

## O negócio jurídico no Código Civil / The legal business in the Civil Code

Mauricio Jorge Pereira da Mota

Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor da UERJ (graduação e pós-graduação).

Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

**RESUMO:** O artigo aborda o negócio jurídico e suas características mais relevantes, como a manifestação de vontade, os defeitos, a nulidade e a presença da boa-fé objetiva, ressaltando-o no Código Civil de 2002, que o trata como disciplina autônoma.

**PALAVRAS-CHAVE:** Negócio jurídico – Código Civil de 2002 – Boa-fé objetiva

**ABSTRACT:** This article broach the Juridical Business and its most relevant characteristics, as will's manifestations, defects, nullity and the objective good-faith's presence, standing it out in 2002 Civil Code, which treat it as an independent subject.

**KEYWORDS:** Juridical Business – 2002 Civil Code – Objective good faith

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O negócio jurídico – 3. A manifestação de vontade no negócio jurídico – 4. A boa-fé objetiva no negócio jurídico – 5. Defeitos do negócio jurídico – 6. Nulidade do negócio jurídico – 7. Conclusão – 8. Referências.

## 1. Introdução

O livro III do Código Civil de 2002 introduz em nosso direito uma inovação: a disciplina autônoma do negócio jurídico. Regulam-se ali os atos jurídicos especificando-os em negócios jurídicos (Título I) e atos jurídicos em sentido estrito, lícitos e ilícitos (Títulos II e III), aprimorando-se o rigor conceitual e a funcionalidade dos preceitos jurídicos, uma vez que as normas que se aplicam ao negócio jurídico nem sempre são utilizáveis para outros atos jurídicos lícitos.

O Código Civil segue a diretriz geral de não incluir em seu conteúdo princípios de caráter exclusivamente doutrinário<sup>1</sup>, por isso não define negócio jurídico. O negócio jurídico como categoria se expressa pela sua função, qual seja, a de meio para a realização da autonomia privada<sup>2</sup>.

O ordenamento jurídico constitucional assegura como fundamento do Estado Democrático de Direito, em seu art. 1º, IV, o valor social da livre iniciativa, em consonância com a dignidade da pessoa humana, a realização da cidadania e do valor social do trabalho. Da garantia à iniciativa econômica deflui como relação de instrumentalidade, no âmbito do direito civil, a autonomia privada. Esta pode ser conceituada como o poder complexo reconhecido aos particulares pelo ordenamento jurídico de auto-regular seus interesses e relações mútuas, dentro dos limites legais estabelecidos e em consonância com os princípios substanciais contidos na Constituição.

O negócio jurídico é, por excelência, o ato de autonomia privada, isto é, a atividade humana, simples ou complexa, correspondente à essência da autodeterminação dos interesses particulares, dirigida, por conseguinte a esse fim, disciplinando-os concretamente<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, São Paulo : Saraiva, 1986, p.102

<sup>2</sup> LARENZ, Karl Larenz. *Derecho civil: parte general*. Madri : Revista del Derecho Privado, 1978, p. 422

<sup>3</sup> GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980, p. 44

É esse negócio jurídico autônomo, delimitado e revigorado, como preconizava Orlando Gomes, que vamos esmiuçar nesse trabalho.

## 2. O negócio jurídico

O negócio jurídico constitui-se em “um fato jurídico consistente em uma declaração de vontade, isto é, uma manifestação de vontade, cercada de certas circunstâncias negociais (que fazem com que ela seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos) e ao qual o ordenamento jurídico, respeitados certos pressupostos (de existência, validade e eficácia) atribui os efeitos jurídicos manifestados como queridos”<sup>4</sup>.

A declaração de vontade ínsita ao negócio jurídico não é uma simples manifestação de vontade mas sim uma manifestação de vontade qualificada, destinada a produzir os efeitos jurídicos almejados pelas partes. Em uma relação negocial podem haver diversas vontades (internas) e diferentes manifestações (externas) das partes mas há um só ato jurídico e uma só declaração de vontade. Na declaração de vontade do negócio jurídico há duas vontades: a de declarar e a de obter com a declaração, determinado resultado. Para a perfeição desta requer-se, assim, a vontade da manifestação e a vontade do conteúdo.

Circunstâncias negociais são o “conjunto de circunstâncias que formam um padrão cultural e que entra a fazer parte do negócio, fazendo com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas). Um ato de vontade realizado num palco, durante uma representação, ou numa sala de aula, durante uma preleção, ainda que tenha todos os outros elementos de existência e, até, os requisitos de validade (proveniência de uma vontade séria, forma prescrita etc.), não é um negócio jurídico, falta-lhe as correspondentes circunstâncias negociais”<sup>5</sup>.

Enquadram-se no âmbito do negócio jurídico os comportamentos de eficácia vinculante não consistentes, propriamente, em declarações de vontade. É o caso de

---

<sup>4</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2002, pp. 17 e 21

<sup>5</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *op. cit.*, p. 122

utilização de um meio de transporte público, com tarifa autorizada oficialmente, no qual não se requeira a prévia aquisição de um bilhete. Não se configura uma declaração de vontade, senão uma conduta socialmente típica consistente em um ato de utilização. Nesses casos considera-se que o ato jurídico valora-se segundo suas circunstâncias negociais como ato destinado à produção de efeitos jurídicos e. como atuação de uma vontade latente de aceitação e, portanto, como atuação de vontade jurídico-negocial.

O negócio jurídico não se confunde com os atos não-negociais ou *atos jurídicos stricto sensu* que são ações humanas consubstanciadas em manifestações de vontade que não tem por fim imediato um resultado jurídico, mas um resultado de fato, e às quais o ordenamento jurídico determina previamente os efeitos jurídicos. Os atos jurídicos *stricto sensu* diferem do negócio jurídico quanto à estrutura, às funções e aos respectivos efeitos. Quanto à estrutura, enquanto no primeiro temos uma ação e uma vontade simples, não compreendida na autonomia privada do agente, no segundo, temos uma vontade qualificada, que é a de produzir um efeito jurídico determinado, uma vontade de resultado, cuja finalidade específica é a gênese, modificação ou extinção de direitos. Quanto à função que podem exercer, o negócio jurídico é o instrumento com que o particular dispõe de seus direitos, o que não se verifica com o ato jurídico *stricto sensu*. No que se refere aos efeitos, no ato jurídico *stricto sensu* é a própria lei a determiná-los, enquanto no negócio jurídico é a vontade dos particulares. A eficácia do primeiro está prevista, não importando a intenção do agente<sup>6</sup>.

Os negócios jurídicos classificam-se segundo vários critérios: 1) quanto ao número de partes componentes em *unilaterais*, *bilaterais* e *plurilaterais*. São negócios unilaterais os que se formam com uma só declaração de vontade, como ocorre no testamento, na renúncia de direitos, na procuração, nos títulos de crédito, no endosso, no aval, na confissão de dívida, na remissão de dívida, na renúncia à herança etc. São negócios bilaterais os que resultam da manifestação de duas partes, produzindo efeitos para ambas, como nos contratos. Negócios plurilaterais são os que se formam com várias manifestações de vontade, em sentido paralelo, como nos acordos; 2) quanto às vantagens decorrentes para as partes os negócios jurídicos bilaterais são *onerosos* ou *gratuitos*. Onerosos, quando geram vantagens e sacrifícios para ambas as partes, como acontece na compra e venda, na troca,

