos são a condição, o termo e o encargo, conforme previstos nos artigos 121 ao 137 do Código Civil Brasileiro, e subordinam a eficácia de um negócio jurídico a evento futuro certo, ou incerto, obstando a produção de

⁶⁴*op. cit.* – ALVES, José Carlos Moreira – p. 208.

⁶⁵*ibid.* –p. 208.

⁶⁶*op. cit.* - PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil** - p. 384.

efeitos desde logo, ou estabelecendo um evento como o determinante para a cessação dos mesmos efeitos.

O Código Civil Português prevê a condição e o termo, nos artigos 270º ao 279º, praticamente com as mesmas regras e princípios, que, em brevíssima síntese, obstem, protraem ou extinguem os efeitos de um ato negocial, modulando seus efeitos.

Pode-se afirmar que esta modulação de efeitos é característico e possível nos negócios jurídicos, mas não próprio dos atos meramente lícitos, já que os efeitos destes últimos já vem preestabelecidos normativamente, sem opção de alteração pelos sujeitos que manifestam as vontades.

Neste sentido, e como abordado linhas atrás como exemplo de ato jurídico, reservando desde logo as ressalvas científicas possíveis quanto a este posicionamento, não se pode adotar alguém sob condição ou a termo, posto que os efeitos advindos com a manifestação de vontade adotiva e o atendimento de suas formalidades já repercutem na eficácia diretamente, sem possibilidade de disposição ou modulação pelas partes.

1.3.2 – Da condição, do termo e do encargo

As condições subordinam a eficácia inicial (suspensiva) ou final de um negócio (resolutiva) a um evento futuro e incerto, conforme podemos verificar das disposições codificadas tanto em Portugal, quanto no Brasil, respectivamente:

“ARTIGO 270º (Noção de condição) As partes podem subordinar a um acontecimento futuro e incerto a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução: no primeiro caso, diz-se suspensiva a condição; no segundo, resolutiva.”

“Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

São elementos que impedem a produção de efeitos imediatos dos negócios, ao menos nas suspensivas, dependendo então a eficácia, da ocorrência ou implementação de evento não certo, ou seja, que pode vir ou não a se configurar, como por exemplo, condicionar uma doação ao filho ao evento futuro de seu casamento, que pode vir a acontecer, ou não, dependendo do acaso.

As condições resolutivas permitem a produção de efeitos jurídicos desde logo, mas projetam as mesmas causas incertas e futuras como extintivas da produção destes efeitos

quando de sua configuração, como uma subvenção periódica que faça o pai ao seu filho, até que ele se case.

Já os termos, que podem ser iniciais ou finais, também designados “a quo” e “ad quem”, subordinam ou extinguem os negócios a depender de eventos futuros e certos, como notamos das redações dos artigos seguintes:

“ARTIGO 278º (Termo) Se for estipulado que os efeitos do negócio jurídico comecem ou cessem a partir de certo momento, é aplicável à estipulação, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 272º e 273º.”

“Art. 131. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.”

“Art. 135. Ao termo inicial e final aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva e resolutiva.”

A distinção entre condições e termos, portanto, residem na incerteza do implemento das condições, posto que eventos futuros e incertos, enquanto que nos termos o implemento dos eventos futuros são certos e inarredáveis, como é o caso do evento morte, que todo ser vivo experimenta, ou ao passamento do tempo, também inafastável.

Assim, se um negócio depender de um acontecimento futuro e certo para gerar seus efeitos, como um contrato de locação à partir de uma data certa do calendário, estaremos verificando um termo inicial. De outro modo, se o termo previsto for para a cessação dos efeitos, estaremos diante de um termo final.

O Código Brasileiro ainda faz menção ao encargo genericamente em seu artigo 136, que particularmente não suspende nem a eficácia, e nem a aquisição de direitos, sendo próprios das liberalidades, cuja inexecução pode gerar a própria resolução do negócio jurídico benéfico.

Havendo uma doação com a aposição de um encargo, aceito pelo donatário, fica ele vinculado ao cumprimento do encargo, sob pena de ver a doação revogada, em ação própria, assim como pode acontecer nas disposições testamentárias com a previsão de sinalagmas.

“Art. 136. O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva.”

As doações modais ou com encargos e a possibilidade de resolução das mesmas são previstas nos artigos 963º ao 966º do Código Português, e nos artigos 553 e 555 do Código Brasileiro.

Percebe-se que não se cogita sobre as invalidades neste plano, posto que sua análise, a princípio já fora superada, assim como da constatação de elementos estruturais ou essenciais, repercutindo, assim, no plano da eficácia dos negócios.

Esta avaliação se faz necessária, já que a conversão dos negócios jurídicos exigiria, a princípio, que o negócio que se busca converter não tenha produzido os efeitos buscados pelas partes, o que permitiria a conversão noutra espécie negocial que produza os efeitos almejados desde a manifestação volitiva.

2. INVALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Etimologicamente “invalidade, derivado de “invalidar”, que se origina do latim *invalidus* (fraco, ineficaz), exprime a condição daquilo que não é válido, que não produz nenhum efeito”⁶⁷, ou seja, “a invalidade exprime um juízo negativo de valor, de desconformidade entre o negócio, como valor, e a ordem jurídica, também como valor. Invalidade é desvalor do acto”⁶⁸.

A invalidade dos negócios jurídicos é uma consequência decorrente da inobservância de preceitos legais, morais e das próprias leis da natureza, que o tornam inapto à produção dos efeitos jurídicos esperados, conforme leciona Pedro Pais de Vasconcelos estabelecendo correlação entre ilegalidade, imoralidade e impossibilidade:

“Os actos e negócios jurídicos são acções humanas jurígenas inseridas no âmbito da autonomia privada. Como tais, estão sujeitas a um juízo de mérito em que é sindicada a sua possível desconformidade ou mesmo incompatibilidade com a Lei, a Moral e a Natureza. A incompatibilidade entre o acto ou o negócio jurídico e os preceitos da lei imperativa (ilegalidade) os valores éticos que regem o sistema (imoralidade), ou as leis da natureza (impossibilidade) acarreta a invalidade. O negócio jurídico inválido não alcança criar direito, não gera direito interpretativo, não põe em vigor uma regulação negocial. Pelo contrário, é tido como simples *facto* jurídico, de cujas consequências jurídicas constitui mero suporte inerte. As consequências jurídicas do negócio inválido não são já aquelas que os seus autores lhe quiseram atribuir, mas antes as que a lei determina.”⁶⁹

⁶⁷FUJITA, Jorge Shiguemitsu [et al.] - **Comentários ao código civil: artigo por artigo**. – 3. ed ver., atual.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5172-7. p. 292.

⁶⁸*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - pag. 641/642.

⁶⁹*ibid.* - p. 631.

Além dos citados obstáculos à validade, convém lembrar que o “ato vem inquinado de algum defeito, se desatende ao mandamento legal ou se divorcia da finalidade social que o deve inspirar, deixa de produzir os efeitos almejados pelas partes”⁷⁰

O desapego ao princípio do fim social dos negócios jurídicos deve, evidentemente comprometê-los em sua validade.

Entretanto, devemos também lembrar que nem todos os problemas ou vicissitudes dos negócios jurídicos são causadores de invalidades, como são as hipóteses de meras irregularidades, por exemplo, de Pedro Pais de Vasconcelos, em que em uma assembléia geral ordinária de uma sociedade anônima tenha faltado o presidente do conselho fiscal. Nestes casos, “antes de se concluir pela invalidade é, pois, necessário sindicarmos a ratio legis dos preceitos legais cuja contrariedade tenha ocorrido.”⁷¹

“Nem todas as desconformidades com a lei acarretam a invalidade. O simples bom senso conduz a desconsiderar, como *simples irregularidades*, alguns casos de desrespeito pela lei na prática de actos ou negócios jurídicos quando, atenta a respectiva *ratio legis*, seja excessivo ou desrazoável – e portanto injusto – afectá-los na sua validade.”⁷²

A invalidade se desdobraria em nulidade, que configura a invalidade absoluta, e a anulabilidade, também designada nulidade relativa, ou invalidade relativa. “Da invalidade resulta normalmente ineficácia, sempre que a incompatibilidade valorativa entre o acto e a ordem jurídica é de tal ordem que esta lhe recusa a produção dos efeitos jurídicos próprios”⁷³.

“Considera-se típica a invalidade (nulidade ou anulabilidade) à qual se aplica o regime geral dos artigos 285.º e seguintes do Código Civil e atípica aquela que se afasta desse regime geral em qualquer aspecto relevante, por exemplo misturando traços da nulidade e da anulabilidade.”⁷⁴

Historicamente, parte-se da noção da não produção de efeitos jurídicos para a apuração de sua causa, o que nos parece, ousamos suscitar, diametralmente oposto ao que ocorre nos dias atuais, ao menos no Brasil, em que se perscruta os pressupostos de existência, os requisitos de validade, para daí questionarmos a aptidão para produção ou não de efeitos.

⁷⁰*op. cit.* - RODRIGUES, Sílvio – **Direito civil: parte geral** – p. 284.

⁷¹*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 641.

⁷²*ibid.* - p. 641.

⁷³*ibid.* – pag. 641/642.

⁷⁴VARELA, João de Mato Antunes; LIMA, Pires de - **Código Civil Anotado** - Vol. I, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 262.

Lembremos, não obstante, que “a ineficácia pode ter outras causas além da invalidade. Entre elas, e sem pretensão de exaustividade, avultam a ilegitimidade, o funcionamento de termo ou condição, a falta de registro e de formalidades”⁷⁵.

2.1 – Sistema clássico das invalidades

Atribui-se a Friedrich Carl Von Savigny a criação de uma lógica sistemática sobre as invalidades e ineficácias dos negócios jurídicos, denominado como “sistema de Savigny”, dividindo as invalidades em dois graus distintos, a saber:

“A tudo isto chama Savigny a “impugnabilidade de uma relação jurídica”, impugnabilidade essa que, na língua latina, foi vertida para “anulabilidade”. Assim, enquanto na nulidade estaríamos perante uma pura negação, na anulabilidade assistir-se-ia à presença de um direito contrário, na esfera de uma pessoa.

O quadro clássico

I. Na sequência do sistema de Savigny, foi apurado um quadro geral das ineficácias e invalidades a que chamaremos “clássico”. Na base, temos a ineficácia em sentido amplo: abrange todas as manifestações nas quais um negócio não produza (todos) os efeitos que, em princípio, ele se destinaria a produzir. Tal ineficácia ampla analisa-se em vários tipos distintos, através dos quais se viabiliza a formação dos modelos de decisão.

A primeira contraposição distingue, no seu seio, a invalidade da ineficácia em sentido estrito:

- na invalidade, a ineficácia ou não-produção normal de efeitos opera mercê da presença, no negócio celebrado, de vícios ou desconformidades com a ordem jurídica.”⁷⁶

Este é o modelo utilizado por grande parte dos sistemas jurídicos que adotam a teoria geral das invalidades e ineficácia dos negócios jurídicos mundo afora, que toma por base a ineficácia das manifestações volitivas de vontade para se apurar o grau de invalidade e suas características e desdobramentos, assim como eventual ineficácia sem que ocorra alguma invalidade.

⁷⁵*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 642

⁷⁶*op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 917/918.

2.1.1 – Existência, validade e eficácia

Preconiza Hans Kelsen, na obra de Pontes de Miranda, sobre os planos dos negócios jurídicos: "existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia."⁷⁷

E continua seu raciocínio dizendo sobre a existência como pressuposto do negócio jurídico: "o que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porque não há validade, ou eficácia do que não é."⁷⁸

Este raciocínio nos leva a entender que existem os planos dos negócios jurídicos, iniciando-se pelo existencial (pressupostos de existência), o plano da validade (requisitos de validade), e quando preenchidos estes planos iniciais o negócio tem aptidão para a produção de efeitos. A esta construção deu-se o nome de "Escala Pontiana" ou "Escada Pontiana."⁷⁹

Evidentemente podem existir distorções neste sistema coerente e lógico, como por exemplo um negócio existente, inválido e eficaz (como um casamento inválido por putatividade, que gera efeitos decorrentes da boa-fé); ou um negócio "existente, válido e ineficaz, como é o caso de um contrato celebrado sob condição suspensiva e que não esteja ainda gerando efeitos jurídicos e práticos."⁸⁰

O mesmo raciocínio estrutural fora utilizado por Antônio Junqueira de Azevedo: "é preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio jurídico existe, quando uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos."⁸¹

Este autor elaborou a denominada técnica de eliminação progressiva:

"... primeiramente, há de se examinar o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio (dito "ato inexistente".) e, então, essa aparência não passa, como negócio,

⁷⁷ KELSEN apud PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - **Tratado de direito privado** - 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III, p. 15.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ TARTUCE, Flávio - **Manual de direito civil: volume único** - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. ISBN 978.85-309-3463-7. p. 176.

⁸⁰ *ibid.* – p. 177.

⁸¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de – **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia** – 2ª ed. São Paulo, 1986. P. 35/39.

para o plano seguinte, morre no plano da existência. No plano seguinte, o da validade, já não entram os negócios aparentes, mas sim somente os negócios existentes; nesse plano, os negócios existentes serão, ou válidos, ou inválidos; se forem inválidos, não passam para o plano da eficácia, ficam no plano da validade; somente os negócios jurídicos válidos continuam e entram no plano da eficácia. Nesse último plano, por fim, esses negócios, existentes e válidos, serão ou eficazes ou ineficazes (ineficácia em sentido estrito).”⁸²

Já no pertinente à distinção entre invalidade e ineficácia, esclarece Ventura dizendo que: “o impedimento à utilidade do negócio tanto pode ser um vício constitutivo, como um facto exterior. A Invalidade é o valor negativo do acto jurídico proveniente de um vício intrínseco; a ineficácia é extrínseca.”⁸³

Praticamente o mesmo defende Vasconcelos, ao preconizar: “A ineficácia não é um vício do negócio. É simplesmente a sua falta de efeitos próprios, a sua não-eficácia. Importa não confundir invalidade com ineficácia. São qualidades do negócio que se situam em níveis diferentes.”⁸⁴ Evidente que um desvalor, ou valor negativo, como é o caso das invalidades, influencia diretamente no campo da eficácia. Assim, “O modo da incompatibilidade valorativa determina também a modalidade da ineficácia. Por isso, as diferentes modalidades de invalidade envolvem diversos regimes de (in)eficácia.”⁸⁵

2.1.2 – Ineficácia em sentido amplo

As ineficácias em sentido amplo englobam as em sentido estrito e as invalidades, além da própria inexistência. Desta feita, sendo hipóteses de nulidade ou anulabilidade, com as regras e consequências próprias de cada espécie, ainda que não sejam regras absolutas e peremptórias, ou ainda quando ausentes elementos estruturantes indispensáveis, mesmo que não se admita a autonomia jurídica da inexistência, mas sim meramente material, estaremos diante de manifestações de vontade inaptas, ao menos teórica e cientificamente, à produção de efeitos.

⁸²*op. cit.* - AZEVEDO, Antônio Junqueira - **Negócio jurídico – existência, validade e eficácia** - p. 64.

⁸³VENTURA, Raul Jorge Rodrigues – **A conversão dos actos jurídicos no direito romano** – dissertação para concurso de professor extraordinário do 1º Grupo (ciências históricas) da Faculdade de Direito de Lisboa, 1947 – Imprensa Portuguesa, Porto. p. 110.

⁸⁴*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 641.

⁸⁵*ibid.* – p. 641/642.

Este padrão “universal” para os sistemas adeptos ao regime dos negócios jurídicos exsurge de uma lógica secularmente experimentada, estudada, dissecada, visitada e revisitada, que permite aos que se deparam com o estudo, mesmo que inicialmente, já a reconhecerem prontamente.

Certo que esta lógica pode ser subvertida em diversas circunstâncias, reconhecidas mesmo pelos legisladores, que estabelecem hipóteses de eficácia para negócios inválidos, como nos casamentos putativos, mas são exceções de um paradigma considerado extremamente vital para a segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Mesmo os negócios recentemente reputados nulos ou inexistentes, como os casamentos entre pessoas do mesmo sexo⁸⁶, como, aliás, ainda o são em diversos países, hodiernamente produzem efeitos e são considerados perfeitamente válidos em alguns sistemas jurídicos, como Portugal e Brasil, assim como Argentina, Uruguai, Bélgica, Canadá, Espanha e Holanda.⁸⁷ Assim, “não pode mais (a diversidade de sexos) ser tratada, portanto, como um pressuposto existencial do casamento a diversidade de sexos, consoante apontava a doutrina, brasileira e estrangeira.”⁸⁸

Esta dinâmica social está sempre presente no âmbito dos negócios jurídicos, é indissociável deles, já que eles são a expressão máxima da autonomia privada, que acaba por receber influências diversas, de ordem filosófica, histórica, religiosa, sociológica, antropológica, econômica, *et coetera*.

2.1.3 – Ineficácia em sentido estrito

Estas ineficácias são alheias aos vícios da inexistência ou das invalidades, posto que sua análise científica já foi ultrapassada, e a manifestação de vontade humana apresenta

⁸⁶ “Casos aparecem, entretanto, em que, embora não se encontre texto de lei, é inconcebível o casamento. Assim, por exemplo, a hipótese de matrimônio entre duas pessoas do mesmo sexo. Embora a lei silencie sobre tal nulidade, é evidente que esse conúbio não pode sobreviver, pois é do próprio conceito de matrimônio ser ele a reunião de pessoas de sexo diverso. O mesmo ocorre em caso de casamento celebrado por pessoa absolutamente incompetente, ou quando incorrer celebração; ou ainda naquele em que as partes não manifestaram sua concordância.” (RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil. Parte Geral. volume 1.** 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 85-02-03506-1, p. 290/291).

⁸⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de direito civil: famílias** - 7ª ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9512-2. p. 199.

⁸⁸ *ibidem*.

aptidão para a produção de efeitos originariamente desejados ou que seriam próprios daquela declaração volitiva.

Assim, “A simples ineficácia refere os casos em que o acto ou negócio são privados de eficácia jurídica por outras causas que não a invalidade, isto é, por causas não valorativas.”⁸⁹

Entretanto, por motivos então diversos as manifestações humanas não chegam a produzir seus efeitos, ou porque as partes resolveram dar características especiais ao seu negócio, inserindo cláusulas acidentais onde não imprescindíveis, como uma condição ou termo certo para a produção de efeitos, ou ainda por morte da parte negocial em negócio personalíssimo, ou por causas estranhas e distintas quanto ao nexo causal, como nas hipóteses de caso fortuito ou de força maior.

Em particular nas relações de consumo, e mesmo nas relações não consumeristas, embora menos patente, tendo em vista a aplicação do princípio da intangibilidade dos pactos, quando um dos contratantes não pode, a princípio, alterar unilateralmente um contrato, suscitamos também para a ineficácia de negócios existentes e válidos o chamado direito de arrependimento.

“O direito de arrependimento constitui actualmente uma das figuras jurídicas mais emblemáticas do direito do consumo. Surgiu essencialmente para dar resposta aos problemas colocados pela insuficiência do regime geral da invalidade dos vícios da vontade, em especial da coacção e do erro.”⁹⁰

Importante lembrar que a simples ineficácia dispensa invocação, apesar de, “no entanto, em caso de divergência, é útil o recurso a juízo para obtenção da sua declaração.”⁹¹

Pode ainda a ineficácia ser inicial ou subsequente. Inicial quando dependa de termo inicial ou implemento de condição suspensiva, e subsequente, em casos de termo final ou condição resolutiva.⁹²

⁸⁹*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 642.

⁹⁰CARVALHO, Jorge Morais - **Os contratos de consumo - reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo** [Em linha]. Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, Março de 2011; p. 335. [Consult. 18 Out. 2017]. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf. (A sua origem remonta aos anos 70, em áreas específicas da legislação de alguns países europeus. Em Portugal, a sua recepção dá-se por via do direito comunitário, pela transposição da Directiva 85/577/CEE, de 20 de Dezembro, no Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho, entretanto revogado. – *ibid.* p. 335).

⁹¹*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 642.

⁹²*ibidem.*

Apresenta-se ainda como geral ou especial: “É geral sempre que o acto ou negócio não produz quaisquer dos efeitos que lhe são próprios ou típicos, ou aqueles que com ele o seu autor pretendia alcançar.”⁹³ De outra maneira, configura-se como especial “quando os produz em relação a certas pessoas ou classes de pessoas e não a outras.”⁹⁴

Derradeiramente, a ineficácia pode ser total, caso em que “o acto ou negócio não produzem quaisquer efeitos. Assim sucede nomeadamente nos casos de inexistência, por coacção física, falta de consciência da declaração, nas declarações não sérias e no dissenso oculto.”⁹⁵ Ou parcial, “por exemplo, no caso de redução do negócio jurídico, em que se mantém apenas parte da sua eficácia.”⁹⁶

2.2- Distinções entre nulidades e anulabilidades

Convém desde logo salientar que as distinções estritamente dogmáticas entre anulabilidades e as nulidades fica comprometida na medida em que “nenhum dos aspectos em que o regime da nulidade e da anulabilidade se manifesta é essencial aos respectivos conceitos.”⁹⁷

Parafraseando Rui de Alarcão, Carvalho Fernandes explica que se trata de um “meio expositivo-sistemático”, em que o legislador define o regime geral das invalidades, permitindo este expediente técnico que, “quando um negócio nulo ou anulável não siga o regime típico da nulidade ou da anulabilidade, não se torne necessário mais do que a fixação dos desvios em relação ao tipo.”⁹⁸

Seria possível então identificar vários outros tipos de invalidades, que relativizam as regras legisladas sobre a classificação, como por exemplo, para além das invalidades absolutas e relativas, as invalidades de eficácia automática ou sem eficácia automática, invalidades sanáveis e insanáveis, invalidades absolutas e relativas, e ainda as anulabilidades

⁹³*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 642.

⁹⁴ “Constitui exemplo de ineficácia especial a alienação da coisa ou do direito arrestados, que é ineficaz em relação ao requerente do arresto, mas apenas a ele (artigo 622º). Há ainda ineficácia especial no caso da representação sem poderes, em que o acto do falso representante é ineficaz em relação ao suposto representado, mas não em relação à outra parte (artigo 268º, nº 1).” (*ibid.* – p. 642.).

⁹⁵*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 642.

⁹⁶*ibidem.*

⁹⁷*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 233.

⁹⁸ALARCÃO apud FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – 1993, p. 234.

comuns e as privilegiadas, conforme veremos logo adiante, cada uma delas podendo repercutir distintamente quando confrontadas com a conversão.

2.2.1 – Anulabilidades – invalidades relativas

A expressão anulabilidade tem origens na impugnabilidade de Savigny (Anfechtbarkeit - impugnabilidade, de fechten, correspondente ao latim pugnare, de pugnus), e seu surgimento possui origens autónomas com relação às nulidades, não se configurando como versões menos graves destas ou “meras” nulidades relativas. Seu núcleo importante estaria na *in integrum restitutio* dos pretores.⁹⁹

Foi então Savigny quem “descobriu” as anulabilidades modernas ao elencar hipóteses em que os fatos jurídicos não produzissem todos os efeitos que, em princípio, lhe corresponderiam, detidos através da *in integrum restitutio* ou da *ação de rescisão* dos franceses. Assim, caso o fato jurídico não produzisse todos os seus efeitos, ocorreria nulidade ou ineficácia *plena*. Já, se a invalidade fosse *não-plena*, haveria anulabilidade.¹⁰⁰

Considerada, de outro modo, como uma evolução frente a nulidade¹⁰¹ por seu caráter conservativo mais acentuado, as anulabilidades permitem que o negócio produza seus efeitos e seja considerado válido até que alguém suscite a sua invalidação.

“O negócio anulável, não obstante a falta ou vício de um elemento interno ou formativo, produz os seus efeitos e é tratado como válido, enquanto não for julgada procedente uma ação de anulação; exercido, mediante esta ação, o direito potestativo de anular, pertencente a uma das partes, os efeitos do negócio são retroativamente destruídos.”¹⁰²

Porém, é recorrente também na doutrina e jurisprudência a consideração de serem as anulabilidades disponíveis:

⁹⁹ *op. cit.* – CORDEIRO, António Menezes – **a confirmação nos negócios jurídicos** – p. 74/75.

¹⁰⁰ *ibid.* – p. 76/77.

¹⁰¹ “A anulabilidade, todos o sabem, é uma figura central da teoria da ineficácia (latu sensu) do negócio jurídico, figura que no direito contemporâneo se tem desenvolvido em detrimento da nulidade, por se revelar mais dúctil e flexível que esta, mais ajustada aos ditames da autonomia privada e da conservação da actividade negocial, e mais apta, por tudo isso, a satisfazer as necessidades ou os interesses da vida jurídica.” - ALARCÃO, Rui de - **Efeitos da Confirmação dos Negócios Anuláveis** - Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978. Vol. LIV, p. 70.

¹⁰² *op. cit.* - PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil** - p. 610.

“Sendo a anulabilidade de ordem interprivada, ela é disponível. A parte com legitimidade para anular pode não estar interessada em desfazer-se do negócio anulável. Não obstante a circunstância que constituiu causa da anulabilidade, o negócio pode ser conveniente para a parte protegida ou pode, por uma outra razão, não lhe interessar a anulação. Se assim suceder, pode limitar-se a deixar esgotar o prazo de caducidade, mas pode também, se assim o entender, antecipar o efeito sanante da caducidade e confirmar o acto.”¹⁰³

Devemos ainda mencionar a “cisão das anulabilidades”, conforme lições de António Menezes Cordeiro, dividindo-as em comuns e privilegiadas, esclarecendo que “a anulabilidade é uma realidade subjectiva: tem a ver com a posição específica do sujeito, equivalendo a um status personae [...] que traduz na esfera do sujeito um direito potestativo de impugnar certo negócio.”¹⁰⁴

Seria então possível distinguir as anulabilidades quando as circunstâncias que permitem as impugnações, que são previstas abstratamente, podem dizer respeito a ambas as partes, caso de anulabilidade comum, ou quando o legislador quebra a isonomia por razões de “desprotecção pessoal (caso do menor) ou social”, conferindo o direito de impugnação a apenas um dos intervenientes na relação, caso de anulabilidade privilegiada.¹⁰⁵

São citados nas lições acima os exemplos de “actos de menores não representados, que apenas podem ser anulados a requerimento do progenitor que exerça o poder paternal, do tutor e do administrador de bens, a requerimento do menor, no ano subsequente à maioridade”¹⁰⁶, ou seja, anulabilidades estabelecidas pelo legislador em benefício de certas categorias de pessoas, como também no caso do promitente alienante nos casos dos contratos promessas referidos no artigo 410.º/3 do Código Civil Português.

