

Antônio Junqueira de Azevedo

NEGÓCIO JURÍDICO

Existência, Validade e Eficácia

**4ª edição, atualizada de acordo
com o novo Código Civil
(Lei n. 10.406, de 10-1-2002)**

2002

7ª tiragem

2010

 **Editora
Saraiva**

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Diórea, 23 — Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURUR (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro
Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Baurur

CEARÁ/PIAULI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Logoinha
Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinogás, 186 — Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARÁIBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro
Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPIRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 e 119 — Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 — Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697 — Barra Funda
Fone: PABX (11) 3613-3000 — São Paulo

Azevedo, Antonio Junqueira de, 1939-
Negócio jurídico : existência, validade e eficácia / Antonio Junqueira
de Azevedo. — 4. ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei
n. 10.406, de 10-1-2002). — São Paulo : Saraiva, 2002.

Bibliografia.

1. Atos jurídicos 2. Atos jurídicos - Jurisprudência - Brasil
3. Atos jurídicos - Leis e legislação - Brasil 1. Título.

02-0684

CDU-347.13

Índice para catálogo sistemático:

1. Negócios jurídicos : Direito civil 347.13

APRESENTAÇÃO DA 1ª EDIÇÃO

O presente trabalho baseia-se na idéia de que o exame do negócio jurídico deve ser feito em três planos: existência, validade e eficácia. Somente quando completa todo o ciclo de sua realização é que um negócio existe, vale e é eficaz. Há, porém, negócios que existem e não valem, ou que existem, valem e não são eficazes.

Essa idéia do exame do negócio em três planos não é propriamente nova. Pontes de Miranda, por exemplo, em toda a sua imensa obra, continuamente fala nos “três momentos” por que passa o negócio, e a doutrina, de modo geral, tanto brasileira quanto estrangeira, há muito tempo vem procurando distinguir, uns dos outros, os negócios inexistentes, os negócios inválidos (nulos ou anuláveis) e os negócios ineficazes. O que, porém, nos pareceu conveniente tentar, porque até hoje não foi feito, pelo menos de forma sistemática, é estudar a questão do *lado positivo*: existência, validade e eficácia, antes que inexistência, invalidade e ineficácia.

A possibilidade de se examinar o negócio jurídico, separadamente e de forma positiva, em cada um desses três planos não só esclarece a teoria das nulidades, que, ainda nos dias atuais, apesar de sua fundamental importância, é considerada obscura, como também abre perspectivas de solução para dois temas controvertidíssimos: o papel da vontade e o papel da causa no negócio jurídico.

O debate sobre a vontade (vontade interna), travado entre os partidários da teoria da vontade (*Willentheorie*) e os da teoria da declaração (*Erklärungstheorie*), os primeiros defendendo a predominância da vontade sobre a declaração, e os segundos, a tese inversa, resolve-se da seguinte forma: a vontade não faz parte da *existência* do negócio, mas influi sobre sua *validade e eficácia* (sendo somente uma questão de grau saber até que ponto essa influência ocorre, ou deve ocorrer, num dado ordenamento jurídico).

Data de fechamento da edição: 1º-2-2002

Dúvidas?

Acesso www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Por seu turno, a discussão sobre a causa, com os juristas e as legislações da família romano-germânica divididos em causalistas e anticausalistas, pode encontrar sua solução se admitirmos que há, em todo negócio jurídico, examinado no plano da existência, além de elementos gerais (comuns a todo e qualquer negócio jurídico) e de elementos particulares (individualizadores de cada negócio efetivamente realizado), *elementos categoriais*, isto é, elementos próprios de cada categoria de negócio. A causa não se confunde com o elemento categorial e, portanto, tal e qual a vontade, não faz parte da *existência* do negócio. Todavia, através da referência que, em certos negócios (ditos negócios causais), esse elemento categorial a ela faz, ou como fato pressuposto ou como fim a atingir, poderá a falta de causa agir sobre a *validade* ou sobre a *eficácia* do negócio.

São esses os temas fundamentais desenvolvidos no presente trabalho.

Pelo exposto, vê-se bem que este livro não é uma obra completa sobre o negócio jurídico; diz respeito somente ao negócio *de direito privado* e nem mesmo como esboço desenvolve todo o assunto. Tem apenas três capítulos: um sobre a definição; outro, sobre os três planos; e um terceiro, no qual tentamos fazer a análise do negócio no plano da existência. Um dia, se Deus quiser, o completaremos com mais quatro capítulos: análise do negócio no plano da validade; análise do negócio no plano da eficácia; inexistência, invalidade e ineficácia; e interpretação e classificação do negócio jurídico. Não chegamos, pois, quanto ao número de capítulos, sequer à metade do caminho. Entretanto, como o que já foi escrito não é pouco e toca de perto a própria orientação a seguir, pareceu-nos melhor submeter a idéia central, desde já, à apreciação de todos, a fim de que, havendo nela, realmente, algum valor, os indispensáveis aperfeiçoamentos imediatamente se façam.

Antes do término desta apresentação, queremos agradecer a todos que, direta ou indiretamente, nos ajudaram; na impossibilidade de enumerar cada um, fazemos somente uma referência especial a dois grupos de pessoas: nossos alunos e nossos companheiros de escritório, uns e outros, alegres incentivadores de nosso esforço.

São Paulo, 1974.

ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO

ÍNDICE

Apresentação da 1ª edição V

CAPÍTULO PRIMEIRO

DEFINIÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Considerações gerais e plano do capítulo	1
§ 1º — Definições pela gênese, ou voluntaristas. Crítica	4
§ 2º — Definições pela função ou objetivas. Crítica	10
§ 3º — Definição do negócio jurídico. Definição pela estrutura	15

CAPÍTULO SEGUNDO

EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Considerações gerais e plano do capítulo	23
§ 1º — Elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia	26
§ 2º — Plano da existência. Os elementos do negócio jurídico	31
§ 3º — Plano da validade. Os requisitos do negócio jurídico ..	41
§ 4º — Plano da eficácia. Os fatores de eficácia do negócio jurídico	49
§ 5º — Inexistência, invalidade e ineficácia	62

CAPÍTULO TERCEIRO

ANÁLISE DO NEGÓCIO JURÍDICO NO PLANO DA EXISTÊNCIA

Considerações gerais e plano do capítulo	73
§ 1º — Vontade e declaração de vontade	74

Título I — Teoria da vontade e teoria da declaração	74
Título II — Influência da vontade sobre a declaração no direito brasileiro	88
§ 2º — Os elementos constitutivos do negócio jurídico: circunstâncias negociais, forma e objeto	117
Plano do parágrafo	117
Título I — As circunstâncias negociais	118
Título II — A forma	126
Título III— O objeto	134
§ 3º — Os elementos categoriais inderrogáveis do negócio jurídico e a causa	139
Plano do parágrafo	139
Título I — Ensaio de classificação dos elementos categoriais inderrogáveis	140
Título II — Relações entre elemento categorial inderrogável e causa	149
Título III— O papel da causa no negócio jurídico	152
<i>Bibliografia</i>	163
<i>Legislação</i>	169
<i>Jurisprudência</i>	171

CAPÍTULO PRIMEIRO DEFINIÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Considerações gerais e plano do capítulo — Boa parte das questões fundamentais sobre o negócio jurídico, como o papel da vontade na criação de efeitos jurídicos, as limitações à vontade, a influência da causa na validade ou na eficácia do negócio, depende, para sua solução, da idéia que dele se faça. Por isso, neste capítulo inicial, depois de correr os olhos, sem espírito polêmico, pelos dois grandes campos em que, hoje, na concepção do negócio jurídico, se biparte a doutrina, procuraremos conceituá-lo.

Evidentemente, nem tudo poderá ser dito no capítulo introdutório; reservamo-nos, pois, para expor melhor nosso pensamento durante o desenrolar dos capítulos seguintes, especialmente quanto aos pontos que dizem respeito à definição, durante o Capítulo Terceiro, quando, ao procedermos à análise dos elementos do negócio jurídico no plano da existência, examinaremos não só se a vontade e a causa são seus elementos constitutivos, como também em que consistem as *circunstâncias negociais*, que, a nosso ver, e adiantando o que diremos depois, constituem o verdadeiro elemento definidor do negócio.

A doutrina atual, ao definir o negócio, adota geralmente uma posição que, ou se prende à sua *gênese*, ou à sua *função*; assim, ora o define como *ato de vontade* que visa produzir efeitos, com o que atende principalmente à formação do ato, à vontade que lhe dá origem (autonomia da vontade), ora o define como um *preceito* (dito até mesmo “norma jurídica concreta”) que tira a sua validade da norma abstrata imediatamente superior, dentro de uma concepção escalonada de normas jurídicas supra e infra-ordenadas, com o que

por causa de suas circunstâncias, é visto socialmente como declaração de vontade), conjugada com o exame de sua projeção nos três planos (existência, validade e eficácia), resolve com clareza, entre outras, duas tormentosas questões, uma muito cara às concepções genéticas, e outra, às concepções funcionais; são elas o papel da vontade e o papel da causa do negócio jurídico. *Vontade e causa*, como veremos, não fazem parte do negócio jurídico, isto é, o negócio existe independentemente delas (plano da existência); uma e outra são somente meios de correção do negócio, no sentido de que elas, agindo de fora do negócio, seja no plano da validade, seja no da eficácia, evitam, ora mais, ora menos, efeitos não queridos (isto é, ou não queridos *subjetivamente*, pelo agente — vontade, ou não queridos *objetivamente*, pela ordem jurídica — causa)³⁵.

35. Pode-se dizer que *vontade e causa agem sobre o negócio da mesma forma que, no direito romano, o direito honorário agiu sobre o "jus civile"*. Segue-se daí que, assim como, por maior que tenha sido a importância do direito honorário, dele tem de se afirmar que supõe necessariamente o *jus civile*, com a vontade e a causa, em relação ao negócio acontece o mesmo. A vontade e a causa poderão ter importância muito grande, mas delas se deve dizer que, do ponto de vista científico, funcionam como "meios de correção" (em sentido amplo), isto é, agem sobre uma base da qual não participam (*adjuvandi vel supplendi vel corrigendi*). Aliás, a semelhança entre a ação da vontade sobre o negócio e a ação do *jus honorarium* sobre o *jus civile* nos ocorre, porque, na ordem histórica, *a vontade passou a influir sobre o negócio justamente através do direito honorário*. Veja-se Salvatore Riccobono, apud Vittorio Scialoja, Prefácio, in *Negozi giuridici*, cit., p. VII.

CAPÍTULO SEGUNDO

EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Considerações gerais e plano do capítulo — Fato jurídico é o nome que se dá a todo fato do mundo real sobre o qual incide norma jurídica. Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, *existência jurídica*. A incidência da norma determina, como diz Pontes de Miranda³⁶, sua entrada no mundo jurídico. O fato jurídico entra no mundo jurídico para que aí produza efeitos jurídicos. Tem ele, portanto, *eficácia jurídica*. Por isso mesmo, a maioria dos autores define o fato jurídico como o fato que produz efeitos no campo do direito. "Fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais relações de direito nascem e se extinguem"³⁷. Há até mesmo, quem veja nessa eficácia jurídica dos fatos jurídicos a sua essência³⁸. Em tese, porém, o exame de qualquer fato jurídico deve ser feito em dois planos: primeiramente, é preciso verificar se se reúnem os elementos de fato para que ele exista (*plano da existência*); depois, su-

36. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, v. 1 e 2.

37. Frédéric Charles de Savigny, *Droit romain*, § 104, apud Beviláqua, Clóvis, *Código*, cit., p. 310, § 74.

38. Francesco Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 200:

"Conviene poi aggiungere che la giuridicità del fatto veramente consiste in ciò che al mutamento materiale si accompagna il mutamento giuridico, e perciò il fatto è giuridico proprio in virtù di tale mutamento onde il fatto giuridico assai più esattamente va definito come il mutamento di una situazione giuridica o, in altre parole, come un fatto materiale in quanto vi si accompagna il mutamento di una situazione giuridica".

posta a existência, verificar se ele passa a produzir efeitos (*plano da eficácia*).

Sendo o negócio jurídico uma espécie de fato jurídico, também o seu exame pode ser feito nesses dois planos. Entretanto, e essa é a grande peculiaridade do negócio jurídico, sendo ele um caso especial de fato jurídico, já que seus efeitos estão na dependência dos efeitos que foram manifestados como queridos, o direito, para realizar essa atribuição, exige que a declaração tenha uma série de requisitos, ou seja, exige que a declaração seja válida. Eis aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico — o *plano da validade*, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia.

Plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização.

Se tomarmos, a título de exemplo, um testamento, temos que, enquanto determinada pessoa apenas cogita de quais as disposições que gostaria de fazer para terem eficácia depois de sua morte, o testamento não existe; enquanto somente manifesta essa vontade, sem a declarar, conversando com amigos, parentes ou advogados, ou, mesmo, escrevendo em rascunho, na presença de muitas testemunhas, o que pretende que venha a ser sua última vontade, o testamento não existe. No momento, porém, em que a declaração se faz, isto é, no momento em que a manifestação, dotada de forma e conteúdo, se caracteriza como *declaração de vontade* (isto é, encerra em si não só uma forma e um conteúdo, como em qualquer manifestação, mas também as circunstâncias negociais, que fazem com que aquele ato seja visto socialmente como destinado a produzir efeitos jurídicos), o testamento entra no plano da existência; ele existe. Isso, porém, não significa que ele seja *válido*. Para que o negócio tenha essa qualidade, a lei exige requisitos: por exemplo, que o testador esteja no pleno gozo de suas faculdades mentais, que as disposições feitas sejam lícitas, que a forma utilizada seja a prescrita. Por fim, ainda que estejam preenchidos os requisitos e o testamento, portanto, seja válido, ele ainda não é *eficaz*. Será preciso, para a aquisição de sua eficácia (eficácia própria), que o testador mantenha sua declaração, sem revogação, até morrer; somente a morte dará eficácia ao testamento,

projetando, então, o negócio jurídico, até aí limitado aos dois primeiros planos, no terceiro e último ciclo de sua realização.