---

<sup>6</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, pp. 352/353

na locação, no seguro etc. Gratuitos, quando uma das partes concede à outra vantagens sem contraprestação, como na doação, no mútuo, no comodato, no mandato, no depósito, na fiança. Os negócios jurídicos onerosos dividem-se em *comutativos* e *aleatórios*. Nos primeiros, existe uma relação de causa e efeito entre as respectivas atribuições patrimoniais. A vantagem corresponde à contraprestação. Nos segundos, inexistente a mesma relação de causa e efeito; 3) quanto as formalidades à observar os negócios jurídicos dizem-se *solenes* e *não-solenes*. Os primeiros têm sua forma prescrita em lei, não valendo se não for observada, como no caso do testamento, na alienação de imóvel acima de certo valor, na constituição de hipoteca. A forma é requisito essencial para a sua validade, é da substância do ato. Os não-solenes são os que podem realizar-se de qualquer modo; 4) quanto ao tempo em que se devem produzir os efeitos os negócios jurídicos dividem-se em *inter vivos*, se devem produzi-los em vida das partes, e *mortis causa*, se após a morte; neste caso, o testamento, única espécie em nosso direito. A morte é pressuposto necessário de sua eficácia; 5) Quanto à causa da atribuição patrimonial que vai favorecer as partes, os negócios jurídicos dividem-se em *causais* e *abstratos*. A causa significa aqui o resultado jurídico que se pretende com o negócio realizado. Os negócios causais são, assim, aqueles em que existe causa da atribuição patrimonial, e negócios abstratos aqueles em que tal causa não se configura: ou melhor, é irrelevante, para o direito. São exemplos de negócios abstratos a cessão de crédito, a letra de câmbio, o título de crédito ao portador, a renúncia; 6) Quanto à modificação que os negócios possam produzir no conteúdo dos direitos, distinguem-se os negócios de disposição, ou *dispositivos*, dos negócios *obrigacionais* e dos negócios de *administração*. São negócios de disposição ou dispositivos aqueles em que o agente atua com poder de disposição, isto é, poder de alienar, modificar ou extinguir direitos, como se verifica, por exemplo, no caso da remissão de dívida, constituição de usufruto, tradição de uma coisa etc. São negócios obrigacionais os que se destinam a criar obrigações, relações jurídicas em que uma das partes pode exigir de outra uma certa prestação. A espécie mais importante é a dos contratos. São negócios de administração os praticados no exercício de um poder de gestão patrimonial limitada, que não permite certas operações, capazes de prejudicar os bens administrados. Os atos de administração compreendem apenas as faculdades de uso e fruição, permanecendo a faculdade de disposição com o titular do direito; 7) quanto ao modo de obtenção do resultado, os

negócios jurídicos dividem-se em *diretos, indiretos e os fiduciários*. Negócio jurídico direto é o que tem por objetivo a obtenção imediata do resultado. Negócio indireto é aquele em que se utiliza um procedimento oblíquo para alcançar o resultado não obtível de modo direto. As partes usam determinado tipo de negócio para atingir fim diverso daquele que normalmente lhe corresponde. A espécie é inadequada ao fim pretendido, como ocorre, por exemplo, quando se outorga uma procuração para cobrança de uma dívida com dispensa de prestação de contas, ou no caso da procuração em causa própria com efeitos de cessão, ou ainda na venda por preço irrisório, visando uma doação, ou ainda uma compra e venda com cláusula de retrovenda, visando apenas um negócio de garantia. Caracteriza-se pelo desvio da finalidade da espécie negocial utilizada, pela divergência entre o objetivo das partes. Negócio fiduciário é aquele em que alguém, o fiduciante, transmite um direito a outrem, o fiduciário, que se obriga a devolver esse direito ao patrimônio do transferente ou a destiná-lo a outro fim. Dá-se a transferência do domínio ou de outro direito, para fins de administração ou garantia, sem que esses fins requeiram a transferência. O negócio jurídico fiduciário conjuga dois elementos, a transmissão de um direito (real ou de crédito), e a obrigação desse direito ser restituído ao transmitente ou a outrem. Existe, assim, um duplo efeito, um real e outro obrigacional<sup>7</sup>.

A validade dos negócios jurídicos celebrados antes da vigência do Código Civil, em 11 de janeiro de 2003, obedecerá ao disposto no Código Civil de 1916 e na Parte Primeira do Código Comercial, mas seus efeitos, produzidos depois da vigência do Código Civil, se subordinam aos preceitos constantes do Código, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Entretanto, se os referidos efeitos jurídicos contrariarem os novos preceitos de ordem pública introduzidos pelo Código Civil, não produzirão as conseqüências que lhes são próprias.

Elementos do negócio jurídico, de sua existência, são a vontade, o objeto e a forma. No plano da validade se analisam as qualidades desses elementos. A validade é a qualidade que o negócio existente deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (ser regular), ou seja, possuírem determinados requisitos ou atributos que a lei indica.

---

<sup>7</sup> AMARAL, Francisco. *op. cit.*, pp. 370/375, *passim*.

O negócio jurídico para ser válido requer um agente capaz. A capacidade é a medida da personalidade. Todas as pessoas possuem capacidade de direito, isto é, capacidade para adquirir e gozar direitos; mas nem todos possuem capacidade de fato, ou de exercício de direito. Para a declaração de vontade ser juridicamente válida mister se faz que o declarante tenha a capacidade de fato requerida pelo direito. É nulo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (v. art. 3º). O negócio jurídico celebrado por agente relativamente incapaz é anulável, podendo, entretanto ser confirmado pelas partes, desde que contenha a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os pródigos.

Objeto lícito é aquele não-contrário aos princípios informadores do direito, à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Os negócios jurídicos que, embora aparentemente legais, têm conseqüências jurídicas que infringem a lei, *in fraudem legis agere*, também se subsumem no art. 104 do Código Civil.

O negócio jurídico não é válido se for impossível o seu objeto. A impossibilidade pode ser absoluta ou relativa, física ou jurídica. Impossibilidade absoluta é aquela que existe em relação a qualquer devedor, enquanto que impossibilidade relativa é a que existe somente em relação a uma determinada pessoa, por falta de aptidões ou outras circunstâncias, mas que pode ser cumprida por outras. A impossibilidade física corresponde às coisas ou fatos que, segundo as leis da natureza, não se podem verificar a partir do instante em que devam ser prestados, como, por exemplo, a entrega para um zoológico de animal recentemente extinto. A impossibilidade da prestação da coisa deve ser verificada no momento da eficácia do negócio e não no da sua formação. A impossibilidade jurídica diz “respeito a todo objeto consistente em um *quid* incompatível com o ordenamento jurídico, a ponto de não se poder conceber a sua existência dentro desse ordenamento”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo : 3. ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 129

A impossibilidade jurídica distingue-se “da ilicitude porque refere-se a ato não-permitido pelo direito como contrato sobre herança de pessoa viva enquanto que a ilicitude refere-se ao negócio que, embora possa ser materialmente praticado, é reprovado em lei, como a venda de tóxicos”<sup>9</sup>.

O objeto do negócio jurídico deve ser determinado ou determinável, vale dizer, deve, no primeiro caso, ter sido enunciado de modo certo, individualizando a prestação ou prestações em que consiste, sejam esses bens corpóreos ou incorpóreos, atos positivos ou negativos. No segundo caso, o objeto determinável, a indeterminação existe na formação do vínculo obrigacional mas deve existir a singularização do objeto do negócio, quando do cumprimento do mesmo, segundo um critério a ser então observado que leve à certeza da determinação. Considera-se indeterminado um objeto e portanto, inválido o negócio, se a determinação quantitativa deste e sua individualização é deixada à decisão meramente potestativa de uma das partes.

No que se refere à forma dos negócios jurídicos o princípio geral é o de que as declarações de vontade não dependem de forma especial. A forma deve bastar à manifestação de vontade e corresponder a toda ela. Se a lei estabelecer uma forma predeterminada, sem a qual não reconhece valor ao negócio jurídico, esta é da substância do ato. Por forma não defesa em lei considera-se também aquela inerente à natureza do negócio avençado, segundo a confiança legitimamente suscitada na contraparte.

O Código Civil estabeleceu em seu art. 105 que a incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos co-interessados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.

Assim, o Código previu de forma inequívoca, ao contrário do Código Civil de 1916, que a incapacidade do artigo 105 é somente a incapacidade relativa. Os atos praticados por pessoa absolutamente incapaz são nulos. O negócio jurídico em que uma das partes é absolutamente incapaz é nulo de pleno direito e não produz os efeitos jurídicos que lhe são próprios. Nesse caso, a parte que contratou com o absolutamente incapaz pode alegar a nulidade, ainda que em proveito próprio, porque sendo o ato nulo os contratantes não podem gozar legalmente de seus efeitos.

---

<sup>9</sup> AMARAL, Francisco. *op. cit.*, p. 387

Diz respeito portanto o preceito exclusivamente à incapacidade relativa de uma das partes. É um preceito de ordem pública, de medida de proteção à pessoa que o ordenamento jurídico reconhece como particularmente vulnerável, o relativamente incapaz. Sendo medida para salvaguarda e defesa deste, só a este aproveita, com a faculdade da anulabilidade.

O Código também inova ao estabelecer que a incapacidade relativa não aproveita aos co-interessados capazes, retomando assim o velho dispositivo do Código Civil Português de 1867 (art. 700), fonte de inspiração do Código Civil de 1916, infelizmente não transcrita em toda sua especificidade. É a hipótese das partes do negócio serem, de um lado, como comprador, pessoa capaz, e de outro simultaneamente, como vendedores, um capaz e um relativamente incapaz. Só este poderá anular parcialmente o negócio, só a ele aproveitando a anulação. A exceção configura-se quando for indivisível o objeto, por exemplo, uma coisa comum. Anulado o negócio, o efeito de desobrigar-se beneficia ambos os vendedores dada a indivisibilidade do bem.

Prevê também o Código (art. 106) que a impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.