Encontramos referência a este tipo de anulabilidade privilegiada nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos, porém sob a denominação de “invalidades atípicas”:

¹⁰³*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** -p. 640. No mesmo sentido: “a anulabilidade é como que deixada na disponibilidade daquele cujo interesse tutela: se quiser, invoca-a; mas se não quiser, não a invoca. Se não a invocar, o vício sana-se, a partir de certo prazo, e o ato é considerado válido para todos os efeitos. Nem os outros sujeitos nem sequer o juiz, podem suprir a passividade dos interessados, fazendo atuar a invalidade. Se pelo contrário o interessado quiser impor a anulabilidade, deve promover a pronúncia judicial.” (*op. cit.* - ASCENSÃO, José de Oliveira - **Introdução à ciência do direito** – p. 71).

¹⁰⁴*op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Da confirmação no direito civil** – p. 106.

¹⁰⁵*ibidem.*

¹⁰⁶*ibid.* – p. 106/107.

“Mas a lei prevê regimes especiais de invalidade que contêm desvios em relação ao geral. São as invalidades atípicas. [...] Assim sucede, cada vez com maior freqüência, quando se protege uma das partes tida como tipicamente mais fraca ou mais carecida de protecção, em detrimento da outra. [...] Regime semelhante consta do artigo 3º, nº 4 do Decreto-Lei nº 385/88, de 25 de Outubro (Regime do Arrendamento Rural), em que se impede a invocação da nulidade formal pela parte que lhe deu causa.”¹⁰⁷

São exemplos de anulabilidades comuns a ambos os sujeitos negociais as hipóteses de erro, coação, dolo, que aproveitam a quaisquer dos contratantes da compra e venda, da locação e do mandato.¹⁰⁸

2.2.2 – Nulidades – invalidades absolutas

O termo “nulidade vem do latim medieval nullitas, de nullus (nulo, nenhum), de ne (não) e ullus, contração de unullus, diminutivo de unus (um), quer bem exprimir o estado daquilo que não é ninguém, não é coisa alguma, nem mesmo um”¹⁰⁹.

Explica Menezes Cordeiro que “no direito romano, as fontes reportam situações de *negotium nullum* e de *negotium non existens*. Não havia uma doutrina coerente de invalidade: esta teria que aguardar o século XIX e Savigny. O Negócio *nullum* não produzia efeitos.”¹¹⁰

As nulidades estão sempre relacionadas a vícios mais graves e usualmente incorporam interesses sociais ou coletivos, exigindo-se, portanto, reprimenda mais severa como a invalidade absoluta.

Como, em tese, envolvem interesses públicos, são maiores os legitimados para sua invocação.

Evidentemente estas ponderações são excepcionadas por diversas vezes pelo legislador, diminuindo legitimados em casos especiais como nos casamentos inválidos, ou até mesmo quando coloca ausência de obediência à forma legal como causa de nulidade, já que não traria, à princípio, interesse coletivo.

¹⁰⁷ *op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 640/641.

¹⁰⁸ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Da confirmação no direito civil** – p. 106.

¹⁰⁹ *op. cit.* - FUJITA, Jorge Shiguemitsu [et al.] - **Comentários ao código civil: artigo por artigo** – p. 292.

¹¹⁰ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Da confirmação no direito civil** – p. 27.

Como dito neste trabalho, estes desvios de padrão são resultado de análise casuística por parte dos estudiosos e pelos legisladores, que não comprometem a necessária elaboração da regra geral.

2.2.3 – Invalidade sanável ou invalidade insanável

Prudentemente, antes de se estabelecer verdades inexoráveis sobre a nulidade ou a anulabilidade e suas características marcantes, a ciência jurídica procurou estabelecer critérios sobre as invalidades em si, os quais acabam por serem afeitos mais, ou menos, a cada espécie, auxiliando na moldura do paradigma.

O que se questiona sobre as invalidades sanáveis ou insanáveis é sobre a possibilidade ou não de se fazer cessar seus efeitos. Ou seja, de ser possível as partes ou o decurso do tempo gerarem o convalidamento dos vícios invalidantes.

Nesta linha de argumentação, “a anulabilidade de regime geral é sanável por confirmação (art. 288.º do C. Civ.) e por decurso do tempo (art. 287.º, n.º 1), salvo se o negócio não estiver cumprido.”¹¹¹ Isto é diametralmente oposto do que ocorre na invalidade absoluta: “Por seu turno, a nulidade, em geral não pode fazer-se cessar por qualquer destas vias (art. 288.º).”¹¹²

“Contudo, casos há em que a lei admite a sanção do negócio nulo: os herdeiros podem “confirmar” a doação ou o testamento nulos feitos pelo autor da sucessão (arts. 968.º e 2309.º do C. Civ.); como o incapaz pode confirmar o negócio celebrado pelo seu tutor, que seja nulo por sua prática lhe ser em absoluto vedada por lei (arts. 1937.º e 1939.º, n.º2, do mesmo Código); sanável pelo decurso do tempo é a nulidade do testamento (arts. 2308.º, n.º1, do dito Código).”¹¹³

O mesmo pode-se inferir dos dispositivos congêneres do Código Civil Brasileiro, respectivamente o art. 172, que permite a confirmação de negócios anuláveis, e 178 e 179 que estabelecem prazos para o exercício do direito de anulá-los, que variam de dois a quatro anos. Já o artigo 169 veda textualmente a aplicação da confirmação para os negócios nulos, ainda propugnando que os mesmos não convalidam pelo decurso do tempo, ou seja, que a nulidade é incurável pelo tempo.

¹¹¹ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 233.

¹¹² *ibidem.*

¹¹³ *ibidem.*

Sobre nulidade sanável, mencionamos mais uma vez o casamento nulo por putatividade, que se contraído de boa-fé, por um ou por ambos os cônjuges, será convalidado até a proclamação judicial. Ou seja, será válido até que se diga o contrário, sentença com efeitos “ex-nunc”, beneficiando o cônjuge ou os cônjuges de boa-fé (artigo 1561 do C.C. Brasileiro).

2.2.4 – Invalidade de eficácia automática e sem eficácia automática

Existem invalidades cujos efeitos (da invalidade) são verificados de plano, e então, os efeitos esperados dos negócios também são excluídos automaticamente. “A invalidade de eficácia automática é aquela em que o vício do negócio exclui *ipso iure* a produção dos seus efeitos, o que implica, naturalmente, a possibilidade de o tribunal apreciar *ex officio*.”¹¹⁴

Daí então, se os efeitos da invalidade são automáticos, quaisquer decisões judiciais são meramente declaratórias ou declarativas. “Na invalidade de eficácia não-automática, pelo contrário, a não produção de efeitos só se dá quando o interessado invoque a invalidade, não podendo o tribunal dela conhecer oficiosamente.”¹¹⁵

Resta bastante claro que a nulidade é de eficácia automática, enquanto a anulabilidade é de eficácia não-automática.

2.2.5 – Invalidade absoluta e relativa

Estas designações que ficaram próprias das nulidades e anulabilidades, respectivamente, mais adequadamente querem se referir aos interessados pela invocação de ditas invalidades.

Assim, “diz-se absoluta quando qualquer interessado se pode valer do vício que afeta o negócio jurídico. Quando a invalidade só pode ser invocada por certas pessoas, diz-se relativa.”¹¹⁶

Se, ordinariamente as nulidades envolvem interesses coletivos, sociais ou públicos, natural que possam ser invocadas por quaisquer interessados. De outra banda, se os interesses envolvidos nas anulabilidades são privados e disponíveis, apenas aqueles que podem sofrer ou deixar de sofrer seus efeitos é quem podem invocá-las.

¹¹⁴ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 233.

¹¹⁵ *ibidem*.

¹¹⁶ *ibid.* – p. 232.

2.3 – Efeitos das invalidades

São várias as distinções entre nulidade e anulabilidade, perpassando pelos interesses envolvidos, que no primeiro caso seriam basicamente interesses públicos, enquanto para as nulidades relativas estariam em tela interesses eminentemente privados. Assim, a legitimação para sua invocação também teriam sujeitos distintos, posto que se os interesses são públicos, maior o rol dos legitimados para tal desiderato.

As designações técnicas para as ações de invocação seriam também distintas, já que os efeitos da declaração de invalidade absoluta seriam retrooperantes ou retroativos, chamada, portanto, de ação declaratória de nulidade, enquanto as ações que buscam a anulabilidade criam uma nova realidade após a sentença, chamadas, portanto, de ações anulatórias, com efeitos futuros.

Neste sentido já explicava o eminente jurista Caio Mário da Silva Pereira:

“O decreto judicial de nulidade produz efeitos ex tunc, indo alcançar a declaração de vontade no momento mesmo da emissão. E nem a vontade das partes nem o decurso do tempo pode sanar a irregularidade. O ato anulável, por não ser originário de tão grave defeito, produz as suas consequências, até que seja decretada a sua invalidade”¹¹⁷

Neste particular, parece haver um anacronismo jurídico dentro dos Códigos, já que em seu artigo 182, o Código Brasileiro, igual ao previsto pelo Código Civil Português, dispõem, respectivamente:

“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.”

“Artigo 289.º

(Efeitos da declaração de nulidade e da anulação)

1. Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroactivo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.”¹¹⁸

¹¹⁷ *op. cit.* - PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil** - p. 644; Igualmente atribui efeito constitutivo à sentença de anulação Carvalho Fernandes - *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 233.

¹¹⁸ DECRETO Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro.

Entretanto, a razão está em conceber efeitos retroativos no pertinente a devolução das partes ao “*status quo ante*”, posto que há algum nível de invalidade e que, portanto, o negócio não teria aptidão para produção de efeitos. Funciona a regra apenas dentro da razoabilidade exigida para cada hipótese de invalidade. Normalmente as partes envolvidas em negócios anuláveis não devem devolver nada, visto que a invalidade surge da sentença. Dali para trás o negócio é válido, ao menos para quem não deu causa à invalidade.

Sobre a disponibilidade das partes envolvidas no caso das nulidades relativas, elucidativas as ponderações de Ascensão quanto à disponibilidade de se promover a pronúncia judicial ou não:

“A anulabilidade é como que deixada na disponibilidade daquele cujo interesse tutela: se quiser, invoca-a; mas se não quiser, não a invoca. Se não a invocar, o vício sana-se, a partir de certo prazo, e o ato é considerado válido para todos os efeitos. Nem os outros sujeitos nem sequer o juiz, podem suprir a passividade dos interessados, fazendo atuar a invalidade. Se pelo contrário o interessado quiser impor a anulabilidade, deve promover a pronúncia judicial.”¹¹⁹

Podemos notar então, que de uma maneira ou de outra, mais ou menos enfaticamente reprimidos pelo direito, os negócios inválidos são destinados a nenhuma ou quase nenhuma (a depender da intenção dos interessados no caso dos anuláveis) eficácia jurídica.

Ainda, sobre as possibilidades de invocação das invalidades:

“Coloca-se o problema de como devem ser invocadas as invalidades. Frente a frente, temos dois sistemas: o dos Direitos latinos, que exige uma invocação judicial e o do Direito alemão, que admite uma anulação por mera declaração extrajudicial dirigida à contraparte, a interpretar de acordo com as regras negociais.”¹²⁰

Aqui residiria a serventia social e jurídica da conversão, posto que “surge como um meio de atenuar a rigidez do regime da invalidade, uma vez que, como é manifesto, se traduz na recuperação, ao menos parcial, da eficácia que o acto, por ser nulo ou anulado, não podia ter.”¹²¹

“Pode contudo acontecer que os remédios do direito para a ineficácia se busquem dentro dos quadros do negócio jurídico, e justamente por intermédio do instituto da conversão, ou seja, transformando um negócio jurídico ineficaz, dadas certas

¹¹⁹ *op. cit.* - ASCENSÃO, José de Oliveira - **Introdução à ciência do direito** – p. 71.

¹²⁰ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 933.

¹²¹ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 07.

condições, num outro capaz de produzir, total ou parcialmente, os efeitos jurídicos queridos. Por exemplo, transformando a venda pelo comproprietário de parte certa da coisa na venda de quota ideal; convertendo um contrato de compra e venda, nulo por falta de forma, num contrato de promessa de compra e venda.”¹²²

Desta feita, como a eficácia de um negócio jurídico é a meta almejada pelos sujeitos, seu desiderato maior, o sistema jurídico deve prever meios para aproveitamento de suas vontades e produção destes efeitos.

A atribuição ou o reconhecimento da eficácia de um negócio jurídico passa a depender da avaliação que faça o interprete da norma prevista e do fato, ato ou negócio jurídico que lhe corresponda, ou não.

3. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS NEGÓCIOS

Atualmente pode ser dito que “a interpretação jurídica consiste na determinação do sentido de uma dada proposição jurídica”¹²³, em que o intérprete recorre aos fatores ou elementos hermenêuticos, ao passo que “a integração refere-se à superação das lacunas da lei, de forma a resolver um caso não previsto (caso omissio)”¹²⁴.

Mas o ponto de partida da discussão sobre o tema e a relevância para o presente estudo podem ser resumidos nas palavras de Menezes Cordeiro: “Os negócios resultam de declarações de vontade feitas, em princípio, por leigos. Estes usam uma linguagem comum e visam ordenar os seus interesses, sem preocupações técnico-jurídicas.”¹²⁵

Ao tratar de interpretação em sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen faz distinção sobre a interpretação autêntica, realizada por um órgão jurídico, da não autêntica, ou interpretação jurídico-científica, que estabelece as possíveis significações de uma norma jurídica sem tomar decisão entre as possibilidades por si mesmo reveladas, que só poderiam ser tomadas pelo órgão aplicador do direito.¹²⁶

¹²² *op. cit.* - CORREIA, Eduardo – **A conversão dos negócios jurídicos ineficazes** – p. 362.

¹²³ ROQUE, Ana – **Manual de Noções Fundamentais de Direito** - 2ª ed. Almada: Frases Completas, 2012. ISBN 978-972-99434-9-2. p. 49.

¹²⁴ *ibid.* – p. 50.

¹²⁵ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 675.

¹²⁶ KELSEN, Hans – **Teoria pura do direito** – tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 85-336-0836-5. p. 387/397.

Ao transitar especificamente sobre a interpretação jurídico-científica ponderava que “há igualmente um interpretação de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc., em suma, de todas as normas jurídicas, na medida em que hajam de ser aplicadas.”¹²⁷

Após abordar a “Escola da Exegese”, cujo principal foco era a interpretação gramatical da lei (única fonte do direito), já que se configuraria como “uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do ponto de vista gramatical”, considerando-se também a “compreensão de um preceito, em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente”, ou seja, a interpretação lógico-sistemática¹²⁸, Miguel Reale perpassa pela escola pandectista antes de concluir sobre o significado de hermenêutica.¹²⁹

Nesta digressão sobre o desenvolvimento do tema, considera Reale como fruto da Escola Histórica de Savigny, a chamada “interpretação histórica do direito: “Sustentaram vários mestres que a lei é algo que representa uma realidade cultural, ou, para evitarmos a palavra cultura, que ainda não era empregada nesse sentido, - era uma realidade histórica que se situava, por conseguinte, na progressão do tempo.”¹³⁰

A lei não tem significado imutável, ou seja, “feita a lei, ela não fica, com efeito, adstrita às suas fontes originárias, mas deve acompanhar as vicissitudes sociais.”¹³¹ Esta “compreensão progressiva” da lei surgiu com os pandectistas alemães, repercutindo também na França¹³², à época ainda sob predominância da escola da exegese, surgindo, assim, a escola da “exegese evolutiva”¹³³.

Até este momento da história da hermenêutica jurídica não havia interpretação criadora, mas tão somente as adstritas ao âmbito da lei, como as anteriores mencionadas, até o

¹²⁷ *op. cit.* - KELSEN, Hans – **Teoria pura do direito** – p. 387.

¹²⁸ “É somente graças à interpretação lógica e gramatical que, segundo, a Escola Exegese, o jurista cumpria o seu dever primordial de aplicador da lei, de conformidade com a intenção original do legislador. Este é o lema caracterizador da Escola.” (*op. cit.* - REALE, Miguel – **Lições preliminares de direito** - p. 262/263.).

¹²⁹ *ibid.* – p. 260/264.

¹³⁰ *ibid.* – p. 264.

¹³¹ *ibid.* – p. 265.

¹³² Conforme Gabriel Saleilles apud Reale, “uma norma legal, uma vez emanada, desprende-se da pessoa do legislador, como a criança se livra do ventre materno. Passa a ter vida própria, recebendo e mutuando influências do meio ambiente, o que importa na transformação de seu significado.” (*op. cit.* - REALE, Miguel – **Lições preliminares de direito** – p. 266.).

¹³³ *ibidem.*

surgimento do movimento da “livre pesquisa do direito”¹³⁴, encabeçado por François Géný que propunha que “uma vez verificado, porém, que a lei, na sua pureza originária, não corresponde mais aos fatos supervenientes, devemos ter a franqueza de reconhecer que existem lacunas na obra legislativa e procurar, por outros meios, supri-las”¹³⁵ dando lugar espaço e projeção para a analogia e os costumes.

Também conforme os ensinamentos de Géný, cada ordenamento possui especificidades e particularidades, o que dificulta a utilização de conclusões científicas de um, com suas características individuais, para enxertá-las coletivamente.

Marcadamente para consagrar a tese de que a atividade normativa sempre é falha, por mais que sejam profícuos os legisladores, exigindo-se, assim, sempre uma atividade integradora, surgiu a obra de Zitelmann, intitulada “As Lacunas no Direito”.

Miguel Reale ainda caminha por diversos autores, como Eugen Ehrlich, em “Livre Indagação do Direito” (Freies Recht)¹³⁶, que atribuía ao juiz uma interpretação sociológica do direito, ou Rudolf Stammler, que propunha um “Direito Justo”¹³⁷, abrindo caminho para a atividade criadora do intérprete, mesmo se incompatível com a norma.

Com a mesma influência, porém mais audaciosa, Hermann Kantorowicz defende, em “A Luta pela Ciência do Direito”¹³⁸, que o juiz deve julgar com sua ciência e consciência, mesmo que *contra legem*. Assim, “segundo os adeptos do Direito Livre, o juiz é como que legislador num pequenino domínio, o domínio do caso concreto.”¹³⁹

Nesta ordem de idéias, “caberia ao juiz legislar, não apenas por equidade, mas, toda vez que lhe parecer, por motivos de ordem científica, inexistente a lei apropriada ao caso específico: estamos, pois, no pleno domínio do arbítrio do intérprete.”¹⁴⁰

Certamente são argumentos sólidos a apoiar um ativismo judicial cada vez mais marcante em diversos países, e também bastante arriscado, posto que muitas vezes em dissonância com a própria norma, ou o desejo social formalizado. “Não se poderá dizer que o assunto já esteja superado: uns sustentam ainda hoje que a lei é lei e deve ser interpretada na

¹³⁴ *op. cit.* - REALE, Miguel – **Lições preliminares de direito** – p. 266.

¹³⁵ *ibid.* – p. 267.

¹³⁶ *Ibid.* – p. 270.

¹³⁷ *ibidem.*

¹³⁸ *Ibid.* – p. 271.

¹³⁹ *ibidem.*

¹⁴⁰ *ibidem.*

sua força lógica, ao passo que outros pretendem transformar a lei em meras balizas na marcha da liberdade do intérprete.”¹⁴¹

Interpretar significa compreender os fins sociais de uma norma, apreciando o sentido de seus dispositivos, assim como uma compreensão finalística da lei, ou interpretação teleológica, conforme já propunha Rudolf Von Jhering, em sua obra “O Fim no Direito”¹⁴², porém com a complementação dos estudos das teorias do valor e da cultura, que culmina com a conclusão do “sentido do valor reconhecido racionalmente enquanto motivo determinante da ação.”¹⁴³

“Fim da lei é sempre um valor, cuja preservação ou atualização o legislador teve em vista garantir, armando-o de sanções, assim como também pode ser fim da lei impedir que ocorra um desvalor. Ora, os valores não se explicam segundo nexos de causalidade, mas só podem ser objeto de um processo compreensivo que se realiza através do confronto das partes com o todo e vice-versa, iluminando-se e esclarecendo-se reciprocamente, como é próprio do estudo de qualquer estrutura social.”¹⁴⁴

De maneira concludente, propõe Reale a chamada interpretação estrutural:

“hermenêutica estrutural: a) toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito; b) toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada; c) cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico”¹⁴⁵

Partindo-se da noção de que o fato juridicamente qualificado é, antes de se transfigurar em fato concreto, um fato previsto em alguma estrutura normativa, justifica-se a análise da interpretação da lei ou norma, conforme visto anteriormente, para partirmos para a análise da interpretação ou qualificação dos fatos jurídicos propriamente ditos, repercutindo, assim, diretamente em nosso assunto do estudo presente.

Para os tópicos seguintes tomamos por base, em especial, os ensinamentos e a linha de raciocínio proposto por João Alberto Schutzer Del Nero, que nos pareceu bastante adequado para as conclusões subsequentes.

¹⁴¹*op. cit.* - REALE, Miguel – **Lições preliminares de direito** – p. 272.

¹⁴²*ibid.* – p. 273.

¹⁴³*ibidem.*

¹⁴⁴*ibidem.*

¹⁴⁵*ibidem.*

3.1 – Atividade dogmática de qualificação jurídica

Existem, pois, dois aspectos nos fatos jurídicos, distintos, mais correlatos: a) é espécie de fato previsto em alguma estrutura normativa (*tatbestand*, *fattispecie*, *factispecies*, etc.), e b) efeito juridicamente qualificado por esta estrutura normativa, decorrente da correspondência de algum fato concreto ao fato-tipo nela modelado, de maneira genérica.¹⁴⁶

Nesta ordem de idéias, “o fato jurídico encontra-se no início do processo normativo – como fato-tipo previsto na norma jurídica – e no fim do mesmo processo normativo – como fato concreto, no momento da aplicação da norma jurídica.”¹⁴⁷

A qualificação jurídica passa por dois momentos diversos. Primeiro na *nomogênese* jurídica, ou da criação da lei, antecedendo a norma, como estudo próprio da filosofia do direito, da política do direito, e da teoria geral do direito. Posteriormente, o momento da aplicação do modelo normativo em sua plenitude lógica e axiológica, sob a perspectiva da norma jurídica já posta (*ex post norma*).¹⁴⁸

A aplicação do direito, portanto, “está associada à atividade dogmática de qualificação jurídica dos fatos, *sub specie normativitatis*, mas *ex post norma*.”¹⁴⁹

O processo de avaliação jurídica dos fatos em nada difere da comum aplicação da norma jurídica. A avaliação jurídica seria a aplicação da balança, feita antes mesmo que pelo juiz, pelas partes do negócio.¹⁵⁰

Assim, o tipo jurídico se coloca em um dos pratos da balança, e “no outro prato da balança não se coloca outra previsão legal, isto é, um modelo, mas um fato. Para tal fim tem também de conhecer-se o fato.”¹⁵¹

As provas “são assim um equivalente sensível do fato para uma avaliação, no sentido de que proporcionam ao avaliador uma percepção mediante a qual lhe é possível adquirir o conhecimento do fato.”¹⁵²

¹⁴⁶*op.cit.* - DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** –p. 11/12.

¹⁴⁷*ibid.* – p. 12.

¹⁴⁸*ibidem.*

¹⁴⁹*ibid.* – p. 13.

¹⁵⁰*op. cit.* - CARNELUTTI, Francesco – **Teoria geral do direito** – p. 484.

¹⁵¹*ibid.* - p. 491/492.

¹⁵²*ibid.* - p. 492.

Qualificação, segundo Ventura, “realiza-se tomando em consideração todos os elementos do acto que possam fazer parte de um tipo negocial”¹⁵³, ressaltando a “necessidade de a qualificação tomar em conta todos os elementos que o acto realmente possui.”¹⁵⁴

3.2 – O esquema lógico da aplicação da lei

Nas lições de Karl Larenz, a conformação e a apreciação jurídica do fato, tem a figura lógica do silogismo da determinação da consequência jurídica a seguinte composição: a) uma premissa maior, formada por uma proposição jurídica; b) uma premissa menor, quando há a subordinação de uma situação de fato concreta à previsão contida na proposição; e a c) conclusão, em que se declara a consequência jurídica.¹⁵⁵

Este processo de silogismo de subsunção, muitas vezes é substituído por uma “coordenação valorativa de um fato a um tipo”, quando um fato assemelha-se à outro, deixando uma margem de apreciação ao julgador, para decidir sobre a coordenação valorativa de um fato a um ou outro tipo, perscrutando o resultado ou as consequências de se optar por uma ou outra.¹⁵⁶

3.3 – Compreensão típica do fato

Para Miguel Reale, este processo de valoração do ato ou fato se denomina “compreensão típica do fato”, associada à subsunção normativa, ou seja, a verificação da existência da correspondência ou não, em maior ou em menor grau, entre certa norma jurídica e a espécie de fato que se pretende qualificar juridicamente, levando-se em conta fatores lógicos, axiológicos e fáticos.¹⁵⁷

A qualificação jurídica do fato pode apresentar problemas com relação aos traços característicos dos modelos jurídicos, pois não é tarefa fácil extremar modelos jurídicos distintos com aspectos semelhantes. Também é sensível a qualificação quanto aos elementos do fato, dado a grande diversidade de classes ou tipos de fatos jurídicos, dentre os quais os

¹⁵³ *op. cit.* - VENTURA, Raul Jorge Rodrigues – **A conversão dos actos jurídicos no direito romano** – p. 44.

¹⁵⁴ *ibid.* – p. 46.