O que acontece com o testamento, ocorre, com clareza mais ou menos idêntica, em todos os negócios jurídicos. Todos eles somente atingem sua plena realização após passarem, sucessivamente, pelo plano da existência, pelo da validade, e atingirem o da eficácia.

A doutrina alemã, em sua generalidade, e, na sua esteira, muitos juristas italianos e alguns brasileiros e de outras nacionalidades vêm, há muito tempo, falando em negócios inexistentes, negócios inválidos e negócios ineficazes, procurando caracterizar como não sinônimas essas expressões; todavia, não se tem conseguido fixar, com precisão, em que cada situação se distingue da outra. Talvez por causa dessa dificuldade, a doutrina francesa, em sua quase-totalidade, e a maior parte dos autores de outras nacionalidades somente se refiram a negócios inexistentes e a negócios inválidos, ignorando os ineficazes (isso quando não preferem limitar-se à categoria dos negócios inválidos, subdivididos em absolutamente nulos e relativamente nulos). Essa divergência, essa aparente impossibilidade de se chegar a uma clara definição dos termos, tem levado toda a doutrina da família romano-germânica a considerar das mais difíceis e intrincadas a teoria das nulidades. Sobre ela, pode-se dizer, sem *blague*, que o único ponto em que todos estão de acordo é que não há acordo a seu respeito.

A nosso ver, o aparentemente insolúvel problema das nulidades está colocado de pernas para o ar. É preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isto, a inexistência, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas.

No presente capítulo, procuraremos, pois, fixar a terminologia para os caracteres necessários à existência, validade e eficácia do negócio jurídico (§ 1º); depois, trataremos separadamente dos elementos de existência (§ 2º), dos requisitos de validade (§ 3º) e dos fatores de eficácia (§ 4º); finalmente, retomaremos a questão, em termos globais, mas, sob o ângulo negativo, e falaremos da inexistência, da invalidade e da ineficácia (§ 5º).

§ 1º

Elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia

Tradicionalmente, distinguem-se, no negócio jurídico, determinados elementos, que são classificados em três espécies: essenciais, naturais e acidentais. Usam-se mesmo as expressões latinas *essentialia negotii*, *naturalia negotii* e *accidentalia negotii* para caracterizá-los. Denominando-os “elementos constitutivos”, assim os define Washington de Barros Monteiro³⁹: “Os primeiros são os elementos essenciais, a estrutura do ato; que lhe formam a substância e sem os quais o ato não existe. Numa compra e venda, por exemplo, os elementos essenciais são a coisa, o preço e o consentimento (*res, pretium et consensus*). Faltando um deles, o ato não existe. Os segundos (*naturalia negotii*) são as conseqüências que decorrem do próprio ato, sem que haja necessidade de expressa menção. Na mesma compra e venda, por exemplo, são elementos naturais, resultantes do próprio negócio, a obrigação que tem o vendedor de responder pelos vícios redibitórios (art. 1.101)^{39-A} e pelos riscos da evicção (art. 1.107)^{39-B}; a obrigação que tem o comprador de dar a garantia a que se refere o art. 1.092, 2ª alínea^{39-C}, caso lhe sobrevenha diminuição patrimonial, capaz de comprometer a prestação a seu cargo. Os ter-

ceiros (*accidentalia negotii*) são estipulações que facultativamente se adicionam ao ato para modificar-lhe uma ou algumas de suas conseqüências naturais, como a condição, o termo e o modo, ou encargo (arts. 114, 123 e 128)^{39-D}, o prazo para entregar a coisa ou pagar o preço”.

Entretanto, basta ter-se em mente que a categoria do negócio jurídico era estranha aos romanos, os quais, como diz Biondo Biondi⁴⁰, somente conheceram atos típicos, tendo cada um sua própria estrutura e regime jurídico, para se concluir que as fontes romanas ou os intérpretes mais antigos, quando falavam em elementos essenciais, naturais ou acidentais, não podiam estar referindo-se a elementos do negócio jurídico (visto que não conheciam essa categoria); referiam-se, na verdade, a elementos de determinadas categorias de negócio. Segue-se daí que não é possível, pura e simplesmente, transplantar esse esquema de classificação para o estudo do negócio jurídico.

Por causa disso, procuram os diversos autores fazer as indispensáveis adaptações. A esse respeito, há, porém, grandes divergências. Washington de Barros Monteiro⁴¹, por exemplo, subdivide os elementos essenciais em *gerais* e *particulares*: “os primeiros são comuns a todos os atos, enquanto os segundos são peculiares a determinadas espécies”. Silvio Rodrigues⁴², por sua vez, distingue *elementos constitutivos* e *pressupostos de validade*, e o faz nos seguintes termos: “O Código Civil, em seu art. 82, menciona quais os pressupostos de validade do ato jurídico, determinando serem: a) a capacidade do agente; b) o objeto lícito; e c) a forma prescrita em lei. A doutrina, entretanto, distingue os *elementos* estruturais do negócio jurídico, isto é, os elementos que constituem seu conteúdo, *dos pressupostos* ou *requisitos de validade*, que são os mencionados no alu-

39-D. No novo Código Civil, os artigos equivalentes são o 121, 131 e 136, respectivamente.

40. Biondo Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, 4. ed., Milano, Giuffrè, 1965, p. 176, § 42.

41. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*; parte geral, cit., p. 185.

42. Silvio Rodrigues, *Direito civil*; parte geral, cit., v. 1, p. 147.

39. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*; parte geral, cit., p. 184.

39-A. No novo Código Civil, o artigo equivalente é o 441.

39-B. No novo Código Civil, o artigo equivalente é o 447.

39-C. No novo Código Civil, o artigo equivalente é o 477.

didado art. 82^{42-A}. Moreira Alves⁴³, afirma: “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 jurídico não existe. A expressão *elemento essencial* é, no entanto, as mais das vezes usada, não para exprimir os *elementos essenciais à existência do negócio jurídico*, mas para designar os *elementos essenciais à validade dele*. Temos, portanto, *elementos essenciais à existência* e *elementos essenciais à validade do negócio jurídico*. Existente é, por exemplo, o negócio jurídico em que há manifestação de vontade obtida por dolo, pois o elemento essencial à sua existência (*manifestação de vontade*) está presente. Mas esse negócio jurídico não é válido, porque o elemento essencial à sua validade é a *manifestação de vontade isenta de vícios* (e o dolo, ao lado do erro e da coação, é um dos três vícios da vontade)”.

Outros autores falam em “requisitos” como termo mais amplo que elementos: “aceitamos, como critério de classificação, não o conceito de elementos, mas, por sua maior compreensão, o de requisito” (Vicente Ráo)⁴⁴.

Carnelutti — seja-nos permitida essa última citação —, em seu livro *Teoria generale del diritto*, no qual tentou uma elaboração comum do ato jurídico, abrangendo tanto os atos lícitos quanto os ilícitos, tanto os atos jurídicos negociais quanto os não negociais, após salientar que o ato jurídico não é uma realidade, mas apenas “uno schema della realtà, ossia un’astrazione”⁴⁵, ou, como já havia dito em outro lugar⁴⁶, “uma caricatura da realidade” (por conter o ato jurídico apenas aqueles *traços fundamentais*, que são os necessários e suficientes para os efeitos jurídicos), diz: “Requisitos do ato não

são, pois, todos os seus caracteres, mas somente aqueles que são juridicamente relevantes, ou seja, aqueles dos quais dependem os efeitos jurídicos: que, por exemplo, a subtração de uma coisa seja realizada por um homem, ou por uma mulher, é certamente um caráter do ato, mas não um requisito, porque esse modo de ser é indiferente para o efeito jurídico; pode, pelo contrário, ser um caráter relevante e, por isso, um requisito, a idade, uma vez que, se o autor da subtração é maior ou menor de certa idade, o efeito penal produz-se ou não, ou, então, produz-se com intensidade maior ou menor”⁴⁷. E, mais adiante, classifica os requisitos com as seguintes palavras: “No ponto a que chegamos, a classificação é notavelmente mais simples do que a proposta nas edições precedentes. Ela está agora colocada sobre um sistema ternário, segundo o qual se distinguem os *presupostos*, os *elementos* e as *circunstâncias*. Com a ressalva de esclarecer melhor cada um desses conceitos, em cada um dos capítulos que se seguem, saliento aqui que a categoria central (elementos) compreende os modos de ser do *ato em si*, isolado, assim, da relação jurídica, que nele se desenvolve e de outros fatos a ele externos; por sua vez, a primeira categoria (presupostos) toma o ato em relação com a relação jurídica da qual constitui o desenvolvimento; e a última (circunstâncias), por sua vez, diz respeito aos modos de ser do ato em relação com o resto do mundo externo”⁴⁸.

Todas essas citações mostram como é grande a indecisão da doutrina sobre uma questão tão importante e fundamental na teoria do negócio jurídico.

Se, porém, tivermos em mente que o negócio jurídico deve ser examinado em três planos sucessivos de projeção (existência, validade e eficácia), que elementos, em seu sentido próprio, são, como diz o mesmo Carnelutti⁴⁹, *principia omnia rerum, ex quibus reliqua omnia componuntur et in quibus resolvuntur*, portanto, que elemento

42-A. No novo Código Civil, o dispositivo equivalente ao art. 82 é o art. 104.

43. José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, v. 1, p. 172, § 110.

44. Vicente Ráo, *Ato jurídico*, 2. ed., São Paulo, Max Limonad, 1961, p. 99.

45. Francesco Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 229.

46. Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1938, v. 2, p. 129, n. 440.

47. Francesco Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 230, tradução nossa.

48. Francesco Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 253, tradução nossa.

Entre parêntesis, acrescenta-se que não foi apenas de uma edição para outra que Carnelutti fez modificações na classificação, mas também, de uma obra para outra.

49. Francesco Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 111.

é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe (pense-se nos elementos simples, ou puros, da química), que, por outro lado, requisitos (de *requirere*, requerer, exigir) são condições, exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins, e, finalmente, que fatores é tudo que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte, temos que o negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de *elementos*, para existir; no plano da validade, de *requisitos*, para ser válido; e, no plano da eficácia, de *fatores de eficácia*, para ser eficaz.

Elementos, requisitos e fatores de eficácia são respectivamente os caracteres de que necessita o negócio jurídico para existir, valer e ser eficaz. Passaremos a ver separada e sucessivamente cada um deles.

§ 2ª

Plano da existência. Os elementos do negócio jurídico

Elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito. Antes de classificarmos esses elementos, é preciso considerar, em primeiro lugar, que a expressão *negócio jurídico* exprime uma abstração; *in concreto*, o que há são negócios jurídicos particulares (por exemplo, a compra e venda realizada entre A e B). Em segundo lugar, devemos ter em mente que os negócios individualizados, se subirmos gradualmente na escala de abstração, enquadram-se em categorias intermediárias cada vez mais genéricas, até se atingir a categoria do negócio jurídico (por exemplo: da compra e venda realizada entre A e B passa-se à compra e venda; daí, ao contrato em geral; e, do contrato, finalmente, ao negócio jurídico). Ou, como diz Biondo Biondi⁵⁰: “a noção de negócio jurídico é uma fase de abstração em matéria de atos jurídicos. Da venda realizada entre A e B, entre C e D (figuras concretas), se sobe à noção de compra e venda (primeira abstração); considerando, depois, a compra e venda, a locação e outras figuras similares, se atinge uma segunda abstração, que determina a noção de contrato; considerando, ainda, os contratos e os outros atos jurídicos, como, por exem-

50. Biondo Biondi, *Istituzioni*, cit., p. 176.

O mesmo autor completa seu pensamento dizendo: “Logicamente si può procedere verso astrazioni ancora più alte (atto giuridico, fatto giuridico sia pubblico che privato ecc.): si formano così categorie sempre più vaste, le quali naturalmente perdono di concretezza, a misura che si procede verso l’astrazione; allora si tratta di vedere fino a qual punto tali astrazioni possano essere vantaggiose per la scienza giuridica, se non vuole essere scienza puramente astratta”.

plo, o testamento, o casamento, a aceitação de herança, se atinge uma ulterior abstração, constituída precisamente pelo negócio jurídico”.

Logo, ao estabelecermos a classificação dos elementos do negócio jurídico, precisamos ter uma noção clara sobre a que negócio nos estamos referindo: se à categoria abstrata final, se a alguma categoria intermediária, ou se ao negócio particular. Pois bem, se elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito, e se, nesses diversos graus de abstração (deixando de lado o que está acima do negócio, isto é, o ato e o fato jurídico), considerarmos, no ápice, a categoria do negócio jurídico, e descermos pelas categorias intermediárias até o negócio jurídico concreto, torna-se claro que a primeira classificação lógica dos elementos há de ser gradual, isto é, pelos *graus de abstração* com que se vai do negócio jurídico, passa-se pelos tipos abaixo dele, e se atinge o negócio jurídico particular.

Assim, a classificação que fazemos dos elementos do negócio jurídico é: a) elementos gerais, isto é, comuns a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio.

Os elementos gerais são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio. Quais são eles exatamente? A rigor, tomada a palavra *elemento*, em seu significado já definido, somente aquilo que efetivamente *constitui* o negócio é que poderia ser considerado elemento, ou seja: a *forma*, que a declaração toma, isto é, o tipo de manifestação que veste a declaração (escrita, oral, mímica, através do silêncio etc.), o *objeto*, isto é, o seu conteúdo (as diversas cláusulas de um contrato, as disposições testamentárias, o fim que se manifesta na própria declaração etc.) e, finalmente, as *circunstâncias negociais*, ou seja, o que fica da declaração de vontade, despida da forma e do objeto, isto é, aquele *quid*, irreduzível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos.

Todavia, embora somente esses três sejam os elementos gerais *intrínsecos*, ou *constitutivos*, de todo e qualquer negócio jurídico, a

verdade é que pelo menos mais três elementos existem, que, não fazendo parte integrante do negócio, são, porém, indispensáveis à sua existência; trata-se dos elementos comuns às categorias colocadas acima do negócio jurídico e que este, por nelas estar enquadrado, também possui. Assim, se o negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico, torna-se óbvio que não há negócio sem um *agente* (do verbo *agere*, cujo participio passado é *actum*); e se o ato jurídico, por sua vez, é espécie de fato jurídico, considerando que não há fato que não ocorra em determinado ponto do espaço e em determinado momento, todo negócio jurídico tem também, indispensavelmente, *lugar e tempo*. Os elementos gerais *extrínsecos*, portanto, são três: tempo, lugar e agente, dos quais os dois primeiros são comuns a todo fato jurídico e o último, ao ato jurídico em sentido amplo. Esses elementos são não apenas extrínsecos, mas também elementos pressupostos, no sentido preciso de que existem *antes* de o negócio ser feito⁵¹.