Esse dispositivo trata da impossibilidade material relativa do objeto, ou seja, aquela relativa a um determinado objeto em uma dada circunstância, ou seja, a de que este objeto ainda não existe no momento da formação do negócio. Como esclarece Orlando Gomes, “a impossibilidade originária não impede que a relação se constitua validamente. Uma prestação inicialmente impossível pode se tornar possível antes do implemento da condição suspensiva a que esteja subordinada a obrigação”<sup>10</sup>.

É o caso da venda de coisas futuras, como uma safra agrícola, por exemplo: ela não existe no momento de formação do negócio mas deverá existir no momento de eficácia do negócio. Segue aqui o nosso Código Civil o magistério de Santoro-Passarelli, segundo o qual, “os requisitos objetivos devem verificar-se no momento da eficácia do negócio. Nesse sentido as normas estabelecem ser suficiente, para a validade do negócio, a possibilidade superveniente da prestação, verificada na pendência de condição suspensiva ou termo. Que a avaliação da idoneidade do objeto não pode circunscrever-se ao momento da conclusão

---

<sup>10</sup>GOMES, Orlando. *Obrigações*, 13. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 34

do negócio conclue-se também da suficiência da determinabilidade do objeto e da possibilidade de coisas genéricas e futuras constituírem objeto de negócios dispositivos ou de transmissão, com a consequência de que a transmissão, mesmo quando tenha lugar em virtude do negócio, que conserva assim eficácia real, é subordinada á individualização ou à existência da coisa. A razão de ser diverso o momento de referência dos requisitos objetivos está em que, com estes, a lei quer prover, não a formação, mas a realização do negócio<sup>11</sup>.

Os negócios jurídicos são classificados como onerosos ou benéficos, na definição de Pothier, consoante se fazem para interesse e utilidade recíprocas de umas e outras partes ou que se fazem para a utilidade de um só dos contratantes<sup>12</sup>. A distinção se funda na reciprocidade ou unilateralidade das utilidades ou interesses.

Conceito diferente é o de divisão dos negócios jurídicos em onerosos e gratuitos, inspirado no direito civil italiano. Para este o contrato a título *oneroso* é aquele em que cada um dos contraentes recebe um correspectivo da sua prestação; o contrato é a título *gratuito* quando um dos contraentes proporciona ao outro uma vantagem sem receber o correspectivo. O traço distintivo consiste no correspectivo da vantagem auferida e, portanto, na reciprocidade ou unilateralidade do *onus* ou *sacrifício*. Assim, o nosso Código, nesse particular firme na matriz francesa, adota como elemento de diferenciação a *utilidade*, enquanto o direito italiano funda a distinção no *onus*.

A consequência prática principal é a que enquanto o *onus*, recíproco ou unilateral, revela-se objetivamente, a intenção liberal ou o ânimo em que uma das partes se obriga desinteressadamente, é necessariamente subjetiva e depende das circunstâncias que cercam a operação jurídica. Portanto, para que consideremos um negócio jurídico como benéfico é necessário que este seja concebido como uma liberalidade, com uma intenção liberal; a esta condição deve se agregar uma segunda, a de que essa intenção se efetive, se realize, agregando um conteúdo econômico<sup>13</sup>.

Os negócios jurídicos benéficos devem ser interpretados estritamente, contra o beneficiário. É uma consequência do princípio da boa-fé que domina a interpretação dos

---

<sup>11</sup>SANTORO-PASSARELLI, F. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra : Atlântida Editora, 1967, p. 106

<sup>12</sup>POTHIER, R-J. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*. Tomo I. Rio de Janeiro : H. Garnier Editor, 1906, p. 12

<sup>13</sup>JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Tomo II. v. 1*. Buenos Aires : Bosch, 1950, pp. 27/28

contratos (v. art. 113). Como esclarece Erich Danz: “vai maifestamente de encontro à boa-fé, contrariando o comportamento correto que esta exige, o fato de quem obtém de outro, gratuitamente, um benefício patrimonial, explorar em seu proveito a promessa unilateral da outra parte, pretendendo obter mais do que aquilo que, indubitavelmente, se lhe promete. Em tais casos dever-se-á, portanto, atender, em caso de dúvida, ao que haja querido dizer o obrigado e não ao uso geral da linguagem, quando a obrigação resultante do modo como ele se exprimiu, seja inferior à linguagem geral”<sup>14</sup>.

A personalidade das partes representa, na maior parte das ocasiões, um papel essencial: o negócio é, freqüentemente, *intuitu personae*. A responsabilidade do que se compromete desinteressadamente deverá se comprometer com maior dificuldade.

A renúncia é um negócio jurídico unilateral dispositivo pelo qual o titular de um direito extingue esse direito. A renúncia é negócio jurídico irrevogável, produz seus efeitos, no caso de declaração de vontade não-receptícia, desde a sua emissão e na hipótese de declaração receptícia (renúncia a direitos reais sobre coisa alheia, por exemplo), desde a sua recepção. Como negócio jurídico desinteressado, em proveito de outrem, a renúncia também se interpreta restritivamente, em decorrência dos ditames da boa-fé objetiva.

### 3. A manifestação de vontade no negócio jurídico

Dispõe o Código Civil em seu art. 107 que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Forma especial é a forma que o ordenamento jurídico exige para determinado negócio. Só a lei pode estabelecer forma cogente *erga omnes*; as pessoas físicas ou jurídicas quando pré-exigem uma forma, trata-se tão-somente de forma voluntária restrita ao negócio. Há que se distinguir, o que o artigo 107 não singulariza, os planos da existência, da validade e da eficácia do negócio jurídico.

Como preceitua Pontes de Miranda: “se a lei exige ao ato jurídico a forma escrita, tem-se de perguntar se a exigiu como pressuposto necessário, caso em que a falta da forma

---

<sup>14</sup> DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. São Paulo : Saraiva & Cia Editores, 1942, p. 269

escrita é óbice à entrada da manifestação de vontade no mundo jurídico e a defeituosidade causa de nulidade, ou se apenas estabeleceu regra jurídica de prova. O testamento fora dos casos em que a lei o permite é nenhum; o testamento particular em que não haja algum requisito de forma é nulo”<sup>15</sup>.

Negócio jurídico inexistente é aquele em que falta um pressuposto material de sua constituição. A forma especial prevista na lei pode se constituir em um requisito para que o ato exista, ou seja, não existente numa determinada forma que encerra a sua essência, não se constitui a declaração de vontade e, faltando esse elemento fundante, o negócio inexistente. É o caso do testamento oral que, embora querido, por ausência da forma essencial, não se constitui em declaração de vontade. Como explica Antônio Junqueira de Azevedo: “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 pessoas, 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 (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 existe”<sup>16</sup>.

A validade, como já explicado, caracteriza-se como a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, qualidade esta consistente em estar de acordo com as regras jurídicas, portanto, "válido" é adjetivo com que se qualifica o negócio formado de acordo com as regras jurídicas. A forma especial da declaração de vontade é requisito de validade quando a lei expressamente dispõe que esta é da substância do negócio. Caso típico é o do art. 1548 do CC que estabelece a invalidade da declaração emitida em infringência de impedimento do matrimônio.

---

<sup>15</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Tomo III*. 2. ed. Campinas : Bookseller, 2001, p. 394.

<sup>16</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *op. cit.*, p. 126

Caso diverso é o daquele em que a forma especial é requisito apenas para a exigibilidade de certo efeito. Nesse caso apenas não se produz o efeito para o qual a forma especial era exigida. Estamos aqui no plano da eficácia.

Toda forma pública, comum, pode ser adotada em vez da forma particular. A forma especial é que não pode ser substituída, se a lei, por si mesma, não o permitiu.

Preceitua também o Código que não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Escritura pública é o documento escrito lavrado por oficial público, em sua circunscrição, por dever de ofício, segundo suas atribuições e observadas as formalidades legais. É instrumento do negócio jurídico e do ato jurídico *stricto sensu*. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, e, além de outros requisitos previstos em lei especial, deve conter: a) data e lugar de sua realização; b) reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato; c) nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do cônjuge e filiação; d) manifestação da vontade da partes e dos intervenientes; e) declaração de ter sido lida às partes e demais comparecentes, ou de que todas a leram; f) assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato (Lei nº 6952, de 06.11.81).

A escritura pública é essencial à validade do negócio jurídico, o que significa que “enquanto a escritura não for lavrada, o ato não está formado, podem as partes arrepende-se, salvo o direito da parte prejudicada, conforme as circunstâncias, cobrar indenização pelo dano sofrido”<sup>17</sup>.