¹⁵⁵ LARENZ, Karl – **Metodologia da ciência do direito** – 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 150/175.

¹⁵⁶ *ibid.* – p. 153/154.

¹⁵⁷ *op. cit.* - REALE, Miguel – **Lições preliminares de direito** – p. 296/298.

próprios negócios jurídicos. E ainda apresenta-se a dificuldade de se apurar a correspondência entre os elementos do fato e os traços característicos dos modelos jurídicos.¹⁵⁸

Assim, a regra geral de qualificação jurídica é de que “todos os elementos do fato devem levar-se em consideração, para que o grau de correspondência isomórfica ou homóloga entre o fato e o modelo jurídico seja máximo.”¹⁵⁹

Entretanto, muitas vezes esta análise levada a cabo pelo grau máximo de correspondência isomórfica ou homóloga do fato (negócio) jurídico e o modelo jurídico pode levar à conclusão de sua ineficácia, ao passo que se esta correspondência se der com relação a um segundo modelo possível, ainda que com menor correspondência isomórfica ou homóloga, concluir-se-á pela sua eficácia.¹⁶⁰

Este processo de escolha, entre duas qualificações jurídicas diferentes, possíveis, fundamentadas, a respeito do mesmo negócio jurídico, cujo resultado consiste na atribuição ou no reconhecimento de eficácia jurídica a manifestação de vontade é que se denomina, ao menos em princípio, de “conversão substancial do negócio jurídico”.¹⁶¹

Resta bastante claro que a própria denominação dada para a conversão provoca graves equívocos com relação a sua compreensão, porquanto invoca “mudança”, “modificação” ou “transformação”, o que de fato não há. “Para cortar pela raiz qualquer dúvida, começaremos, pois, por afirmar uma visão *monista* do instituto, chamando a atenção para que, no *plano factual* como no *plano jurídico*, não há mais que um negócio.”¹⁶²

Carvalho Fernandes deixa ainda clara a questão de ser a conversão distinta das tarefas de interpretação e integração dos negócios jurídicos, pois sem que elas se completem, não se consegue saber se o negócio, tal como celebrado é válido ou inválido. São tarefas prévias em relação à conversão. Também prefere atribuir à natureza da conversão a noção de re-avaliação do negócio, “em termos de constituir a fonte de outros efeitos de direito que permitam ainda assegurar o fim prático que determinou seus autores”, ou seja, “que esta possa ser posta ao serviço daquele intento prático” das partes.¹⁶³

¹⁵⁸*op. cit.* - DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – p. 33/40.

¹⁵⁹*ibid.* – p. 40.

¹⁶⁰*ibid.* – p. 46.

¹⁶¹*ibid.* – p. 47.

¹⁶²*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 469.

¹⁶³*ibid.* – p. 482/486.

4. CONSERVAÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES HUMANAS

Ocorre que hodiernamente, diferente do que acontecia num passado recente, em que os sistemas normativos eram basicamente informados pela excessiva dogmática ou formalismo extremado, o direito preocupa-se mais com o substrato de vontade das partes do que com este apego à letra da lei ou da forma do instrumento ou da vontade exteriorizada.

Indubitavelmente é mais importante saber qual a verdadeira intenção daqueles que manifestaram vontade em busca de efeitos jurídicos, atentando-se mais à dinâmica social atual, e até mesmo a função social dos contratos, do que o apego estrito aos dispositivos de lei que determinam a invalidade dos negócios e das manifestações humanas.

É neste contexto que exsurge a conversão dos negócios jurídicos nulos, como medida saneadora destes negócios jurídicos viciados.

“Trata-se, portanto, de uma medida sanatória, por meio da qual aproveitam-se os elementos materiais de um negócio jurídico nulo ou anulável, convertendo-o, juridicamente, e de acordo com a vontade das partes, em outro negócio válido e de fins lícitos. Retira-se, portanto, o ato negocial da categoria em que seria considerado inválido, inserindo-o em outra, na qual a nulidade absoluta ou relativa que o inquina será considerada sanada, à luz do princípio da conservação.”¹⁶⁴

Leciona Carlos Roberto Gonçalves, utilizando-se da expressão transformação:

“O instituto da conversão permite que, observados certos requisitos, se transforme um negócio jurídico, em princípio nulo, em outro, para propiciar a consecução do resultado prático que as partes visavam com ele alcançar. Assim, por exemplo, poder-se-á transformar um contrato de compra e venda, nulo por defeito de forma, em compromisso de compra e venda, ou a aceitação intempestiva em proposta.”¹⁶⁵

Na mesma linha de ensinamentos, indispensáveis os esclarecimentos de Humberto Theodoro Júnior:

“A exemplo da lei alemã, nosso atual Código contempla uma regra geral sobre a conversibilidade do negócio nulo, dispondo no art. 170 que outro negócio pode substituí-lo, sem embargo de sua nulidade, desde que seja viável submetê-lo à roupagem de nova categoria jurídica imune ao déficit de elementos do primitivo. É

¹⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho – **Novo curso de direito civil, volume I** - 8. ed. Ver., atual. e reform. – São Paulo: Saraiva, 2006. ISBN 85-02-05748-0. p. 399.

¹⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral** – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08771-2. p. 481.

que um mesmo suporte fático pode apoiar diferentes negócios, conduzindo, por vias distintas, ao mesmo resultado prático, no todo ou em parte. Assim, se a categoria escolhida pelas partes não serve para validar o negócio desejado, outra pode levar, de forma válida até ele. Procede-se, portanto, à conversão do negócio inválido no negócio válido, que as partes, se soubessem da nulidade, teriam, naturalmente, escolhido.”¹⁶⁶

Esclarece o mesmo autor, que a matéria já era estudada por grandes teóricos:

“Para sua sistematização contribuiu a obra científica, anterior a qualquer previsão codificada, de SAVIGNY (System des Pandektenrechts, §79), PUCHTA (Pandekten, §67), KELLER (Pandekten, I, 145), JOSEPH UNGER, WINDSCHEID, RÖMER, DERNBURG, entre muitos outros pensadores. Com ou sem texto legal, a regra da conversão é daquelas que preexistem às regras escritas. No Brasil, como na França (René Japiot, *Des nullités em matière d’actes juridiques*, 677), e na Itália (G. SATTA, *La conversione dei negozi giuridici*, pp. E eseg), PONTES DE MIRANDA construiu a teoria da conversão, a partir de considerações superiores que, mesmo não consagradas em lei escrita, “fazem parte da ciência jurídica”.¹⁶⁷

Notemos, entretanto, o uso recorrente dos termos conversão ou transformação em outro negócio, o que certamente é um distanciamento do que efetivamente ocorre, posto que o problema da conversão seria, como já dito, de qualificação negocial: “conversão existe quando um acto, que deveria receber certa qualificação, é objeto de qualificação diversa, cujos requisitos também possui, a fim de evitar a nulidade que a efetivação da primeira causaria.”¹⁶⁸

Conforme vimos anteriormente, o mesmo raciocínio estabelece Del Nero ao analisar a conversão, explicando tratar-se de um ato de qualificação jurídica e de ponderação, quando o autor desta qualificação decide optar por um “menor grau de correspondência isomórfica ou homóloga entre o negócio jurídico e outro modelo jurídico – eficácia do negócio jurídico”¹⁶⁹ ao invés de um “ maior grau de correspondência isomórfica ou homóloga com ineficácia, com a finalidade de atribuir ou reconhecer (alguma) eficácia jurídica ao negócio jurídico *prima facie* juridicamente ineficaz *lato sensu*.”¹⁷⁰

¹⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938 – **Comentários ao novo Código civil, volume 3, t. 1: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III** – Rio de Janeiro: Forense, 2003. ISBN 85.309.1756 – 1. p. 531 - 532.

¹⁶⁷ *ibid.* – p. 532/533.

¹⁶⁸ *op. cit.* - VENTURA, Raul Jorge Rodrigues – **A conversão dos actos jurídicos no direito romano** – p. 49.

¹⁶⁹ *op. cit.*- DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** –p. 447.

¹⁷⁰ *ibidem*.

Qualificar é “uma actividade que se impõe em cada caso concreto de se verificar nos elementos de cada negócio os requisitos das figuras jurídicas”¹⁷¹, sendo um “problema imanente a toda aplicação do direito”¹⁷². Qualificar seria “atribuir existência jurídica a um facto.”¹⁷³

“Ora, quando acontece que uma manifestação de vontade é inidônea para ser incluída num certo tipo que escolheu, podem verificar-se duas hipóteses: ou tudo termina com a verificação dessa inidoneidade, ou se reconhece que a vontade pode ser idônea quanto a outro tipo negocial. E, neste último caso, estar-se-á em face duma conversão. Assim, o problema que esta supõe seria, pois, um puro problema de qualificação jurídica.”¹⁷⁴

Assim, “o acto é susceptível de ser incluído em mais do que uma figura jurídica, devendo prevalecer a qualificação que tome em conta a totalidade dos seus elementos. Mas pode acontecer que essa qualificação acarrete a nulidade do acto.”¹⁷⁵ Daí verificam-se duas hipóteses: “ou prevalece a regra da qualificação e o acto é nulo; ou é afastada a regra que impunha essa qualificação, permitindo-se que o acto se enquadre noutra figura jurídica.”¹⁷⁶

4.1 – Princípios do formalismo e da vontade

As codificações anteriores, tanto no Brasil, quanto em Portugal adotavam o preceito do formalismo, ou seja, as formas das manifestações das vontades ou as solenidades estabelecidas em lei deveriam ser obedecidas peremptoriamente.

Muitas vezes, portanto, a verdadeira intenção negocial das partes ou o intento prático dos sujeitos negociais cedia lugar às formulas sacramentalizadas em lei.

¹⁷¹*op. cit.* - VENTURA, Raul Jorge Rodrigues – **A conversão dos actos jurídicos no direito romano** – p. 40.

¹⁷²*ibid.* – p. 41.

¹⁷³*ibidem.*

¹⁷⁴*op. cit.* - CORREIA, Eduardo – **A conversão dos negócios jurídicos ineficazes** – p. 363. Ainda que posteriormente o autor estabeleça que o fundamento mesmo da conversão estar “dominada pelo princípio da conservação e da economia dos efeitos jurídicos” (*ibid.* - p. 378), ao desenvolver o debate sobre a “vontade real”, a “vontade hipotética” ou a conversão como resultado da Ordem jurídica. Isto porque, aos adeptos das primeiras correntes “afirmar que o problema da conversão é um simples problema de qualificação jurídica, ou é desconhecer a sua essência ou então negar à vontade real ou declarada a sua função eminentemente modeladora e o seu papel na escolha do *Tatbestand* ou tipo negocial.” – *ibid.* - p. 366.

¹⁷⁵*op. cit.* - VENTURA, Raul Jorge Rodrigues – **A conversão dos actos jurídicos no direito romano** – p. 48.

¹⁷⁶*ibidem.*

José Dias Ferreira, ao comentar o Código de Seabra, fez as seguintes ponderações:

"Deu portanto o Código arbítrio aos tribunais para julgarem a nullidade de um acto jurídico só pela falta de uma rubrica exigida na lei, ou por outra qualquer falta insignificante. Cremos, porém, que os tribunais não usarão d'esse arbítrio na latitude que lhes é concedida por este artigo do código."¹⁷⁷

Já nos dias atuais, ambos os países adotaram o princípio da forma livre como regra, ressalvadas exigências legais pontuais e específicas, embora não raras:

"Princípio geral do Código de 1966 em matéria de formalismo negocial: principio da liberdade declarativa, liberdade de forma ou consensualidade (art. 219." — a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei o exigir)."¹⁷⁸

O Código Civil Português prevê:

"ARTIGO 219º

(Liberdade de forma)

A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir."

Quase idêntica é a disposição do Código Civil Brasileiro:

"Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir."

Continuam existir atos ou negócios jurídicos essencialmente formais e solenes em ambos os sistemas jurídicos, cujo atendimento serve exclusivamente para preservar ao máximo a segurança nas declarações humanas, dando-lhes maior certeza e suporte.

Mas o que mais importa nas manifestações de vontade é a sua substância, e não a sua forma em si. Houve, portanto, mudança no paradigma negocial. Vigora nos dias atuais, o princípio da vontade.

Evidentemente estas considerações relacionam-se com a conversão, primeiramente porque em questão o princípio da conservação dos negócios, frente ao apego exacerbado às formas negociais, segundo, porque nos ajuda também a compreender uma das formas ou

¹⁷⁷ FERREIRA, José Dias - **Código Civil Português Anotado** - Lisboa, 1870. p. 31. - "Era corrente que as formalidades estabelecidas no intuito de autenticar os actos jurídicos, não deviam exigir-se com o rigor sacramental do direito romano, onde a falta de um gesto fazia perder uma questão". p. 28.

¹⁷⁸ *op. cit.* - PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil** - p. 393.

espécies de conversão, chamada conversão formal, que em verdade conversão não é, conforme veremos.

4.2 – Do *favor negotii*

As vontades manifestadas e exteriorizadas devem ser mantidas pelo hermenauta, de maneira que a invalidade se consubstancia na última razão neste ambiente negocial. Não se trata de incentivar ou corroborar com manifestações viciadas, mas de tentar encontrar caminhos antes da efetiva invalidação, para o alcance dos fins práticos buscados pelas partes, e dar estabilidade ao sistema:

“Um dos princípios reitores do Direito Civil é o do *favor negotii*. Este princípio tem por conteúdo a orientação da interpretação, da concretização e da decisão jurídica no sentido da validade do agir negocial. Não impõe absolutamente a validade nem impede a invalidade mas, como princípio que é, influencia e aponta caminhos ao exercício jurídico em direcção à validade.”¹⁷⁹

Depois de afirmar que o princípio do “*favor negotii*” é sub-princípio do princípio da autonomia privada, esclarece Vasconcelos que “a invalidade é, pois, um último recurso, uma última solução que só deverá admitir-se depois de esgotadas todas as soluções que a evitem; quando, de todo em todo, não seja juridicamente possível evitá-la.”¹⁸⁰

Ainda sobre o agir negocial autónomo, pontifica o retrocitado autor o seu conteúdo axiológico, ético, além de sua “utilidade prática e pragmática de enorme relevância”. Não se concebe a “vida em sociedade sem um mínimo de confiança na palavra dada, nas promessas feitas e nos compromissos livremente e esclarecidamente assumidos”. O agir negocial se fundamenta em um “vector ético” e em um “vector pragmático”.¹⁸¹

“O princípio do *favor negotii* é impulsionado pelo valor ético-jurídico intrínseco do agir negocial privado e orienta o exercício jurídico no sentido da limitação da invalidade, do aproveitamento do possível no acto e no negócio jurídico. Se a colisão com a Lei injuntiva, com a Moral e com a Natureza, seja na forma, seja no conteúdo, seja ainda no fim, conduzem em princípio à invalidade do acto ou do negócio jurídico, o *favor negotii* orienta a interpretação e a concretização no sentido

¹⁷⁹*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 642.

¹⁸⁰*ibid.* – p. 643.

¹⁸¹*ibidem.*

de evitar a invalidade e de aproveitar o que for possível do acto e do negócio jurídico, sempre que possível e nos limites do possível. »¹⁸²

Esclarece bem a questão do princípio da preservação dos negócios jurídicos Leonardo Mattietto, inclusive adotado pela Comissão para o Direito Europeu dos Contratos, pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), encontrando-se também dentre os Princípios de Contratos Comerciais Internacionais:

"Princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos. A ratificação dos negócios anuláveis (CC1916, art. 148; CC2002, art. 172), assim como a redução dos negócios acometidos de nulidade parcial (CC1916, art. 153; CC2002, art. 184) e também a conversão dos negócios nulos (CC2002, art. 170) atendem ao princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, segundo o qual, no conceito de Antonio Junqueira de Azevedo, '... tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos - existência, validade e eficácia -, o máximo possível do negócio realizado pelo agente' Sobre o fundamento do princípio da conservação, não se pode deixar de dar razão a Eduardo Correia, quando afirma que a ordem jurídica não é inimiga dos interesse dos indivíduos e do desenvolvimento da vida social: 'A ordem jurídica não é tabu que fulmine totalmente tudo que lhe não é conforme, mas, muito ao contrário, meio de garantir a consecução dos interesses do homem e da vida social; não é inimiga da modelação dos fins dos indivíduos - mas ordenadora e coordenadora da sua realização. Por isso, só nega proteção, ou vistas as coisas por outro lado, só sanciona, quando e até onde os valores ou interesses que presidem a tal coordenação ou ordenação o exigem. E a idéia domina toda a teoria dos negócios jurídicos. 'Nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, elaborados pela Comissão para o Direito Europeu dos Contratos, ficou estabelecido que 'as cláusulas do contrato devem ser interpretadas no sentido de que são lícitas e eficazes' (art. 5:106). O princípio da conservação dos contratos, aliás, já vinha expresso em vários Códigos: no francês (art. 1.157), no italiano (art. 1.367), no espanhol (art. 1.284), no português (art. 237), bem como admitido na jurisprudência alemã, na austríaca e na inglesa. Tal princípio também é adotado pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), nos Princípios de Contratos Comerciais Internacionais (art. 4.5): todos os termos de um contrato devem ser interpretados de maneira a produzir efeitos. O direito contemporâneo caminha, portanto, no sentido de assegurar os efeitos do negócio celebrado entre as partes, tanto quanto seja isto possível, em um autêntico favor contractus. Espera-se, afinal,

¹⁸²*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 643/644.

que as partes tenham contratado para que o negócio valha e produza normalmente os seus efeitos, e não o contrário.”¹⁸³

A justificação, portanto, reside sempre no princípio da conservação do negócio.

Desta maneira, “o ordenamento jurídico procura manter os efeitos jurídicos dos negócios celebrados, uma vez que se parte do pressuposto de que as partes se tivessem conhecido a invalidade provavelmente teriam tentado evitá-la”.¹⁸⁴ Conjuntamente deve-se levar em conta o intento prático das partes, ou “ter-se em consideração ser um resultado prático o que as partes, na realidade, pretendem.”

Assim, o direito procura que os efeitos dos negócios se alcancem em definitivo, sendo a própria razão de ser dos negócios, e tenta, o mesmo direito, a “evitar as situações de instabilidade.”

Vários são os instrumentos que se fundam no princípio do *favor negotii*, sendo os mais expressivos e relevantes os que abordaremos nas linhas subsequentes, como a própria conversão, a redução, a renovação, a convalidação, a confirmação, dentre outros, porém, sem a pretensão de tratá-los à exaustão, até porque trata-se de um princípio, universal e inexaurível conceitualmente.

4.2.1 - Da redução e da renovação

Para se compreender e esclarecer sobre a conversão dos negócios jurídicos é importantíssimo proceder a uma qualificação ou delimitação negativa da figura da conversão, demonstrando, delineando e caracterizando outras figuras afins.

Pontifica Vasconcelos que “uma das mais importantes manifestações do *favor negotii*, no Código Civil é o regime da *redução*. O Código Civil, no artigo 292º, estatui que a nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada.”¹⁸⁵

¹⁸³MATTIETTO, Leonardo - **Invalidade dos atos e negócios jurídicos** - In: A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional (Gustavo Tepedino, coord.) 3ª ed., Rio de Janeiro: renovar, 2007. p. 352-353.

¹⁸⁴ SOARES, Teresa Luso – **A conversão do negócio jurídico** - Coimbra: Livraria Almedina, 1986.p. 73.

¹⁸⁵*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** -p. 644.

“O primeiro requisito é o de uma nulidade ou anulação meramente parciais. Na base desta fórmula, algumas doutrina e jurisprudência têm admitido uma regra de divisibilidade dos negócios. De modo algum: o que a lei diz é o seguinte: a nulidade ou anulação (*quando seja*) parcial não determina a invalidade do conjunto. Repare-se: a lei não permite que a prestação seja realizada por partes, havendo pois um princípio da integralidade do cumprimento – artigo 763.º: não se compreenderia como facultar uma desarticulação de princípio dos negócios, a pretexto da invalidade.”¹⁸⁶

O mesmo caminho tomou o legislador brasileiro, ao estatuir no artigo 184 do C.C.: “A nulidade parcial de um ato não o prejudica na parte válida, se esta for da outra separável.” Trata-se da aplicação do “princípio tradicional segundo o qual *utile per inutile non vitiatur*. Assim, se um negócio jurídico pode ser desdobrado, e apenas uma de suas partes vem afetada pela nulidade, a outra continua válida, porque não a contamina aquele vício destruidor.”¹⁸⁷

Invalidade parcial “sucede quando a causa de invalidade atinge apenas uma ou algumas cláusulas ou estipulações e ainda quando a invalidade resulta da estipulação de algo de excessivo, por exemplo, uma taxa de juro superior ao limite legal (artigo 1146º, nº 3).”¹⁸⁸ Nota-se que esta invalidade parcial não pode atingir a parte substancial do negócio, mas tão somente sua parte acessória.¹⁸⁹

“A *reductio ad aequitatem* (283.º) é uma validação especialmente adaptada aos negócios usuários. Desta feita, o negócio usuário é validado, desde que reconvertido a proporções justas. Subjacentes estão as inerentes propostas, que os interessados irão aceitar.”¹⁹⁰

¹⁸⁶ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 948.

¹⁸⁷ *op. cit.* - RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil. Parte Geral. volume 1.** - p. 304.

¹⁸⁸ *op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 644.

¹⁸⁹ “Mas o contrário não é verdadeiro. Se o vício se refere somente à estipulação acessória, esta pode ser apagada, sem que a relação principal tenha que se extinguir. Assim, se num acordo de separação se inclui, entre muitas outras cláusulas, uma sobre herança de pessoa viva, anula-se por ser ilícita esta disposição acessória, mas mantém-se no resto a convenção principal, pois *utile per inutile non vitiatur* (cf. julgado do STF na *Revista de Jurisprudência Brasileira*, 182/20).” RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil. Parte Geral. volume 1.** 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 85-02-03506-1.p. 305.

¹⁹⁰ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** –p. 966.

Assim, ocorre a “*redução*, sempre que, num caso de invalidade parcial, se mantenha como válida a parte sã do negócio, sendo declarada nula ou anulada apenas a parte viciada.”¹⁹¹

“O segundo requisito tem a ver com a vontade das partes, no tocante ao ponto da redução: esta não opera quando se mostre que o negócio não teria sido concluído, sem a parte viciada. Bastará provar, pelas circunstâncias objetivas ou pela vontade real de uma das partes, conhecida e aceite pela outra – artigo 236.º - ou pela sua vontade hipotética e pela boa-fé – artigo 239.º - que, sem a parte viciada, aquele concreto negócio não teria visto a luz.”¹⁹²

Com a mesma linha de ponderações, pontifica Vasconcelos que a redução não pode contrariar a autonomia privada. Tem que resultar daquilo que as partes teriam querido celebrar:

“A redução não pode contrariar a autonomia privada. Como instrumento do princípio do *favor negotii*, e sendo este princípio ancilar do princípio da autonomia privada, seria desfuncional e contraditório que através do instrumento da redução se obtivesse um resultado em detrimento da autonomia. Por isso, da redução não pode resultar um negócio tal que as partes não teriam querido celebrar. Se assim fosse, o negócio resultante da redução já não poderia ser imputado à autoria, à vontade e ao agir negocial das partes. Já não seria agir negocial autônomo (negócio jurídico), mas antes vinculação legal heterônoma (lei).”¹⁹³

Derradeiramente, para que haja a redução, imperioso tratar-se de um negócio divisível, posto que do contrário, a parte viciada contaminaria a parte sã, e o negócio resultaria totalmente contaminado e inválido. Ou seja, “é necessário que o negócio seja divisível, isto é, que seja possível dividi-lo numa parte que é inválida e noutra que se mantém válida.”¹⁹⁴

A redução pode ser voluntária ou legal. “É legal quando resulta de imposição legal independentemente da vontade das partes, como sucede por exemplo no caso do mútuo em que sejam estipulados juros que excedam o limite legal.”¹⁹⁵ Além de impositiva, ela só pode ocorrer quando expressamente prevista em norma.

¹⁹¹ *op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 644.

¹⁹² *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** –p. 948.

¹⁹³ *op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 645.

¹⁹⁴ *ibid.* – p. 644.

¹⁹⁵ *ibid.* – p. 645.

As partes podem esclarecer se o negócio será passível de redução ou não, passando a ser irreduzível. Esta manifestação pode ser expressa ou tácita, conforme comportamento no sentido de ser admitida ou não a redução.

A regra em Portugal ou no Brasil é a da presunção de redutibilidade ou de divisibilidade.

“Ao contrário do direito alemão, o artigo 292º estabelece, como regra a redução. Em princípio o negócio parcialmente inválido é redutível, devendo manter-se válido, embora amputado da parte inválida. A invalidade parcial só acarretará a invalidade de todo o negócio quando se demonstre que as partes não o teriam celebrado sem a “parte viciada”. Esta opção legislativa tem um sentido intensamente orientado à validade do negócio e revela uma fortíssima influência do princípio do *favor negotii*.”¹⁹⁶

Bastante curiosas as circunstâncias de serem hipóteses de anulabilidade ou de nulidade ao se perquirir sobre a redução. Isto porque pode refletir na permissão ou não de seu pronunciamento de ofício, ou o alargamento ou restrição de suas contestações, gerando o paradoxo de, se alegado por uma das partes a anulabilidade parcial, a outra pode opor-se e dizer que não teria celebrado o negócio, ou ainda, em caso de pedido de nulidade, a outra pode invocar, em contestação, a redução:

“No que concerne ao desencadear da redução, há que distinguir consoante o vício que gera a invalidade é, ou não, de conhecimento oficioso. No caso de anulabilidade parcial, não sendo a anulação de conhecimento oficioso, o Tribunal só pode decidir sobre a redução no âmbito do que lhe for pedido. Se uma das partes no processo pedir a redução, a outra pode opor-se alegando que não teria celebrado o negócio sem a parte a reduzir; do mesmo modo, se uma das partes pedir a anulação ou declaração de nulidade total do negócio, a outra pode opor-se e pedir a redução. No caso de nulidade parcial, de conhecimento oficioso, o Tribunal não pode deixar de conhecer a nulidade e, segundo o preceito do artigo 292º, só deve deixar de reduzir quando se convença de que as partes não teriam celebrado o negócio sem a parte viciada.”¹⁹⁷

A Renovação já se apresenta de outra forma, posto não significar necessariamente a existência de negócio inválido, tendo em vista que as partes de um negócio podem resolver reproduzi-lo ou renová-lo, conforme o princípio da autonomia privada. Ou seja, podem seus

¹⁹⁶ *op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 645/646.