Se o fato jurídico é um fato do mundo real sobre o qual a norma jurídica incide, torna-se de intuitiva evidência que não há fato jurídico sem data e sem lugar. O que tem confundido esse assunto é a circunstância de que não é muito comum o legislador estabelecer um *requisito* para os elementos tempo e lugar do negócio jurídico; segue-se daí que, na hipótese normativa do fato jurídico (isto é, no seu “suporte fático”), os elementos tempo e lugar ficam, em geral, apenas implícitos. Por outras palavras, se todo fato jurídico tem data e lugar, isso significa que ambos são *elementos* de todo fato jurídico (inclusive do negócio jurídico), ainda que raramente a eles se imponham requisitos. Entretanto, a importância de ambos esses elemen-

51. Cf. Carnelutti (*Teoria*, cit., p. 236). Todavia, Carnelutti emprega o termo “pressuposto” como uma espécie de requisito, e não de elemento, daí que enumera, por exemplo, entre os pressupostos, não o agente, mas sim a capacidade e a legitimidade do agente. Além disso, não coloca o tempo e o lugar do fato jurídico entre os pressupostos, mas sim entre o que chama de “circunstâncias”; na realidade, o tempo em geral e o espaço são circunstâncias, mas, a nosso ver, o tempo e o lugar do fato jurídico já não são propriamente circunstâncias senão elementos do fato jurídico; aliás, à p. 307 da *Teoria generale del diritto*, o próprio Carnelutti aproxima o que chama de “circunstâncias” dos “pressupostos”. Observamos, por fim, que, mais adiante, à p. 308, Carnelutti diz também, como fizemos no texto, que o tempo e o lugar são *extrínsecos* ao ato jurídico.

tos é, ainda assim, não pequena; mesmo quando não há qualquer requisito a seu respeito, eles servem inegavelmente para a exata *identificação* do negócio; isto é evidente diante do costume jurídico notório de se datar e colocar o lugar de feitura em todos os documentos.

Quanto ao agente, cumpre dizer que ele é em ato o que a pessoa é em potência. Não é aqui o lugar apropriado para se desenvolver a teoria das pessoas, mas a personalidade, do ponto de vista jurídico, é justamente a *possibilidade de agir* no campo do direito, que a ordem jurídica atribui a certos entes. Por possibilidade de agir entende-se (é tautológico) a possibilidade de praticar atos jurídicos (negociais ou não negociais). É verdade que, em geral, define-se a personalidade, no direito brasileiro, como a aptidão para adquirir direitos (ou para ser sujeito de direitos, ou para ser sujeito de relação jurídica)⁵²; entretanto, essa definição peca por ser excessivamente ampla, já que há sujeitos de direito que não são pessoas, como o nascituro, entre os entes assemelhados às pessoas físicas, e o condomínio em edificações, as sociedades de fato, e a própria família, entre os entes assemelhados às pessoas jurídicas. Pessoa, portanto, é o ente que pode praticar atos jurídicos, e não propriamente o sujeito de direito.

Os *elementos gerais*, sintetizando o que foi dito neste parágrafo até aqui, são, pois, aqueles sem os quais nenhum negócio existe. Podem ser: a) *intrínsecos* (ou constitutivos): forma, objeto e circunstâncias negociais; e b) *extrínsecos* (ou pressupostos): agente, lugar e tempo do negócio.

Sem os citados elementos gerais, qualquer negócio torna-se impensável. Basta a falta de um deles para inexistir o negócio jurídico. Aliás, precisando ainda mais: se faltarem os elementos tempo ou lugar, não há sequer fato jurídico; sem agente, poderá haver fato, mas não ato jurídico; e, finalmente, sem circunstâncias negociais, forma ou objeto, poderá haver fato ou ato jurídico, mas não negócio jurídico. A falta de qualquer um desses elementos acarreta, pois, a

inexistência do negócio, seja como negócio, seja até mesmo como ato ou fato jurídico; nesse sentido, são eles elementos *necessários* e, se nos ativermos ao negócio jurídico como categoria geral, são também *suficientes*.

Se, porém, descermos na escala de abstração, como é indispensável, já que um negócio jurídico determinado nunca existe *in abstracto*, e passarmos às diversas categorias de negócio, esses elementos gerais, sempre necessários, já não serão suficientes. A eles se deverão acrescentar os elementos próprios de cada categoria, isto é, os *elementos categoriais*. Quais são esses elementos? São os que caracterizam a *natureza jurídica* de cada tipo de negócio. Os elementos categoriais são revelados pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio. São exemplos de categorias de negócio: compra e venda, doação, depósito, comodato, mútuo, locação e os contratos em geral; distratos; casamento; pactos antenupciais; emancipação; reconhecimento de filho ilegítimo; adoções; testamentos; codicilos; aceitação e abstenção de herança.

Os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e do que, em torno desta, a doutrina e a jurisprudência constróem. Na esteira dos juristas romanos e com base na idéia de *natura* de cada tipo de negócio, a análise revela duas espécies de elementos categoriais: os que servem para definir cada categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência são os *elementos categoriais essenciais* ou *inderrogáveis*; e os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo, são os *elementos categoriais naturais* ou *derrogáveis*⁵³.

São exemplos dos primeiros, no nosso direito atual: o consenso sobre coisa e preço, na compra e venda; a manifestação do *animus donandi* e o acordo sobre a transmissão de bens ou vantagens, na doação; o consenso sobre a entrega e a guarda de objeto móvel, no

52. Vide Augusto Teixeira de Freitas, *Esboço*, cit., art. 16.

Clóvis Beviláqua, *Código*, cit., v. 1, p. 165, com. do art. 2º.

Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, Max Limonad, 1952/1958, v. 2, p. 154.

53. Art. 1.135 do Código Civil francês: “Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”.

depósito⁵⁴; o acordo sobre a entrega e o uso gratuito de coisa infungível, no comodato; a declaração de comunidade de vida entre um homem e uma mulher com celebração pela autoridade, no casamento; a disposição de bens para depois da morte, no testamento etc.⁵⁵.

Se subirmos na escala de abstração, verificaremos que as categorias mais altas têm também seus elementos categoriais essenciais. Assim, o acordo sobre o sinalagma genético nos contratos onerosos (prestação e contraprestação, uma como causa da outra, por ocasião da formação do contrato); o acordo sobre o sinalagma funcional, nos contratos bilaterais (prestação e contraprestação, uma como causa da outra, não só na formação, mas também na execução do contrato). Ou, ainda, a *forma negocial*, nos negócios abstratos, e a *referência à causa*, nos negócios causais.

São exemplos de elementos categoriais naturais: a responsabilidade pela evicção, na compra e venda e nos contratos onerosos de disposição de bens; a responsabilidade pelos vícios redibitórios, nos contratos comutativos; a gratuidade, no depósito, no mútuo e no mandato etc. Também as categorias mais altas podem ter elementos categoriais naturais. Assim, a resolução, ou a revisão judicial, por excessiva onerosidade (dita cláusula *rebus sic stantibus*), quando o ordenamento jurídico a admite, nos contratos onerosos a trato suces-

54. A entrega da coisa nos contratos reais e *causa* pressuposta deles, mas, como veremos adiante, a causa, quando pressuposta, não é elemento do negócio, senão requisito de validade. A nosso ver, a efetiva entrega da coisa não faz parte, portanto, da existência dos “contratos reais”, mas sim somente influi sobre sua validade.

55. A obrigação de segurança nos contratos de transporte é elemento categorial *inderrogável*, que, no direito brasileiro, não resulta da lei. Veja-se a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal: “Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar”. Também: TRANSPORTE — *Cláusula restritiva de responsabilidade do transportador*. “Cláusula restritiva de responsabilidade considera-se não escrita” (STF, 1ª T., RE 43.659-SP, rel. Min. Pedro Chaves, j. 5-9-1963, não conheçam, v. u., DJU, 10 out. 1963, p. 3419, súmula). Como se percebe, trata-se de elemento categorial *inderrogável* que não resulta da “lei”, mas da doutrina e da jurisprudência. De qualquer forma é elemento *inderrogável*, porque resulta do ordenamento jurídico, do direito objetivo (idéias mais amplas que a de lei), e não da vontade das partes. Para o direito francês, sobre a obrigação de segurança, veja-se Alfred Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, LGDJ, 1961, p. 246.

sivo ou com execução diferida (art. 1.467 do CC italiano, por exemplo)⁵⁶; a suposição de que prestação e contraprestação devam ser cumpridas simultaneamente, nos contratos bilaterais (primeira parte do art. 1.092^{56-A} do CC, execução *donnant donnant*, possibilitando a *exceptio non adimpleti contractus*).

A doutrina tradicional romanística estava absolutamente certa, portanto, quando, com base nas fontes romanas, distinguia, *em cada tipo de negócio*, os elementos essenciais e os naturais. Afinal, não se havia, ainda, chegado à categoria mais abstrata (negócio jurídico); o que havia eram tipos de negócio. Ora, realmente, cada tipo de negócio tem elementos que lhe caracterizam a essência (*essentialia negotii*) e elementos que resultam de sua natureza, sem que, porém, se afastados pela vontade das partes, o negócio mude de figura (*naturalia*

56. No direito brasileiro, é pacífica a admissão, pela jurisprudência, da regra *rebus sic stantibus*, mas exige-se que os contratos tenham prazo longo e que haja alteração imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio. A aplicação da regra é feita com cautela pelos nossos tribunais, considerando-se, por exemplo, que não preenche o pressuposto de imprevisibilidade o engano a propósito da intensidade da causa inflacionária. Vejam-se a respeito as seguintes decisões: STF, 1ª T., RE 71.443-SP, rel. Min. Aliomar Baleeiro, 15-6-1973, DJU, 28 set. 1973, p. 7213, unânime; STF, 1ª T., RE 75.511-PR, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 29-5-1973, DJU, 14 set. 1973, p. 6742, ementa; TJSP, 6ª Câmara, AC 146.749-SP, rel. Des. Nogueira Garcez, 28-12-1965, v. u.; TJSP, 5ª Câmara, AC 157.480-SP, rel. Des. J. G. R. de Alckmin, j. 9-12-1966, v. u.; TACSP, 1ª Câmara, AC 103.075-SP, j. 29-4-1968, rel. Min. Evaristo dos Santos, v. u.; TASP, 2ª Câmara, AC 89.976-Santos, rel. Min. Henrique Machado, j. 17-4-1967, v. u.; TASP, 5ª Câmara, AC 88.928-Santos, rel. Min. J. M. Arruda, j. 10-3-1967, v. u.; TACSP, 6ª Câmara, AC 98.743-Santos, j. 4-12-1967, rel. Min. Alves Barbosa, v. u.; TACSP, 4ª Câmara, AC 112.909-Santos, rel. Min. Batalha de Camargo, j. 9-10-1968, v. u.; TACSP, 4ª Câmara, AC 111.771-SP; rel. Min. Batalha de Camargo, j. 11-9-1968, v. u.

Decisão interessante que comprova não ser a chamada “cláusula *rebus sic stantibus*” uma cláusula, mas sim, mais propriamente, elemento categorial *derrogável* (*naturalia negotii*) e, como tal, suprimível pela vontade das partes, é: — REVISÃO DE PREÇO — *Contrato de construção — Da aplicação da cláusula “rebus sic stantibus”*. “O direito brasileiro admite, em princípio, a aplicação da cláusula ‘rebus sic stantibus’. Mas tal cláusula é tão equitativa quanto é necessária a sua aplicação cautelosa. Uma vez excluído pelo contrato, de modo expresse, o direito a reajuste, a esta consequência não se poderá chegar sob a invocada proteção à teoria da imprevisão” (TJSP, 2ª Câmara, AC 172.247-SP, rel. Des. Cordeiro Fernandes, j. 27-8-1968, v. u.).

56-A. No novo Código Civil, o artigo correspondente é o 476.

negotii). Os primeiros são *inderrogáveis*, no sentido de que, se derogados, já não teremos aquele negócio, enquanto os segundos são *derrogáveis*, no sentido de que, mesmo repelidos pelas partes, seu regime jurídico continuará o mesmo (logo, quanto a estes elementos, há, para as partes, uma situação de *onus de se manifestar*, se quiserem afastá-los).

Ainda sobre a distinção dos elementos categoriais em *inderrogáveis* e *derrogáveis*, leia-se o seguinte trecho de Biondo Biondi⁵⁷: “Nas fontes, fala-se freqüentemente de natureza (*natura actionis, contratus, servitutis* etc.) para indicar a estrutura do instituto; ... Deixando de lado a terminologia, a crítica não pode negar a distinção entre elementos *derrogáveis* e elementos *inderrogáveis*; nessa discriminação decide sempre a vontade da lei, a qual pode dispor diversamente na época clássica e no tempo de Justiniano, como demonstra o caso do depósito irregular; mas *isso não leva a renegar o caráter clássico da distinção, que tem caráter universal e vale para o direito moderno*” (grifos nossos).

Finalmente, quanto aos *elementos particulares*, são eles aqueles que, apostos pelas partes, existem em um negócio concreto, sem serem próprios de todos os negócios ou de certos tipos de negócio. Esses elementos são sempre voluntários e, por isso, distinguem-se claramente dos elementos categoriais. Os elementos particulares, por serem colocados no negócio pelas partes, são em número indeterminado, tornando impossível o seu estudo completo. Entretanto, pelo menos três, a condição, o termo e o encargo, por serem mais comuns, foram bem sistematizados na doutrina e estão regulados nas diversas legislações. Condição é a cláusula, que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto; termo, a cláusula que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e certo; e encargo, a cláusula que restringe uma liberalidade⁵⁸. Todos

57. Biondo Biondi, *Istituzioni*, cit., p. 192, § 47, nota 34, tradução nossa.

58. Silvio Rodrigues, *Direito civil*; parte geral, cit., v. 1, p. 231: “Encargo ou modo e uma limitação trazida a uma liberalidade, quer por dar destino ao seu objeto, como, por exemplo, dão a A uma casa, contanto que ele aí vá morar; quer por impor ao beneficiário uma contraprestação, como, por exemplo, deixo a B cinco milhões, mas ele terá de educar meus filhos até a maioridade. É um ônus que diminui a extensão da liberalidade”.

os três são cláusulas, já que resultam da vontade das partes. Outro elemento acidental bem sistematizado, mas que não é estudado de baixo da rubrica do negócio jurídico, por somente se aplicar à matéria contratual, é a cláusula penal.