O artigo 108 do Código Civil inova ao prever expressamente que disposições de lei em contrário poderão excluir tal requisito, uma vez que a regra se estabelece em função da proteção de terceiros, aos quais é devida uma ampla publicidade de tais negócios. Supondo-se negócio em que não seja preponderante o interesse dos terceiros mas, tão-somente o das

---

<sup>17</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. III. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961, p. 140.

partes contratantes, a lei pode excluir a forma especial. O preceito também estabelece, em seu caráter geral, a possibilidade da derrogação tácita da obrigatoriedade de escritura pública na disciplina legal de um novo negócio jurídico para o qual o caráter predominantemente público constituísse fato acessório. Na vigência do art. 134 do Código Civil de 1916, dada a sua disposição peremptória (é da substância do ato a escritura pública), apenas uma derrogação expressa na lei especial poderia afastar a incidência da regra geral.

Também a redação do art. 108 apresenta uma importante modificação em relação ao direito anterior quando expressa que a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que *visem* à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. Estabelecendo que não apenas os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis devem ser formados mediante escritura pública mas também todos aqueles que *visem* à constituição, transferência, modificação ou renúncia de tais direitos, o Código Civil expressa que tais contratos agora também devem obrigatoriamente ser instrumentalizados mediante escritura pública, por ser elemento essencial à validade de tais negócios jurídicos.

No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato. Trata essa hipótese de negócio jurídico em que, não sendo exigência legal o instrumento público, as partes assim o convencionam, por ser melhor para a disciplina dos seus interesses. É regra complementar da vontade das partes no negócio jurídico, estabelecendo que, uma vez pactuada a forma do instrumento público, o negócio não terá validade se a mesma não for observada.

Como bem esclarece J. M. de Carvalho Santos, não é necessário que “tal cláusula seja expressamente estipulada. É bastante que as partes se comprometam a dar e a receber a escritura pública, para que ela se presuma, em semelhantes casos, visto como, se pela lei o instrumento público é dispensado e se as partes a ele se referem, por estarem combinadas em tornar o instrumento público da substância daqueles atos. A intenção das partes fica manifesta, qual a de não ter validade a alienação a não ser depois de lavrada a escritura pública”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *op. cit.*, p. 137

A manifestação de vontade no negócio jurídico subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

A reserva mental consiste em o declarante emitir conscientemente uma declaração discordante da sua vontade real, com a intenção de enganar o próprio declaratório. Difere da simulação porque: 1) na reserva mental a intenção é a de enganar o próprio declaratório; 2) por consequência, não há o acordo simulatório<sup>19</sup>. Trata-se aqui de uma inovação do Código Civil, não prevista no Código de 1916, embora aceita pela doutrina e pela jurisprudência.

São elementos da reserva mental a declaração não querida em seu conteúdo e o propósito de enganar o declaratório ou terceiros. O prejuízo é irrelevante para caracterizar-se a reserva mental, basta a intenção de enganar.

José Carlos Moreira Alves doutrina que o Código Civil estabelece, *a contrario sensu*, que a manifestação de vontade não subsiste se for conhecida da outra parte. Para o autor, em um sistema como o do Código, que dá *preferência à vontade interna* quando esta não prejudica a boa-fé de terceiros, a reserva mental conhecida da outra parte não torna nula a declaração de vontade; esta inexistente e, em consequência, não se forma o negócio jurídico<sup>20</sup>. A reserva mental assim se situaria no plano da existência do negócio jurídico e não no da sua validade.

A declaração de vontade implica em um querer, em uma intencionalidade acerca das representações dos interessados, ao tempo da conclusão do contrato, sobre certas circunstâncias básicas para a sua decisão, no caso de que essas representações não hajam sido conhecidas meramente, senão constituídas, por ambas as partes, em base de contrato. Sendo a reserva mental conhecida, não há representação comum sobre a base do negócio e, em consequência, inexistente declaração de vontade.

Sendo subsistente a declaração de vontade emitida com reserva mental, o negócio jurídico existe e é válido. Se a reserva mental for conhecida da outra parte o negócio inexistente. Como negócio inexistente, recebe um tratamento jurídico assemelhado ao da nulidade: é matéria de ordem pública, prescinde de ação judicial para ser reconhecida e

---

<sup>19</sup> ANDRADE, Manuel de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. II. Coimbra : Almedina, 1966, p. 215/216

<sup>20</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 45

pode ser alegada como objeção de direito material em defesa. O juiz deve pronunciá-la de ofício. A sentença que pronunciar a inexistência do ato praticado com reserva mental conhecida de ambas as partes tem eficácia ex tunc, retroativa, atingindo o ato desde a sua gênese, sendo vedado ao juiz suprir ou convalidar essa inexistência, declarando o ato ou negócio existente, ainda que a pedido das partes.

O Código Civil expressamente classifica o silêncio no negócio jurídico dizendo que o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

Na definição de René Demogue, “há silêncio no sentido jurídico quando uma pessoa no curso dessa atividade permanente que é a vida, não manifestou sua vontade em relação a um ato jurídico, nem por uma ação especial necessária a este efeito (vontade expressa) nem por uma ação da qual se possa deduzir sua vontade (vontade tácita)”<sup>21</sup>.

O silêncio tradicionalmente era concebido como uma não manifestação de vontade, não podendo, em princípio ser considerado como um consentimento ou uma confissão. Ainda era a velha assertiva de Savigny que predominava: “Se, pois, alguém me apresenta um contrato e manifesta que tomará meu silêncio como aquiescência, eu não me obrigo, porque ninguém tem o direito, quando eu não consinto, de forçar-me a uma contradição positiva”<sup>22</sup>. Savigny admitia apenas duas exceções a esta regra, sem extensões analógicas: as que se fundavam numa relação especial de direito, como as de direito de família e àquelas decorrentes da relação entre o silêncio atual e as manifestações precedentes.

Pouco a pouco porém vai se introduzindo no direito uma perspectiva relacional. O homem em sociedade tem deveres, em certos casos ele deve falar. Se ele não o faz, comete então uma falta, pela qual deve responder e reparar e se pode considerar que há da sua parte uma certa vontade. É o chamado silêncio circunstanciado: das relações infirmadas pelo princípio da boa-fé decorrem a legítima expectativa da contraparte de que determinada conduta, necessariamente de correção e lealdade, de silenciar-se ante determinado ato no qual deveria manifestar-se importa no consentimento de quem cala, objetivamente valorado.

---

<sup>21</sup> DEMOGUE, René. *Traité des Obligations em Général*. t. I. Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 299

<sup>22</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. T. II. Madri : F. Góngora Y Compañía Editores, 1879, p. 314

Assim, o silêncio “só produz efeitos jurídicos quando, devido às circunstâncias ou condições de fato que o cercam, a falta de resposta à interpelação, ato ou fatos alheios, ou seja, a abstenção, a atitude omissiva e voluntária de quem silencia induz a outra parte, como a qualquer pessoa normal induziria, à crença legítima de haver o silente revelado, desse modo, uma vontade seguramente identificada”<sup>23</sup>.

Serpa Lopes define as características do silêncio circunstanciado, apto a ser considerado como uma declaração de vontade: “a) manifestação de vontade por meio de um comportamento negativo; b) deduzida de circunstâncias concludentes; c) caracterizada pelo dever e possibilidade de falar por parte do silente; d) e pela convicção da outra parte de haver, nesse comportamento negativo e nessas circunstâncias, uma direção de vontade inequívoca e incompatível com a expressão de uma vontade oposta”<sup>24</sup>.

A manifestação de vontade não poderá ser concebida como configurada se os princípios inerentes à matéria exigirem uma declaração expressa. Como bem definiu a 1ª Turma do STJ: “Administrativo. Silêncio da Administração. Prazo Prescricional. A teoria do silêncio eloqüente é incompatível com o imperativo de motivação dos atos administrativos. Somente a manifestação expressa da Administração pode marcar o início do prazo prescricional” (STJ, 1ª T., Resp.16.284/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RSTJ, v. 32, p. 416).

O art. 112 do Código Civil, embora tenha um sentido aparentemente idêntico ao do art. 85 do Código Civil de 1916, deve ser interpretado à luz de uma nova exegese, por estar agora inserido, ao contrário do Código de 1916, em um Código de cunho marcadamente objetivista, que define a liberdade de contratar como razão da função social do contrato, reconhece a boa-fé objetiva como princípio informador dos atos jurídicos em geral e, particularmente, dos negócios jurídicos.