¹⁹⁷ *ibid.* – p. 645.

autores celebrar novamente, um negócio anteriormente praticado, “mantendo a relação precedente inalterada”¹⁹⁸.

Exemplo de renovação seria “de as partes fazerem, agora, por escritura pública, o negócio formal, nulo por constar de mero documento particular”¹⁹⁹, ou ainda, mas alterando-se os sujeitos, “de o representante do incapaz celebrar o negócio que este praticara sem para tanto estar habilitado.”²⁰⁰

Diferente da confirmação é a *renovação*. O Código das Sociedades Comerciais prevê, no seu artigo 62º, a renovação de deliberações inválidas, nulas ou anuláveis. A renovação é um novo acto que revoga o anterior e se lhe substitui. O acto de renovação não pode estar inquinado pelo mesmo vício do acto renovado e não tem, em princípio, eficácia retroativa. À renovação pode, pelo seu autor, ser atribuída eficácia retroactiva, “ressalvados os direitos de terceiros.”²⁰¹

Como se pretende deixar exposto, o interesse em se verificar a renovação em comparação com a conversão, para além de ser também um meio técnico de dar relevância à vontade real das partes²⁰², reside apenas na hipótese de ser a renovação sobre negócio inválido anterior, posto que para renovar basta haver negócio anterior, mesmo válido, que as partes resolvam reproduzir, ainda que pareça prescindível.

Oportuníssima a consideração realizada por Menezes Cordeiro sobre a renovação ser apropriada, quando conveniente, tanto para atos e negócios anuláveis quanto aos nulos²⁰³, diversamente com relação à próxima figura a ser analisada, já que à confirmação somente pertine os anuláveis.

Definitivamente, não se trata de modificar o ato anterior, já que “a modificação de um acto viciado num dos seus elementos surge, como bem se compreende, em alternativa à sua invalidação”²⁰⁴, com base exclusiva numa “vontade real e actual, contemporânea da modificação.”²⁰⁵ Podem as partes modificarem um ato para salvá-lo, diante do risco de sua resolução, por exemplo, e a modificação opera ainda que não haja vontade superveniente de

¹⁹⁸ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 729. (No mesmo sentido – *op. cit.* - ALARCÃO, Rui de – **A confirmação dos negócios anuláveis** – p. 107/108.).

¹⁹⁹ *ibidem*.

²⁰⁰ *ibidem*.

²⁰¹ *op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 640.

²⁰² *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 730.

²⁰³ *op. cit.* - CORDEIRO, António Meneses – **A confirmação no direito civil** – p. 130.

²⁰⁴ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 737.

²⁰⁵ *ibid.* – p. 736.

todos, distintamente da conversão, que se verifica “conforme à vontade conjectural de ambas as partes, apurada em relação ao momento da celebração do negócio.”²⁰⁶

Distinta, portanto, a renovação da novação, em que se alteram alguns dos elementos obrigacionais, sejam subjetivos, ou objetivos, ou ambos, havendo a extinção de uma obrigação, para dar lugar a outra. Existem, pois, dois vínculos obrigacionais, que podem provir de dois negócios, então.

Também não se trata de validação de negócio dissimulado. Esta é uma validação que ocorre por força de lei, quando presentes os requisitos de substância e forma necessários à sua manutenção.

“Na simulação relativa o que acontece é que as partes fingem praticar um acto, cuja nulidade conhecem e querem, quando apenas pretendem os efeitos do negócio dissimulado; é a este que a sua vontade real se dirige. Estão, pois, em presença dois negócios distintos.”²⁰⁷

A partir da opção que seguimos de adotar a corrente monista da conversão, quaisquer instrumentos que considerem dois negócios em perspectiva, seriam, por natureza, estranhos à conversão.

4.2.2 – Da confirmação, da validação e do perdão

Também das lições de Vasconcelos extraímos que “o estado de precariedade em que o acto se encontra e que se traduz em poder ser anulado pode ser sanado através da prática, pela pessoa com legitimidade para anular, de um acto que revela a intenção de que o negócio anulável tenha vigência.”²⁰⁸ Ou seja, “na confirmação, a parte reafirma o acto.”²⁰⁹

O Professor António Menezes Cordeiro atribui a “confirmação moderna a Lothar Ritter Von Seuffert (1843-1920). Este Autor, dispondo dos quadros de Savigny quanto às invalidades, apurou que, na velha *ratihabito* romana havia, na realidade, três institutos diversos.”

“A confirmação equivale ao ato pelo qual, numa situação de anulabilidade, o titular do direito potestativo de proceder à impugnação opta, antes, pela validação do

²⁰⁶ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 739.

²⁰⁷ *ibid.* – p. 741.

²⁰⁸ *op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p. 640.

²⁰⁹ *ibidem.*

negócio atingido. Após toda uma evolução complexa ela consta, hoje, do artigo 288.º, do Código Civil.”²¹⁰

Quanto ao sujeito que pode confirmar, claramente compete àquele, e somente àquele, que poderia anular o negócio sujeito à anulação. Caso contrário, teria natureza expropriativa²¹¹, conforme esclarece Menezes Cordeiro.

“A confirmação compete à pessoa a quem pertencer o direito à anulação (288.º/2, 1.ª parte). Lógico: só assim se explica o efeito, que ela assume, de sanar anulabilidades. De outra forma, ela surgiria expropriativa. Tem interesse relevar a locução legislativa “direito à anulação”: estamos perante um verdadeiro direito potestativo, com toda a carga jurídico-científica que isso implica.”²¹²

Como evidenciado, trata-se de um direito potestativo²¹³ daquele único interessado e legitimado a viabilizar a anulação do negócio, que de outro modo resolve reafirmá-lo, sanando-o definitivamente.

O campo exclusivo de atuação da confirmação é na anulabilidade, quando os negócios estão sujeitos à anulação, o que afasta sua incidência para os negócios nulos, que não podem ser ratificados ou confirmados.

²¹⁰ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 958.

²¹¹ *ibid.* – p. 959.

²¹² *ibidem.*

²¹³ “os poderes potestativos traduzem-se na possibilidade de unilateralmente produzir um efeito jurídico”, ou na “possibilidade de provocar uma modificação na esfera jurídica de outra pessoa, sem a sua cooperação, sem o seu consentimento e até contra a sua vontade.” (*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** -p. 217); “não há nada que o titular da sujeição possa ou deva fazer, não há dever, mas apenas submissão à manifestação unilateral do titular do direito, embora a manifestação atinja a esfera jurídica do outro, constituindo, modificando ou extinguindo uma situação sua jurídica subjetiva.” (*op. cit.* - PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil** – p. 37); “No contra-pólo dos direitos potestativos surgem-nos as sujeições correspondentes (18). Consiste esta noção — relembremo-la — na situação de necessidade inelutável, em que está constituído o adversário do titular de um direito potestativo, de suportar na sua esfera jurídica as consequências constitutivas, modificativas ou extintivas do exercício daquele direito. É, pois, a outra face da moeda, relativamente aos direitos potestativos. Aqui, diversamente do dever jurídico, trata-se de uma necessidade inelutável. O sujeito não pode violar ou infringir a sua situação — está necessariamente exposto à produção dos resultados do exercício do direito potestativo.” (*op. cit.* - PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil** -p. 185-186.); “direito potestativo, pois se traduz no poder de produzir determinado efeito jurídico na esfera jurídica de outrem” (CAMPOS, Diogo Leite – **Lições de direito da família e das sucessões** – 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-0993-3. p. 284/285).

A confirmação pode se configurar expressa ou tacitamente, quando se apresenta uma clara incompatibilidade entre a conduta de seu titular com qualquer intento anulatório. Ou seja, das atitudes do titular do direito potestativo anulatório não é possível inferir quaisquer possibilidades de invalidação.

“A natureza tácita da confirmação não dispensa o conjunto dos seus elementos objetivos e subjetivos: cessação do vício e conhecimento quer do vício, quer do direito à anulação. Tudo isso deverá inferir-se seja dos próprios factos que, “com toda a probabilidade”, revelem a vontade tácita, seja de elementos circundantes razoáveis.”²¹⁴

Caracteriza a confirmação tácita, portanto, quando o sujeito que pode invalidar o negócio entabulado, eivado de vício, e após tomar ciência plena do vício e suas possibilidades anulatórias, resolve abdicar desta faculdade e dá início a execução do contrato, cumprindo com suas obrigações negociais e comportando-se como se não houvesse vício algum.

Com relação à forma da confirmação, razoável o entendimento de que a exigência da mesma forma requerida para o próprio negócio seria demasiadamente penoso aos sujeitos, especialmente se partirmos do princípio de que as anulabilidades são sanadas também pelo decurso do tempo sem pleito invalidante.

Ora, exigir então entraves formalísticos com relação à confirmação seria clara incompatibilidade com seu caráter mantenedor dos negócios e da praticidade e dinamicidade negocial hodierna. Além do que, não podemos olvidar da própria confirmação tácita.

“Com efeito e *prima facie*, seria de esperar que, para a confirmação, se exigisse precisamente a mesma forma requerida para o negócio a confirmar. Entende a lei que, tendo a forma sido observada no negócio (meramente) anulável, os seus objetivos já haviam sido alcançados. Com efeito, a não ser impugnando nos prazos legais, o negócio anulável convalidar-se-ia, pelo decurso do tempo, sem que, jamais, lhe pudessem ser contrapostos óbices formais. Não haveria, pois, que exigir “forma” para a confirmação, sob pena de, no final, se chegar a um plus de formalismo.”²¹⁵

Sobre a necessidade da presença de um “*animus confirmandi*”, o que as primeiras indagações e reflexões podem levar a crer que sim, afirma Menezes Cordeiro que antes dele, haveria mesmo o “*animus negotii*”, através do qual as partes sempre buscam os efeitos e a

²¹⁴ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 961.

²¹⁵ *ibid.* – p. 962.

execução de um negócio, sob pena de levar à derrocada toda a teoria das manifestações negociais.

“A confirmação é autonomizada, na Lei e na Ciência, pelas contingências da linguagem humana. De facto, a confirmação inscreve-se como dado de um processo cabal e mais dinâmico: o negócio a que ela se reporta. Apenas este revela, em termos humanos. O confirmante quer, muito singelamente, o negócio em jogo e a sua execução. Haverá um *animus negotii*: sempre o haveria, ou faleceriam as declarações de vontade, declarações essas nas quais, de resto, o tal *animus negotii* se dissolve. Mas não há, como autónomo nem, muito menos, como necessário, um *animus confirmandi*.”²¹⁶

Salienta-se, por oportuno, que “este carácter de reafirmação do acto, implica a eficácia retroactiva da confirmação. Na confirmação, a parte não pratica um novo acto que venha substituir aquele que estava viciado por uma causa de anulabilidade; mas antes reitera o acto já praticado, não pratica um novo acto, mas insiste no mesmo acto.”²¹⁷

Confirmação não se confunde com a validação prevista no artigo 248.º do Código Português, que “é o ato pelo qual, perante um negócio anulável por erro, o interessado evita a anulação aceitando o negócio tal como o declarante incurso no erro o pretendia.”²¹⁸ Também não significa o mesmo que o perdão, já que “o perdão traduz um ato unilateral pelo qual o doador releva o donatário ingrato da sua falta; com isso, põe-se termo à revogabilidade da doação por ingratidão.”²¹⁹

Quanto à natureza da confirmação, “é um acto jurídico unilateral, *stricto sensu*, assente numa declaração de vontade não-*recipienda*.”²²⁰ Depende de apenas uma pessoa, sem poder de estipulações novas, que sequer precisa chegar ao conhecimento da outra parte para gerar seus efeitos, “não se pode imaginar confirmação onerosa, condicionada, ou simplesmente inserida em um negócio mais vasto.”²²¹

4.2.3 - Da convalidação, da convalescença e da transformação

²¹⁶*op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 964.

²¹⁷*op. cit.* - VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil** - p.640.

²¹⁸*op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 966.

²¹⁹*ibid.* – p. 967.

²²⁰*op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Da confirmação no direito civil** - p. 131.

²²¹*ibid.* - p. 131.

A convalidação e a convalescença se caracterizam de maneiras distintas da confirmação, da conversão e da redução, já que dispensam vontade ou ânimo de confirmar, qualificação negocial diversa ou de diminuição do conteúdo negocial por invalidade parcial e respectiva divisão em parte válida e inválida.

A convalidação caracteriza-se por ser uma cura automática, legal e superveniente ao negócio inválido, nulo ou anulável. Trata-se, portanto de exceção legal a regra de não sanção automática. Ocorre apenas quando a lei estabeleça sua possibilidade.

Cita-se como exemplo, a alienação “a non domino”, inválida porque o bem foi vendido ou doado por quem não é dono, mas que vem a ser o dono por evento posterior, o que acaba por convalidar o ato anterior.

“A convalidação equivale à sanção automática de um negócio inválido (quicá: nulo!) pelo desaparecimento superveniente dos vícios que o afetavam. Só é possível *ope legis*: é o que sucede na convalidação da venda de bens alheios, nula, por supervenientemente, o vendedor adquirir a propriedade da coisa ou a titularidade do direito (895.º) ou por, também supervenientemente, desaparecer a causa da invalidade de um contrato de trabalho (118.º/1, do CT). A convalidação *ope legis* é excepcional: depende sempre de um preceito legal, devidamente apoiado na lógica do sistema (sob pena de inconstitucionalidade), que a prescreva.”²²²

Significa dizer que “a superveniência de requisitos, cuja falta, no momento da celebração do negócio, determinava sua invalidade”²²³ acabam por verificados. No exemplo da venda de coisa alheia, não há confusão com a conversão, na medida em que “a venda produz os seus efeitos nos precisos termos em que havia sido celebrada”²²⁴.

O mesmo pode ser dito em casos de disposições mortis causa de um dos cônjuges de coisa comum, sem autorização do outro, mas que no momento da abertura da sucessão do disponente, já tenha integrado seu patrimônio integralmente.²²⁵ Também há consideração sobre a outorga conjugal ser hipótese de convalidação, embora pese, preferirmos a noção de confirmação para a hipótese.

Conversão pressupõe a não sanção do ato.

“A convalescença é uma modalidade de convalidação, aplicável a certas vendas anuláveis (906.º/1). Como especialidade: constitui objeto de um dever do vendedor (907.º/1), o qual deve fazer cessar os ônus ou limitações relativos à coisa vendida e

²²²*op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 966.

²²³*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 723.

²²⁴*ibid.* – p. 724.

²²⁵*ibidem.*

que provocavam a anulabilidade. Trata-se do produto de um dever legal acessório.”²²⁶

Transformação ocorre quando, em “virtude do exercício de uma faculdade definida no próprio acto”²²⁷, o sujeito altera o modelo no negócio em curso, como na hipótese de em um contrato de arrendamento, ser transformado em venda e compra, se esta faculdade ficou prevista no contrato.²²⁸

“O negócio que se transforma é válido e, em geral, foi mesmo executado, durante certo tempo, segundo a eficácia que lhe é própria”²²⁹. A transformação resulta do exercício de um direito potestativo reservado a um dos contratantes, conforme vontade real de ambas as partes, no momento conclusivo do negócio primitivo. Existem, assim, na transformação, dois negócios válidos e eficazes.

A transformação não se confunde com a conversão, e nem mesmo o chamado negócio com vontade alternativa, em que os sujeitos prevêem, desde logo, como manifestação de uma vontade real, inicial, a celebração, “ao mesmo tempo de dois negócios, ficando dependendo de certo evento futuro a determinação de qual deles subsistirá”²³⁰, com efeitos retroativos.

Muito próximo disto que foi dito, e ainda com o mesmo suporte, podem as partes celebrar dois negócios, sendo que um deles atuará em caso de invalidade do outro, ou ao menos, quando não puder produzir todos os seus efeitos.

“Pode, com efeito, suceder – umas vezes por não ser certa a validade do negócio, nomeadamente por virtude de controvérsias doutrinárias que se desenvolvem sobre certos institutos de contornos polémicos, outras por a validade ou eficácia do negócio depender de circunstâncias que podem não se verificar – que as partes se acautelem, desde logo, contra tal eventualidade, estipulando sobre o destino do acto, se este não puder manter-se. Para alcançar este fim, pode declarar-se querer outro acto de conteúdo próximo, ou afim, do que foi celebrado, ou até um negócio de efeitos mais limitados, mas que cubra ainda, de algum modo, os interesses das partes.”²³¹

²²⁶ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** –p. 966.

²²⁷ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 717.

²²⁸ *ibid.* – p. 717. (citado o artigo 34º, nº 2, da Lei nº 76/77, de 29 de setembro, que trata da permissão dada ao arrendatário de “converter” os contratos de arrendamento, parceria agrícola, ou mistos.).

²²⁹ *ibid.* – p. 719.

²³⁰ *ibid.* – p. 715.

²³¹ *ibidem.*

Assim, o negócio sucedâneo foi desde logo desejado. Há vontade real concomitante a criação do próprio negócio, ou seja, “a vontade das partes efetivamente dirigida à sua verificação”²³².

4.2.4 – Da aprovação, da ratificação e da sanção

A aprovação relaciona-se com atos praticados em gestão de negócios alheios, sem a devida representação, que acabam por aprovados posteriormente pelo interessado, ou dono do negócio.

Como é sabido, a gestão de negócios se diferencia sobremaneira do mandato em termos jurídicos, ao menos para a maioria da literatura, embora apresentem pontos de intersecção relevantes na ordem prática, pois na gestão, sem pretensão de exaustão, inexiste qualquer convenção ou ajuste, assim como deve estar ausente qualquer vedação legal ou oposição pelo dono do negócio, pode envolver vários interesses ou negócios de ordem sempre patrimonial, apresenta caráter necessário, e deve ser fungível, ou seja, exercitável por qualquer pessoa.²³³

Assim, o “dominus renuncia a quaisquer direitos que pudesse ter contra o gestor, e reconhece o direito do gestor a reembolsos e a indenizações.”²³⁴ Nem sempre é direito potestativo do dono do negócio, porque pode ser reconhecidamente útil ao mesmo, não podendo dele se eximir completamente.

Distinto é o que ocorre com a ratificação de atos praticados por aquele que já representa alguém, expressa ou tacitamente, e acaba por extrapolar os poderes conferidos, agindo em nome do terceiro ainda, mas cujos efeitos somente a ele, mandatário, atingirão, se de outro modo o representado não ratificar estes atos *a posteriori*.

“A ratificação (268.º) é um ato jurídico unilateral que estabelece, a posteriori, um vínculo de representação. Esta, como se sabe, exige:

- uma atuação nomine alieno;
- por conta dele;
- com poderes.

²³²op. cit. – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 716.

²³³VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito civil: contratos em espécie** - 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. – (Coleção direito civil; v. 3). ISBN 85-224-3323-2. p. 295/304.

²³⁴op. cit. - CORDEIRO, António Menezes – **Da confirmação no direito civil** – p. 128.

Pois bem: a ratificação vem, supervenientemente ou após a conclusão do negócio, conferir os poderes em causa.^{»235}

Nesta ordem de idéias, a ratificação está sujeita à forma exigida para o negócio já realizado, devido ao princípio da atração das formas, obriga a tratar o negócio ratificado como se, *ad initio*, houvesse poderes de representação, e sempre respeitando os interesses de terceiros, devido aos efeitos *ex tunc* que produz.

Como se nota, na ratificação a representação é pressuposto, o que a diferencia sobremaneira da confirmação, que vimos ser um poder potestativo de validar ato anulável por parte daquele que é o único interessado em sua invalidação. Entretanto, apresentam semelhança quanto aos efeitos retro-operantes²³⁶, que lá na confirmação podem ocorrer.

“Estruturalmente, a ratificação configura-se como um ato que vem conferir eficácia a um negócio que, de outra forma, dela careceria. Materialmente, porém, ela inscreve-se no poder genérico que todos os sujeitos do Direito têm de constituir representantes voluntários. O regime é bem distinto do da confirmação, que nada tem a ver com isso. Assim, a ratificação.^{»237}

Com ponto de vista complementar, propõe Silvio Rodrigues o aspecto renunciativo da ratificação, oriunda da vontade do prejudicado em não invalidar o ato, possibilidade exclusiva da anulabilidade:

“Ratificação é a renúncia ao direito de promover a anulação do ato. Ela advém da vontade do prejudicado e, portanto, só se admite nos casos de anulabilidade. Como os atos absolutamente nulos representam ameaça à ordem social, torna-se impossível purgar o defeito, ainda que as partes o desejem, pois *jus publicum privatorum pactis derogare non potest*, ou seja, as normas de ordem pública não podem ser ilididas por ajuste entre os particulares.^{»238}

A sanção, distintamente verificada quando da avaliação da convalescença ou do convallescimento, pode ocorrer quando houver uma derrogação legislativa do “princípio da

²³⁵ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** –p. 965.

²³⁶ *op. cit.*- DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** –p. 405.

²³⁷ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 965.

²³⁸ *op. cit.* - RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil. Parte Geral. volume 1.**- p.288 .

insanabilidade do nulo”²³⁹. Conforme Pontes de Miranda, “a *sanatoria* (ou sanção) é oriunda de fato posterior à juridicização do negócio.”²⁴⁰

Assim, na sanção do nulo “não há modificação alguma da qualificação jurídica do negócio jurídico *ab initio* nulo, mas, apenas, eliminação da nulidade, em decorrência de causa externa a ele e à atuação das partes”²⁴¹, como o simples passar do tempo. A partir de certo momento, não haveria mais nulidade.

Este seria, em tese, a distinção com o convalidamento comum, ou seja, as causas sanadoras são exteriores às partes e ao próprio ato. Lá no convalidamento, a parte adquire o bem que vendeu a *non domino*, ou os bens que dispôs em testamento sem ser o titular à época. Os requisitos legais surgem posteriormente.

Realmente os pontos de interseção entre o convalidamento e a sanção do nulo são notórios, a ponto de ser absolutamente plausível quem não os diferencie, mas são mais claras e evidentes as distinções de ambos com a conversão.

4.2.5 – Da errônea denominação e da dúvida

A errada qualificação ou errônea denominação “(error in nomine negotii) ocorre quando as partes, ao celebrar certo acto, lhe apõem um determinado nomen iuris que não corresponde ao conteúdo do negócio jurídico por elas realmente celebrado.”²⁴²

Há divergência entre o conteúdo do negócio, ou as estipulações das partes, ao nome atribuído, ou nome pelo qual as partes o identificam.

O negócio acaba por produzir os efeitos que sejam adequados ao tipo negocial adequado, e não ao tipo negocial designado pelos sujeitos. Isto importa na “rectificação da denominação por que indevidamente o negócio foi designado. O negócio não deixa de ser o que sempre foi, o que efetivamente as partes quiseram celebrar.”²⁴³

²³⁹*op. cit.* - AZEVEDO, Antônio Junqueira de – **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia** - p. 79 – o autor cita como exemplo o artigo 208, caput do Código Civil Brasileiro de 1916, que tratava como nulo o casamento celebrado perante autoridade competente, mas havia o prazo de dois anos para se alegar a nulidade, sob pena de sanção.

²⁴⁰MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de – **Tratado de Direito Privado. Parte Geral. tomo IV.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p. 68.

²⁴¹*op. cit.* - DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – p. 405.

²⁴²*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 711.

²⁴³*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 712.

Assim, “não há qualquer alteração dos efeitos do negócio (a qualificação não é um deles) – tais efeitos repousam todos na vontade real, e não na conjectural, do autor.”²⁴⁴

Muito aproximada da falsa denominação, mas que com ela não se confunde, que “se verifica quando não seja clara a intenção das partes em relação ao negócio que pretendem celebrar. Elas recorrem a um certo tipo negocial, mas incluem nele estipulações que não são próprias deste acto.”²⁴⁵

“No direito moderno, o problema pode colocar-se quando se levantam dúvidas a respeito do conteúdo do negócio que não possam ser resolvidas pela aplicação dos critérios gerais da interpretação negocial. O caso não é, em rigor, de falsa denominação, mas, quando não conduza à nulidade do acto por indeterminação do conteúdo, sempre acabará por se resolver em sede interpretativa.”²⁴⁶

Como já esclarecido, a conversão não pode ser confundida com nenhuma hipótese de interpretação, tendo em vista que a interpretação e a integração precedem a qualificação jurídica, e são elas que atribuem ou não validade e eficácia, aos atos e negócios jurídicos.

5. CONVERSÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS INVÁLIDOS

Estabelecidos os paradigmas negativos, cumpre-nos agora cuidar da caracterização da própria conversão, com seus elementos, requisitos, denominação, exemplos de aplicabilidade e jurisprudência, para depois ainda lançar questionamentos e uma sugestão de lege ferenda.

5.1 – Da nomenclatura e origens

Semanticamente, a palavra conversão envolve a idéia de transformação ou modificação de um negócio noutro, mas o negócio nulo continua como nulo, não se modifica nem se transforma em válido.²⁴⁷ O termo seria então, inapropriado, tendo havido proposição de variantes diversas ao longo dos tempos e estudos, como “ersatzung” ou substituição,

²⁴⁴ MENDES, João de Castro – **Direito civil: teoria geral, lições**. V. III. A.A.F.D. (Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa), 1979. p. 705.

²⁴⁵ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 714.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ *ibid.* – p. 11.