Os elementos particulares coincidem com os chamados *accidentalia negotii* da classificação tradicional; todavia, o abandono da expressão *elementos acidentais* justifica-se não só porque esta não tem a conotação que interessa na classificação dada para os elementos do negócio jurídico e segundo a qual se desce do geral ao particular, como também o adjetivo *acidentais*, dela constante, pode levar, nas línguas latinas, os menos avisados a pensar que se trata de elementos de secundária importância. Nesse sentido, diz ainda Biondo Biondi⁵⁹: “Essa qualificação (acidentais) não significa que sejam elementos de importância secundária; eles fazem parte integrante do negócio concreto; não pertencem à estrutura típica do negócio, mas podem intervir sem que esta resulte alterada. Fala-se também de limitações voluntárias aos efeitos do negócio, de vez que eles visam limitar as conseqüências legais do ato. Em geral, são modalidades que dão ao negócio uma fisionomia particular, a que corresponde um regime particular, sempre no quadro do tipo de negócio. Enquanto que os elementos essenciais e naturais são legais, os acidentais são sempre voluntários”. E também José Carlos Moreira Alves⁶⁰: “Mas é preciso fazer uma advertência a respeito dos elementos acidentais; eles somente são acidentais se considerados abstratamente; se, num caso concreto, forem apostos ao negócio jurídico, tornam-se seus elementos essenciais, porque ficam intimamente ligados a eles. Assim, se se apuser uma condição ilícita (Caio pagará certa quantia a Tício, *se este matar alguém*) a um negócio jurídico, não apenas a condição será nula, mas todo o negócio jurídico”.

Resumindo este parágrafo, podemos, pois, dizer que elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que lhe dá *existência* no campo do direito. Classificam-se, conforme o grau de abstração, em *elementos gerais*, isto é, próprios de todo e qualquer negócio; *categoriais*, isto é, próprios de cada tipo de negócio; e *particulares*, isto é, existentes,

59. Biondo Biondi, *Istituzioni*, cit., p. 194, § 48, tradução nossa.

60. José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, cit., v. 1, p. 173, n. 110.

sem serem gerais ou categoriais, em determinado negócio. Os elementos gerais subdividem-se em intrínsecos (ou constitutivos), que são a forma, o objeto e as circunstâncias negociais, e extrínsecos, que são o agente, o lugar e o tempo do negócio. Os categoriais subdividem-se em inderrogáveis (ou essenciais) e derogáveis (ou naturais); os primeiros definem o tipo de negócio e os segundos apenas defluem de sua natureza, sem serem essenciais à sua estrutura. Os elementos particulares, finalmente, são em número ilimitado, podendo, porém, ser estudados três, a condição, o termo e o encargo, que, por serem mais comuns, estão sistematizados.

A importância de toda essa classificação é muito grande do ponto de vista prático (para não falarmos nos aspectos meramente didáticos que só por si a justificariam). Assim, se faltar, em determinado negócio jurídico, um *elemento geral*, ele não existirá como negócio; será um caso de negócio dito inexistente e, como tal, as regras jurídicas a aplicar não serão sequer as das nulidades; além disso, se o elemento geral faltante for intrínseco (ou constitutivo), aquela aparência de negócio (“negócio inexistente”) será fato jurídico, ou, quem sabe, se houver agente, poderá ser um ato jurídico não negocial, e a cada uma dessas situações corresponderão regras específicas. A exata identificação do negócio dentro de uma categoria, por outro lado, através da exata consciência dos *elementos categoriais*, é fundamental para se saber qual o *regime jurídico* a ele aplicável. Além disso, se, num negócio de certo tipo, faltar um elemento categorial inderrogável (ou se, mesmo sem faltar, se puder dar esse elemento como inexistente, para evitar que o negócio seja considerado nulo), aquele ato não existirá como negócio daquele tipo, mas há a possibilidade de convertê-lo em negócio de outro tipo (conversão substancial). O estudo dos elementos particulares, por seu turno, é de fundamental importância para saber se o caso comporta, ou não, nulidade parcial, ineficácia etc.

Segundo o plano exposto, passaremos, agora, no parágrafo seguinte, a expor e classificar, como fizemos com os elementos, os requisitos de validade; depois, no seguinte, faremos o mesmo com os fatores de eficácia, e, finalmente, no último, retomaremos todo o tema do capítulo, em tentativa de síntese, através do exame da inexistência, da invalidade e da ineficácia.

§ 3º

Plano da validade. Os requisitos do negócio jurídico

Após o exame da existência do negócio, o problema seguinte, que se propõe ao jurista, é o de sua validade. Realmente, entre existir e produzir efeitos, interpõe-se a questão de valer; é justamente o plano da validade a *principal consequência* da característica específica do negócio, ou seja, de ser, entre os fatos jurídicos, o único que consiste em *declaração de vontade*, isto é, numa manifestação de vontade vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos.

O plano da validade é próprio do negócio jurídico. É em virtude dele que a categoria “negócio jurídico” encontra plena justificação teórica. O papel maior ou menor da vontade, a causa, os limites da autonomia privada quanto à forma e quanto ao objeto são algumas das questões que se põem, quando se trata de validade do negócio, e que, sendo peculiares dele, fazem com que ele mereça um tratamento especial, diante dos outros fatos jurídicos.

Entende-se perfeitamente que o ordenamento jurídico, uma vez que autoriza a parte, ou as partes, a emitir declaração de vontade, à qual serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado como querido, procure cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico de certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica. Afinal — e, nesse ponto, as análises das definições “objetivas”, “preceptivas” ou “normativistas” do negócio são esclarecedoras —, se a parte ou as partes podem criar direitos, obrigações e outros efeitos jurídicos (relações jurídicas em sentido amplo, ditas erroneamente “normas jurídicas concretas”), através do negócio, isto é, for-

mulando declaração de vontade, essa verdadeira fonte jurídica não pode entrar a funcionar, dentro do ordenamento como um todo, sem qualquer regulamentação, sob pena de ser total a anarquia; há de se proibir a declaração contrária às normas superiores, há de se cercar de segurança certas declarações que interessam a todos. Se, sob outro ângulo, se permite à vontade humana fixar, em larga escala, o conteúdo da declaração — e aqui são as definições “voluntaristas” que muito revelam —, e se os efeitos são imputados à declaração segundo o seu conteúdo, é evidente que se há de tentar evitar que ocorram declarações decorrentes de vontades débeis, ou não correspondentes à exata consciência da realidade, ou provenientes de violência imposta sobre a pessoa que a emitiu etc. Pois bem, o direito, ao estabelecer as exigências, para que o negócio entre no mundo jurídico com formação inteiramente regular, está determinando os *requisitos de sua validade*.

A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”). Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. “Válido” é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas.

Os requisitos, por sua vez, são aqueles caracteres que a lei exige (requer) nos elementos do negócio para que este seja válido. Há certo paralelismo entre o plano da existência e o plano da validade: o primeiro é um plano de substâncias, no sentido aristotélico do termo⁶¹: o negócio existe e os elementos são; o segundo é, *grosso modo*, um plano de adjetivos: o negócio é válido e os requisitos são as *qualidades que os elementos devem ter*. Há, no primeiro plano: a existência, o negócio existente e os elementos sendo. Há, no segundo: a validade, o negócio válido e os requisitos como qualidades dos elementos⁶².

Por isso mesmo, se o negócio jurídico é declaração de vontade e se os elementos gerais intrínsecos, ou constitutivos, são essa mes-

ma declaração tresdobrada em objeto, forma e circunstâncias negociais, e se os requisitos são qualidades dos elementos, temos que: a *declaração de vontade*, tomada primeiramente como um todo, deverá ser: a) *resultante de um processo volitivo*; b) *querida com plena consciência da realidade*; c) *escolhida com liberdade*; d) *deliberada sem má fé* (se não for assim, o negócio poderá ser nulo, por exemplo, no primeiro caso, por coação absoluta, ou falta de seriedade; anulável por erro ou dolo, no segundo; por coação relativa, no terceiro; e por simulação, no quarto). O *objeto* deverá ser *lícito, possível e determinado* ou *determinável*; e a *forma*, ou será *livre*, porque a lei nenhum requisito nela exige, ou deverá ser *conforme a prescrição legal*. Quanto às *circunstâncias negociais*, não têm requisitos exclusivamente seus, já que elas são o elemento caracterizador da essência do próprio negócio, são aquele *quid* que qualifica uma manifestação, transformando-a em declaração⁶³.

Quanto aos elementos gerais extrínsecos, temos que: a) o *agente* deverá ser *capaz* e, em geral, *legitimado* para o negócio; b) o *tempo*, se o ordenamento jurídico impuser que o negócio se faça em um determinado momento, quer essa determinação seja em termos absolutos, quer seja em termos relativos (isto é, por relação a outro ato ou fato), deverá ser o *tempo útil*; e c) o *lugar*, se, excepcionalmente, tiver algum requisito, há de ser o *lugar apropriado*.

Passando aos *elementos categoriais*, somente os inderrogáveis (*essentialia negotii*) possuem requisitos; os derogáveis (*naturalia negotii*), por serem determinados pela própria ordem jurídica, não os possuem; é o direito que integra esses elementos ao negócio e, evidentemente, ficando eles implícitos por disposição do próprio direito, não há, para eles, exigência de caracteres. O mesmo, porém, não se pode dizer dos elementos categoriais inderrogáveis; as partes, ao escolherem determinado tipo de negócio, deverão ter em mente que o negócio escolhido deverá seguir determinado regime jurídico. Ora, entre as regras a que o tipo escolhido está submetido estão aquelas que prevêm as qualidades que seus elementos categoriais precisam ter para os negócios serem válidos como aquele tipo de negócio;

61. “Organon” 5, 11.

62. Veja-se também Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 116.

63. *Infra*, Título I do § 2º do Capítulo Terceiro.

assim, se o negócio for causal, com causa pressuposta, a existência da causa será requisito de validade, por exemplo: a existência do débito a ser extinto, na novação (art. 1.007 do CC)^{63-A}, a existência de litígio, atual ou potencial, na transação (art. 1.036 do CC)^{63-B} etc. Naturalmente, não vamos, nesse trabalho sobre o negócio jurídico, tratar dos requisitos de cada categoria, pois isso nos obrigaria a percorrer quase todo o campo do direito civil. Apenas daremos mais um exemplo, desta vez fora de qualquer questão ligada à causa; se, na compra e venda, *res, pretium et consensus* são os elementos categoriais essenciais, que o preço seja *determinado* ou, pelo menos, *determinável* (através de terceiro, cotação em bolsa, catálogo etc., mas nunca deixado exclusivamente ao arbítrio de uma das partes) é requisito de um de seus elementos. Diz, por exemplo, Washington de Barros Monteiro⁶⁴. “O segundo elemento do contrato de compra e venda é o preço (*sine pretio nulla vendito est*). Tão essencial é esse elemento que dele chegou Papiniano a afirmar ser a sua própria substância (*emptio consistit ex pretio*). O preço é, efetivamente, o elemento vital, o traço mais característico da compra e venda; é a soma do dinheiro que o comprador paga, ou se obriga a pagar ao vendedor, em troca da coisa adquirida... Os escritores antigos exigiam que o preço se revestisse de três atributos: que fosse *certo* (conhecido desde logo), *justo* (de valor correspondente à coisa vendida) e *verdadeiro* (real e exato). Os dois primeiros deixaram de ser essenciais no direito moderno, que optou por critérios diferentes... Por sua vez, o preço pode ser *determinado*, desde logo conhecido de ambas as partes contratantes no momento da celebração do contrato, como *indeterminado*, mas *determinável a posteriori*, pelos critérios convencionados... O que não é possível é a indeterminação absoluta, como a constante da seguinte estipulação: pagarás o que quiseres. Em tal caso, não se pode afirmar que haja venda, pois, se convier ao adquirente nada pagar, transmudar-se-á unilateralmente em simples doação o primitivo negócio jurídico. Tal estipulação é nula, porque

63-A. Ver novo Código Civil, *caput* do art. 367.

63-B. Ver novo Código Civil, art. 850.

64. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*; direito das obrigações. 9. ed., São Paulo, Saraiva, 1973, v. 5, 2ª parte, p. 94.

submetida ao arbítrio exclusivo de uma das partes, configurando, pois, condição potestativa, proibida pela lei (CC, art. 115)^{64-A}. Prescreve, aliás, o art. 1.125^{64-B} do mesmo Código que ‘nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxação do preço’. Esse dispositivo tem por fim evitar que a parte, a quem fosse cometido o arbítrio, fixasse exagerada ou irrisoriamente o preço, ao seu benefício e detrimento do outro contratante”. Isso, dito por duas palavras, significa que: a) o preço é *elemento* categorial inderrogável do contrato de compra e venda; b) antigamente, eram *requisitos* desse elemento o ser certo, justo e verdadeiro; hoje, porém, quanto à certeza, contenta-se o ordenamento em que o preço seja determinável; c) todavia, não é possível que a determinação seja deixada ao arbítrio exclusivo de uma das partes.