A declaração de vontade, assim considerada em seu sentido objetivo, importa na consideração de um querer, de uma intencionalidade das partes sobre a própria base do negócio jurídico. A base objetiva do negócio jurídico pode ser definida, nas palavras de Menezes Cordeiro, como “*a representação comum das várias partes da existência de certas circunstâncias sobre cuja base se firma a vontade negocial. É o conjunto daquelas*

---

<sup>23</sup>RÁO, Vicente. *op. cit.*, p. 120

<sup>24</sup>LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. O silêncio como manifestação de vontade. Rio de Janeiro : A. Coelho Branco Filho Editor, 1935, p. 162

*circunstâncias, sem cuja existência, manutenção ou verificação futura o escopo perseguido pelo negócio e determinado de acordo com o seu conteúdo, não pode ser obtido através do negócio, apesar de ter ele sido devidamente concluído e ainda que se realize o sacrifício exigível às partes, segundo o conteúdo negocial*<sup>25</sup>.

Sobre esse conteúdo é que se firma a intencionalidade da declaração de vontade, independentemente do sentido subjetivo das manifestações de vontade de cada uma das partes. Há de se entender, portanto, como a intenção consubstanciada na declaração de vontade as representações dos interessados, ao tempo da conclusão do contrato, sobre certas circunstâncias básicas para a sua decisão, no caso de que essas representações não hajam sido conhecidas meramente, senão constituídas, por ambas as partes, em base de contrato, como, por exemplo, a igualdade de valor, em princípio, de prestação e contraprestação nos contratos bilaterais (equivalência), a permanência aproximada do preço convencionado, a possibilidade de repor a provisão de produtos e outras semelhantes.

Inexistente, ao tempo da formação do contrato, essa intencionalidade consubstanciada no acordo sobre a base do negócio, a declaração de vontade não adentrou no mundo jurídico com os requisitos em conformidade com a lei e, portanto, é inválida. No dizer de Enneccerus: “la fundamentación que se apoya em el defecto de la base del negocio, hace possible satisfacer la necesidad de um derecho de resolución en aquellos casos en que de antemano esas bases no existían. Se trata de configurar este caso como el de error sobre la base fija de la transacción”<sup>26</sup>.

#### **4. A boa-fé objetiva no negócio jurídico**

A expansão do princípio da boa-fé como fonte autônoma da obrigação pode ser associada à falência do conceitualismo - redução do sistema a conceitos, com recurso simples à lógica formal - ao fracasso do positivismo legalista exegético - solução de casos concretos com recurso à lei como texto - ou ainda aos óbices da subsunção - passagem

<sup>25</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Vol II. Coimbra : Almedina, 1984, p. 1035

<sup>26</sup> ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Tomo II, v. 1. Barcelona : Bosch, 1954, 2ª ed., p. 212

mecânica, passiva, do fato à previsão normativa, de modo a integrar a premissa maior do silogismo judiciário - na busca de soluções que a realidade impõe ao direito.

A boa-fé é um princípio jurídico porque tem natureza normogenética, constituindo fundamento de regras, isto é, norma que está na base ou constitui a *ratio* de regras jurídicas. É norma porém qualitativamente distinta das regras jurídicas porque constitui norma de otimização, compatível com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos, carecendo deste modo de mediação concretizadora do juiz ou do legislador. Além disso, tem uma importância estruturante porque consagra valores fundamentadores da ordem jurídica e tem capacidade deontológica de justificação.

Há que se ter presente a distinção entre as regras (*rules*) e os princípios. Existe uma dimensão lógica entre regras e princípios por que uma e outros obedecem a diferentes dimensões. Ambos os conjuntos de *standards* apontam a decisões particulares referentes à obrigação jurídica em determinadas circunstâncias, diferindo, contudo, no caráter da orientação que dão. As regras são aplicáveis à maneira das disjuntivas, enquanto que os princípios não estabelecem conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente, quando satisfeitas as condições previstas.

Por essa razão, os princípios atuam numa dimensão estranha à das regras, que é a dimensão do peso ou da importância. O intérprete, ao aplicar a norma que consigna um princípio, deve ter em conta o seu peso, podendo um mesmo princípio ser ou não aplicado num determinado caso concreto, sem perder, contudo, a sua validade no sistema. O princípio da boa-fé se expressa e vincula o ordenamento, via de regra, através de uma cláusula geral. Essa constitui numa técnica legislativa, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir ele um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da

decisão, será viabilizada a ressystematização desses elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico<sup>27</sup>.

A boa-fé objetiva, que os alemães definem por *Treu und Glauben* (lealdade e crença), é assim um dever global - dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade para não frustrar a confiança da outra parte.

Três são as notas características da boa-fé objetiva. A primeira pressupõe a existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada uma delas em relação à outra, ou, pelo menos de uma delas em relação à outra. Esses deveres, a segunda nota característica, são aqueles referentes ao comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, enfim, de uma pessoa diligente, comportamento este expresso na noção de *bonus pater familias*. Deve-se observar também se a situação criada produziu na contraparte um estado de confiança no negócio celebrado, quando então deverá se tutelar essa expectativa. Desde que a contraparte tenha legitimamente confiado na estabilidade e segurança do negócio jurídico que celebrava impõe-se a tutela dessa confiança pelo princípio da boa-fé objetiva. Na concepção objetiva, a boa-fé contrapõe-se à ausência de boa-fé e não à má fé. Assim, em princípio, a atuação em desconformidade com os padrões de conduta exigíveis caracteriza violação do dever de agir de boa-fé (objetiva), mesmo sem má fé (ou dolo) e sem culpa. Portanto, nem sempre a atuação não conforme a boa-fé (objetiva) será ilícita, mas, mesmo quando não ilícita, em princípio, continuará sendo geradora de responsabilidade<sup>28</sup>.

A obrigação contratual no sentido moderno pode ser entendida portanto como um dever global de agir objetivamente de boa-fé. Essa boa-fé objetiva constitui no campo contratual um processo que deve ser seguido nas várias fases das relações entre as partes. Assim, na fase pré-contratual, das negociações preliminares à declaração de oferta, os contraentes devem agir com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações etc.

---

<sup>27</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 303

<sup>28</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 137/138

Na fase contratual, a conduta leal implica em vários deveres acessórios à obrigação principal, e, na fase pós-contratual, implica em deveres posteriores ao término do contrato - deveres *post pactum finitum* - como o de guarda de documentos, fornecimento de material de reposição ou informações a terceiros sobre os negócios realizados.

A idéia de que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé objetiva, objeto do art. 113 do Código Civil, significa que os contratos e os negócios jurídicos unilaterais devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência; quando o sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como o mais razoável. Essa idéia que já pode ser encontrada em germe na terceira regra de interpretação dos contratos de Pothier: quando em um contrato os termos são suscetíveis de dois sentidos, devem-se entender no sentido que mais convém à natureza do contrato<sup>29</sup>. Visa tal idéia de interpretação amparar a tutela da confiança do destinatário da declaração, bem como a assegurar o valor real da aparência, sendo tais elementos essenciais ao intercâmbio de bens e serviços e à segurança das transações.

A segunda acepção da função interpretativa da boa-fé é a que diz respeito à significação a atribuir ao contrato, quando contenha cláusulas ambíguas, isto é, cláusulas cujo próprio sentido objetivo seja duvidoso. Quando em presença de cláusulas ambíguas deve-se preferir o significado que a boa-fé aponte como o mais razoável. São principalmente estes os os meios pelos quais a jurisprudência vem procurando dar conta de tais hipóteses: a) pela aplicação do princípio da conservação do contrato, pelo qual deve-se escolher sempre, entre os diversos sentidos possíveis, o que assegure a preservação do contrato; b) pela aplicação do princípio do menor sacrifício, ou seja, pela idéia de que o contrato deve ser interpretado no sentido mais favorável à parte que assume obrigações; c) pela aplicação do princípio da interpretação contra o predisponente, pelo qual se deve interpretar o contrato sempre no sentido menos favorável a quem o redigiu, disposição esta particularmente relevante no que se refere aos contratos padronizados e de adesão. Idéia que também já pode ser encontrada em germe na sétima regra de interpretação dos

---

<sup>29</sup> POTHIER, R-J. *op. cit.*, p. 62

contratos de Pothier: na dúvida, uma cláusula deve interpretar-se contra aquele que tem estipulado uma coisa, em descargo daquele que tem contraído a obrigação<sup>30</sup>.

## 5. Defeitos do negócio jurídico

### A) *ERRO*

Erro é um vício do consentimento ocasionado por uma representação falsa do negócio jurídico, seja por carência de elementos, seja por má apreciação destes. Ignorância é a total ausência de conhecimento sobre o negócio. Sua utilização em comum, indistintamente, remonta a Savigny, fundado no direito romano, que estimava que a apreciação jurídica de ambos os estados de espírito era idêntica em absoluto e que poderíamos empregar, desde logo uma ou outra expressão, sendo o erro empregado amiúde pelos juristas unicamente em função de sua maior frequência<sup>31</sup>. Firme em tal paradigma o Código Civil de 2002 manteve o título da Seção I, Do Erro ou Ignorância. Embora a consequência jurídica de ambos seja idêntica, a anulabilidade do negócio jurídico, há entre eles uma relação de gênero para espécie: a ignorância é um caso particular de erro caracterizado pelo desconhecimento total sobre o negócio, enquanto que o erro abrange todas as outras possibilidades de ausência de idéia verdadeira sobre o negócio. Não obrou assim com rigor o legislador: deveria tratar “*do erro e da ignorância*”.