“umgestaltung” ou reformação/reorganização, “umschaffung” ou instituição/criação, “umdeutung”, como interpretação ou re-interpretação, e ainda a “re-valoração”.²⁴⁸

Ainda que linguisticamente falsa e criticada por vários teóricos, a palavra conversão é genericamente utilizada para identificação do instituto, mesmo em sistemas jurídicos de fonte linguística diferente, como acontece nos direitos alemão, austríaco e suíço (“konversion”), ou nos direitos belga e holandeses (“conversie”), na França e Suíça francesa (“conversion”), na Itália (“conversione”), e na Espanha (“conversión”), além da nossa “conversão”.²⁴⁹

Convém também salientar, no âmbito da denominação ou classificação da conversão, que estamos aqui sempre, neste trabalho, nos referindo à conversão comum (substantial²⁵⁰, material²⁵¹, outrora designada como voluntária ou convencional²⁵², ou ainda como própria, verdadeira e judicial²⁵³), e não aquela denominada conversão formal, e nem muito menos a denominada legal ou *ope legis*, ambas a serem abordadas em tópico posterior.

A designação de conversão voluntária ou convencional pode denotar o chamado negócio com vontade alternativa, também inapropriada a denominação por judicial, posto que não é tarefa exclusiva do juiz, que mesmo ao operar a conversão, não lhe confere aspecto ou carácter constitutivo.²⁵⁴

Atribui-se ao direito Romano as origens da conversão, através das figuras jurídicas da *acceptilatio* convertida em *pactum de non petendo*, da *stipulatio* novatória em pacto purgativo da mora, da *stipulatio* em ato constitutivo de obrigação natural, da *stipulatio* em *constitutum*, do casamento em sponsais, testamento comum em testamento *militis*, da conversão dos legados conforme o “senatus consulto neroniano”, o testamento civil em pretoriano, do testamento em codicilo e a cláusula codicilar.²⁵⁵

²⁴⁸ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 13/14.

²⁴⁹ *ibid.* – p. 12.

²⁵⁰ VAZ, Albino Anselmo – **A conversão e a redução dos negócios jurídicos** – Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 5º, Nºs 1 e 2. P. 7. Lisboa, MCMXLV. p. 17.

²⁵¹ *op. cit.* - VENTURA, Raul Jorge Rodrigues – **A conversão dos actos jurídicos no direito romano** – p. 142, e SOARES, Teresa Luso – **A conversão do negócio jurídico** - Coimbra: Livraria Almedina, 1986 - p. 20/21.

²⁵² *op. cit.* - VAZ, Albino Anselmo – **A conversão e a redução dos negócios jurídicos** – p. 16.

²⁵³ GONÇALVES, L. Cunha – **Tratado de direito civil, em comentário ao Código Civil Português** - vol. I, Coimbra, 1961. p. 406.

²⁵⁴ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 19.

²⁵⁵ *op. cit.* - VENTURA, Raul Jorge Rodrigues – **A conversão dos actos jurídicos no direito romano** – p. 53/105; *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 97/126; *op. cit.* - DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – p. 105/174.

Há vozes em sentido contrário sustentando que não existiriam casos de conversão propriamente dita no direito Romano, posto que não se dedicavam a profundos debates e construções teóricas, e, dado ao seu pragmatismo característico, as hipóteses seriam “mais um produto da ciência romanística do que qualquer outra coisa.”²⁵⁶

“No Direito romano, admitia-se, em diversos atos, a possibilidade da conversão; tal hipótese era, contudo, negada noutras situações. Como figura geral, todavia, a conversão apenas se impôs no século XVIII. O primeiro reconhecimento geral dessa figura deveu-se a Harpprecht, tendo sido apresentado em 1747: trata-se, assim, de uma manifestação racionalística do *usus modernus*.”²⁵⁷

Também “os juristas medievais se viram confrontados com a necessidade de escogitar soluções que atenuassem as excessivas consequências da nulidade dos actos jurídicos”²⁵⁸. Utilizaram, pois, a conversão, a seu modo, assim como dois outros expedientes medievos mais comuns “aptos a obter resultados que se aproximam dos que a conversão dos negócios jurídicos hoje propicia”²⁵⁹, que são o *juramento confirmativo* e as *cláusulas sanadoras*.

Com o primeiro havia mesmo um juramento feito em relação a uma obrigação assumida, que em caso de ser o ato nulo, comprometia-se o devedor a dar cumprimento mesmo assim ao pacto, afastando os efeitos da invalidade; e no segundo caso, da aplicação da *clausula omni meliori modo* (ou *ut melius*), decorrente do desenvolvimento da cláusula codicilar, e que permitia a “conversão” de um ato inválido “em acto de outra natureza, em geral, na melhor forma jurídica lícita”, ou seja, “visava salvar o acto nulo segundo o *melhor modo* de Direito em que ele pudesse valer”²⁶⁰ (cláusula o.m.m.).

Conclui Carvalho Fernandes que os romanos e os juristas medievais aplicavam a conversão sem mesmo o saber, tendo depois sido relegada a um esquecimento periódico, especialmente com o advento do Código Civil Napoleônico e todos os códigos que sofreram sua pesadíssima influência, que não mencionavam a conversão.

“As dificuldades em atingir a conversão, em termos periféricos, explicarão o silêncio de Domat e de Pothier e, daí, o facto de ela não ser referida na primeira geração de códigos civis: nem o Código Napoleão nem o nosso Código de Seabra se

²⁵⁶*op. cit.* - SOARES, Teresa Luso – **A conversão do negócio jurídico** -p. 25 e nota 1, fazendo referência a Cabral de Moncada, Anselmo Vaz e Pacchioni.

²⁵⁷*op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** -p. 953/954.

²⁵⁸*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** -p. 127.

²⁵⁹*ibid.* - p. 128.

²⁶⁰*ibid.* – p. 128/129.

lhe reportam. De todo o modo a pandectística acolheu-o, aperfeiçoando-o e logrando a sua consagração no § 140 do BGB.”²⁶¹

A conversão foi resgatada e inserida no Código Alemão (BGB)²⁶², de 1º de janeiro de 1900, após a criação da teoria dos negócios jurídicos na segunda metade do séc. XVIII, e a dissertação precursora sobre o assunto por Christian Ferdinand Harpprecht, publicada em 1747, provocadora de todos os estudos subsequentes.

O Código Civil Português de 1867, chamado de Código Seabra, e também o Código Civil Brasileiro de 1916, denominado Código Beviláqua, não trouxeram o instituto da conversão nos seus respectivos textos, o que viria a acontecer nos anos de 1966, em Portugal, e em 2002, no Brasil, com seus novos códigos.

“Na doutrina portuguesa, as primeiras referências gerais à conversão datam do *Tratado*, de Cunha Gonçalves, tendo sido expendidas a propósito do artigo 10.º do Código de Seabra. Mais tarde, ela foi acolhida pela generalidade da doutrina, com relevo para Manuel de Andrade: estava assegurada a sua consagração no Código Civil de 1966. Bastante importante foi o tratamento da conversão no Código Civil italiano, mais precisamente no artigo 1424.º.”²⁶³

Percebe-se que o assunto é bastante recente, especialmente para o Brasil, o que justifica o interesse na pesquisa e a importância de sua correta estruturação teórica e científica, com o fito de difundir o debate, e acima de tudo, sua aplicação.

5.2 - Conceito e características da conversão

São diversos os conceitos sobre a conversão, tendo este trabalho mesmo já trazido diversos deles²⁶⁴, ao que acrescentamos os seguintes, precedidos daquele dado por Harpprecht:

“transformação ou modificação de um negócio em outro, que é necessária para a manutenção do seu fim, desde que conforme ao acto e à intenção do seu autor”...

²⁶¹ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** –p. 954.

²⁶² Antecederam o projeto do Código Alemão, no tema da conversão, o Projeto de Código Civil do Reino da Bavária, e o Projeto de Código das Obrigações de Dresden (*op. cit.*- DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** –p. 215.).

²⁶³ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 955.

²⁶⁴ *ibid.* – 47/49.

“que se verifica quando um acto, que não pode manter-se, é substituído por outro, assim se tornando possível alcançar, no mínimo, o fim visado pelo seu autor.”²⁶⁵

Também é relevante o conceito de Giuseppe Satta, ao caracterizar a conversão na perspectiva do direito italiano:

“Na linguagem comum, entende-se por conversão o ato por força do qual, em caso de nulidade do negócio jurídico querido principalmente, abre-se às partes o caminho para fazer valer outro, que se apresenta como que compreendido no primeiro e encontra nos escombros (*rovine*) deste os requisitos necessários para a sua existência, de que seriam exemplos: a) uma venda simulada, que poderia conter os requisitos de uma doação; e b) um ato público nulo, que poderia conter os requisitos de uma escritura privada.”²⁶⁶

Conforme Teresa Luso Soares conversão é o “meio jurídico, através do qual, após verificados certos requisitos, um negócio jurídico inválido, se transforma em outro, objetivando salvaguardar, na medida do possível, o resultado prático que as partes visavam alcançar com aquele.”²⁶⁷

Das lições de Eduardo Correia extraímos:

“Pode acontecer que os remédios do direito para a ineficácia se busquem dentro dos quadros do negócio jurídico, e justamente por intermédio do instituto da conversão, ou seja, transformando um negócio jurídico ineficaz, dadas certas condições, num outro capaz de produzir, total ou parcialmente, da mesma maneira ou semelhantemente, os efeitos jurídicos queridos.”²⁶⁸

Como já defendemos anteriormente, não se trata efetivamente de termos dois negócios, mas apenas um só, que recebe uma qualificação negativa, de invalidade, e depois, por via da conversão, recebe outra qualificação mais apropriada para a produção dos efeitos desejados pelos sujeitos negociais.

“Na construção jurídica da conversão, encontramos uma orientação que, nela, via a passagem de um primeiro para um segundo negócio, através do aproveitamento de alguns elementos naquele contidos: a tese dualista. Subsequentemente impôs-se uma outra opção, mais realista e adequada: apenas há *um* negócio; simplesmente, verificada uma falha que impeça a sua validade e eficácia plenas, impõe-se, pela

²⁶⁵ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 153/154.

²⁶⁶ *op. cit.* - DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – p. 299/300.

²⁶⁷ *op. cit.* - SOARES, Teresa Luso – **A conversão do negócio jurídico** - p. 13.

²⁶⁸ *op. cit.* - CORREIA, Eduardo – **A conversão dos negócios jurídicos ineficazes** – p. 362.

interpretação, um conteúdo que não suscite tais óbices: a orientação diz-se monista. Efetivamente, a conversão exprime, no fundo, uma interpretação melhorada do negócio, de modo a, dele fazer uma leitura sistemática e cientificamente correta. No fundo, não há qualquer conversão de “negócios”: convertem-se, sim, meras declarações.”²⁶⁹

O que se converte é o conteúdo da declaração negocial, consubstanciando força de expressão quaisquer colocações conotativas: “verifica-se a conversão se o negócio jurídico inicialmente desejado pelas partes desaparece, por ser nulo, para, em seu lugar, se erigir um outro negócio que preenche, na medida do possível, a finalidade do primeiro.”²⁷⁰

Uma das características mais marcantes e recorrentes na doutrina é a “presença de dois negócios”, sendo um primário (inválido ou convertido) e um sucedâneo (novo negócio ou substitutivo)²⁷¹, mas que na verdade, e de fato, querem dizer duas qualificações para um mesmo ato.

Ou seja, “quando o novo negócio ou sucedâneo possa assegurar o fim perseguido pelas partes, quando celebraram o negócio inválido. Daí resulta, necessariamente, que o negócio sucedâneo deve ser apto a produzir efeitos que possibilitem a realização desse fim.”²⁷²

Há também o pressuposto de existir uma vontade conjectural, também dita hipotética das partes, não real ou presumida, seguindo, assim, uma corrente declarativista, pois “se com o segundo negócio se alcançarem fins equivalentes aos do primeiro, deve-se admitir que o seu autor não deixaria de querer também o negócio sucedâneo, se tivesse conhecido a invalidade”²⁷³.

Se tomássemos em conta a corrente voluntarista, teríamos que considerar a vontade real do declarante, analisando o conjunto das circunstâncias em que a declaração foi emitida, para saber se o seu autor ainda querer o segundo negócio, tendo conhecimento da invalidade do primeiro.²⁷⁴

²⁶⁹ *op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 955.

²⁷⁰ *op. cit.* - VAZ, Albino Anselmo – **A conversão e a redução dos negócios jurídicos** – p. 07.

²⁷¹ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 16.

²⁷² TRIGINELLI, Wânia do Carmo de Carvalho – **Conversão de negócio jurídico, doutrina e jurisprudência** – Belo Horizonte: Del Rey, 2003. ISBN 85-7308-609-2. p. 62.

²⁷³ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 314.

²⁷⁴ *ibidem*.

Deixamos de analisar, assim, a vontade real, psicológica das partes, para aferirmos uma vontade construída ou reconstruída, também chamada de vontade fictícia²⁷⁵.

Oportunamente, a partir do momento em que se verifiquem os pressupostos e os requisitos da conversão, o negócio é convertível, atribuindo-se a uma ou ambas às partes o direito à conversão. Assim, “é incontroverso que se trata de um direito potestativo, pois que o seu exercício vai produzir relevantes alterações na ordem jurídica, que se projectam, de modo inelutável, na esfera jurídica de outrem, independentemente da sua vontade”²⁷⁶.

5.3 – Requisitos da conversão

Seriam requisitos da conversão, nos ensinamentos de Ventura: “possibilidade de dupla qualificação; do impedimento da qualificação normal; a vontade na conversão e a causa na conversão.”²⁷⁷

Ainda coloca o mesmo autor, como requisito, a nulidade absoluta, questionando se ocorreria na anulabilidade e na ineficácia, também se os ilícitos poderiam ser convertidos, se o conhecimento prévio da nulidade impediria a conversão.²⁷⁸

Sobre as anulabilidades e ineficácias somos incitados a pensar que se aplicam as regras da conversão, o que discutiremos mais a frente, mas como requisitos negativos temos a impossibilidade da conversão aos negócios inexistentes, quando as declarações negociais forem não sérias, ou no caso de falta de consciência. Também não se admite a conversão aos negócios incompletos.²⁷⁹

Fixa Del Nero, da mesma maneira, limites teleológicos à conversão:

“constituem limites teleológicos ao ato de conversão do negócio jurídico: a) o negócio jurídico inexistente; b) o negócio jurídico nulo, em decorrência de ilicitude de seu fim prático; c) o negócio jurídico judicialmente anulado; d) o negócio jurídico cuja ineficácia stricto sensu é tão somente provisória (e, portanto, cuja eficácia definitiva é certa ou possível); e) o negócio jurídico cuja ineficácia stricto sensu se reconheceu terminantemente, pelas partes, ou se declarou, judicialmente, em decisão transitada em julgado; f) o negócio jurídico sob condição suspensiva, *defecta* condicione; g) o negócio jurídico sob condição resolutiva, *impleta*

²⁷⁵*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 316.

²⁷⁶*ibid.* – p. 351.

²⁷⁷*op. cit.* - VENTURA, Raul Jorge Rodrigues – **A conversão dos actos jurídicos no direito romano** – p. 107.

²⁷⁸*ibid.* – p. 107.

²⁷⁹*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** –p. 237/241.

condicione; e h) o negócio jurídico a termo final, antes ou depois do advento do dies ad quem.”²⁸⁰

O conhecimento prévio da invalidade, assim como a ilicitude das condutas afastam indubitavelmente a conversão, por não se conceber vontade hipotética ou conjectural favorável a ela, a não ser pela parte inocente ou desconhecidora do vício.

Em seu trabalho monográfico de 1948 o Prof. Eduardo Correia elencou como pressupostos e efeitos da conversão²⁸¹ os seguintes, que reproduzimos por entendê-los perfeitamente atuais:

1) Um negócio jurídico ineficaz, posto que um negócio que alcança sua eficácia inteira dispensa ser convertido em outro como seu sucedâneo;

2) Esta ineficácia deve ser real, e não meramente possível, tendo em vista que os negócios relativamente nulos produzem efeitos até que sejam anulados judicialmente. Podem, outrossim, convalescerem pelo decurso do tempo ou por confirmação. Assim, “o funcionamento deste instituto só pode ter lugar quando a nulidade relativa foi invocada ou oposta e reconhecida e o negócio deixou de produzir efeitos.”²⁸²;

3) Como requisito negativo, não se pode falar de conversão no caso de prescrição, já que é o caso de extinção e não de ineficácia, o que ousamos concordar plenamente, pois prescrição é efeito deletério do transcurso do tempo, e ainda pressupõe inércia pelo titular do direito que tenha sido violado, levando à consequência mesma do convalescimento do negócio anulável, diversamente das nulidades absolutas, consideradas imprescritíveis;

4) O desconhecimento das partes da ineficácia: “aliás, se as partes celebraram um negócio conscientes da sua ineficácia, é manifesto que não quiseram com seriedade obrigar-se juridicamente e falta, assim, um elemento essencial da existência do negócio jurídico.”²⁸³. De outro modo, não haveria impedimento à conversão o conhecimento de uma das partes, no caso de a conversão ser pedida pela outra parte, com o mesmo fundamento da validade do negócio com reserva mental;

5) Os elementos indispensáveis à validade do negócio jurídico sucedâneo devem se fazer presentes no negócio primário. Desta feita, a falta de capacidade ou

²⁸⁰ *op. cit.* - DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – p. 448.

²⁸¹ *op. cit.* - CORREIA, Eduardo – **A conversão dos negócios jurídicos ineficazes** – p. 379/389.

²⁸² *ibid.* – p. 380.

²⁸³ *ibid.* – p. 381.

legitimação ou do atendimento da forma necessária ao negócio secundário, impedem a conversão;

6) A vontade hipotética das partes: “é forçoso, pois, construir uma vontade presumível para uma situação presumível, uma situação na realidade não existente.”²⁸⁴ Ou ainda: “é a posição jurídico-econômica que as partes revelam querer alcançar pela celebração do negócio nulo, que permite concluir que elas teriam querido um outro negócio se previssem a nulidade do que celebraram.”²⁸⁵;

7) Deve existir a consunção da situação econômica ou jurídica procurada com a celebração do negócio ineficaz pelo negócio secundário. Assim, por exemplo, “a venda de um certo objecto pode converter-se na promessa de venda desse objeto, porque a situação jurídica do vendedor e do comprador consome ou contém a dos compromitentes.”²⁸⁶;

8) A conversão deve ser requerida pelas partes²⁸⁷, não podendo ser decretada *ex officio* pelo juiz, ou seja, não deve ser afirmada contra os próprios interesses e a própria vontade das partes.

Afirmar que a conversão não pode ser contrária aos interesses das partes não importa em dizer que uma vontade atual²⁸⁸, contrária, obstará sua configuração, pois já verificada a potestatividade da conversão diante da vontade conjectural.

O que não pode existir, é uma vontade real contrária, contemporânea ao próprio ato. Neste caso, parece-nos haveria ofensa, *in casu*, dos primados da boa-fé e da vedação aos atos contraditórios, afinal, *venire contra factum proprio non potest*.²⁸⁹

Prevalece amplamente o entendimento de que a conversão não pode ser declarada de ofício pelo juiz²⁹⁰, mas deve ser provocada por aquele que titulariza o direito de invocá-la.

²⁸⁴ *op. cit.* - CORREIA, Eduardo – **A conversão dos negócios jurídicos ineficazes** – p. 382.

²⁸⁵ *ibid.* – p. 382.

²⁸⁶ *ibid.* – p. 387.

²⁸⁷ Do mesmo modo, Carvalho Fernandes - *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 352/353; sendo legitimados aqueles que teriam também o direito potestativo da provocação das invalidades – *ibid.* - p. 353.

²⁸⁸ *ibid.* – p. 341.

²⁸⁹ “A cláusula geral de boa-fé objetiva obriga as partes a não agirem em contradição com atos e comportamentos anteriores, praticados antes da conclusão do contrato. Em outras palavras, a parte não pode ‘venire contra factum proprium.’” (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade – **Código Civil Comentado** - 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 641.).

²⁹⁰ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 369/370.

O ambiente da conversão normalmente é o judicial, mas nada impede que ocorra extrajudicialmente, sempre devendo ser atribuídos efeitos meramente declaratórios para seu resultado²⁹¹, além do que, não há forma solene para a conversão, vigorando o princípio da forma livre.²⁹²

5.4 – Conversão formal e legal

Como já estabelecido anteriormente, o instituto jurídico tratado neste trabalho é o da conversão material do negócio jurídico, que não trata, especificamente, de uma adequação por ter a exteriorização de vontade não obedecido a preceitos meramente formais, sendo que a declaração considerada admite formas outras com a mesma substância negocial.

Assim, se um testamento admite forma pública, cerrada ou particular, se optado pelo testamento místico ou cerrado, em que o testador atende à determinados requisitos de forma e exterioriza sua vontade, mas esta forma acaba sendo inválida, pode-se admitir a adequação do negócio testamentário a outro mesmo testamento, mas agora particular ou hológrafo, se aquela manifestação de vontade contiver os seus requisitos formais, que são menores.

“A par dessa substituição, porém, pode ocorrer outra que não ultrapasse o elemento formal do negócio. Isto se torna possível quando um negócio, sem perda de validade, admite seu aperfeiçoamento por diversas formas (escrita, oral, documento particular ou instrumento público, etc). Uma locação ou uma compra e venda de bem móvel, tanto vale se contratada por escritura pública como por escrito particular. Inválido o contrato, por exemplo, por deficiência da escritura pública, subsistirá pela forma escrita simples. Continuará, de qualquer forma, qualificado como locação. Por isso se diz que, na espécie, a substituição é apenas formal.”²⁹³

Nesta linha de raciocínio, “a conversão formal respeita a documentos e verifica-se quando faltam ou se mostram viciadas formalidades que lhe são próprias e essenciais à sua caracterização como documento de certo tipo”²⁹⁴. Como se vê, toda a preocupação da chamada conversão formal se resume ou se atém ao aspecto extrínseco da manifestação de vontade, e não à sua substância.

²⁹¹ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 387.

²⁹² *ibid.* – p. 368.

²⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto - **Comentários ao novo Código civil, volume 3, t. 1: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III** – Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 537/538.

²⁹⁴ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 698.

A essência da declaração de vontade, na verdade, permanece a mesma, porque “em tais casos pode acontecer que o título em que ocorrem os vícios possa, todavia, valer como documento de tipo menos solene”²⁹⁵, mas com exatamente o mesmo conteúdo. O “exemplo clássico de conversão formal é o de uma escritura nula, que, por conseguinte, não pode ser considerada como documento autêntico, valer como documento particular”²⁹⁶.

A conversão que nos ocupa pressupõe provocação dos sujeitos negociais para ocorrer, não podendo ser confundida com a conversão denominada judicial:

“Na conversão judicial, por sua vez é o juiz que atribui ao negócio efeitos de outro negócio que as partes efetivamente não realizaram; ele deixa de lado a qualificação categorial que as partes deram ao ato que praticaram. Assim, se as partes realizaram, depois que o devedor originário já estava em mora, uma novação subjetiva (com simples mudança do devedor) e se essa novação, que é ato plurilateral, visando extinguir a obrigação antiga e criar uma obrigação nova, for nula, o juiz poderá aproveitá-la como ato unilateral do credor, pelo qual este renuncia às consequências da mora; desta forma, o juiz, mantendo a obrigação antiga, permitirá ao devedor originário extingui-la sem maiores ônus, pelo pagamento.”²⁹⁷

Bastante distinta é a figura da chamada conversão legal, em que a “eficácia sucedânea é estabelecida pela norma de forma apriorística e abstracta, para uma certa categoria negocial. Daí que não se possa levar em conta mais do que o fim que *normalmente* determina os autores de um tal negócio a celebrá-lo.”²⁹⁸

Entretanto, o que ocorre na conversão legal é que os efeitos sucedâneos não são propriamente negociais, mas sim legais, pois “resultam da vontade objectiva da norma”, no domínio do direito cogente. Pode-se chegar à conclusão, talvez desacertada, de estarmos frente de “actos jurídicos”.²⁹⁹

O exemplo utilizado por Carvalho Fernandes é a de constituição de uma propriedade horizontal, ou um condomínio edilício, que não se alcançando este escopo, por ser inválido, faz com que o legislador afaste esta valoração negativa “como fator de moderação da imperatividade de certas normas jurídicas”³⁰⁰, atribuindo efeitos sucedâneos como de

²⁹⁵*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 698.

²⁹⁶*ibid.* – p. 699.

²⁹⁷*op. cit.* - AZEVEDO, Antônio Junqueira de – **A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático** – p. 186/187.

²⁹⁸*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 659.

²⁹⁹*ibid.* – p. 661/664.

³⁰⁰*ibid.* – p. 659.

“contitularidade, que assegura alguns dos efeitos correspondentes ao condomínio horizontal”³⁰¹.

“O Direito conhece hipóteses de conversão legal: perante certas desconformidades, indica, de imediato, qual o destino dos negócios atingidos – p. ex., no artigo 1306.º/1. Caso a caso deveremos verificar, pela interpretação se é possível bloquear a “conversão legal” pela não ocorrência dos requisitos previstos no artigo 293.º. À partida, a resposta é positiva: estamos no Direito civil.”³⁰²

A preocupação marcante nas conversões legais é a de se não estaria em risco a autonomia da vontade, na medida em que a própria lei estabelece quais os efeitos sucedâneos dos negócios, ou se estes efeitos poderiam ser afastados por manifestação prévia dos sujeitos negociais. A resposta, conforme ponderações de Cordeiro Menezes, deve ser positiva, pelo afastamento prévio, se não quiserem a conversão legal.

Outro exemplo utilizado pela literatura para a conversão legal ocorre, na medida em que uma lei determine a conversão em codicilo de um testamento inválido, na chamada cláusula codicilar. Neste caso, cientes os testadores que sua vontade poderá ser convertida legalmente, podem optar por afastar a incidência da conversão *ex legis*.

Normalmente os sistemas jurídicos não prevêm norma genérica sobre a conversão legal, que se apresenta em disposições esparsas, em vários preceitos, “em que o legislador especificamente estabelece a conversão de certo negócio inválido”³⁰³, verificando-se, pois, “*ope legis*, ou seja, que resulta de uma norma jurídica imperativa”³⁰⁴.