Muitas vezes, diríamos até que ordinariamente, os requisitos dos elementos gerais do negócio jurídico são repetidos, pela legislação ou pela doutrina, dentro do quadro específico de cada instituto. Rigorosamente falando, essa repetição seria inútil, já que, aparentemente, somente se deveria tratar daquilo que é peculiar, exclusivo da categoria do negócio em pauta. Entretanto, a repetição deve-se à natureza da relação entre os elementos gerais e os elementos categoriais, que é relação de gênero e espécie, com características próprias, como veremos no capítulo seguinte (os elementos categoriais dos negócios abstratos e dos negócios causais, por exemplo, prendem-se aos elementos gerais, forma e objeto, respectivamente); assim, aquilo que era exigido para o mais, feitas as necessárias adaptações, será exigido também para o menos. Por ora, salientamos que essa repetição não só não traz prejuízo algum como, principalmente, serve para esclarecer certos pontos próprios ao tipo de negócio. Trata-se, por outras palavras, de um desenvolvimento, para aquele tipo de negócio, do que já foi visto sobre o negócio jurídico como categoria mais alta. A propósito da certeza do preço, na compra e venda, por exemplo, se fôssemos limitar-nos ao caráter “determinado ou determinável”, que deve ter o objeto de todo negócio jurídico, o mí-

64-A. No novo Código Civil, o artigo equivalente é o 122.

64-B. No novo Código Civil, o artigo equivalente é o 489.

nimo que se poderia dizer é que haveria dúvida sobre se a fixação do preço por uma das partes não seria caso de preço determinável. O mesmo raciocínio (sobre essa insuficiência do exame dos requisitos dos elementos gerais do negócio, quando se trata do estudo de cada instituto em particular) é inteiramente aplicável, ainda exemplificando, quando o assunto versa sobre os requisitos da coisa, no contrato de compra e venda; que ela seja *in commercio*, e não *extra commercium*, coincide certamente com a exigência de licitude do objeto de todo negócio jurídico, mas que dizer do fato de ser a coisa alheia? É requisito ou não? Aí, se há quem veja também objeto ilícito, parece-nos, porém, que não é o caso. A nosso ver, basta, sob esse aspecto, que a coisa a ser comprada não pertença ao próprio comprador; não há necessidade de que ela pertença ao vendedor⁶⁵. De qualquer forma, essas considerações mostram que os requisitos dos elementos gerais do negócio jurídico necessitam quase sempre de *desenvolvimento específico* no quadro de cada tipo de negócio.

Quanto aos elementos particulares, finalmente, também têm eles os seus requisitos. No estudo das condições, é sabido que há dois tipos diferentes de falta dos requisitos de validade; há as condições que *vitiantur et vitiant* e há as que *vitiantur sed non vitiant*. As primeiras, contaminando de nulidade todo o negócio, demonstram muito bem como, afinal, o elemento particular do negócio nem sempre tem caráter “acidental”, quando se tem em vista o negócio concreto⁶⁶; as condições têm tanta ou mais importância que as outras cláusulas do

65. PRESCRIÇÃO — Venda “*a non domino*”. “É perfeitamente razoável a interpretação segundo a qual se rege pela prescrição do art. 179, e não pela do art. 178, § 9º, nº V, ‘b’, do Código Civil, a ação de indenização contra quem vendeu coisa que lhe não pertencia. O caso é de nulidade do art. 145, nº II, do Código Civil, e não de anulabilidade por dolo ou simulação” (STF, 1ª T., RE 71.091-BA, j. 8-6-1973, rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJU, 10 set. 1973, p. 6517, ementa). A nosso ver, contrariamente ao que diz essa decisão, o caso de venda *a non domino* não é de nulidade (plano da validade — falta de requisitos), mas sim de ineficácia (plano da eficácia); há, apenas, ineficácia para os efeitos finais visados pelo negócio (transferência de propriedade). O negócio em si, porém, é válido e, até mesmo, eficaz, como qualquer outro negócio que, realizado, não é cumprido; ele admite rescisão com perdas e danos (e o inadimplemento supõe negócio válido).

66. Vide trechos de Biondo Biondi e José Carlos Moreira Alves, acima citados (§ 2º do Capítulo Segundo, notas 59 e 60, respectivamente).

negócio, não só para as partes, mas, também, às vezes, como os casos abaixo revelam, para a própria lei. Estão entre as condições que *vitiantur et vitiant*, segundo o direito positivo brasileiro, as que subordinam os efeitos do negócio a fato juridicamente impossível (por exemplo, se vender uma *res extra commercium*), e as chamadas condições ilícitas, isto é, as que fazem a eficácia do negócio depender de fato contrário à lei ou aos bons costumes (por exemplo, se cometer crime, ou se prostituir, se mutilar, se viver em concubinato)⁶⁷. Estão, também, entre as que contaminam de nulidade todo o negócio: as meramente potestativas (ditas arbitrárias, por exemplo, “se eu quiser”⁶⁸ e as que privarem de todo efeito o ato (art. 115^{68-A} do CC), pois ambas revelam a total falta da vontade de obrigar-se. São, ainda, desse tipo, as chamadas condições perplexas, isto é, as incompreensíveis ou contraditórias; finalmente, há de se considerar que também *vitiantur et vitiant* qualquer condição aposta aos *actus legitimi*, ou seja, àqueles atos, em geral de direito de família, cuja natureza, por lei, não admite condição: casamento, emancipação, reconhecimento de filho, adoção etc.; na verdade, quando esses atos têm seus efeitos subordinados à condição, uma dúvida se poderia propor: considerar nulo todo o ato ou considerar nula apenas a condição? O direito positivo sendo omissivo, o melhor é aplicar subsidiariamente o direito romano, no qual o ato todo ficava viciado (D. 50, 17, 77)⁶⁹. Por outro

67. As condições seguintes dão margem a dúvida sobre se são, ou não, ilícitas: a de casar com pessoa determinada, ou por consentimento e aprovação de um terceiro, ou em certo tempo; a de celibato, perpétuo ou temporário; a de não casar com pessoa determinada ou em certo lugar ou em certo tempo, e a de permanecer no estado de viuvez, “ainda mesmo que seja imposta a viúvo ou a viúva que tenha filhos de seu primeiro casamento e que os filhos sejam menores”. Teixeira de Freitas (art. 633 do *Esboço*) coloca-as entre as proibidas. Veja-se também Washington de Barros Monteiro, p. 240, op. cit., nota 64.

68. Todavia, como observa Trabucchi (*Istituzioni di diritto civile*, 15. ed. rin., Padova, CEDAM, 1966, p. 186), não haverá nulidade quando a condição meramente potestativa é colocada como vantagem da parte que não assume nenhuma obrigação (p. ex., dar-lhe-ei cem, se você quiser).

68-A. No novo Código Civil, o artigo equivalente é o 122.

69. “Actus legitimi, qui recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, *in totum* vitiantur per temporis, vel conditionis adjectionem”.

lado, estão entre as condições que *vitiatur sed non vitiant* as cujo evento consiste em fato fisicamente impossível e as de não fazer coisa impossível.

Os termos, tanto quanto as condições, têm seus requisitos. Não são válidos, por exemplo, e, aliás, *vitiatur et vitiant*, os termos colocados em *actus legitimi*, como se depreende do mesmo texto do Digesto já citado.

Finalmente, o encargo não escapa às exigências de requisitos; se ilícito ou impossível, ele será, evidentemente, nulo, mas o ato de liberalidade, em princípio, será válido (*vitiatur sed non vitiat*)⁷⁰. Esta observação, aliás, demonstra que há diferença de regime jurídico entre o encargo e a condição, o que se explica pela natureza diversa de ambos (a condição é determinação inexa, e o encargo determinação anexa, na linguagem de Pontes de Miranda)⁷¹.

§ 4º

Plano da eficácia. *Os fatores de eficácia do negócio jurídico*

O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, da sua *eficácia jurídica* e, especialmente, da sua *eficácia própria* ou *típica*, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos. Feita essa advertência preliminar, e antes de tratarmos da situação normal, que é a da eficácia dos atos válidos, lembramos duas situações excepcionais: a eficácia do nulo e a ineficácia do válido. Ambas são, a nosso ver, provas cabais de que não se pode confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz; não só há o ato válido ineficaz como, também, o nulo eficaz.

Às vezes, pode ocorrer que, por exceção, um negócio nulo produza efeitos jurídicos (são os chamados efeitos do nulo), embora nem sempre esses efeitos sejam os efeitos próprios, ou típicos, como acima definidos. Exemplo conhecido é o do casamento putativo, que tem “eficácia civil”, em relação ao cônjuge de boa fé (ou aos dois se ambos estavam de boa fé) e em relação aos filhos⁷². Trata-se de hipó-

70. Trabucchi, *Istituzioni*, cit., p. 192.

71. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, v. 5, caps. 5º e 7º, parte 1.

72. O fato de os efeitos do casamento putativo serem imputados ao casamento, *por causa da boa fé*, não quer dizer que tais efeitos resultem diretamente da boa fé; eles resultam, em pleno rigor das palavras, do próprio casamento. Ademais, é sabido que, em alguns ordenamentos jurídicos, os filhos, mesmo sendo nulo o casamento de seus pais e ainda que não haja boa fé, são legítimos (§ 25 da Lei do Casamento — *Ehegesetz*, de 20-2-1946, na Alemanha; art. 69 do Código Civil espanhol etc.).

tese em que, aliás, os efeitos são os manifestados como queridos; não é, porém, o único exemplo. A verdade é que todo casamento nulo, putativo ou não, produz efeitos. Trata-se de negócio jurídico que produz efeitos até ser julgado por sentença, pois as nulidades, e não apenas as anulabilidades, somente podem ser reconhecidas, em matéria matrimonial, através de sentença em ação ordinária (art. 222^{72-A} do CC). Além disso, um casamento nulo, com boa ou má fé, mesmo já reconhecido como nulo por sentença, ainda produz o efeito de impedir legalmente a mulher de se casar no prazo de dez meses (“não pode casar... a mulher cujo casamento se desfez por nulo, até dez meses *depois* da dissolução da sociedade conjugal” — art. 183, XIV^{72-B}, do CC).

Fora da matéria matrimonial, é caso também de efeitos do nulo a caducidade do legado, quando o testador, depois de haver feito a deixa testamentária, pratica ato nulo de disposição sobre o bem legado; nesse caso, a alienação, mesmo sendo nula, faz o legado caducar, pois, como diz o art. 1.038 do Código Civil francês: “Toda alienação... acarreta a revogação do legado em relação a tudo que foi alienado, *mesmo que a alienação posterior seja nula* e que o objeto tenha voltado às mãos do testador”⁷³.

O art. 17 do Decreto n. 3.708, de 1919 (Lei das Sociedades Limitadas)^{73-A}, também consagra hipótese de efeitos do nulo, ao prescrever: “A nulidade do contrato social não exonera os sócios das

72-A. Não há dispositivo semelhante no novo Código Civil.

72-B. No novo Código Civil, a hipótese não é disciplinada como impedimento, mas vem tratada como *causa suspensiva*, no art. 1.523, II, cujo texto é: “Art. 1.523. Não devem casar: (...) II — a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal”.

73. “Toute alienation... emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, *encore que l’alienation postérieure soit nulle*, et que l’objet soit rentré dans les mains du testateur”. Nesse sentido, para o direito brasileiro, Silvio Rodrigues (*Direito Civil*; direito das sucessões. São Paulo, Max Limonad, [s. d.], v. 7, p. 180). Em contrário, Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil*: direito das sucessões. 6. ed. rev. aum., São Paulo, Saraiva, 1966, v. 4, p. 178).

73-A. Apesar de o novo Código Civil regular a matéria, não possui nenhum dispositivo análogo ao da referida Lei.

prestações correspondentes às suas quotas, na parte em que suas prestações forem necessárias para cumprimento das obrigações contraídas”.

No direito alemão, quando o negócio é nulo, porque feito sem seriedade (§ 118 do BGB), o ato produzirá o efeito de obrigar a parte que o realizou e pediu sua nulidade a indenizar quem, sem culpa, confiou na declaração (§ 122 do BGB); a indenização consiste no chamado “interesse de confiança” ou “interesse negativo” (despesas de escritura, de registro e outras, que, porém, nunca poderão ser superiores às que o beneficiário do interesse negativo obteria com a validade do negócio)⁷⁴.

Finalmente, são ainda casos de efeitos do nulo as hipóteses do art. 2.126 do Código Civil italiano, que nos parecem perfeitamente aplicáveis ao direito brasileiro, tendo em vista os princípios do direito do trabalho⁷⁵. Assim, um contrato de trabalho, mesmo nulo (salvo se por ilicitude de objeto ou de causa), mantém todos os seus efeitos já executados. Essa solução aproxima a hipótese do casamento putativo; são casos de nulidade *ex nunc*. Na 2ª alínea do mesmo artigo do Código Civil italiano, os efeitos do nulo são ainda mais evidentes: o direito do trabalhador à retribuição existe, mesmo que o contrato seja nulo, “se o trabalho foi prestado com violação das normas de tutela ao trabalhador”.

74. “Ainda nos sistemas jurídicos, que, como o suíço (Código federal das Obrigações, art. 26), exigem ter havido negligência do que pede anulação por erro, não é na culpa que se baseia o dever de reparar o interesse negativo — mas sim no fato de invocar o próprio erro: portanto, *trata-se de dever de reparação resultante de ato lícito*, que é o pedido de anulação por erro. Deve-se afastar qualquer alusão a ilicitude do ato de errar; com maioria de razão, ao ato de pedir a anulação por erro. A responsabilidade é pelo fato lícito: apenas se trata de dar solução equívoca à situação do réu que não teve culpa; a equidade impõe que sofra o prejuízo quem deu causa a ele” (Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., v. 4, p. 88, § 383, n. 4).

75. Código Civil italiano, art. 2.126: “*Prestazione di fatto con violazione di legge*. La nullità o l’annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall’ illicità dell’ oggetto o della causa.

Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione”.

Veja-se também Trabucchi, *Istituzioni*, p. 197, § 80.

Todos esses casos de efeitos do nulo, ainda que se diga que nem todos são de efeitos manifestados como queridos (efeitos próprios), provam a possibilidade, e até a necessidade, de se examinar o negócio jurídico, separadamente, no plano da existência, da validade e, depois, no da eficácia.