Para acarretar a anulabilidade do negócio jurídico, as declarações de vontade devem emanar de um erro substancial: será substancial sempre que da própria declaração de vontade ou do próprio conteúdo do negócio resulte que este não teria se efetuado, se não fora o erro.

Da necessidade de substância para a configuração de erro apreciável em direito resulta a noção de sua escusabilidade: se houver falta injustificável da parte de quem caiu

---

<sup>30</sup> POTHIER, R-J. *op. cit.*, p. 64

<sup>31</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *op. cit.*, p. 388

no erro o contrato subsiste. O direito não protege o erro grosseiro, que poderia ser percebido por uma pessoa rústica, sem grandes conhecimentos ou cultura. Divergiam os autores acerca do grau de intensidade do erro escusável. Para Clóvis Bevilacqua, não basta que o erro seja substancial, sendo necessário que seja, ainda, escusável, ou seja, baseado em uma razão plausível, ou ser tal que uma pessoa de inteligência comum e atenção ordinária o possa cometer<sup>32</sup>. Como determinar porém esse padrão? Seria o da efetividade do ato, segundo as condições pessoais da parte que o alega ou o do homem médio diligente em seus negócios. O Código de 2002 veio espocar essas dúvidas definindo o erro escusável como aquele que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Trata-se da adoção de um padrão médio objetivo do homem comum – o *vir medius* -, temperado pelas circunstâncias do negócio, para a aferição da escusabilidade<sup>33</sup>. A norma é assim a conduta do homem médio, porém considerando as circunstâncias do negócio. Assim, um profissional liberal, de elevado grau de escolaridade e padrão cultural, poderia obrar em erro quando, por exemplo, realizasse negócios agrícolas. A conduta do agente e as circunstâncias do negócio deverão em conjunto ser aferidas objetivamente para se determinar se se trata ou não de erro escusável.

Não se faz necessário o requisito da cognoscibilidade do erro pelo declaratório como se verifica no Código italiano (art. 1428) e no Código português (art. 247) e como propugnava Sílvio Rodrigues: “se os dois contraentes estavam de boa-fé e um errou, não há razão para descarregar sobre os ombros do outro o prejuízo da anulação. Contudo, se aquele que contratou com a vítima do erro estava de má-fé, conhecia o erro da outra parte ou poderia descobri-lo se agisse com normal diligência, não mais faz jus à proteção do ordenamento jurídico. Neste caso, o negócio é anulado, em benefício da vítima do engano”<sup>34</sup>. O art. 138 não estabeleceu que a declaração negocial é anulável desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre o qual incidiu o erro. Basta que o erro seja escusável, ou seja, que possa ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

---

<sup>32</sup>BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1953, p. 269. Em idêntico sentido, Francisco Amaral. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 487, MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. I. 23. ed. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 194, SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. III. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961, p. 297

<sup>33</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 110

<sup>34</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Dos Vícios do Consentimento*. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 187

A anulação do negócio jurídico, por erro na declaração, pode provocar danos ao declaratório. A boa-fé objetiva e a tutela da confiança que informam a interpretação dos negócios jurídicos impõem a correspondência das declarações de vontade realizadas ao que efetivamente se pretenda. Deste modo, verificados os requisitos da declaração, o declarante deverá indenizar ao declaratório de todos os danos incorridos, não se limitando a indenização apenas ao interesse negativo.

Disciplina ainda o Código Civil em seu art. 139 que o erro é substancial quando: a) interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; b) concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; c) sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Erro substancial é o que versa sobre os determinantes do negócio jurídico, de tal sorte que, conhecida a verdade, o negócio não teria se realizado. O Código Civil de 2002 explicita no art. 139 o que se considera como critério geral da invalidade do negócio por erro na essencialidade: *error in negotio* (erro sobre a natureza do negócio); erro sobre o objeto principal da declaração; erro sobre as qualidades essenciais ao objeto principal da declaração; erro sobre a identidade ou qualidade essencial de pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; erro de direito que foi motivo principal do negócio jurídico.

Tradicionalmente definia-se como erro substancial que *interessa* à natureza do negócio como o *error in negotio* romano, aquele que incide sobre a sua categoria jurídica, ou seja, a espécie de erro que ocorre quando os figurantes manifestaram-se pela conclusão do negócio jurídico, mas houve divergência, quanto à espécie de negócio, no que cada um manifestou. Há discrepância entre o significado objetivo do ato e o significado que lhe atribuiu, subjetivamente, o manifestante: o consenso sobre o conteúdo do negócio é somente aparente, porque se funda em erro<sup>35</sup>. É o caso do declarante que pretendia celebrar uma venda e declarava doar, o negócio é anulável. Porém, o Código Civil de 2002 tem como seu princípio basilar o de que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé objetiva. Nesse diapasão, é erro substancial que *interessa* à natureza do negócio

---

<sup>35</sup> MIRANDA, Pontes de. *op. cit.*, p. 287

não apenas aquele concernente á sua categoria jurídica mas também, e sobretudo, aquele relativo à base negocial inerente à natureza do negócio, ou seja, “*a representação comum das várias partes da existência de certas circunstâncias sobre cuja base se firma a vontade negocial. É o conjunto daquelas circunstâncias, sem cuja existência, manutenção ou verificação futura o escopo perseguido pelo negócio e determinado de acordo com o seu conteúdo, não pode ser obtido através do negócio, apesar de ter ele sido devidamente concluído e ainda que se realize o sacrifício exigível às partes, segundo o conteúdo negocial*”<sup>36</sup>.

Por base do negócio jurídico, a esses efeitos, se há de “*entender as representações dos interessados, ao tempo da conclusão do contrato, sobre certas circunstâncias básicas para a sua decisão, no caso de que essas representações não hajam sido conhecidas meramente, senão constituídas, por ambas as partes, em base de contrato, como, por exemplo, a igualdade de valor, em princípio, de prestação e contraprestação nos contratos bilaterais (equivalência), a permanência aproximada do preço convencionado, a possibilidade de repor a provisão das mercadorias e outras semelhantes. A fundamentação, que se apóia no defeito da base do negócio, faz possível satisfazer a necessidade de um direito de resolução naqueles casos em que, de antemão, as bases econômicas do negócio não existem*”<sup>37</sup>. Se as representações ou expectativas das partes contratantes que constituem a base do negócio são inexatas e isso influi sobre o conteúdo do contrato, desnaturando-o, o contrato mesmo se faz defeituoso se procede supor que as partes não o teriam concluído. Deste modo, o erro concernente à base do negócio jurídico, às representações ou expectativas das partes que constitui circunstância basilar atinente ao próprio contrato e que foi essencial à decisão de contratar constitui erro que interessa à natureza do contrato (por desconformidade com as exigências da confiança e da primazia da materialidade subjacente) e, como tal, pode ser sancionado pelos tribunais.

O erro quanto ao objeto principal da declaração diz respeito à identidade do objeto. O erro quanto ao objeto vicia a própria formação da vontade mas, deve ser essencial, ou seja, só induz à anulabilidade se, provando-se pelas circunstâncias do negócio, conhecidas da outra parte, que só por razão do objeto e não por outras contratara.

<sup>36</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. *op. cit.*, p. 1035

<sup>37</sup> ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil. Tomo I, v. 2º, 1. parte., § 177, b.* Barcelona : Bosch, 1981, p. 416/417

O erro no que pertine às qualidades essenciais ao objeto principal da declaração deve ser relativo àquelas que o tráfico comercial considera essenciais. Por qualidade de um objeto se entende, além das condições naturais, as circunstâncias de fato e de direito que, como consequência de seu caráter e duração, influem sobre a utilidade e o valor, como, por exemplo, a possibilidade de edificar em um terreno. O conceito de qualidade de um objeto estende-se às características específicas. Se se vende uma partida de madeira que as partes tem por madeira de jacarandá, quando na realidade é madeira de pinho, as partes estão em erro sobre a qualidade da coisa. O erro sobre as qualidades essenciais ao objeto da declaração não se confunde com os vícios redibitórios, defeitos ocultos da coisa que a tornam imprópria para o uso a que se destina, ou lhe diminuem o valor. O erro é de natureza subjetiva, referindo-se às qualidades que o agente imaginava que a coisa tivesse, os vícios são de natureza objetiva, constituindo-se concretamente na ausência de qualidades que a coisa deveria ter<sup>38</sup>. Na redibição, o fundamento é a garantia que o vendedor tem de assegurar ao comprador contra os defeitos ocultos da coisa e que a tornam imprestável ao fim a que se destina; no erro, a anulação tem por base o consentimento imperfeitamente fornecido no momento da constituição do ato.