Carvalho Fernandes³⁰⁵ apresenta outros casos em que o legislador mesmo atribui eficácia sucedânea para negócios e atos inválidos, como na hipótese de insuficiência de dotação de bens para que a fundação alcance o fim a que fora criada, não se reconhecendo sua personalidade coletiva, determinando a lei que sejam os bens entregues ou convertidos a uma fundação ou associação com fins análogos, ou nos casos de direitos reais limitativos fora das hipóteses legais convertidos em obrigacionais, doações *causa mortis* convertidas em testamentos, condomínios horizontais sem os requisitos convertidos em compropriedade, o legado de coisa alheia ou comum para legado de valor, e a substituição fideicomissária ineficaz por ter o fiduciário não aceito a herança, convertida em substituição direta, embora

³⁰¹*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 659.

³⁰²*op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 957.

³⁰³*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 584.

³⁰⁴*ibidem*.

³⁰⁵*ibid.* – p. 583/631.

pese estes últimos exemplos possam ser enquadrados, a depender do caso e da filiação científica, em figuras análogas à conversão legal, como a redução ou conversão material.

5.5 – Conversão dos negócios nulos, anuláveis e ineficazes

Questão indubitável é a da aplicação da conversão aos negócios nulos, o que não se pode dizer e afirmar peremptoriamente sobre os anuláveis e ineficazes, até porque os dispositivos legais normalmente fazem referência apenas aos primeiros.

Assim, em interpretação literal apriorística estariam afastados da conversão os negócios anuláveis, afinal “*Inclusio unius alterius est exclusio*”.³⁰⁶

Esta oscilação doutrinária já incomodava parte dos estudiosos alemães, tendo em vista que o BGB não menciona a conversão dos negócios anuláveis, embora considere a confirmação também dos negócios nulos³⁰⁷, o que para o sistema brasileiro e português não se concebe.

O mesmo dilema ocorre no Brasil, onde alguns autores entendem que não se aplica a conversão aos atos anuláveis, posto que diante da possibilidade de serem os mesmos confirmados ou convalidados pelas partes ou pelo decurso do tempo, não haveria necessidade de conversão, sendo, portanto, imprópria aos anuláveis.

Argumento contrário, porém não necessariamente esclarecedor, é aquele que diz que se cabe a conversão às nulidades, que são mais fortemente repreendidas, haja vista serem questões majoritariamente de ordem ou interesses públicos, legitimando, assim, todos que tenham algum tipo de interesse em invocá-las, não admitirem convalidação pelo juiz ou pelo decurso do tempo, o que impediria a conversão para os meramente anuláveis?

Assim, se possível a conversão para os nulos, invalidades mais graves, qual seria o obstáculo para as invalidades menos severamente repreendidas?

Distintamente a questão é tratada em Portugal, onde o legislador já previu a possibilidade da conversão aos negócios anuláveis, desde que já reconhecida a invalidade do ato ou negócio jurídico, ou seja, “desde que efetivamente anulados”.³⁰⁸

Sobre os negócios inexistentes parece não pairarem dúvidas quanto a sua inconvertibilidade, pois a “doutrina não vê que um negócio inexistente possa conter elementos

³⁰⁶ MIRANDA, Francisco Clementino Pontes de - **Comentários à Constituição de 1946** - 4. ed., t. V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 412.

³⁰⁷ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 247.

³⁰⁸ *ibid.* – 234/235.

saudáveis que permitam a construção de qualquer outro negócio que ao inexistente substitua”.³⁰⁹

Projetando a questão para os negócios ineficazes, o tema é ainda mais delicado, sobretudo pela natural tendência para a análise casuística do problema, na medida em que existem inúmeros casos de ineficácia, com particularidades e diferenças de regimes.³¹⁰

Havia uma tendência limitadora da aplicação da conversão para as ineficácias, principalmente ao se perscrutar sobre as ineficácias não originárias ou supervenientes, quando os efeitos são bastante distintos das nulidades, o que não se verifica com as ineficácias originárias, com pontos de contato relevantes, o que justifica as doutrinas e jurisprudências atuais aceitarem a hipótese, ainda que as circunstâncias restritas.³¹¹

Alguns exemplos pontuais sobre a conversão dos negócios ineficazes são apontados por Carvalho Fernandes, como a ineficácia por falta ou abuso dos poderes de representação, na cessão ineficaz de crédito ou na cessão ineficaz da posição contratual, e ainda na assunção ineficaz de dívida e na inoponibilidade da falta de registro imobiliário contra terceiros, sendo neste último caso, talvez mais adequado se falar em efeitos preliminares ou precários, ao invés de sucedâneos.³¹²

Não obstante, como se verifica da obra primorosa do citado autor, as questões tratadas são exíguas e mesmo assim não isentas de dúvidas, mas que aceitariam, em princípio, a aplicação de efeitos sucedâneos, a depender do caso.

5.6 – Exemplos de aplicabilidade da conversão

Sem pretensão de exaustividade, e sem adentrarmos em questões deveras polêmicas e cientificamente controversas, o que escaparia do escopo e do alcance do presente trabalho, e ainda sempre lembrando a necessidade de observarmos as particularidades de cada ordenamento jurídico, apontamos alguns dos mais significativos exemplos de aplicabilidade da conversão dos negócios jurídicos, tanto em Portugal quanto no Brasil.

Lembramos oportunamente, as distinções relevantes quanto aos sistemas translativos de propriedade e transmissivos ou constitutivos de direitos reais no Brasil e em Portugal, que adotaram sistemática diametralmente opostas, sendo no Brasil o registro imobiliário

³⁰⁹*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 238.

³¹⁰*ibid.* – p. 279.

³¹¹*ibid.* – p. 279/286.

³¹²*ibid.* – p. 865/883.

ordinariamente constitutivo destes mesmos direitos, enquanto que em Portugal o registro tem papel consolidativo ou enunciativo³¹³.

“Prevalecem as duas primeiras teorias, isto é, a francesa e a alemã, segundo as quais concretiza-se a transferência do domínio ou pelo simples contrato, ou através de dois atos: a obrigação de dar e o implemento de outro ato, consistente na tradição da coisa alienada, que é essencial para a transmissão da propriedade.”³¹⁴

Conforme previsão do artigo 1.226 do Código Civil Brasileiro: “os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.” E no artigo subsequente: “Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.”³¹⁵

Assim mesmo pode ser possível, a depender do caso, estender a aplicação de algumas das hipóteses arroladas a seguir para ambos os sistemas, vejamos:

- 1) Conversão de confirmação de negócio jurídico inválido, por referir-se a ato nulo, que sabemos não admitir confirmação, em renovação de negócio jurídico nulo³¹⁶;
- 2) Contratos reais (*quoad constitutionem*) que dependam da entrega do bem para se constituírem, como o mútuo, comodato e depósito, quando não entregues os bens, convertidos em contrato-promessa³¹⁷;
- 3) Contrato de venda e compra de bens que exijam forma especial, por desobediência a forma e característica nulidade, convertidos em contrato-promessa³¹⁸;
- 4) Constituição de propriedade a termo, ou seja, transmissão da propriedade sob condição resolutiva, ferindo-se a taxatividade dos direitos reais conhecidos, convertida em instituição de usufruto, uso ou habitação³¹⁹;

³¹³ “o registro predial, no sistema jurídico português, só a título excepcional tem efeitos constitutivos: a grande regra é a de a de a sua eficácia ser consolidativa ou enunciativa. Isto significa que os direitos (reais) emergentes de negócios jurídicos se adquirem ou constituem por mero efeito deste [cfr. arts. 408.º, nº 1, 879.º, al. a), 954.º al. a), e 1317.º, al. a), do C. Civ.], e valem, por isso, independentemente do registro.” (*ibid.* – p. 874.).

³¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo – **Contratos** – 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. ISBN 85.309.1958-0. p. 293.

³¹⁵ LEI Federal nº 10.406/2002.

³¹⁶ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 778. e ss.

³¹⁷ *ibid.* – p. 806. e ss. (na hipótese, Del Nero complementa a idéia do mútuo convertido também em contrato de abertura de crédito. - *op. cit.* - DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – p. 436.).

³¹⁸ *ibid.* – p. 823. e ss.

5) Alienação de parte especificada de bem comum, pelo comproprietário, gratuita ou onerosamente, em alienação de quota-ideal, levando-se em conta, oportunamente, que não se pode simplesmente levar em conta uma vontade conjectural pelo adquirente oneroso, de que teria querido a parte ideal, sendo que para ele talvez somente importasse a parte especificada pelo contrato e, talvez por isso, não lhe seja interessante a conversão³²⁰;

6) Cessão ineficaz de crédito, em relação aos terceiros, já que não registrada ou dada a publicidade necessária à cessão, embora pese gerar efeitos *inter partes*, convertida em mandato³²¹;

7) Contrato de trespasse de estabelecimento comercial, incluídos bens imóveis, sem observância da forma pública, convertido para transmissão de bens móveis³²², embora sustentável opinião de tratar-se de hipótese de redução e não propriamente de conversão, onde, *in casu*, deveria sim ser convertido em contrato-promessa de transmissão dos bens imóveis;

8) Penhor sem observância das formas previstas, instrumentais e registrais, convertido em direito de retenção³²³;

9) Nulidade de constituição de usufruto, por defeito de forma, ou falta de registro (Brasil), ou mesmo da alienação do próprio direito de usufruto, inalienável por essência, convertida em cessão de direito de exercício³²⁴;

10) Renúncia de direitos reais ou a elementos do conteúdo dominial ou do direito de propriedade não previstos em lei, especialmente se houver algum elemento “bilateralizante”, convertido em constituição de servidão³²⁵;

11) Aquisição de garagem em prédio vizinho, com ofensa aos limites legais que impõem a venda exclusivamente aos condôminos, e somente quando não se atribua fração ideal de terreno, exclusivamente em se tratando de imóvel limítrofe, convertida em servidão³²⁶;

³¹⁹*op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 851. e ss.

³²⁰*ibid.* – p. 854. e ss.

³²¹*ibid.* – p. 866. e ss.

³²²*op. cit.* – DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – p. 422/423.

³²³*ibid.* – p. 423/424.

³²⁴*ibid.* – p. 424/425.

³²⁵*ibid.* – p. 425.

³²⁶*ibid.* – p. 425/426.

12) Constituição de renda sobre imóveis, com a morte da pessoa beneficiada dentro do prazo de trinta dias (art. 808 do Código Civil Brasileiro atual, e art. 1425 do CC revogado), o que torna o contrato nulo, convertido em usufruto, gerando efeitos então enquanto ainda vivo o favorecido³²⁷;

13) Doação de bens inalienáveis, por falta de legitimidade decorrente da falta de poder de disposição³²⁸, ao que acrescentamos a inalienabilidade por convenção ou por lei, como quando existirem cláusula de inalienabilidade, ou inferioridade de módulos urbanos ou rurais, convertida em instituição gratuita de usufruto, direito real de uso ou direito real de habitação;

14) Constituição de direito real de preferência ou de retrato, quando constituídos em instrumentos posteriores à compra e venda, sendo estes nulos, valendo como atributivo de direito obrigacional de retrovenda ou de prelação³²⁹;

15) Cessão de direitos incessíveis, com instrumento de cessão e entrega dos títulos nominativos e intransferíveis, pode configurar, ainda que nula a cessão, penhor de direitos ou de títulos de crédito³³⁰;

16) Cessão de créditos incessíveis, como os alimentares e trabalhistas, convertida em procuração, como negócio jurídico unilateral, ou como contrato de mandato, para que o representante exerça os direitos creditórios³³¹;

17) Venda de bem imóvel com reserva de domínio³³² é nula no Brasil³³³, mas perfeitamente válida em Portugal³³⁴, convertida em pré-contrato, contrato preliminar ou compromisso de compra e venda³³⁵;

³²⁷*op. cit.*- DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – p. 428.

³²⁸*ibid.* – p. 428.

³²⁹*ibid.* – p. 428/429.

³³⁰*ibid.* – p. 429.

³³¹*ibid.* – p. 430/431.

³³²“convenção pela qual o alienante reserva para si a propriedade da coisa, até o cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte, ou até a verificação de qualquer outro evento.” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Garantias das obrigações** – 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2012. ISBN 978.972.40-4977-9. p. 224.).

³³³“De acordo com o artigo 521, do Código Civil, a modalidade da reserva de domínio consiste em pacto adjeto à compra e venda em que o vendedor mantém consigo a propriedade da coisa móvel sob a condição suspensiva do pagamento integral das prestações pelo comprador.” (FARIAS, Cristiano Chaves de Farias e ROSENWALD, Nelson – **Curso de direito civil, direitos reais** – v. 5., 8. ed., ver. ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2012. p. 592.).

18) Cessão de direito de voto em sociedade, incessível senão com as próprias quotas, convertida em mandato com poderes para o exercício do direito de voto³³⁶;

19) Títulos cambiais nulos, convertidos em promessa de pagamento, ou cessões nulas de títulos de crédito, também em promessa ou em reconhecimento ou confissão de dívida³³⁷;

20) Endosso irregular de títulos à ordem convertidos em cessão de crédito civil, com a necessidade então de notificação ao devedor³³⁸;

21) A doação “*causa mortis*” convertida em legado³³⁹;

22) Testamento nulo convertido em codicilo, especialmente se não contida a chamada “cláusula codicilar”, posto que no caso haveria vontade real e originária alternativa³⁴⁰;

23) Renúncia antecipada da prescrição, que somente seria possível após o transcurso do prazo prescricional, ou seja, após a consumação da prescrição, convertida em causa interruptiva do curso do prazo prescricional³⁴¹;

24) Compra e venda de imóvel com cláusula de retrovenda, em caso de simulação, pode ser convertido em mútuo com garantia hipotecária³⁴²;

25) A venda de um imóvel inteiro por que somente for titular de metade ideal do imóvel, ou de parte certa e determinada, como já ponderamos, pode ser convertida em venda de quota ideal, a despeito do fato de que na última hipótese poderia estar presente a redução³⁴³. Este entendimento também é esposado por Teresa Luso Soares, ao tratar de conversão de negócio jurídico ineficaz em relação aos demais

³³⁴“A cláusula de reserva de propriedade (*pactum reservati dominii*) se apresenta normalmente nas alienações de coisas móveis e a sua função econômica é a de garantir o crédito do vendedor, caso o comprador não pague o preço ou parte dele.” (VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, Efeitos dos contratos (Princípios gerais), **Boletim do Ministério da Justiça**, nº 74, Março, 1958, p. 333-369.).

³³⁵*op. cit.*- DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – p. 432.

³³⁶*ibid.* – p. 437.

³³⁷*ibid.* – p. 440.

³³⁸*ibid.* – p. 441.

³³⁹*ibid.* – p. 441/443.

³⁴⁰*ibid.* – p. 44e/444.

³⁴¹*ibid.* – p. 446.

³⁴²*op. cit.* - AZEVEDO, Antônio Junqueira – **A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático** – p. 21.

³⁴³*op. cit.* - VAZ, Albino Anselmo – **A conversão e a redução dos negócios jurídicos** – p. 44.

comproprietários, que pode converter-se se contiver os requisitos de substância e de forma da alienação da quota ideal;³⁴⁴

26) A outorga de propriedade de bens públicos por pessoas estatais a outras pessoas públicas, ou mesmo para pessoas naturais, fora dos casos previstos constitucionalmente ou na lei, pode se converter em concessão de direito real de uso ou direito real de habitação.

27) Questão polêmica é da eventual possibilidade da conversão de casamento inválido em união estável ou direito convivencial. Há reserva doutrinária e jurisprudencial substantiva no Brasil sobre a hipótese, ao que nos filiávamos no primeiro momento, sobretudo pelo fato de que a união estável se configura como ato/fato jurídico, enquanto casamento possui natureza jurídica negocial, ainda que *sui generis*, respeitadas todas as construções dogmáticas não concordantes com estas classificações.

Entretanto, se considerarmos a possibilidade de um suporte fático da união *more uxore*, somado a um casamento realizado e que tenha sua invalidade reconhecida, não enxergamos óbice à conversão, atribuindo-se efeitos sucedâneos de união estável, com toda sua expressão social hodierna.

Assim, a instrumentalização do casamento se transformaria em instrumentalização de união estável, com o regime de bens escolhido e com os direitos próprios da relação convivencial, que são ainda consideravelmente distintos dos direitos decorrentes das relações casamentárias.

Cientes de que as uniões estáveis dispensam instrumentos formais, mas nada impede que se resolva por elaborar algum instrumento publico ou até mesmo particular, estipulando-se regras peculiares, ou apenas dando maior notoriedade ou repercussão ao que já deve ser socialmente manifestado pela união de fato. Seria neste contexto a viabilidade da conversão.

Evidentemente a questão toma maior ou menor relevo, se houver opção para uma atribuição de natureza jurídica de mero fato jurídico às uniões estáveis, o que afastaria, ao menos teoricamente a conversão, como já verificado.

Como dito anteriormente, não buscamos uma exposição sistemática e dividida por disciplinas específicas, mas tão somente uma apresentação dos casos mais reincidentes e de

³⁴⁴ *op. cit.* - SOARES, Teresa Luso – **A conversão do negócio jurídico** - p. 65.

mais palatável compreensão, como podemos verificar, inclusive, nas lições de Pontes de Miranda:

“Começa pela visão geral dos atos formais (ou solenes) que, em regra, ao se invalidarem por deficiência de forma podem se converter em outro que não reclame o mesmo rigor de solenidade, como se dá com: a) a letra de câmbio ou a nota promissória, que, nulas por vício de forma, podem valer como recibo ou confissão de débito; b) a cessão de crédito, quando insuscetível de transferência, pode valer como procuração; c) a compra e venda que, referindo-se a prédio futuro pode, na inviabilidade de uma condição suspensiva, ser convertida em contrato de opção; d) se a compra e venda for nula como tal, pode converter-se em promessa de compra e venda; e) se entre proprietários de dois apartamentos se vende o direito de usar certa serventia inseparável da unidade, pode haver conversão para servidão, etc.”³⁴⁵

Estes seriam exemplos outros de conversão, ainda que o grande Mestre tenha iniciado sua abordagem por exemplificar hipótese de conversão formal e não material, com o que não se pode concordar, *data máxima vênia*, seguindo-se de alguns exemplos já tratados linhas atrás.

5.7– Jurisprudência

Conforme já sublinhado anteriormente, e por razões claras de desenvolvimento científico sobre o assunto, assim como de experiência legislativa do tema de maneira mais precoce, trazemos ao trabalho alguns exemplos jurisprudenciais portugueses, não sem antes apontar uma crítica do Professor Cordeiro Menezes, para depois colacionar jurisprudências mais escassas do Brasil.

“O funcionamento prático da conversão tem sido entravado por pressupostos legalistas e conceptuais. Assim, em STJ 8-abr-1969, recusou-se a conversão de uma adoção (não reconhecida à luz do Código de Seabra) em doação *mortis causa*, por se tratar de um negócio inexistente e não nulo: uma pura violência, dado ser claríssima e lícita a vontade das partes aí envolvidas. Posteriormente, a maioria das invocações de conversão tem a ver com o aproveitamento de contratos, nulos por falta de forma, na modalidade dos correspondentes contratos-promessas. Tem havido alguma dificuldade em manusear o instituto: as partes interessadas ora omitem os elementos necessários à determinação da vontade hipotética, ora não invocam a própria conversão, a qual não é de conhecimento oficioso. Mas também se exacerba o

³⁴⁵ MIRANDA, F. C. Pontes de – **Tratado de Direito Privado** – 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1958, t. IV, § 377. p. 70.

aspecto conceptual da forma: a conversão poderia levar à frustração do fim da lei ao sujeitar certos negócios a escritura pública. Não é assim: se o “negócio” resultante da conversão não estiver sujeito a escritura, nada haverá a objetar. A vontade hipotética ou conjectural tem sido sublinhada. Em data mais recente, o Supremo tem vindo a acolher a conversão, para ressaltar contratos formalmente nulos: é invocada a justiça e o sistema e a necessidade de uma “re-valorização” (Carvalho Fernandes), em nome do fim económico-social. Trata-se de uma via animadora.”³⁴⁶

Em pesquisa na base de jurisprudências do Supremo Tribunal de Justiça Português pudemos encontrar farto material sobre a conversão, como por exemplo, as que convertem o contrato de trespasse em promessa de trespasse, ou daquele que nega a conversão de transmissão de ações nominativas por ausência de pedido neste sentido, ainda que viável fosse a conversão:

Interpretação do negócio jurídico

Negócio formal

Matéria de direito

Matéria de facto

Conversão do negócio

Trespasse

I - Nos negócios formais, se o sentido da declaração não tiver reflexo ou expressão no texto do documento, ele não pode ser deduzido pelo declaratório e não deve por isso ser-lhe imposto.

II - Constitui matéria de direito a interpretação da declaração negocial.

III - A interpretação das cláusulas contratuais só envolve matéria de facto quando importa a reconstituição da vontade real das partes, constituindo matéria de direito quando, no desconhecimento de tal vontade, se deve proceder de harmonia com o disposto no n.º 1 do art.º 236, do CC.

IV - O pressuposto da conversão do negócio jurídico assenta na constatação de vícios, como é o caso da nulidade formal, que ponham em causa a sua eficácia; os seus requisitos são objectivos e subjectivos.

V - A causa jurídica do negócio sucedâneo vai mergulhar as suas raízes nos elementos fácticos tradutores do comportamento negocial, assim se obtendo minimamente o fim prático que as partes procuravam realizar com o negócio nulo.

VI - O requisito subjectivo repousa na vontade conjectural ou hipotética das partes, que terá de ser o reflexo da ponderação dos interesses em presença, depois de passar pelo crivo da boa fé: positiva ou negativamente, impondo ou impedindo a conversão.

³⁴⁶*op. cit.* - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil** – p. 956/957.

VII - Embora uma declaração represente o reconhecimento, por ambas as partes, de um trespasse já concretizado - uma recebeu o preço, a outra entrou na posse do estabelecimento - é razoável supor que teriam querido o negócio sucedâneo, o contrato-promessa de trespasse, se houvessem previsto a nulidade formal do contrato de trespasse.

N.S.

11-01-2001

Revista n.º 3251/00 - 1.ª Secção

Garcia Marques (Relator)

Ferreira Ramos

Pinto Monteiro

Acções nominativas

Transmissão de título

Nulidade

Abuso do direito

Conversão

I - O negócio jurídico pelo qual se pretenda transmitir a titularidade das acções nominativas só é valido com a declaração do transmitente escrita nos títulos, pertence lavrado nos mesmos e averbamento no livro das acções da sociedade.

II - As acções vistas como partes sociais e como títulos que as incorporam, documentam e materializam, continuarão a pertencer ao transmitente se e enquanto não ocorrer a celebração do contrato com observância da forma legal.

III - Uma vez que a observância do formalismo legal preterido é da especial responsabilidade do transmitente, já que é a ele que cabe ter os títulos e lavrar neles a declaração de transmissão e de pertence, não há abuso do direito por parte dos réus que invocam a nulidade do negócio por falta de forma.

IV - Não tendo a recorrente, nos articulados, pedido a conversão do negócio nulo, não podia o Tribunal decretá-la.

V.G.

22-02-2001

Revista n.º 44/01 - 7.ª Secção

Sousa Inês (Relator)

Nascimento Costa

Dionísio Correia

Também encontramos decisões que estabelecem ser questão de direito a análise sobre a convertibilidade e sobre a vontade conjectural ou hipotética das partes, além de outra que reafirma não poder ser a conversão declarada de ofício:

Conversão do negócio

Vontade dos contraentes

Matéria de direito

A determinação da vontade conjectural ou hipotética das partes consubstanciada em saber se face às circunstâncias do caso, não podendo as partes celebrar a compra e venda do imóvel por simples escrito particular, quiseram, admitiram, celebrar uma promessa de compra e venda, envolve matéria de direito.

V.G.

08-05-2001

Revista n.º 838/01 - 6.ª Secção

Afonso de Melo (Relator)

Fernandes Magalhães

Tomé de Carvalho

Contrato-promessa de compra e venda

Contrato bilateral

Falta de assinatura

Nulidade

Redução

Conversão

Uniformização de jurisprudência

I - O recibo do sinal que foi pago pelo promitente comprador, subscrito pelo vendedor, documenta suficientemente a sua declaração de vontade de se obrigar a vender (art.º 217, n.º 2, do CC), mas não a da outra parte de se obrigar a comprar.

II - Não obstante as dúvidas de interpretação de que é susceptível, o Assento de 29-11-89 consagra a tese da conversão, e não a da redução.

III - Um contrato-promessa bilateral de compra e venda de um imóvel que se mostre subscrito apenas por uma das partes é totalmente nulo – não se pode decompor numa parte válida e numa parte viciada porque, tratando-se de contrato bilateral, deve estar documentado todo o acordo, como acordo sinalagmático que é.

IV - Sendo nulo o contrato-promessa bilateral assinado apenas por um contraente, se o não subscritor pretender, apesar disso, que o subscritor fique vinculado perante ele, em termos de unilateralidade, terá, então, de promover a conversão do contrato sinalagmático nulo numa promessa não sinalagmática válida.

V - Para tanto, terá de alegar e provar, nos termos do art.º 293 do CC, que o fim prosseguido pelas partes permite supor que elas teriam querido uma promessa unilateral, obrigatória apenas para o signatário, se tivessem previsto a nulidade da promessa bilateral entre si celebrada.

VI - Na conversão, há que atender à vontade hipotética ou conjectural das partes, que não deve ser surpreendida por um mero critério subjectivo, mas antes norteada pela ponderação dos interesses em jogo e pelos ditames da boa fé.

VII - O tribunal não pode decretar oficiosamente da conversão, sendo necessário que as partes a requeiram, em 1ª instância.

I.V.