Quanto à situação inversa, de ineficácia do negócio válido, será ela examinada logo mais, ao verificarmos quais são os fatores de eficácia do negócio jurídico. Por ora, salientamos que a doutrina alemã, desde Windscheid⁷⁶, tem procurado, sob o gênero dos atos ineficazes em sentido amplo, diferenciar os atos nulos dos atos ineficazes em sentido restrito. Desde 1900, aliás, é o próprio BGB que faz a distinção entre ambos. Segundo a doutrina alemã, os atos ineficazes em sentido restrito abrangem dois grupos: os de ineficácia pendente

76. Windscheid, *Diritto*, cit., v. 1, p. 326, n. 82:

“Il concetto della invalidità fu già indicato genericamente. Invalido è quel negozio giuridico, il quale, poichè non risponde a tutti i requisiti di diritto, non vale per diritto, ossia quello al quale il diritto non accorda la forza di produrre quella conformazione dei rapporti, cui esso intende. Il concetto della invalidità quindi è più ristretto di quello della inefficacia; un negozio giuridico può essere inefficace, anche senza che dal suo difetto resti paralizzata la sua potenza”. E, em nota: “Cosi quando venga a mancare la condizione, che gli è apposta. Il negozio giuridico qui risponde a tutti i requisiti di diritto; se esso non opera, la ragione non stà nel non potere, ma nel non volere. Similmente, se non segue la ratifica, subordinatamente alla quale alcuno ha concluso un negozio giuridico in nome d’un altro (§ 74). — Certo non deve negarsi, che secondo il senso letterale può in sè e per sè chiamarsi invalida anche quella dichiarazione di volontà, che non opera, perchè non vuol operare; anche di essa si può dire, che per diritto non vale. Ma una distinzione nei termini è bisogno, e nessuno contrasterà, che l’uso del linguaggio chiama invalido specialmente ciò, che non si riconosce, benchè aspiri ad essere riconosciuto. Ad ogni modo non possono raccogliersi sotto al concetto di invalidità quei casi, in cui l’inefficacia del negozio giuridico non ha la sua ragione nel negozio stesso, ma in un fatto, che concerne l’effetto (ciò che viene prodotto), senza toccare il *negozio giuridico* (la forza produttiva), p. es. nel verificarsi d’una prescrizione. Savigny (IV p. 542) va tanto oltre, da far rientrare sotto al concetto della invalidità persino il caso dell’adempimento d’una obbligazione. Del resto il concetto dell’inefficacia in senso lato può far transitivo in quello della invalidità, ciò avviene nel caso della presupposizione (§ 97 nota 5). Nelle fonti si fa una distinzione fra un ‘non datum’ ed un ‘inutiliter datum’. L. 1 § 1 D. de reg. Cat. 34.7, 1. 60 [59] § 6 D. de her. inst. 28. 5, 1. 14 pr. D. de iure cod. 29.7. Ma questa distinzione non coincide perfettamente con quella qui svolta fra inefficacia ed invalidità. Cf. Kretschmar, Prelegati (Prälegate), p. 211 sg., Karlowa op. cit., p. 117 sg. Cf. pure nota 2 i. f. e Leonhard op. cit. p. 294 sg.”.

e os de ineficácia relativa. “Coube a Windscheid a glória de fazer surgir, perante a ciência jurídica, a existência, dum *tertium genus* diferente da nulidade e da anulabilidade, há muito estudadas, ou seja, a chamada ‘ineficácia simples’. Pode com efeito um ato conter todas as condições de validade, e, entretanto, não possuir eficácia, em virtude da falta dum elemento extrínseco ao ato, como ocorre, por exemplo, no caso dum ato sob condição suspensiva (Windscheid, *Pandectas*, v. 1, § 82, n. 1, nota 1). Os grandes juristas alemães não tardaram em desenvolver o estudo da ‘ineficácia’ em todas as suas conseqüências e sua doutrina veio a ser consagrada plenamente no Código Civil alemão de 1900. Sem descer a maiores minúcias, a ineficácia pode ser dividida em duas modalidades principais: a) a ineficácia simples, ou pendente, ou negócio incompleto; b) a ineficácia relativa. Ocorre *ineficácia pendente* ou *simples* quando falta um elemento integrativo à plena eficácia dum negócio em formação, quer se trate dum elemento acessório exigido pela vontade das partes (negócio sob condição suspensiva), quer de elemento estranho àquela vontade ... Ocorre *ineficácia relativa*, ou inoponibilidade, se o contrato, válido entre as partes, não é oponível a terceiro”⁷⁷.

77. Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, *Ineficácia do ato jurídico e a reforma do Código Civil*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1966. p. 1

Desembargador do Tribunal de Justiça do ex-Estado da Guanabara, tem-se constituído em verdadeiro apóstolo da ineficácia no Brasil. Cf. *Incapacidade civil e restrições de direito*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1957, v. 1 e 2, e *RT*, 453:275, 454:287 e 456:293, além da sua obra *Ineficácia* citada acima.

Eis também o que diz Daniel Guggenheim, *L’invalidité*, cit., p. 33:

“a) *Actes invalides et actes inefficaces* — A côté des actes invalides qui sont les actes nuls et les actes annulables, la doctrine allemande distingue les actes inefficaces. A vrai dire, les actes invalides sont eux-mêmes considérés comme des actes inefficaces, bien que d’un caractère spécifique. Ainsi sont-ils inefficaces parce qu’ils sont privés d’effet ou peuvent être privés d’effet dans le cas d’un acte annulable, et invalides parce que la cause pour laquelle ils sont privés d’effet est contemporaine à leur passation. Par contre, il existe des actes inefficaces autres que les actes invalides, qui s’en rapprochent tout en devant en être soigneusement distingués. La doctrine allemande en distingue de deux sortes: les uns sont les actes relativement inefficaces; les autres sont les actes provisoirement inefficaces. b) *Les actes relativement inefficaces* — L’acte juridique relativement inefficace est un acte qui déploie en principe tous ses effets; il est toutefois nul à l’égard de certaines personnes. Cette nullité est de plein droit et devra donc être soulevée d’office par le juge. L’acte

Entretanto, por a questão estar sendo sempre examinada pelo ângulo negativo (ineficácia), e não pelo lado positivo (eficácia), a doutrina alemã não é nem tão uniforme nem tão clara quanto seria de desejar. Por exemplo, diz Enneccerus⁷⁸: “El Código civil califica con frecuencia de ‘ineficaz’ al negocio jurídico, pero esta ineficacia no es un concepto unitario y no se contrapone en modo alguno a la nulidad, sino que en muchos negocios que se califican meramente de ‘ineficaces’ el efecto está definitivamente excluido de un modo absolutamente igual que en los negocios nulos, teniendo que aplicarse a ellos todas las reglas sobre los negocios nulos (por ejemplo, también, el § 139). Es conveniente, por tanto, calificarlos también como ‘nulos’”. E ainda⁷⁹: “De los negocios nulos se deben distinguir aquellos casos en los cuales no existen o no *existen aún en su totalidad* las declaraciones de voluntad y los demás elementos de que se compone el negocio. En el último caso puede hablarse de negocios incompletos o pendientes (Son muchos los que llaman ‘ineficaces’ a todos o a algunos de estos negocios)”.

deviendra pleinement efficace lorsque la cause d’inefficacité aura disparu ou que la personne protégée renoncera à faire valoir l’inefficacité. Il est curieux de noter qu’un acte inefficace est défini comme un acte qui déploie en principe tous ses effets. On peut dans ces conditions se demander s’il est véritablement heureux de le qualifier d’inefficace. Il est vrai que cet acte ne déploiera pas d’effets à l’égard de certaines personnes... c) *Les actes provisoirement inefficaces* — L’acte juridique provisoirement inefficace est un acte juridique auquel manque une condition de validité, et dont il n’est pas encore certain que cette condition se réalise ou vienne à faire défaut”.

78. Enneccerus, *Derecho civil*, cit., p. 365, § 189.

79. Enneccerus, *Derecho civil*, cit., p. 366, § 189. Mais adiante (p. 368), diz Enneccerus: “*Como relativamente ineficaces* se deben calificar más bien aquellos negocios cuyos efectos jurídicos se producen, pero con la limitación de que ciertos intereses de una persona, que la ley quiere proteger, quedan a salvo del mismo modo que si el negocio fuese absolutamente ineficaz. En tales casos la ley califica el negocio de ineficaz frente a ese interesado, cosa que, como resulta de la finalidad de la disposición, tiene que entenderse en el sentido indicado. En este sentido, por ejemplo, una prohibición de enajenar, que sólo se propone la protección de una determinada persona, hace ineficaz la enajenación únicamente frente a esta persona (supra § 135). Tales son además la enajenación por el deudor común de una cosa perteneciente a la masa del concurso y la transmisión formal contraria a la anotación preventiva. En algunos casos, ciertas causas de extinción de un poder son ineficaces frente a determinadas personas, de suerte que con relación a ellas el poder sigue en vigor”.

Quer-nos parecer que as ambigüidades e as hesitações entre os próprios autores, que admitem a ineficácia em sentido restrito como sendo situação diversa da nulidade, explicam-se pelo fato de que a questão não foi, até agora, colocada de um ponto de vista positivo. Torna-se, pois, indispensável, completar o exame do negócio jurídico, analisando-o no plano da eficácia, e, aí, tentar deslindar exatamente quais os seus fatores de eficácia.

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

São, por exemplo, casos de negócios, que precisam de fatores de eficácia, os atos subordinados a condição suspensiva. Enquanto não ocorre o advento do evento, o negócio, se tiver preenchido todos os requisitos, é válido, mas não produz efeitos; certamente, a condição como cláusula, faz parte (é elemento) do negócio, mas uma coisa é a cláusula e outra o evento a que ela faz referência; o advento do evento futuro é, nesse caso, um fator de eficácia (é extrínseco ao ato e contribui para a produção dos efeitos).

Outro exemplo de ato válido mas ineficaz é o do representante sem poderes, como o negócio feito pelo mandatário, agindo fora dos limites do mandato. Nesse caso, diz o Código Civil (art. 1.296, parágrafo único^{79-A}), em disposição semelhante à de inúmeros outros Códigos, que a ratificação do mandante retroage à data do ato, o que significa que o ato, até o momento da ratificação, é ineficaz para os efeitos para os quais surgiu (e, assim, poderá permanecer indefinidamente); a hipótese não é de ato nulo, que não admite ratificação, nem de ato anulável, que produz efeitos até ser anulado; o ato do representante sem poderes é somente, até a ratificação, ineficaz em rela-

79-A. O artigo correspondente ao 1.296 é, no novo Código Civil, o art. 662. A redação desse artigo adotou claramente a tese sustentada no texto: “Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são *ineficazes em relação àquele em cujo nome forem praticados*, salvo se este os ratificar”. O parágrafo único, sobre a ratificação, tem exatamente a mesma redação do atual Código.

ção ao representado. Ocorrendo a ratificação, o negócio adquire sua eficácia própria; essa ratificação é, pois, fator de eficácia.

Finalmente, daremos um último exemplo do fator de eficácia, antes de tentarmos realizar sua classificação. No art. 1.069^{79-B} do Código Civil, a propósito da cessão de crédito, a lei diz que a cessão “*não vale em relação ao devedor*”, enquanto não for a este notificada; no mesmo capítulo, diz também o Código Civil (art. 1.067)^{79-C} que a cessão “*não vale em relação a terceiros*”, se não for feita por instrumento público ou particular, exigindo, ainda, a Lei de Registros Públicos⁸⁰ a transcrição do instrumento, para os mesmos efeitos, no Registro de Títulos e Documentos. Ora, esses “*não vale em relação a*” significam que o negócio não produz efeitos para fulano ou beltrano; a questão não é de validade, mas sim de eficácia. A notificação ao devedor e o registro do instrumento da cessão são, pois, nessas hipóteses, fatores de eficácia.

79-B. O artigo equivalente no novo Código Civil, art. 290, como sustentado no texto (nossa 1ª edição é de 1974), adotou o conceito de ineficácia para designar a situação da não-notificação do devedor na cessão de crédito. Prescreve o texto da nova lei: “A cessão do crédito *não tem eficácia* em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita”.

79-C. O art. 288 do novo Código Civil, equivalente ao art. 187, corrigiu a terminologia, adotando as idéias expressas no texto: *ineficácia*, em vez de *invalidade*. Eis o texto: “É *ineficaz*, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654”.

80. Lei Federal n. 6.015, de 31-12-1973:

Art. 129. “Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros:

9º) os instrumentos de cessão de direitos e de créditos, de sub-rogação e de dação em pagamento”.

Decreto Federal n. 4.857, de 1939:

Art. 134. “No Registro de Títulos e Documentos serão feitas:

a) a transcrição:

I — dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor, bem como da cessão de créditos e de outros direitos por eles criados, para valer contra terceiros, e do pagamento com sub-rogação”.

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

Além do advento do evento nos negócios sob condição suspensiva, são casos de fatores de atribuição da eficácia em geral (letra “a” *supra*) mais os seguintes: a recepção da declaração pelo destinatário, nos negócios receptícios; a outorga de poderes pelo representado, nos contratos em que o representante agiu sem poderes e em que ambas as partes do contrato se comprometeram a aguardar por ela; a morte do testador, no testamento; o advento do termo inicial nos negócios a ele submetidos; a homologação, pelo juiz, da partilha amigável feita entre herdeiros por instrumento particular; a “emissão” (isto é, a colocação em circulação) dos títulos de crédito etc.⁸¹.

81. Em muitos desses casos, no direito brasileiro, dir-se-á que o negócio é “nulo”, por falta de “solenidade essencial” (CC, art. 145, IV; novo Código, art. 166,

As medidas de publicidade em geral enquadram-se entre os fatores de atribuição de eficácia mais extensa (letra “c” *supra*), enquanto grande parte dos casos ditos de legitimidade do agente incluem-se por sua vez, entre os de fatores de atribuição da eficácia diretamente visada (letra *b*, *supra*).

