

§5² *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 obscura, 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".⁸⁵ 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,⁸⁶: "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 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 interrogável (ou, se, para evitar que o negócio seja considerado inválido ou ineficaz, se puder dar como inexistente um elemento categorial interrogável), 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 interrogável 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. 148⁹² do CC). A *sanação do nulo*, cabível em casos excepcionais (por exemplo, art. 208, 2- 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 nulidade

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 dei 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 arguir 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 efeitos.⁹⁵ 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 competiti, 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, "correcções", 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^{96A} 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^{96B} 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^{96C} do CC e 9º 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, *Instituzioni*, 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.