23-10-2001

Revista n.º 2707/01 - 6.ª Secção

Azevedo Ramos (Relator)

Silva Salazar

Pais de Sousa

Pudemos ainda verificar a conversão de contrato verbal de alienação de parte de imóvel em constituição de sociedade civil, de sociedade comercial em sociedade civil com personalidade processual, e conversão de negócio eivado de erro, ou vício da vontade, em negócio válido, corroborando com o entendimento predominante em Portugal sobre a convertibilidade dos negócios anuláveis, e ainda a que proíbe a conversão se contrária à vontade hipotética das partes em partilha de herança:

Contrato atípico

Nulidade

Conversão

Sociedade civil

I - Estando provado que o autor marido e os réus celebraram entre si um contrato verbal, posteriormente ratificado pela autora mulher, em que aquele se obrigava a transmitir para a titularidade destes uma parcela de terreno, obrigando-se estes, por sua vez, a nele construírem um prédio com cave, rés do chão e 1.º andar, a expensas suas e, uma vez concluído o prédio e constituída a propriedade horizontal, a transmitir para a titularidade dos autores o 1.º andar, o contrato celebrado pelas partes, eventualmente nulo por vício de forma, pode ser convertido num contrato de sociedade civil (arts. 980.º e 981.º do CC), por força do preceituado no art. 293.º do CC.

II - Na realidade, autores e réus associaram-se para conseguirem construir um prédio de três pisos na parcela de terreno daqueles e para partilharem o resultado, cave e rés-do-chão para os réus e 1.º andar para os autores.

III - A contribuição dos autores consistiu na integração da sua parcela de terreno no logradouro do prédio dos réus; a contribuição dos réus consistiu no suporte dos custos dos materiais e mão-de-obra; os lucros, edifício com valor distinto do custo da mão-de-obra e materiais nele incorporados, seriam partilhados na forma acordada, duas fracções para os réus e uma para os autores.

IV - O contrato de sociedade pode ser constituído tão só para o exercício de uma actividade económica em comum, que se esgote num único projecto, sem continuidade.

22-03-2011

Revista n.º 226/1994.G1.S1 - 6.ª Secção

Salreta Pereira (Relator)

João Camilo

Fonseca Ramos

Contrato de sociedade

Sociedade comercial

Forma do contrato

Contrato verbal

Nulidade por falta de forma legal

Conversão do negócio

Sociedade civil

Personalidade judiciária

Sócio

Vinculação de pessoa colectiva

Formação do negócio

Negociações preliminares

Negócio jurídico

Contrato-promessa de compra e venda

Incumprimento do contrato

Culpa in contrahendo

Nulidade do contrato

Obrigação de restituição

Despesas

Benfeitorias

I - Encontrando-se acordada a constituição de uma sociedade comercial, embora o contrato ainda não tenha sido reduzido a escrito, mas já existindo, não se tratando apenas de uma falsa aparência de sociedade, a respectiva invalidade, por vício de forma, opera a conversão da sociedade comercial de facto em sociedade em forma civil, sem personalidade jurídica, mas com personalidade judiciária.

II - Tendo todos os sócios, nas sociedades civis, na falta de convenção em contrário, igual poder de administrar, e faltando à mesma a personalidade jurídica, não tendo, portanto, personalidade jurídica distinta dos sócios, a lei atribui a qualquer destes a plenitude dos poderes de administração e de gerência da sociedade, pelo que os actos praticados pelo sócio, em nome daquela, vinculam-na para com terceiros, por caberem no âmbito da sua legitimidade representativa ou poder de representação.

III - A questão da culpa na formação dos contratos não se coloca, a respeito dos negócios preliminares, cuja violação gera a responsabilidade própria do incumprimento de um contrato, mas antes, a propósito dos actos pré-negociais,

geralmente, destituídos de qualquer garantia contratual específica, excluindo-se, pois, da responsabilidade pré-contratual a hipótese de se tratar de um contrato-promessa.

IV - Estando subjacente ao pedido formulado um contrato-promessa, resultante de actos preparatórios que visavam a conclusão de um contrato de compra e venda, mas que nele perderam a sua identidade, autonomizando-se na figura do contrato-promessa, dotado que este se encontra de uma garantia contratual específica, está excluída a responsabilidade pré-negocial dos réus vendedores que romperam as negociações com vista à sua conclusão e venderam o bem a outrem.

V - O contrato-promessa bilateral de compra e venda, nulo por inobservância da forma legal, impõe, por força da declaração de nulidade, como consequência necessária, a restituição, por ambas as partes, daquilo que receberam, em virtude dessa invalidade contratual.

VI - Não podendo ser qualificadas como benfeitorias as despesas efectuadas na coisa prometida vender, com a qual o promitente-comprador não apresentava ainda qualquer ligação, não podem releva, na sequência da declaração de nulidade do negócio jurídico, por inobservância da forma legal.

15-11-2011

Revista n.º 175/06.5TBALJ.P1.S1 - 1.ª Secção

Helder Roque (Relator) *

Gregório Silva Jesus

Martins de Sousa

Acção de anulação

Ação de anulação

Base negocial

Erro

Vícios da vontade

Modificação

Alteração anormal das circunstâncias

Caducidade

I - Face à remissão contida no n.º 2 do art. 252.º do CC, o erro sobre a base negocial subjectiva tanto pode determinar um efeito resolutivo/anulatório do negócio (implicando a destruição retroactiva do negócio inquinado pela invalidade), como a menos gravosa modificação do conteúdo ou das cláusulas viciadas, reconfigurando-se equitativamente o seu conteúdo, de modo a permitir compatibilizar-se a invalidade existente com a subsistência da relação contratual afectada por vício da vontade de um dos contraentes.

II - Porém, a referida remissão para a disciplina constante do art. 437.º tem de ser vista com as necessárias adaptações, que tenham na devida conta a estrutural

diferenciação entre um negócio inválido por vício congénito da vontade de algum dos contraentes e um negócio juridicamente válido, mas cujo equilíbrio patrimonial e funcionalidade própria foram supervenientemente afectados por drástica alteração das circunstâncias envolventes.

III - É aplicável o prazo de caducidade de 1 ano, previsto na parte final do n.º 1 do art. 287.º do CC, a todas as pretensões que visem efectivar as consequências de um erro vício da parte, mesmo no caso peculiar de este ter incidido sobre a base negocial subjectiva, visando a parte obter, não a destruição total do negócio, mas apenas a sua conversão ou modificação, reconfigurando o seu conteúdo de modo a compatibilizar a ocorrência e o típico efeito retroactivo da invalidade com a subsistência do negócio

02-10-2014

Revista n.º 1060/11.4T2STC.E1.S1 - 7.ª Secção

Lopes do Rego (Relator) *

Orlando Afonso

Távora Victor

Ineptidão da petição inicial

Trânsito em julgado

Conversão do negócio

Partilha da herança

I - Não tendo transitado em julgado o despacho saneador ou a sentença (inexistindo aquele) deve – dada a natureza oficiosa do respectivo conhecimento – conhecer-se, no recurso de revista, da arguição de ineptidão da petição inicial, ainda que suscitada apenas perante a Relação.

II - Um dos requisitos condicionantes da admissibilidade da conversão do negócio jurídico consiste em a vontade hipotética ou conjectural das partes estar em sintonia com o sentido da conversão, o que deve ser averiguado perante as particularidades do caso concreto.

III - Não preenche tal requisito a subsistência duma escritura pública de partilha hereditária em que determinado bem, aí não inventariado, passa a estar incluído, com subsequente adjudicação a determinado herdeiro, se se provar que outros herdeiros e outorgantes da mesma escritura sempre desejaram para si a propriedade do bem excluído/omitido.

04-02-2014

Revista n.º 387/09.0TBVLN.G1.S1 - 6.ª Secção

Fernandes do Vale (Relator)

Ana Paula Boularot

Pinto de Almeida

Derradeiramente, com relação à pesquisa de decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, haveria a possibilidade de conversão de doação por morte em disposição testamentária se tivessem sido observadas as formalidades dos testamentos:

Doação

Doação mortis causa

Forma do testamento

Formalidades

Obrigações naturais

Mandato

Revogação

Caducidade

Relação jurídica subjacente

Testamento

Nulidade

Questão nova

Herança

Encargo da herança

I - O mandato é livremente revogável por qualquer das partes, não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação (n.º 1 do art. 1170.º). Porém, se o mandato tiver sido conferido no interesse do mandatário ou de terceiro, não pode ser revogado pelo mandante sem acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa (n.º 2 do mesmo artigo).

II - Por «interesse do mandatário e de terceiro», nos termos do art. 1170.º, n.º 2, não basta a ocorrência de uma qualquer vantagem económica do mandatário ou do terceiro, sendo que a simples retribuição não constitui critério para a determinação desse interesse. Será necessário que esse interesse se relacione e esteja em conexão com o próprio mandato e se verifique um benefício do mandatário (ou de terceiro) derivado de “um direito próprio a fazer valer conexionado com o próprio encargo e o mandato seja a condição, ou a consequência ou o modo de execução do direito que lhe pertence, ou represente então para o mandatário uma garantia do próprio direito”.

III - Em paralelo com este art. 1170.º, n.º 2, estabelece o art. 1175.º que “a morte, interdição ou inabilitação do mandante não faz caducar o mandato, quando este tenha sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro...”, constituindo esta disposição uma excepção ao disposto no art. 1174.º, al. a), que estabelece que o mandato caduca por morte (ou interdição) do mandante ou do mandatário. Aplicando a esta norma o que se afirmou em relação ao art. 1170.º, n.º 2 (revogação do mandato), o mandatário ou terceiro será titular de um interesse no negócio por existir uma relação subjacente justificativa do mandato, constituindo este a forma de a efectuar.

IV - Foi em sequência e, por causa, da intenção do falecido em querer compensar as suas empregadas após a sua morte, que a ré efectuou as indicadas transferências bancárias no valor de € 25 000 para cada uma delas, tendo-o feito não propriamente em resultado de uma pura vinculação jurídica justificativa do mandato, mas sim por razões de ordem moral e social, ou seja no cumprimento de uma obrigação natural.

V - A doação em causa subverte as normas atinentes ao direito das sucessões, cujas normas são, em regra, imperativas. Do art. 946.º, n.º 1 e n.º 2, resulta que as doações por morte são, em regra, proibidas. Todavia, as doações a produzir efeitos após a morte do doador serão permitidas, desde que tenham sido observadas as formalidades do testamento.

VI - A proibição da doação por morte é estabelecida pela lei de forma a possibilitar ao autor da sucessão a disponibilidade dos seus bens enquanto vivo, em paralelo com as disposições testamentárias em que a regra é (precisamente) a da sua revogabilidade (art. 2179.º, n.º 1), não podendo o testador, inclusivamente, renunciar a tal faculdade (tendo-se por não escrita qualquer cláusula que contrarie a faculdade de revogação (art. 2311.º, nos 1 e 2).

VII - A doação por morte poderá ser havida como disposição testamentária se tiverem sido observadas as formalidades dos testamentos (n.º 2 do art. 946.º). Neste caso, haverá a conversão do negócio nulo num negócio de tipo diferente, de harmonia com o disposto no art.

Sumários de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

Secções Cíveis

Boletim anual – 2016

Assessoria Cível

498

293.º. Relevante será a circunstância de as formalidades do testamento, no negócio diverso, sejam observadas.

VIII - Dado que nas doações em exame as formalidades atinentes ao testamento não foram observadas (as disposições monetárias a favor das ditas empregadas foram meramente verbais), não poderão deixar de serem consideradas nulas.

IX - As questões relativas aos valores devidos às referidas empregadas a título de salários e subsídios e correspondente liquidação e quanto às despesas com o funeral, são questões novas já que o tribunal recorrido não se pronunciou sobre elas e, por isso, não sendo do conhecimento oficioso, este Supremo Tribunal não teria que se pronunciar sobre elas.

X - Mas mesmo que assim não fosse sobre os valores devidos às referidas empregadas a título de salários e subsídios que a recorrida lhes terá pago, tratando-se tais despesas de dívidas do falecido, a herança responde por elas, como decorre do art. 2068.º, pelo que tendo a recorrida pago essas dívidas com meios da herança do falecido, mais não fez do que dar cumprimento ao que dispõe a disposição legal

evidenciada. É certo que a administração da herança pertence ao cabeça de casal, como resulta do disposto no art. 2079.º. Mas, para além de não se saber se, na realidade, o autor foi designado e tomou posse de tal cargo (os factos assentes são omissos quanto a tal circunstância), o facto de ter sido a recorrida a solver os ditos encargos da herança (e não o autor como cabeça de casal), constituirá mera irregularidade formal, sem interesse para aqui considerar, dado que tal não desmente o que (substancialmente) estabelece o dito art. 2068.º.

13-09-2016

Revista n.º 986/12.2TBCSC.L1.S1 - 1.ª Secção

Garcia Calejo (Relator) *

Helder Roque

Gabriel Catarino

Realmente não é tarefa fácil a pesquisa de decisões e de jurisprudência consolidada no Brasil sobre o assunto da conversão dos negócios nulos, mais ainda sim pudemos encontrar subsídios significativos.

De maneira mais remota, citamos acórdão de 1974, que decidiu pela conversão de testamento nulo em codicilo³⁴⁷, e mais remotamente ainda, do ano de 1963, na conversão de compromisso de compra e venda de imóvel em promessa de transferência de enfiteuse, pois a promitente não poderia prometer além daquilo que titularizava.³⁴⁸

Interessantes os argumentos utilizados neste último acórdão, pois admitiu ser a promessa de alienação do imóvel apenas ineficaz em sentido estrito, e não nulo, porque poderia ainda a enfiteuta adquirir a propriedade plena até o momento do adimplemento, ou até mesmo de tratar-se de hipótese de redução do objeto ou do conteúdo do negócio jurídico, de domínio pleno para domínio útil.

Também no Brasil já temos decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça aplicando a conversão, após a inclusão da conversão no Código Civil Brasileiro, sendo a primeira jurisprudência colacionada referente a uma conversão de doação em contrato de mútuo, posto que ficou decidido que o intento prático das partes o empréstimo para ser recobrado posteriormente, independentemente da qualificação dada ao negócio:

³⁴⁷ SCHMIEDEL, Raquel Campani – **Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias** – São Paulo, 1981, p. 73.

³⁴⁸ Revista dos Tribunais, ano 52, volume 328 (fevereiro de 1963), São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 1963, p. 586-589.

EMENTA 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. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.225.861 - RS (2010/0207570-4)**
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI – 22 de abril de 2014.

Segue-se outra decisão envolvendo a conversão da alienação de terras por Ente Federativo no Brasil, transferência a *non domino*, para concessão ou legitimação de uso sobre terras públicas, mas não como transferência de domínio:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 557, § 1.º, DO CPC. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. DISCUSSÃO ACERCA DO DOMÍNIO. EXEGESE DO ART. 34 DO DECRETO-LEI N.º 3.365, DE 21.06.1941. TERRAS DE FRONTEIRA. ESTADO DE SANTA CATARINA. 1. A alienação pelo Estado da Federação de terras de fronteira pertencentes à União é considerada transferência

a non dominio, por isso que nula. 2. É máxima jurídica sedimentada que "ninguém pode transferir o que não tem", tampouco a entidade pública pode desapropriar bem próprio (*nemo plus iuris transfere ad alium potest quam ipse habet*). 3. Deveras, a doutrina de Carnelutti na sua Teoria Geral do Direito, acerca do ato jurídico inexistente aduz que: "Oposto a eficácia do ato e, em geral, do fato, que procede, não da sua perfeição mas da sua imperfeição, é a sua ineficácia. Ineficácia do ato material e inexistência do ato jurídico são designações equivalentes. É a segunda a preferida na prática, em matéria de ato ilícito e, em geral, de atos não imperativos, em vista de estes atos serem praticados com um fim prático, independente da sua eficácia jurídica. Quando faltam os requisitos dessa eficácia, diz-se então, simplesmente, que não existe ato jurídico, ou que o ato material não constitui ainda um ato jurídico. Tal é, particularmente a fórmula adotada pelo Código de Processo Penal, onde se declara, para o caso de existir o ato material mas ser desprovido dos requisitos jurídicos, que o fato não constitui infração (a chamada Declaração de inexistência da infração: art. 479 do CPP). Quanto aos atos imperativos, quando existe o ato material mas falta algum dos seus requisitos jurídicos, é uso chamar à ineficácia nulidade, designação diversa que tem como razão o fato de em tais atos a consecução do seu fim prático depender da sua eficácia jurídica, o que faz com que a ineficácia os torne inúteis, isto é, os anule por completo. O aforismo *nullum est quod nullum producit effectum* teria, pois, mais sabor se o invertêssemos; a nulidade é que é a expressão da inutilidade, e não vice-versa. Por outro lado, a inexistência deveria aqui significar, não propriamente a inexistência dos elementos jurídicos, mas dos elementos materiais do ato. Em breve veremos, porém, que há necessidade de alterar o conceito de inexistência. (Ed. Lejus, 2000, p. 484 e 161). 4. O novel Código Civil, ao versar a política das nulidades, erigiu regras que revelam que a nulidade absoluta e a inexistência jurídica são denominações que revelam a mesma essência conceitual. Assim é que dispõem os arts. 166, 168 e 169, verbis: Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. 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. Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo. 5. A doutrina do novo ordenamento é assente no sentido de que: "A impossibilidade do objeto refere-se, essencialmente, ao aspecto físico ou jurídico. Por impossibilidade física do objeto compreende-se tudo o que o homem não pode realizar por suas próprias forças, impedindo pelas leis naturais. O aspecto jurídico diz respeito ao objeto incompatível com o ordenamento jurídico, seja por determinação da lei ou de disposição negocial. Indeterminável é o objeto que não pode ser determinado,

faltando no conteúdo da declaração os requisitos para tornar possível a prestação" (Gustavo Tepedino et. al. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Vol. I. Renovar, p.310). No mesmo sentido, a doutrina atual do tema em contradição: Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia , 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2002; Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio Jurídico e Declaração Negocial , São Paulo, 1986; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. I, 20. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004; Carlos Alberto da Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, 3. ed., Coimbra Editora, 1999; Clovis Bevilacqua, Código Civil Comentado , 10. ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953; Francesco Ferrara, A simulação dos Negócios Jurídicos, São Paulo, Saraiva, 1939; Francisco Amaral, Direito Civil, 5. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003; J.M. Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado , vol. III, 9. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1963; João Alberto Schützer Del Nero, Conversão Substancial do Negócio Jurídico , Rio de Janeiro, Renovar, 2001; José Beleza dos Santos, A Simulação em Direito Civil, Coimbra, 1955; Leonardo de Andrade Mattietto, Invalidade dos Atos e Negócios Jurídicos, in Gustavo Tepedino (coord.), A Parte Geral do Novo Código Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2002; Luís Cabral de Moncada, Lições de Direito Civil, 4. ed., Coimbra, Almedina, 1995; Marcos Bernades de Mello, Teoria do Fato Jurídico: Plano de Validade , 4.ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2004; Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo Curso de Direito Civil, vol. I, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2003; Pietro Perlingieri, Perfis do Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 1999; Régis Velasco Fichtner Pereira, A Fraude à Lei, Rio de Janeiro, Renovar, 1994; Renan Lotufo, Código Civil Comentado , vol. I, São Paulo, Saraiva, 2003; Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil, vol. 1, São Paulo, Atlas, 2001; Sílvia Rodrigues, Direito Civil, 34. ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

6. A adequação da realidade normativa à realidade prática denota que a ação de desapropriação por interesse social restou como a única demanda possível, posto ensejar imissão imediata na posse pela União, atingindo o escopo judicial da paz social, in casu, a crise fundiária legal entre os assentados e os ilegalmente titulados.

7. Inocorre julgamento extra petita na análise do domínio, no bojo da presente ação, porquanto há, em verdade, impossibilidade jurídica de o titular expropriar bem próprio, o que encerra figura assemelhada à confusão.

8. Deveras, não cabe ao ente público expropriar e indenizar aquilo que lhe pertence, ou, ainda, ao Incra indenizar área pertencente à União.

9. In casu, cuida-se de milhares de ações de desapropriação em curso na Justiça Federal do Estado Santa Catarina, cuja discussão dominial assume relevância amazônica, impondo-se o afastamento do óbice em enfrentar a legitimidade dos títulos, sob pena de resultar em nefastas consequências aos entes envolvidos - expropriados, Incra, União e Ministério Público, como, v.g., duplicação do número de ações no judiciário e enriquecimento sem causa, com prejuízos incalculáveis, segundo relatado pelo juízo de primeira

instância. 10. Destarte, o afastamento da orientação jurisprudencial dominante torna-se, na hipótese, medida imperiosa, sem caracterizar violação à uniformização, porquanto a dúvida quanto à legitimidade dos títulos é real e concreta, demonstrável prima facie evidente, inclusive com orientações firmadas há décadas pelo Pretório Excelso, verbis: "TERRAS DE FAIXA DE FRONTEIRA. LEI N. 2.597 DE 12-9-55. ESSAS TERRAS PERTENCEM AO DOMÍNIO DA UNIÃO. OS ESTADOS DELAS NÃO PODEM DISPOR". (...) Ora, no caso concreto, a justiça paranaense fez reverter para o Estado, as terras outrora vendidas à recorrente e integrantes da referida faixa. É verdade que essas terras foram vendidas pelo Estado, mas, isso significa que os seus títulos estão sujeitos à ratificação e retificação pela União que, no exercício do seu juízo discricionário, dirá se esses títulos continuam ou não continuam a ser válidos, através do reconhecimento que processar da legitimidade da concessão feita. E, as terras pertencem, incontestavelmente, ao domínio da União. É faixa de fronteira reservada expressamente há mais de um século aos serviços de defesa nacional, faixa esta, que hoje passou a ser de 150 Km, como em 1850 era de dez léguas". (STF - RE. 52331/PR. Min. Hermes Lima, DJ. 10.09.1963. 11. No mesmo sentido: "TERRAS DEVOLUTAS. FAIXA DE FRONTEIRA. CONCESSÃO FEITA PELO ESTADO. RESCISÃO. - As terras devolutas situadas na faixa de fronteira são bens dominicais da União. - As concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelo Estado anteriormente à vigente Constituição, devem ser interpretadas legitimando o uso, mas não a transferência do domínio, em virtude de manifesta tolerância da União e de expresse reconhecimento de legislação federal. - O Estado concedente de terra devoluta na faixa de fronteira é parte legítima para rescindir os contratos de concessão com ele celebrados, bem como para promover o cancelamento de sua transcrição no Registro de Imóveis". (STF - ERE. 52331/PR, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, DJ. 30.03.1964) TERRAS DEVOLUTAS DE FRONTEIRA. NULIDADE DA VENDA PELO ESTADO MEMBRO. USUCAPIÃO DO DECRETO LEI 9.760/46. INAPLICABILIDADE DA LEI 2.437/55. I - As terras situadas na faixa ao longo das fronteiras nacionais, na largura prevista na Lei 601/1850 e Decreto 1318/1854, em princípio, são do domínio da União, não sendo válidas as vendas delas feitas por Estados-Membros, aos particulares, ressalvadas as exceções do art. 5º, do Decreto Lei n.º 9.760/1.946. II - Os bens públicos imóveis da União não podem ser adquiridos por usucapião (C.C, art. 67; Dec. 22.785/33; Decreto Lei 9.760/46, art. 200) ressalvados os casos de praescriptio longissimi temporis, a de 40 consumado antes de 1.917, e os do art. 5ª, "e", do Decreto Lei 9.760/46. III - A lei 2.437/55, como disposição geral, não alterou o prazo de 20 anos da disposição especial do art. 5º, "e" do Decreto Lei nº 9.760/46".(STF - ACO. 132/MT. Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ. 09.11.1973) 12. A ratio essendi do art. 34, do Decreto-lei n.º 3.365/41 pressupõe disputa de preço e não controvérsia ab origine sobre se o expropriante titular do domínio pode

expropriar res própria. 13. Agravo regimental desprovido. **AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.104.441 - SC (2008/0250707-4) RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX – 01 de junho de 2010.**

Realmente a questão da regularização fundiária é de extrema importância, sobretudo em países em desenvolvimento e com desigualdades sociais gritantes, como é o caso do Brasil, especialmente porque completamos um século de constitucionalização do caráter social da propriedade, com a promulgação das constituições Mexicana de 1917 e alemã de 1919, e ainda estamos muito distantes de uma distribuição perto de ser equânime.

O último julgado colacionado representa uma preocupação com o tema, e tenta resolver o dilema entre a preservação dos bens e do patrimônio público, em contrapartida aos interesses individuais daqueles que não possuem o mínimo existencial, temas, entretanto, que escapam do nosso foco de pesquisa.

5.8 - Questionamentos e sugestão *de Lege Ferenda*

1) APLICA-SE A CONVERSÃO AOS ATOS JURÍDICOS?

Existe divergência substantiva³⁴⁹ sobre a aplicação da conversão aos atos meramente lícitos, ou atos jurídicos em sentido estrito, ao que arriscamos em dizer que sim, já que aos atos jurídicos se aplicam, quando houver compatibilidade, as mesmas regras e princípios aplicados aos negócios jurídicos em geral.

Há contenda científica substantiva sobre a natureza jurídica da adoção, ora reconhecida como negócio jurídico, ora estabelecida como ato jurídico³⁵⁰, ao que arriscamos

³⁴⁹ João Alberto Del Nero menciona em sua obra as afirmações paradoxais de Pontes de Miranda, que propões que “a conversão ordinariamente se refere a negócios jurídicos. Pode dar-se, também, quanto a atos jurídicos e atos de autoridades públicas” e de Emilio Betti que sustenta que “não tem aplicação [a conversão] no ato jurídico em sentido estrito, para o qual aquele princípio [da conservação] não vale.” (*op. cit.*- DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** –p. 292.)

³⁵⁰ “Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.” (DINIZ, Maria Helena – **Curso de direito civil brasileiro** – v. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 483.

nos filiar, ainda que titubeantes, tendo em vista que os efeitos estão preestabelecidos pelas normas jurídicas, não restando quaisquer possibilidades de modulação dos mesmos.

Trazemos assim, ainda que fora de contexto, já que ultrapassada a colação de jurisprudências, mas que oportunamente nos serve de subsídio, decisão que converteu ato de declaração falsa que consubstanciou registro de nascimento em ato adotivo.³⁵¹

“REGISTRO CIVIL – Assento de nascimento – Retificação – Averbação do nome dos adotantes, como pais, e do nome dos pais deste, como avós – Retificação de nascimento para adoção – Apelação provida para esse fim. Ap. 8.767-1 – Jabuticabal – 2ª C. – j. 11.12.81 – rel. Des. João Del Nero – v.u.”³⁵²

Em breve síntese, o acórdão foi proferido para dar provimento parcial a um recurso de apelação, em sentença resultante de processo de negação de paternidade, promovida pelo avô paterno de criança registrada por seu filho e nora. Ao invés de providenciarem a adoção ou a legitimação adotiva na época, os “adotantes” simplesmente registraram criança como filho próprio.