Outra modalidade de erro substancial é o que recai sobre a pessoa a quem se refere a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante. Em regra, o erro sobre a pessoa com quem se contrata não é uma causa de anulabilidade do negócio porque a maior parte das vezes contrata-se visando um resultado e não a pessoa. Essa regra sofre exceção nos negócios feitos em consideração à pessoa, *intuitu personae*. O erro sobre a pessoa torna-se, então, substancial, porque é ela a causa determinante do contrato. O erro substancial quanto à pessoa do declaratório pode reportar-se à sua identidade ou às suas qualidades. Em qualquer dos casos, ele só será relevante quando atingir um elemento concretamente essencial, que haja influído na declaração de vontade de modo relevante. Assim, aquele que contrate um protético para cuidar dos dentes, crendo tratar-se de cirurgião-dentista (erro quanto à identidade e as qualidades da pessoa). Também o desconhecimento da insolvência absoluta do declaratório quando se trate de compras a crédito, nas quais se atribui uma importância absoluta à solvência (erro sobre as qualidades possuídas pela pessoa).

---

<sup>38</sup> AMARAL, Francisco. *op. cit.*, pp. 486/487

O erro de direito é aquele que diz respeito ao falso conhecimento da norma, em que a declaração de vontade é emitida na convicção de que o agente está procedendo rigorosamente dentro dos parâmetros legais quando, na verdade, a norma legal não mais existe ou dispõe de maneira diversa. A questão se tornou controversa na égide do Código de 1916 porque este não admitia expressamente o erro de direito e também porque Clóvis Beviláqua equiparava o erro de direito com a ignorância da lei, considerando que o erro de direito não viciava a declaração de vontade uma vez que, ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece<sup>39</sup>.

Entretanto, a ignorância da lei não tem o espectro generalizante que procurou emprestar-lhe Beviláqua, a excluir em qualquer hipótese o erro de direito. Como bem expressa Savigny, é princípio geral que a consideração do erro (de fato ou de direito) como vício da declaração de vontade é inadmissível quando resulta de resulta de uma grande negligência, ou seja, o erro invalidante da declaração é apenas aquele *justus* ou *probabilis error*. A diferença do erro de fato para o erro de direito é o de que, sendo as regras de direito claras e certas, e às quais cada um tem livre acesso, existe uma presunção de negligência no erro de direito que só pode ser descaracterizada pela existência de circunstâncias extraordinárias. Tal presunção deve cessar quando a regra é objeto de controvérsia, se um princípio dividia em dois conjuntos de opiniões os juriconsultos ou quando a regra pertencesse ao direito particular, de conhecimento menos extenso e acessível do que o do direito geral<sup>40</sup>. Em outras palavras, a controvérsia acerca do direito pode ocasionar uma percepção equivocada da referência de um caso a uma regra, de modo que este reste com uma falsa causa.

Esta regra agora explicita-se no art. 139, III, do Código Civil de 2002. As partes, em um negócio jurídico, procuram sempre promover uma modificação da ordem jurídica, seja na criação, transferência ou extinção de um direito. Se o ato não pode realizar uma tal modificação, ele é inútil ao menos para uma das partes, perde sua finalidade porque sua causa se revela falsa. O declarante não pretende subtrair-se às conseqüências da inobservância da lei, ou seja, subtrair-se a uma pena, nulidade ou decadência, mas sim crê, porque em erro, que existe o pressuposto querido pela lei para o fato jurídico nada havendo

---

<sup>39</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *op. cit.*, pp. 267/268

<sup>40</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *op. cit.*, pp. 394/395

em contrário. Nesses casos cumpre admitir poder ser invocado o erro de direito desde que este tenha sido o motivo principal do negócio jurídico. Motivo único ou principal aqui deve ser entendido aqui não como o móbil que leva cada uma das partes a contratar mas sim aquele recíproco reconhecimento no qual ambas as partes associam a sua vontade à essencialidade do motivo, identificando-o na sua configuração e no seu papel, elevando-o a justificativa do negócio do ponto de vista social e jurídico, ou, em outras palavras, a sua causa. No dizer de Domat: “Se a ignorância ou o erro de direito é tal, que ele seja a causa única de uma convenção, onde alguém se obriga a uma coisa que não devia, e que não tenha tido nenhuma outra causa que possa fundar a obrigação, essa causa se tornando falsa, a convenção é nula”<sup>41</sup>.

Disciplina também o art. 140 do Código Civil que o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

Motivos do negócio jurídico são predisposições de ânimo das partes que constituem razões eficientes que influem em suas intenções e as levam a contratar, sem ter, em princípio relação substancial com o negócio. Os motivos, em direito, são juridicamente irrelevantes. Aquilo que leva as partes a efetuarem, por exemplo, uma compra e venda, é irrelevante na determinação da validade e do regime do negócio, objetivamente considerado. Os motivos não se confundem com a causa do negócio que é o fundamento exterior e objetivo da obrigação, aquilo que o justifica do ponto de vista social e jurídico. Trata o presente artigo do erro nos motivos e não do erro no motivo principal ou na causa, que é tratado no art. 139. Dispõe este, *a contrario sensu*, a doutrina tradicional de que a indagação acerca do motivo decisivo da declaração de vontade é assunto que escapa ao direito por ser de domínio do foro íntimo dos agentes do negócio. Ao direito só interessam os seus efeitos, ou seja, aqueles decorrentes da sua exteriorização.

Os contratantes formulam suas manifestações de vontade pelos motivos mais variados e, o fato do declaratório conhecer a falsidade do móbil da parte contrária não justifica a anulabilidade do negócio: tratando-se de um elemento não nuclear do negócio, ele nada tem a ver com isso. A garantia e segurança das convenções impõem tal disposição.

---

<sup>41</sup> DOMAT, Jean. *Oeuvres Completes. Les Lois Civiles dans leur ordre naturel*. Liv. I, Tit. XVIII, Sect. 1, 14. Paris : Firmin Didot et Charles Bécquet, 1828, p. 186

Ressalva-se porém o caso no qual o motivo de uma das partes foi reconhecido pela outra parte e erigido por ambas como razão determinante ou da essencialidade do negócio jurídico. Neste caso, decorrente da autonomia das partes, o motivo essencial, revelando-se falso, vicia a declaração de vontade. Estabelecendo o art. 140 que o falso motivo deve ser expresso como razão determinante, entende-se que este deve constar especificamente do conteúdo do contrato ou, ao menos, decorrer de sua natureza intrínseca, em obediência aos ditames da boa-fé objetiva e à tutela da confiança inerente às relações negociais. Não expresso este e não decorrente da natureza do negócio, entende-se que o motivo restou confinado à intencionalidade das partes, não constituiu razão determinante do negócio e, por isso, não se admite o reconhecimento judicial de acordo tácito nessa matéria.

O erro na transmissão da declaração, seja por intermediário ou nuncio, seja por meios de comunicação (telefone, fax, correio, correio eletrônico, internet, etc..) é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração de vontade, equiparando-se ao erro a transmissão defeituosa da vontade.

O emissor da vontade responde pelos danos que causar à outra parte por ter esta agido supondo real a vontade que lhe foi transmitida. No que se refere aos meios de comunicação, considerando que eles não transmitem com perfeição a vontade e são, freqüentemente, passíveis de erro, há culpa *in re ipsa*. Do mesmo modo quando se utiliza de interposta pessoa ou nuncio para enunciar a sua vontade. O contratante deve exprimir ele mesmo a sua vontade; aquele que, para este fim, se utiliza de outras pessoas ou de meios indiretos, o faz por sua própria conta e sujeita-se aos dissabores da sua escolha, quais sejam, a responsabilização e a possibilidade da anulabilidade do negócio jurídico. Silvio Rodrigues, nesse particular, afirma a necessidade de escusabilidade do erro, argumentando que, se a mensagem foi mal transmitida pelo mensageiro, há que se apurar se houve culpa *in eligendo* ou mesmo *in vigilando*, pois em caso afirmativo não pode tal erro infirmar o ato por ser inescusável<sup>42</sup>.