Entretanto, sobre a legitimidade, é preciso cuidado; uma vez esclarecido que ela difere da capacidade, porque esta depende de *condições pessoais*, isto é, de condições da pessoa, ou tomada em si mesma (condições físicas ou psíquicas), ou tomada em meio de um grupo social (condições de *status*), enquanto aquela depende de *relações jurídicas*, temos que distinguir duas espécies de legitimidade. Há uma que podemos chamar de “legitimidade-requisito de validade”, que age sobre a *validade* do negócio; pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida por *consentimento de outrem*, para realizar validamente um negócio jurídico; ela existe, *malgrado uma relação jurídica anterior*. A outra, que podemos chamar de “legitimidade-fator de eficácia”, é que, de fato, age sobre a *eficácia* do negócio. Esta pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na *titularidade de um poder*, para realizar eficazmente um negócio jurídico; ela existe *por causa de uma relação jurídica anterior*. Exemplo do primeiro caso tem-se na hipótese de ascendente, que, devido à relação jurídica de parentesco em linha reta, não pode vender bens aos descendentes (art. 1.132^{81-A} do CC). Graças, porém, ao consentimento dos outros descendentes, adquire ele legitimidade para fazê-lo (legitimidade-requisito de validade). Exemplo do segundo caso tem-se na hipótese do mandatário que recebeu poderes do mandante

V); entretanto, basta pensar que a incapacidade do agente, posterior ao negócio, mas anterior ao advento do fator de eficácia (por exemplo, a incapacidade do herdeiro, depois da partilha feita, mas antes da sua homologação, ou a incapacidade do testador, antes de sua morte etc.), não influi sobre a validade do negócio, para se perceber que o problema não é de nulidade, mas sim de ineficácia.

Veja-se também Pontes de Miranda (*Tratado*, cit., v. 34, p. 199, § 3.858), que coloca a emissão dos títulos de crédito, ou sua posse de boa fé por outrem, que não o emitente, como fator de eficácia.

81-A. O dispositivo equivalente no novo Código Civil é o *caput* do art. 496.

para vender bens, doar, transigir etc. e que, então, realiza um desses negócios jurídicos; sua legitimidade resulta, aí, de uma relação jurídica (mandato) (legitimidade-fator de eficácia).

Porque no primeiro caso a legitimidade é obtida, apesar de uma relação jurídica anterior, e, no segundo, por causa de uma relação jurídica anterior, muitas vezes se diz que a legitimidade ora se apresenta sob um aspecto negativo, ora sob um aspecto positivo⁸². De fato, quando se trata de legitimidade-requisito de validade, é a *existência* de uma relação jurídica que impede a realização (válida) do negócio, e, quando se trata de legitimidade-fator de eficácia, é a *inexistência* de uma relação jurídica que impede a realização (eficaz) do negócio. O que há de comum entre as duas espécies de legitimidade é que ambas dizem respeito a uma *relação jurídica*.

Observamos, porém, que às vezes acontece que a relação jurídica, que daria legitimidade ao agente para realizar eficazmente um negócio (legitimidade-fator de eficácia), somente existe *aparentemente*; nesses casos, em atenção à aparência (*error communis facit jus*), pode ocorrer que o direito dê legitimidade a alguém, sem que, na verdade, haja a relação jurídica legitimante; ocorre isso, por exemplo, com o herdeiro aparente, que aliena bens da herança; ou, com o

82. Cf. José Carlos Moreira Alves (*Direito romano*, cit., v. 1, p. 175): “A legitimação ora se apresenta *sob aspecto positivo* (quando a norma jurídica impõe, para a realização de certo negócio jurídico, a observância de determinados requisitos que não se exigem para a caracterização da existência da capacidade em geral), ora *sob aspecto negativo* (quando a norma jurídica estabelece que as pessoas que se encontram em determinadas situações estão inabilitadas para a prática de alguns negócios jurídicos)”.

Também Vicente Ráo (*Ato jurídico*, cit., p. 118): “A legitimação ora age de modo positivo, ora de modo negativo e impeditivo. Age de modo positivo quando não veda a prática do ato gerador da relação, mas impõe a observância de requisitos especiais e pessoais que excedem os genericamente exigidos para caracterizar a simples capacidade, sendo óbvio, *a contrario sensu*, que a inobservância desses requisitos opera negativamente e produz a ilegitimação dos agentes, ou contratantes. Age de modo negativo quando a lei por disposição cogente declara a inabilitação de certas pessoas para a prática de certos atos devidos a alguma situação irremovível em que elas se acham, ou quando mantém o impedimento durante a persistência de determinadas situações pessoais (suscetíveis de cessação), caracterizando-se, na primeira hipótese, a figura da *ilegitimação absoluta* ou inalterável pela vontade dos agentes ou contraentes e, na segunda hipótese, a da *ilegitimidade relativa*”.

accipiens, que recebe indevidamente imóvel e, depois, o aliena, onerosamente, à adquirente de boa fé (art. 968^{82-A} do CC) etc.

Nesses casos, embora possa parecer paradoxal (já que a legitimidade se refere à *relação jurídica*), pode-se falar em *legitimidade de fato* (por oposição à legitimidade de direito, que abrange as hipóteses normais)⁸³.

São casos de negócios em que há falta de legitimidade-fator de eficácia: as vendas a *non domino*, os atos do mandatário sem poderes (desde que aquele que contratou com o mandatário ignore a falta de poderes), as alienações de bem próprio, quando o proprietário já perdeu o poder de disposição (por exemplo, comerciante com falência decretada; executado, que vende bem penhorado) etc. Os negócios realizados nessa situação são válidos e, até mesmo, têm eficácia entre as partes (podem ser rescindidos e dão origem a perdas e danos por inadimplemento); falta-lhes, porém, a eficácia diretamente visada, que, como se percebe, implica os efeitos do negócio se projetarem também na esfera jurídica de terceiros. O *poder*, resultante da relação jurídica legitimante, é, pois, aí, fator de atribuição da eficácia diretamente visada; sem ele, o negócio é ineficaz em relação aos terceiros. Aliás, basta pensar que, em princípio, essas pessoas não precisam agir para destruir o ato, para perceber o quanto essa situação de falta de legitimidade-fator de eficácia difere não só da nulidade (o que é evidente), mas também da anulabilidade.

Cumpre, finalmente, para termos um quadro completo da questão da eficácia, não perder de vista que, ao falarmos de fatores de eficácia, estamos nos referindo ao *início* da produção de efeitos; esses fatores de eficácia são, pois, em suas três espécies, fatores de *atribuição* de eficácia (eficácia em geral, eficácia diretamente visada e eficácia mais extensa). Naturalmente, poderá ocorrer que, uma vez existindo, valendo e produzindo efeitos, o negócio venha, *depois*, por causa superveniente, a se tornar ineficaz. Haverá, então, *ineficácia superveniente*, isto é, resolução do negócio. Por exemplo,

o contrato submetido à condição resolutiva que vem a se desfazer pelo advento do evento futuro e incerto; ou o contrato bilateral que se torna excessivamente oneroso e é desfeito, respeitados certos pressupostos; ou o contrato de depósito que vem a se extinguir pelo fato de o depositante exigir a coisa, ou o de mandato, que termina por renúncia ou morte etc. Nesses casos, pode-se falar em *fatores de ineficácia*, os quais podem, por sua vez, ser de dois tipos: a) os ligados à formação do negócio, por exemplo: o advento do evento futuro (nos negócios sob condição resolutiva, ou nos submetidos a termo final); a não-realização da causa final (nos negócios com causa final)⁸⁴ etc.; e b) os não ligados à formação do negócio, como o distrato e a impossibilidade superveniente.

82-A. No novo Código Civil, art. 879.

83. Cf. Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 184.

84. *Vide, infra*, “causa” no § 3º do Capítulo Terceiro.

§ 5º

Inexistência, Invalidade e Ineficácia

“As legislações não têm disciplinado, com perfeição, a teoria das nulidades, certamente porque a doutrina não conseguiu ainda assentar com exatidão e uniformidade as suas linhas mestras. Ao contrário, a matéria é muito obscurecida, carece de boa exposição dogmática, e alimenta acentuada desarmonia entre os escritores, não somente no que se refere à fixação dos conceitos, como ainda no que diz respeito à terminologia, que é algo desencontrada e imprecisa”. Essas palavras, com que o professor Caio Mário da Silva Pereira⁸⁵, abre parágrafo sobre o “negócio jurídico ineficaz em geral”, expressam com perfeição a opinião comum, e até agora correta, de inúmeros juristas da família romano-germânica.

Orlando Gomes, por sua vez, diz⁸⁶: “Nessa matéria reina, entretanto, confusão, particularmente, por imprecisão terminológica”. E Vieira Neto assim se manifesta⁸⁷: “O estudo dos vícios dos atos jurídicos, suas causas e efeitos, constitui o objeto da teoria das nulidades que é, no dizer de Planiol, enfaticamente reproduzido por Martinho Garcez, ‘uma das mais obscuras que há no direito civil (Nulidades, I, 1)’”.

Todavia, acreditamos que o exame do negócio jurídico em seus três planos, seguido da análise de cada um deles, tende a fazer com que cada vez menos essas palavras expressem uma verdade. Real-

85. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 374.

86. Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 462, n. 326.

87. Manoel Augusto Vieira Neto, *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, São Paulo, Max Limonad, [s. d.], p. 6.

mente, examinado o negócio jurídico sob o ângulo da existência, da validade e da eficácia, torna-se simples dizer quando ele inexistente, quando não vale e quando é ineficaz (ineficácia em sentido restrito).

Se, no plano da existência, faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico; poderá haver um ato jurídico em sentido restrito ou um fato jurídico, e é a isso que se chama “negócio inexistente”⁸⁸. Se houver os elementos, mas, passando ao plano da validade, faltar um requisito neles exigido, o negócio existe, mas não é válido. Finalmente, se houver os elementos e se os requisitos estiverem preenchidos, mas faltar um fator de eficácia, o negócio existe, é válido, mas ineficaz (ineficácia em sentido restrito).

Não é lógico que se continue a colocar, ao lado do nulo e do anulável, o negócio dito inexistente, como se se tratasse de um *tertium genus* de invalidade. Não há uma gradação de invalidade entre o ato inexistente, o nulo e o anulável. Ao negócio inexistente opõe-se o negócio existente (este é que pode ser nulo, anulável, ou válido). A dicotomia “negócio existente — negócio inexistente”, de um lado, e a tricotomia “negócio válido — negócio nulo — negócio anulável”, de outro, estão em *planos diferentes*.

Da mesma forma, o negócio ineficaz em sentido restrito também não é, ao lado do nulo e do anulável, um *tertium genus* (ou *quartum genus*, para os que admitem também a inexistência). Ao negócio ineficaz se opõe o negócio eficaz.

Portanto, temos: no plano da existência, o negócio existente e o negócio inexistente; no plano da validade, o negócio válido e o negócio inválido (subdividido em nulo e anulável); e, no plano da eficácia, o negócio eficaz e o negócio ineficaz em sentido restrito.

O exame do negócio, sob o ângulo negativo, deve ser feito através do que batizamos com o nome de *técnica de eliminação progressiva*. Essa técnica consiste no seguinte: primeiramente, há de se exami-

88. Ao negócio inexistente, seria preferível chamar “negócio aparente”: Essa denominação evitaria uma inútil discussão terminológica sobre a contradição que a expressão “negócio inexistente” contém e, principalmente, revelaria a principal característica do chamado negócio inexistente (isto é, a aparência de negócio).

nar 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, 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 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 restrito).

Duas objeções podem ser levantadas: a) os negócios nulos, que, por produzirem eventualmente efeitos, parecem que passam para o plano da eficácia, quando, na verdade, deveriam ficar no plano da validade; e b) os negócios anuláveis, que, pelo menos aparentemente, também passam para o plano da eficácia. Ambas as objeções têm seu fundo de verdade (e, aliás, a primeira já nos serviu até mesmo como argumento para demonstrar a necessidade de separar o plano da validade do da eficácia). Todavia, é inegável que os casos de efeitos do nulo são exceções no sistema de nulidades e como tais devem ser tratadas. Os efeitos do nulo não são, em sua maior parte, também como havíamos salientado, os efeitos próprios do ato (isto é, os efeitos manifestados como queridos), e, portanto, nesses casos, não se pode dizer que o negócio tenha passado para o plano da eficácia; todavia, ainda quando se trate de eficácia própria, tal e qual ocorre no casamento putativo e em algumas outras poucas hipóteses, tem-se, se pudermos expressar-nos assim, um “furo” na técnica de eliminação com que os negócios são tratados; é a exceção que confirma a regra, tanto mais que, depois de o negócio haver entrado no plano seguinte, o sistema jurídico corrige a falha, impedindo que o negócio continue a produzir efeitos (a entrada dos negócios nulos no plano da eficácia não é, pois, definitiva). Quanto aos negócios anuláveis, sua situação não é muito diversa; no fundo, tais atos estão provisoriamente em situação indefinida: após certo tempo, ou estarão definitivamente entre os nulos (foram anulados), ou se equipararão aos válidos como se nunca tivessem tido qualquer defeito.

Feitas essas ressalvas, temos, como decorrência da aplicação da técnica de eliminação progressiva, que somente aos atos existentes se pode dar a qualificação de nulo (e, também, de válido ou anulável). O negócio aparente, chamado de negócio inexistente, uma vez que não chegou a se projetar no plano da validade, não é nem válido, nem anulável, nem nulo; não representa “um grau a mais”, em relação a qualquer um destes, não se aproxima mais do nulo, nem se afasta mais do válido; seu plano é diverso. O negócio inexistente se opõe ao negócio existente e somente este, por ter passado ao plano da validade, é que poderá ser, de acordo com o preenchimento dos requisitos, válido, anulável ou nulo.

O mesmo raciocínio cabe para o negócio ineficaz em sentido restrito. Certamente, o negócio nulo é ineficaz, no sentido amplo dessa palavra, e isto, exatamente porque não passou para o plano da eficácia; todavia, e esse é o ponto que aqui interessa, não é ao ato nulo, mas sim ao *ato válido*, que se quer referir, quando se fala de ineficácia em sentido restrito. O ato ineficaz em sentido restrito é um ato válido, mas que, por falta de um fator de eficácia, não produz, desde o princípio, efeitos; por exemplo, o ato sob condição suspensiva, quando não ocorre o evento a que a condição se referia, ou o ato do mandatário sem poderes que prometeu a ratificação do mandante e não a obteve, ou a cessão de crédito não notificada ao devedor. Nos três casos, os atos são válidos, já foram examinados no plano da validade, e é por isso que podem passar a ser examinados no plano da eficácia; ora, aí, no plano dos efeitos manifestados como queridos, em todos os três casos, há, porém, ineficácia: ineficácia plena, no primeiro caso, ineficácia por falta de outorga de poderes, no segundo (em que o ato é eficaz entre as partes, mandatário e terceiro, mas com eficácia substitutiva, porque o efeito próprio não ocorre por falta de ratificação do mandante), e ineficácia relativa, no terceiro⁸⁹.