Ao relatar o acórdão o Desembargador fez algumas considerações paradigmáticas sobre o tema ao estabelecer que a criança era “ser humano duplamente infeliz, pois que filho de pais desconhecidos e, agora, renegado, atraído por quem antes o recebera”, e mesmo o pai reconhecia a criança como filho. Assim, “verossímil a afirmativa da mãe (co-ré) no sentido de que resolveu adotar uma criança e obteve a aprovação do seu marido”, e fazendo referência ao curador da lide, “é indiscutível que houve uma adoção, embora o meio usado tivesse sido mais frontal, direto: o do registro.” Concluiu o acórdão que “apenas a forma foi errônea e imprópria para a adoção”, muito embora a questão da conversão não se reduza simplesmente a uma adequação formal, o espírito conservativo das manifestações de vontade resta bem evidenciado.

Aliás, já alertava Junqueira de Azevedo, sobre a hipótese de conversão de falsa declaração de paternidade e maternidade em legitimação adotiva ser viável, ainda que configurado o tipo criminal específico do artigo 242 do Código Penal Brasileiro.³⁵³ Ou seja, ainda que reprimida criminalmente a conduta, seu aspecto humanitário se sobrepõe.

³⁵¹ DEL NERO, João – **Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 197/199.

³⁵² **Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**, ano 16, volume 77 (julho e agosto de 1982), São Paulo: Lex Editora, 1982, pp. 212-213.

³⁵³ *op. cit.* - AZEVEDO, Antônio Junqueira de – **A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático** –p. 22.

Isto nos convida a reflexão de subsistirem ou não os consectários administrativos, civis ou criminais de um ato inválido, posto que um ato volitivo humano pode repercutir em várias esferas do direito, a partir do momento em que se aplica a conversão, tornando-o válido, o que abordaremos na questão subsequente.

Antes, porém, e para corroborar com a possibilidade da conversão de atos não negociais, trazemos considerações de Carvalho Fernandes, dizendo “que, embora sem grandes desenvolvimentos, a aplicabilidade da conversão a actos jurídicos não-negociais é tratada na doutrina, que lhe dá, em regra, resposta favorável.”³⁵⁴

Este autor invoca grandes outros autores portugueses para tratar da possibilidade da conversão aos quase-negócios jurídicos, ou “actos quase-negociais”, citando o artigo 295º do Código Civil Português, que manda aplicar aos “actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos, na medida em que a analogia das situações o justificarem, as mesmas regras dos negócios jurídicos”, dando exemplo a da perfilhação, nula por vício de forma, que não vale como tal, mas constitui presunção do nº 1, do artigo 1871º, do mesmo código.³⁵⁵

Disposição congênere encontramos no Código Civil Brasileiro, no artigo 185, que estabelece: “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.”

Ainda que o exemplo da perfilhação dado não seja o mais adequado para a realidade jurídica brasileira, tendo em vista que admite-se a perfilhação por diversas formas, e em caso de vício de forma, haverá perfilhação do mesmo modo, apenas com a adequação (não conversão) formal, parece-nos substantivo para nos auxiliar com a construção do raciocínio de aplicação da conversão aos atos jurídicos em sentido estrito, ou meramente lícitos.

2) A CONVERSÃO DE UM ATO OU NEGÓCIO JURÍDICO NULO TEM O CONDÃO DE AFASTAR AS CONSEQUÊNCIAS “SECUNDÁRIAS” OU “REFLEXAS” DA CONFIGURAÇÃO DA INVALIDADE, COMO POR EXEMPLO, O DEVER DE REPARAR O DANO, UMA PENALIDADE ADMINISTRATIVA OU UMA TIPIFICAÇÃO CRIMINAL?

³⁵⁴ *op. cit.* – FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – p. 423.

³⁵⁵ *ibid.* – p. 424/425.

Explicamos: a decretação de nulidade nem sempre é sanção suficiente³⁵⁶ e pode ser cumulada com outras penalidades, como podemos encontrar no parágrafo 2º, do artigo 697º do Código Português, que obriga a indenizar quando houver dolo ou má-fé, ou o artigo 1555º que acrescenta uma pena criminal para a burla, ou ainda o exemplo do artigo 1579º que cumula a indenização e a responsabilidade criminal.

Também importa para a presente reflexão a questão de que um mesmo ato pode repercutir em todas as esferas jurídicas, rendendo responsabilidade civil, criminal e administrativa ao mesmo tempo.

Razoável entendermos que a conversão de um ato ou negócio jurídico inválido, tornando-o válido poderia perfeitamente afastar a responsabilidade civil respectiva, posto que agora não haveria mais o substrato de invalidade que justificaria o dever de indenizar, e as próprias partes solicitaram a conversão, ou aquele que teria o direito potestativo de requerê-la.

Restaria ainda, mas não somente, a questão do conhecimento prévio da ilicitude que afasta a possibilidade da conversão, ao menos por aquele que a conhecia, conforme já considerado.

Porém, não merece a mesma sorte a conduta inválida ou ilícita que tenha repercutido criminal e administrativamente, tendo em vista que foram também preenchidos os elementos caracterizadores destas ilicitudes, com seus respectivos tipos legais incriminadores ou responsabilizadores:

“Um facto ilícito civil, administrativo, fiscal ou qualquer outro pode não ser ilícito penal, mas um facto ilícito penal nunca pode ser um facto permitido ou imposto por qualquer outro ramo do Direito, ou melhor, um facto ilícito penal não pode ser lícito para qualquer outro ramo do Direito.”³⁵⁷

Assim, embora pese poder ficar afastada a responsabilidade civil pela conversão do ato antes inválido, as responsabilidades criminal e administrativa em princípio se manteriam, salvo se o ato de converter acabar por redundar nalguma espécie de excludente própria de antijuridicidade.

³⁵⁶ SILVA, Sandra Della Pola da – **A teoria das nulidades no direito português e brasileiro** [Em linha]. R. Fac. Direito UFRGS, Porto Alegre, 9(1): 234-247, Nov., 1993, p. 237. [Consult. 24 Set. 2017]. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/68827/38927>.

³⁵⁷ SILVA, Germano Marques da – **Direito penal português: teoria do crime** – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 97-897-254-0458-4. p. 19.

Também devemos considerar os tipos criminais que dependam da configuração de algum instituto ou figura jurídica do direito civil material, como por exemplo, o crime de bigamia, que pressupõe casamentos contraídos pela mesma pessoa. Neste caso, pensamos haver a possibilidade da conversão e validação de uma das núpcias em união estável, por exemplo, ter o condão de afastar a tipificação criminal, muito embora continuariam os impedimentos impeditores de outro casamento.

Estas são as questões prejudiciais heterogêneas:

“São também chamadas de comuns ou imperfeitas (homogêneas) ou jurisdicionais ou perfeitas (heterogêneas). De forma concisa significa que questão prejudicial e a prejudicada (do processo principal) sejam ou não regidas pelo mesmo ramo do direito.”³⁵⁸

Evidentemente o tema é bastante amplo e árido, o que exige maiores estudos e reflexões, somados a embasamentos científicos mais precisos para se fazer qualquer tipo de afirmação peremptória, o que escapa de nosso propósito de apenas provocar e instigar o leitor deste trabalho.

3) SUGESTÃO DA INCLUSÃO DE UM PARÁGRAFO AO ARTIGO 170 DO CC BRASILEIRO PARA MELHOR DELIMITAR E EXPLICAR A CONVERSÃO, INCREMENTANDO SUA APLICABILIDADE.

Entendemos razoável a inclusão de um parágrafo aos dispositivos que tratam da conversão, especialmente ao do Código Civil Brasileiro, já que não encontramos a aplicabilidade e a difusão que o instituto oferece e merece, até por razões de cultura jurídica (devemos lembrar que no Brasil, até 2002, não existia a caracterização legal da conversão, e os negócios nulos não se recuperavam de maneira alguma – não havia remediação para os negócios nulos, devia-se proceder a novas manifestações).

A imensa maioria dos operadores e aplicadores atuais do direito brasileiro receberam toda a influência da codificação anterior que não adotava a conversão, e muitos ainda não se atentaram para esta medida saneadora e conservadora das manifestações de vontade, ou ainda, quando se atentam, não conseguem compreender seu alcance e utilidade.

³⁵⁸FERNANDES, Antonio Scarance - **Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais** - São Paulo: RT, 1988. p. 87.

Costuma-se associar a idéia da conversão àquela adequação formal, ou “conversão formal”, que já existia ao tempo da codificação passada, e não a conversão material, que nos interessa em particular.

Assim, poderia haver a inclusão de um parágrafo em que se constasse esta informação, ou seja, “apresente conversão não se restringe a adequação meramente formal”, além de informar que “não atinge os negócios incompletos, ou que operam sob condição”, “cabendo a invocação da conversão por ambos os sujeitos ou por terceiros prejudicados, nos casos da nulidade, e pela parte inocente nos negócios anuláveis”, o que já suplantaria a divergência existente entre os autores brasileiros sobre a aplicação da conversão às anulabilidades também.

Assim ficaria o parágrafo único do dispositivo:

“As meras adequações formais não são abrangidas pela conversão, que poderá ser invocada por aqueles que tenham algum interesse jurídico na preservação do negócio, ou pelo juiz quando a conversão for prevista em lei, ou ainda pela parte inocente da anulabilidade, e não se aplica aos negócios incompletos, com vontade alternativa, e sob condição.”

Estamos cientes do aspecto negativo desta delimitação, até porque os códigos atuais possuem a característica de serem preenchidos por cláusulas gerais ou abertas, permitindo e sugerindo, aliás, uma atuação menos estreitada pelos juízos e tribunais, além das próprias partes, mas diante da necessidade de esclarecimentos e do incentivo a aplicação da conversão, ainda compreendemos pela melhor dicção legal do instituto.

CONCLUSÃO

O tema da conversão material ou propriamente dita dos negócios jurídicos é substancialmente rico e de densidade científica relevante, embora cremos ter aplicação bastante restrita em alguns países, especialmente onde a normatização do instituto é mais recente ou ainda legalmente incipiente.

Vimos que o seu estudo está visceralmente ligado ao estudo dos negócios, atos ou fatos jurídicos, que são os acontecimentos decorrentes das vontades humanas ou das forças da natureza, que tenham expressão ou significação jurídica, criando, modificando ou extinguindo direitos.

Quando estes fatos juridicamente relevantes são considerados inválidos pelo ordenamento jurídico, por vícios ou inconsistências, fadados, portanto, a não produção de efeitos ou a produção anômala destes efeitos, criou-se a figura da conversão dos negócios inválidos em outros, com efeitos sucedâneos similares, embora ordinariamente reduzidos, para que se alcancem os efeitos práticos jurídicos esperados pelos seus autores.

Atualmente o direito busca preservar as vontades negociais manifestadas, com base no princípio do *favor negotii*, porque as dinâmicas sociais e jurídicas exigem instrumentos bastantes para que sejam atingidos tais desideratos. É pouco prático e razoável aguardar novas manifestações dos interessados se aquela originária tem o condão de criar, modificar ou extinguir direitos quase na exata medida proposta originariamente, através do negócio sucedâneo.

Especialmente voltados aos próprios negócios jurídicos, que são as manifestações humanas voltadas para a produção de efeitos especialmente desejados e imaginados pelas partes ou sujeitos negociais, entendemos que a conversão também alcança os atos jurídicos em sentido estrito, ou meramente jurídicos, em que os sujeitos exteriorizam vontade sem buscar efeitos específicos quaisquer, que acabam ocorrendo por vontade da lei.

Esta última afirmação não é isenta de dúvidas ou questionamentos, assim como várias outras que permeiam o estudo da conversão, mas parece não sobejar dúvidas quanto a sua não aplicação aos fatos jurídicos, posto que independem de manifestações humanas, que são exatamente o cerne da política de preservação.

A natureza jurídica da conversão é de reavaliação das condutas humanas, para que estas sejam enquadradas em tipos análogos ou congêneres, aptos a subsunção e produção de efeitos que as partes desejaram desde sempre. Tentar afastar a conversão é tentar negar o

intento prático contido na manifestação de vontade originária. É, em última análise, conduta contraditória.

Nesta linha de raciocínio, fica claro que o direito de converter é potestativo de um dos sujeitos negociais, ou de ambos, desde que não tivessem o conhecimento da invalidade ou não desejassem desde sempre a sua não produção de efeitos, o que limita sua legitimidade de invocação, além do que não deve ser manifestada *ex officio* pelo juiz do caso, sob pena de confronto com a vontade e autonomia das partes.

Não há forma especial prevista para a conversão, pois exigir alguma solenidade significaria obstaculizar a conversão, que pode, por sua vez, ocorrer judicial ou extrajudicialmente, embora seja mais comum no âmbito judicial, já que é lá também o local em que a invalidade normalmente é debatida, sendo o seu pressuposto lógico.

O campo mais propício e próprio para a aplicação da conversão é o das invalidades absolutas ou simplesmente nulidades, como mais atual e usualmente denominadas as invalidades mais sérias, que envolvem interesses públicos normalmente, de invocação comum de quaisquer interessados, do ministério público ou do próprio juiz, que não convalidam pelo decurso do tempo e não podem ser confirmadas pelos próprios sujeitos.

Entretanto, não se pode afastar sua incidência aos negócios jurídicos anuláveis, ou de invalidade relativa, muito embora eles possam ser convalidados pelos sujeitos e pelo juiz, exigindo-se no caso, que antes seja o mesmo anulado, para subsequentemente ser convertido, já que até a anulação os negócios anuláveis poderiam ser confirmados.

Também não se nega possibilidade de conversão aos negócios meramente ineficazes, com hipóteses bastante restritas consideradas, pois não é seu campo mais profícuo, o que não se verifica quanto aos negócios inexistentes ou sob condição suspensiva, em que a conversão é naturalmente repudiada, posto que a eficácia lhes é estranha, não se podendo esperar efeitos ou eficácia sucedânea.

Inexoravelmente haverá conversão se presente a vontade conjectural ou hipotética das partes ao negócio sucedâneo, ineficácia e invalidade do negócio primitivo, que na verdade se traduz como vontade primitiva, posto que há e sempre houve apenas um negócio, haja vista adotarmos a corrente monista, não for o negócio incompleto, não houver prévio conhecimento da invalidade ou interesses ilícitos, ficando assim o seu legitimado autorizado a provocar-lhe o reconhecimento.

As hipóteses admitidas doutrinária e jurisprudencialmente para a conversão são diversas, e continuam se ampliando naturalmente, na medida e proporção dos novos estudos sobre o tema, que certamente causa inquietude em quem a ele se aproxima.

Estas hipóteses podem ocorrer em qualquer área ou disciplina do direito, apesar de termos dado maior atenção ao direito civil e comercial, mas podem ser projetadas, desde que tecnicamente obedecidos os pressupostos e requisitos da conversão, ao direito trabalhista, administrativo, tributário, e até mesmo nos processos civil e penal, e no direito material criminal, sobretudo na modalidade de conversão legal, que não foi o nosso foco.

Importante ao se estudar a conversão material é se fazer uma delimitação negativa do instituto, marcando acentuadamente as suas distinções com a convalidação, o convalescimento, a confirmação, a redução, a sanção, e demais figuras análogas, embora pese seus efeitos práticos podem coloquialmente serem confundidos.

Demarcamos também a conversão material ou substancial, objeto do nosso estudo, daquelas conhecidas como formal e também da legal, para contribuir com dúvidas ordinariamente provocadas nos estudantes e operadores do direito.

Procuramos então estabelecer os pressupostos e requisitos da conversão, sua configuração e delineamento, para depois, daí já com algum atrevimento acadêmico, questionarmos sobre sua aplicabilidade aos atos jurídicos, sobre o afastamento ou não das consequências cíveis, criminais e administrativas da invalidade quando operada a conversão, e concluímos nosso trabalho com uma sugestão *lege ferenda*, ainda que cientes de caminhararmos, assim, na contramão das cláusulas gerais ou tipos abertos.

REFERÊNCIAS

1. FONTES DOCUMENTAIS

1.1 – LEIS

CÓDIGO Civil e Diplomas Complementares. 16^a ed. rev. e atua. Lisboa: Quid Juris, 2015. ISBN 978-972-724-706-6.

CÓDIGO 4 em 1 Saraiva. Civil. Comercial. Processo Civil. Constituição Federal. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-22977-8.

DECRETO Lei n.º 47344/66. **Código Civil Português**, de 25 de Novembro.

LEI Federal nº 10.406. **Código Civil Brasileiro**, de 10 de janeiro de 2002.

1.1.1 – Leis na Internet

DECRETO Lei n.º 47344/66. **Código Civil** [Em linha]. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, de 25 de Novembro. [Consult. 21 Set. 2017]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=775&nversao=&tabela=leis&so_miolo=

LEI Federal n.º 10.406/2002. **Código Civil**. [Em linha]. Presidência da República do Brasil. [Consult. 13 Set. 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

1.2 – LEI COMENTADA

FUJITA, Jorge Shiguemitsu [et al.] - **Comentários ao código civil: artigo por artigo.** – 3. ed ver., atual.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5172-7.

JÚNIOR, HumbertoTheodoro– **Comentários ao novo Código civil, volume 3, t. 1: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III**, 1938 – Rio de Janeiro: Forense, 2003. ISBN 85.309.1756 – 1

VARELA, João de Mato Antunes; LIMA, Pires de – **Código Civil Português Anotado**. Volumes I e II – Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 9789723200379; ISBN 9789723207880

_____.**Código Civil Anotado**, Vol. I, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

2. BIBLIOGRAFIA

2.1 – GERAL

ALARCÃO, Rui de - **Efeitos da Confirmação dos Negócios Anuláveis** - Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978. Vol. LIV.

ALVES, José Carlos Moreira – **Direito romano** – vol. I, 4^a ed. Rio de Janeiro, 1978.

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de – **Teoria geral da relação jurídica** – vol. I. Coimbra: Almedina, 2003. Depósito legal: 111074/03.

_____. **Teoria da Relação Jurídica. Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico**. volume II. 8^a reimp. Coimbra: Almedina, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira - **Introdução à ciência do direito** – 3.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN 85-7147-481-8

_____.**Direito Civil. Teoria Geral. Relações e Situações Jurídicas**.volume III. Coimbra: Coimbra, 2002. ISBN 972-32-1083-5.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de – **A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático** – Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.

_____. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia** - 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 978-85-02-03802-8.

BEVILAQUA, Clóvis. - **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** - comentado por Clóvis Bevilacqua, Rio de Janeiro, Ed. Francisco Alves, 1916-26,6 volumes. 57

_____. **Teoria geral do direito civil**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Francisco Alves, 1929.

CAMPOS, Diogo Leite – **Lições de direito da família e das sucessões** – 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-0993-3.

CARNELUTTI, Francesco – **Teoria geral do direito** – tradução de A. Rodrigues Queiró, Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942.

CHAVES, Antônio - **Tratado de Direito Civil – vol. I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. ISBN 85-20-30199-1

COELHO, Fábio Ulhôa - **Curso de Direito Civil – vol. I**. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-20-36684-4

CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil: v. II: Parte geral: negócio jurídico**. – 4ª ed. reformulada e atualizada. –Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5529-9.

_____. **Da confirmação no direito civil** – Coimbra: Edições Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3432-4.

_____. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1985.

CORREIA, Eduardo – **A conversão dos negócios jurídicos ineficazes** – in B.F.D., vol. XXIV, 1948.

DEL NERO, João – **Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

DEL NERO, João Alberto Schützer – **Conversão substancial do negócio jurídico** – Rio de Janeiro: Renovar, 2001. ISBN 85-7147-237-8.

DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil** - volume I. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-06708-0.

_____. **Curso de direito civil brasileiro** – v. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de direito civil: parte geral e LINDB** - 13ª ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Editora Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9443-9.

_____. **Curso de direito civil: famílias** - 7ª ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9512-2.

_____. **Curso de direito civil, direitos reais** – v. 5., 8. ed., ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2012. ISBN 978-85-776-1459-2.

FERNANDES, Antonio Scarance - **Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais** - São Paulo: RT, 1988.

FERNANDES, Luís A. Carvalho – **A conversão dos negócios jurídicos civis** – Quid Juris, Sociedade Editora, Ltda., 1993, Lisboa.

FERREIRA, José Dias -**Código Civil Português Anotado**. Lisboa, 1870.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona – **Novo curso de direito civil, volume I** - 8. ed. Ver., atual. E reform. – São Paulo: Saraiva, 2006. ISBN 85-02-05748-0.

GOMES, Orlando - **Introdução ao Direito Civil** - Rio de Janeiro: Forense, 2010. ISBN 978-85-30-93064-6.

_____. **Introdução ao direito civil** - 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Direito de família** – 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral** – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08771-2.

GONÇALVES, Luiz Cunha – **Tratado de direito civil, em comentário ao Código Civil Português** - vol. I, Coimbra, 1961.

KELSEN, Hans – **Teoria pura do direito** – tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 85-336-0836-5.

LARENZ, Karl – **Metodologia da ciência do direito** – 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. ISBN 972-31-0770-8

_____. **Derecho Civil: parte general** – Trad. Esp. Caracas: Edersa, 1978. ISBN 9788471302588.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Garantias das obrigações** – 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2012. ISBN 978.972.40-4977-9.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus– **Curso de direito de família** – São Paulo: Editora Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-18756-6.

MATTIETTO, Leonardo - **Invalidade dos atos e negócios jurídicos** - In: A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional (Gustavo Tepedino, coord.) 3ª ed., Rio de Janeiro: renovar, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de - **Teoria do fato jurídico: plano da validade** - 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 8502047221, 9788502047228.

MENDES, João de Castro – **Direito civil: teoria geral, lições**. V. III. A.A.F.D. (Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa), 1979.

MIRANDA, Francisco Clementino Pontes de - **Comentários à Constituição de 1946** - 4. ed., t. V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.

MONTEIRO, Washington de Barros - **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. volume 1. 39^a ed. rev. e atua. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 85-02-04304-8.

_____. **Curso de direito civil: direito de família** – 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-02298-9.

NADER, Paulo – **Curso de direito civil, parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. ISBN 85-309-1739-1.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – **Código Civil Comentado** - 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil** — vol. I. 21. ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. ISBN 85-309-2180-1.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – **Tratado de Direito Privado. Parte Geral. tomo I**. 8^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. **Tratado de direito privado** - 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III.

_____. **Tratado de Direito Privado. Parte Geral. tomo IV**. 8^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. **Tratado de direito privado. tomo LVI. 3. ed. 2 reimp.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

RIZZARDO, Arnaldo – **Contratos** – 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. ISBN 85.309.1958-0.

RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil. Parte Geral. volume 1.** 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 85-02-03506-1

_____. **Direito civil: parte geral** – 34ª. Ed. Atual. São Pulo: Saraiva, 2003. ISBN 85-2-04320-X.

ROQUE, Ana – **Manual de Noções Fundamentais de Direito.** 2ª ed. Almada: Frases Completas, 2012. ISBN 978-972-99434-9-2.

SAVIGNY , Friedrich Karl von– **Sistema delderecho romano atual** – Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Góngora. t. 2.

SCHMIEDEL, Raquel Campani – **Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias** – São Paulo, 1981.

SILVA, Germano Marques da – **Direito penal português: teoria do crime** – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 97-897-254-0458-4.

SOARES, Teresa Luso – **A conversão do negócio jurídico** - Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

TARTUCE, Flávio - **Manual de direito civil: volume único.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. ISBN 978.85-309-3463-7.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938 – **Comentários ao novo Código civil, volume 3, t. 1: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III** – Rio de Janeiro: Forense, 2003. ISBN 85.309.1756 – 1.

TRIGINELLI, Wânia do Carmo de Carvalho – **Conversão de negócio jurídico, doutrina e jurisprudência** – Belo Horizonte: Del Rey, 2003. ISBN 85-7308-609-2.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. 7ª. ed. Lisboa: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-5011-9.

VAZ, Albino Anselmo – **A conversão e a redução dos negócios jurídicos** – Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 5º, Nºs1 e 2. Lisboa, MCMXLV.

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito civil: parte geral**. 6.ed. – 3. reimp. – São Paulo: Atlas, 2006. – (Coleção direito civil; v. 1). ISBN 85-224-4254-1.

_____. **Direito civil: contratos em espécie**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. – (Coleção direito civil; v. 3). ISBN 85-224-3323-2.

VENTURA, Raul Jorge Rodrigues – **A conversão dos actos jurídicos no direito romano** – dissertação para concurso de professor extraordinário do 1º Grupo (ciências históricas) da Faculdade de Direito de Lisboa, 1947 – Imprensa Portuguesa, Porto.

2.1.1 – Bibliografia na Internet

CARVALHO, Jorge Morais - **Os contratos de consumo - reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo** [Em linha]. Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, Março de 2011. [Consult. 18 Out. 2017]. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf

SILVA, Sandra Della Pola da – **A teoria das nulidades no direito português e brasileiro** [Em linha]. R. Fac. Direito UFRGS, Porto Alegre, 9(1): 234-247, nov, 1993. [Consult. 24 Set. 2017]. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/68827/38927>

REALE, Miguel – **Lições preliminares de direito** [Em linha]. – 25ª ed., 22ª tir., 2001, p. 188. [Consult. 19 Ago. 2017]. Disponível em:

https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/40071/mod_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa - **Aspectos da conversão do negócio jurídico** [Em linha]. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 2, n. 5, abr. 2008. p. 78. [Consult. 17 Ago. 2017]. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21475/aspectos_conversao_negocio_juridico.pdf

3 - ESPECÍFICA

a) Livro, Monografia e Revista Científica

FRAGA, Luís Alves de – **Metodologia da Investigação** - Editado por Abdul's Angels. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015.

b) **Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**, ano 16, volume 77 (julho e agosto de 1982), São Paulo: Lex Editora, 1982;

c) **Revista dos Tribunais**, ano 52, volume 328 (fevereiro de 1963), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963.