89. Além da ineficácia em sentido restrito, há também, como dissemos anteriormente, a *ineficácia superveniente*, isto é, resultante da resolução do negócio. Ambas supõem negócio válido, mas a ineficácia em sentido restrito, ao contrário da ineficácia superveniente, existe desde a formação do ato.

Tanto dentro de cada plano quanto nas relações entre um plano e outro há um princípio fundamental que domina toda a matéria da inexistência, invalidade e ineficácia; queremos referir-nos ao *princípio da conservação*. Por ele, tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas⁹⁰, *devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos — existência, validade e eficácia —, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente.*

O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento ju-

90. Na realidade, do ponto de vista das fontes constitutivas do direito objetivo, não é tão radical, como a opinião tradicional parece acreditar, a diferença entre as atividades exercidas pelo legislador e pelo juiz; ambos, legislador e juiz, ressalvados os casos extremos da fixação da primeira constituição, de um lado, e da coação estatal, de outro, são simultaneamente *criadores e aplicadores* do direito objetivo, diferindo a atividade de um e de outro somente na intensidade (grau) com que a executam. Ou, nas palavras de Kelsen (*Teoria*, cit., p. 87): “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite — a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo — entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo o ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior”. E (p. 88): “Todo o ato criador de Direito deve ser um ato aplicador de Direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato da comunidade jurídica... A determinação da produção de uma norma inferior através de uma superior pode ter diferentes graus. Nunca pode, porém, ser tão reduzida que o ato em questão já não possa ser considerado como ato de aplicação do Direito, e nunca pode ir tão longe que o ato já não possa ser havido como ato de produção jurídica. Mesmo quando sejam determinados não só o órgão e o processo mas ainda o conteúdo da decisão a proferir — como sucede no caso de uma decisão judicial a proferir com base na lei — existe não-somente aplicação do Direito como também produção jurídica. A questão de saber se um ato tem o caráter de criação jurídica ou de aplicação do Direito está dependente do grau em que a função do órgão que realiza o ato é predeterminada pela ordem jurídica”.

rídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil. A utilidade de cada negócio poderá ser econômica ou social, mas a verdade é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a categoria negócio jurídico, sua utilidade passa a ser jurídica, visto vez que somente em cada negócio concreto é que adquire existência a categoria negócio jurídico. Não fosse assim e esta permaneceria sendo sempre algo abstrato e irrealizado. Obviamente, não foi para isso que o ordenamento jurídico a criou. O princípio da conservação, portanto, é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto⁹¹.

As aplicações do princípio da conservação são inúmeras. Limitamo-nos a apresentar algumas, encontráveis na legislação, e que, em grande parte, dependem da aplicação pelo juiz.

No plano da existência, é, naturalmente, indispensável que se encontrem, no negócio, os elementos gerais, para considerá-lo como existente; essa regra não sofre exceção. Uma vez, porém, que o negócio exista, se acaso lhe faltar um elemento categorial inderrogável (ou, se, para evitar que o negócio seja considerado inválido ou ineficaz, se puder dar como inexistente um elemento categorial inderrogável), abre o ordenamento jurídico a possibilidade, para o intérprete, de convertê-lo em negócio de outro tipo, mediante o aproveitamento dos elementos prestantes; é a *conversão substancial*⁹².

91. Por outro lado, as considerações feitas no texto sobre o fundamento do princípio da conservação fixam-lhe também os *limites*. Ao se dizer “conservar tudo que é possível” no negócio jurídico, quer-se dizer que não é possível manter, considerando existente, válido ou produzindo efeitos, negócios, ou aparências de negócio, nos quais o ordenamento jurídico, *expressamente*, nega à vontade a possibilidade de criar regras jurídicas concretas.

92. A conversão substancial implica ou a falta do elemento categorial inderrogável ou a consideração de que ele inexistente (apesar de existir) a fim de que o negócio não seja dado como inválido ou ineficaz. Em qualquer caso, a conversão substancial é sempre um fenômeno de qualificação; ela acarreta nova qualificação categorial. Isso, porém, não quer dizer que o possível defeito do negócio esteja

No plano da validade, a própria divisão dos requisitos em mais ou menos graves, acarretando, ou nulidade, ou anulabilidade, é decorrência do princípio da conservação, já que, graças a essa divisão, abre-se a possibilidade de *confirmação dos atos anuláveis* (art. 148^{92-A} do CC). A *sanação do nulo*, cabível em casos excepcionais (por exemplo, art. 208, 2ª parte^{92-B}, do CC), é também resultante do desejo do legislador de evitar que, por excessiva severidade, percam-se negócios úteis econômica ou socialmente. A nulidade de uma cláusula, por sua vez, apesar de o negócio ser um todo, pode não levar à nuli-

sempre no elemento categorial inderrogável; pode haver outro tipo de falta: por exemplo, o pai, que, tendo somente os poderes de administração ordinária, realiza pelo filho contrato de fornecimento, ultrapassa os poderes de representação e o problema será de legitimidade; entretanto, os primeiros fornecimentos podem valer como simples venda de frutos. O negócio jurídico “fornecimento” se converte em negócio “venda”. Ora, a conversão, aí, será substancial, mas o defeito não era no elemento categorial inderrogável do negócio. Outro exemplo: a aceitação, feita fora do prazo, converte-se, por força de lei, em oferta (CC, art. 1.083; novo Código, art. 431) e também o defeito não será no elemento categorial inderrogável (o caso é de conversão legal). De qualquer forma, porém, no negócio convertido, sempre, como é lógico, o elemento categorial inderrogável já não será o do negócio realizado.

Sobre conversão geral: Luigi Mosco, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1947; José Luis de Los Mozos, *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, [c 1959]; Betti, *Conversione del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano* [Torino], UTET, [s. d.], v. 4; Raul Jorge Rodrigues Ventura, *A conversão dos atos jurídicos no direito romano*, Lisboa, Imprensa Portuguesa, 1947. Acreditamos que, na literatura jurídica brasileira, a mais antiga referência à conversão esteja em Antônio Joaquim Ribas, *Curso de direito civil*, 4. ed., Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1915, p. 510. Não há, no nosso direito, nenhuma monografia sobre o assunto; há somente referências em obras mais amplas. Assim, no *Tratado de direito privado*, de Pontes de Miranda (onde há todo um capítulo, o IV, no volume IV), no *Código Civil brasileiro interpretado*, de Carvalho Santos (Rio de Janeiro, Calvino Filho, 1934-1939, com. ao art. 130), e no *Manual do Código Civil brasileiro* (dir. Paulo Maria de Lacerda, Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1918, v. 3, parte 1), em parte a cargo de Eduardo Espínola (p. 93 e 558). Também: Vieira Neto, *Ineficácia*, cit., p. 143 e s., n. 31. A única decisão jurisprudencial, em que vimos referência à conversão, no direito brasileiro, encontra-se na *RT*, 328:587, em acórdão relatado pelo desembargador Vieira Neto.

92-A. No novo Código Civil, art. 172, houve a substituição da expressão “ato” por “negócio”.

92-B. No novo Código Civil, o art. 1.550 tratou a hipótese como de anulabilidade, mantendo o art. 1.560, II, o prazo de dois anos para a propositura da ação.

dade do negócio; a regra da *nulidade parcial (utile per inutile non vitiatur)* admite que o negócio persista, sem a cláusula defeituosa, “se esta for separável” (art. 153 do CC)⁹³. A nulidade de forma pode acarretar a — *conversão formal*, que torna válido o negócio, graças à adoção de uma forma menos rigorosa que a escolhida pelas partes. Além disso, pode-se observar uma tendência legislativa a admitir “*correções*” dos negócios jurídicos, em casos de erro e de lesão, os quais, se não fosse a correção, levariam à anulação⁹⁴.

No plano da eficácia, a *construção dos negócios ineficazes em sentido restrito*, como negócios diversos dos nulos, resulta de aplica-

93. Trabucchi (*Istituzioni*, cit., p. 196) enumera pelo menos três casos em que há a possibilidade de se separar a parte nula da válida: a) se as partes fariam o negócio mesmo sem a cláusula defeituosa; b) se a lei substitui a cláusula nula por outra válida — por exemplo, no mútuo com taxa excessiva; c) se o negócio é plurilateral e uma das pessoas é incapaz sem que sua participação seja essencial. No novo Código Civil, o art. 184 é o equivalente ao art. 153.

94. Para o caso do erro, veja-se o art. 46 do Anteprojeto de Código das Obrigações do Prof. Caio Mário, que diz: “Não se poderá argüir o erro na declaração de vontade, se a outra parte, antes que o ato possa causar prejuízo, se oferecer para executá-lo na conformidade da vontade real do declarante”. Esse artigo foi repetido, com o mesmo número e mudança de redação, no Projeto de Código das Obrigações de 1965: “O erro na declaração de vontade não lhe prejudica a eficácia quando a parte se oferece para executá-lo na conformidade da vontade real do declarante, sem prejuízo desta”. Também o art. 144 do Anteprojeto de Código Civil de 1972: “Em qualquer caso, o erro na declaração da vontade não prejudicará a validade do negócio jurídico, quando a pessoa, a quem ela se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do declarante”. O art. 144 do novo Código prescreve: “O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante”. *Vide* ainda os arts. 1.432 do Código Civil italiano e 248 do Código Civil português.

Para o caso da lesão, o art. 78 do Anteprojeto de Código das Obrigações do Prof. Caio Mário diz: “Reputar-se-á convalidado o negócio jurídico se a parte favorecida oferecer suplemento suficiente ou concordar com a redução do proveito”. O § 2º do art. 159 do Anteprojeto do Código Civil de 1972, por sua vez, diz: “Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”. O § 2º do art. 157 do novo Código Civil, por sua vez, determina: “Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”. *Vide*, também, os arts. 1.450 do Código Civil italiano e 283 do Código Civil português.

ção do princípio da conservação. Realmente, graças à distinção entre ambos, admite-se, sem quebra da coerência ou de qualquer norma jurídica, que, ocorrendo o fator de eficácia, o ato passe, sem mais, a produzir efeitos; há pós-eficacização. Tome-se como exemplo um negócio sob condição suspensiva; poder-se-ia pensar em construir a hipótese como sendo a de um ato que só se completasse por ocasião do advento do evento futuro e incerto (em vez de ser um ato já existente e válido, mas ineficaz); mas, então, perguntamos: o que ocorreria se, depois da realização do negócio e antes do advento do evento, uma das partes se tornasse absolutamente incapaz? Se realmente o negócio somente se completasse com o advento do evento, quando este ocorresse, ele deveria ser nulo por incapacidade do agente, o que resultaria em pura perda (além de, provavelmente, criar situação iníqua). Para a solução não ser esta, ou se quebraria a exigência de capacidade no momento da perfeição do ato, ou, pior ainda, teria de se admitir um negócio nulo produzindo normalmente seus efeitos⁹⁵. Ora, a grande vantagem da admissão da ineficácia em sentido restrito é justamente o fato de que se pode admitir, através dela, sem quebra de qualquer regra, que o ato, válido desde sua formação, mas ineficaz até então, passe, pela realização do fator de eficácia, a produzir, sem mais, os seus efeitos. Ainda, no plano da eficácia, o princípio da conservação é regra para *interpretar o negócio* (“*Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res, qua de agitur, in tuto sit*”)⁹⁶. Aplica-se também o princípio da conservação quando se trata da permanência da eficácia; realmente, quando os efeitos do negócio não correspondem aos que, de início, estavam previstos, de forma que, então, certos elementos categoriais naturais (ditas “cláusulas de garantia implícitas”) atuem, o ordenamento jurídico, em vez de ordenar, pura e simplesmente, a

95. Veja-se D. 45, 1, 78 *pr.* (Paulus LVII, *ad edictum*), em que se tem em vista o momento do ato e não o do advento do fator de eficácia: “*Si filius familias sub conditione stipulatus emancipatus fuerit, deinde exstiterit condicio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*”.

96. D. 45, 1, 80 (Ulpianus LXXIV, *ad edictum*). Também: art. 1.666 do Código Civil brasileiro (correspondente ao art. 1.899 do novo Código); art. 1.157 do Código Civil francês; art. 1.132 do Código Civil italiano de 1865; art. 1.367 do Código Civil italiano atual etc.

resolução (ineficácia superveniente), admite, aqui também, “*correções*”, que levam à conservação dos efeitos do negócio (por exemplo: a permissão para optar por ação de abatimento de preço, em vez de ação redibitória, no caso dos vícios redibitórios — art. 1.105^{96-A} do CC; a possibilidade de escolher a restituição de parte do preço, em vez de resolver o contrato, no caso da evicção parcial — art. 1.114^{96-B} do CC; a revisão judicial, nos casos de contratos onerosos desequilibrados pela excessiva onerosidade de uma das prestações etc.). E, finalmente, em hipóteses semelhantes, mas em que há cláusulas de garantia expressas (elementos acidentais), também se admite redução de sua aplicação, em vez de simplesmente considerá-las não escritas (por exemplo, quanto à cláusula penal: arts. 924^{96-C} do CC e 9^o do Dec. n. 22.626, de 1933 — Lei de Usura etc.)⁹⁷.

96-A. O dispositivo equivalente no novo Código Civil é o art. 442.

96-B. O dispositivo equivalente no novo Código Civil é o art. 455.

96-C. O dispositivo equivalente no novo Código Civil é o art. 413, o qual, porém, tem redação mais forte (“a penalidade deve ser reduzida...”). Além disso, também prevê a redução se o valor da cláusula for manifestamente excessivo. Seu texto é: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

97. Para o princípio da conservação, *vide* Trabucchi, *Istituzioni*, cit., p. 196; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 394, n. 94; Giovanni Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 103; Francesco Santoro Passarelli, *Dottrine generali*, cit., p. 147, n. 31, e p. 233, n. 51; Betti, *Teoria*, cit., p. 363, n. 45.