O dispositivo acima referido aplica-se única e exclusivamente aos casos em que o erro decorre do acaso ou de algum equívoco, não se aplicando àquelas hipóteses em que o mensageiro intencionalmente declara algo diverso do que lhe foi confiado. Nesses casos o que se verifica é a não vinculação daquela manifestação ao emissor à qual ela é falsamente

---

<sup>42</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, Vol. 1. 30. ed. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 191

atribuída. A recepção ou entrega de uma declaração por intermédio de um sujeito que se apresenta ou é tomado como nuncio não vincula aquele que é tomado como *dominus*, se não existe efetivamente a nunciatura, existência cuja prova incumbe a quem alega<sup>43</sup>. Fica, todavia, à parte que escolher o emissário responsável pelos prejuízos que tenha causado à outra parte por sua negligência na escolha feita.

Não se confunde a transmissão errônea da vontade pelo nuncio ou mensageiro com aquela decorrente do ato praticado em nome de outrem sem poder de representação (v. art. 118). Na representação nessas circunstâncias o negócio concluído em nome de outrem sem poder, ou sem suficiente poder, não é nulo, nem anulável, mas válido, resultando apenas ineficaz em relação àquele em nome de quem foi concluído, salvo ratificação<sup>44</sup>.

O erro acidental ou sanável não vicia a declaração de vontade. Todas as vezes que pela própria expressão ou contexto do negócio e pelas circunstâncias que a ele dizem respeito, se puder identificar a pessoa, a coisa ou o objeto do negócio o erro de indicação é sem importância jurídica.

O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade. O dispositivo, com redação análoga, constava do art. 93 do Projeto original de Clóvis Beviláqua, tendo afinal sido suprimido do Código Civil de 1916 pela Comissão Especial da Câmara de Deputados. A denominação erro de cálculo deve ser entendida em um sentido abrangente, abarcando os erros de escrituração em geral, manual ou informatizada. Para configurar erro de cálculo para os fins do disposto no art. 143 o erro deve ser de tal modo ostensivo que resulte do próprio contexto do documento ou das circunstâncias da declaração. A rigor, se deverá falar em aparência de erro, uma vez que toda declaração de vontade deve ser globalmente interpretada. O preceito, por seu caráter genérico, tem aplicação além do âmbito dos negócios jurídicos, podendo ser utilizado analogicamente como regra geral aplicável a todos os atos jurídicos (v. g. no processo civil, processo penal etc..).

Também acentua o Código Civil que o erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante.

---

<sup>43</sup> CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil: escritos diversos*. Rio de Janeiro : Forense, 1983, p. 229

<sup>44</sup> CAVALCANTI, José Paulo. *op. cit.*, p. 300

O artigo em questão (art. 144), ausente no Código Civil de 1916, busca inspiração no art. 1432 do Código Civil italiano e no art. 248 do Código Civil português, que dispõem de maneira idêntica. Trata-se de modalidade de aproveitamento dos negócios jurídicos, aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos, consoante o que estabelecem os ditames da boa-fé objetiva.

Trata-se de validação do negócio, atribuição legal de um direito específico, de natureza potestativa, ao declaratório. O declarante comete um erro na manifestação de vontade; o declaratório ao conhecê-la a executa de acordo com a vontade real do manifestante, conforme o conteúdo e a modalidade de negócio que o declarante desejava concluir: o negócio está potestativamente validado pelo declaratório e não mais é passível de anulação por erro. Cabe estabelecer que a validação do negócio pelo receptor da manifestação de vontade só é possível no momento da formação do negócio: se este começa a atuar o negócio em consonância com a vontade erroneamente manifestada da outra parte e daí advém prejuízo para esta, possível é a anulação do negócio jurídico, sem que a contraparte possa agora exercitar o direito potestativo de validação do negócio em conformidade com a vontade real do original manifestante.

Diferencia-se a validação do negócio jurídico pela contraparte consoante a vontade real do original manifestante de dois outros institutos: a redução e a conversão do negócio jurídico. A redução do negócio jurídico consubstancia-se naquela aplicação do princípio da conservação dos contratos pelo qual a anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada (v.g. art. 51, § 2º do Código de Defesa do Consumidor). A conversão do negócio jurídico consiste em uma transformação do ato que não reúne os elementos necessários para o fim a que se destina, em outro para o qual seja suficiente, desde que tenha os requisitos de substância e forma previstos para este ato, e seja querida pelas partes, cientes da invalidade do primeiro. No primeiro caso a validação do negócio diferencia-se da redução porque na validação o negócio jurídico mantém-se íntegro, consoante o querer original das partes, enquanto que na redução só persiste aquela parte do negócio não atingida pelo vício. Na segunda hipótese, a validação não se confunde com a conversão porque nessa o negócio originalmente concebido pelas partes transmuda-se em outro, desde que tenha os requisitos de substância e forma previstos em lei, e seja querido por estas, enquanto que, na validação,

é o próprio negócio jurídico original que é realizado, consoante foi primordialmente concebido.

A validação do negócio jurídico pela contraparte consoante a vontade real do original manifestante só pode ser realizada a manifestação do emissor de vontade tiver obedecido aos requisitos ordinários de forma em sua enunciação. Não há como validar-se um negócio formalmente inválido em sua origem.

### B) DOLO

Os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa. Dolo é o artifício empregado para induzir alguém à prática de um negócio jurídico, resultando deste negócio vantagem para o autor do dolo ou para terceiro. O dolo como causa do vício de vontade é caracterizado pela maquinação feita para induzir alguém em erro e levá-lo a praticar o negócio jurídico. O dolo civil ao contrário do dolo do direito penal (dolo específico do estelionato, art. 171) é mais genérico, deixando ao juiz a faculdade de interpretar diante das circunstâncias o caso, para dizer se houve ou não dolo para viciar a vontade.

Não é essencial para a caracterização do dolo que haja prejuízo para a vítima deste, em que pese a opinião discordante de Clóvis Beviláqua: “dolo é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato **que o prejudica**, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro”<sup>45</sup>. Suficiente é que “o artifício tenha sido empregado para induzir uma pessoa a realizar um negócio que não teria sido celebrado sem a malícia, resultando para o autor do dolo ou para terceiro uma vantagem”<sup>46</sup>.

Em regra, o dolo não se presume, sendo ele uma manifestação de má-fé, deve ser provado por qualquer meio admitido em direito.

Os negócios jurídicos só são anuláveis por dolo quando este for a causa. Só o dolo que for a causa determinante do negócio jurídico o vicia, de modo a torná-lo anulável. É o *dolus dans causam contractui* ou dolo principal. Dolo principal, causa do ato, é aquele que

<sup>45</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *op. cit.*, p. 359

<sup>46</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *op. cit.*, p. 329

é de tal forma que foi a causa de realização do negócio jurídico: se não houvesse o dolo a parte não teria realizado o negócio. Difere ele do dolo acidental que é aquele que não induz diretamente a manifestação da vontade, uma vez que o ato seria realizado independentemente da malícia do interessado, mas em outras condições.

A distinção entre dolo principal e dolo acidental não se pode fazer em abstrato; só o caso concreto pode fazê-la ressaltar. Ao juiz cabe distinguir, pela análise das provas, e declarar quando o dolo anula o negócio (dolo principal), ou quando, não obstante os artifícios e manobras empregados, o negócio subsiste (dolo acidental) condenando nesse último caso o autor a satisfazer as perdas e danos causados.

O Código define o dolo acidental (art. 146) a partir dos efeitos dos artifícios dolosos empregados para a determinação da vontade. O dolo será acidental se, não obstante os artifícios empregados, o negócio se realizou, embora de outro modo que não o da intenção do agente.

Comum ao dolo principal e ao acidental é a gravidade dos artifícios ou manobras empregadas. Porém, no dolo acidental, não faz nascer na parte a intenção de contratar, só tendo como resultado induzi-lo a aceitar condições menos vantajosas. O dolo acidental somente dá direito a uma ação de indenização contra o autor ou o cúmplice dos artifícios.

Preceitua o Código Civil que nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

Objeto desse artigo é o chamado dolo por omissão ou dolo negativo. Tradicionalmente só se considerava nos negócios jurídicos bilaterais o silêncio como dolo negativo de reticência maliciosa quando a lei impunha a alguém a obrigação de falar, como em matéria de vícios redibitórios, circunstâncias que aumentam o risco do contrato de seguro etc..Fora dali o silêncio seria permitido e não poderia ser qualificado de reticência.

O negócio jurídico no Código Civil porém agora é informado pelo princípio da boa-fé objetiva. Esta impõe às partes especiais deveres de conduta uma em relação à outra. Esses deveres são aqueles referentes ao comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, enfim, de uma pessoa diligente, comportamento este expresso na noção de *bonus pater familias*. Deve-se observar também se a situação criada produziu na contraparte um estado de confiança no negócio celebrado, quando então deverá se tutelar

essa expectativa. Desde que a contraparte tenha legitimamente confiado na estabilidade e segurança do negócio jurídico que celebrava impõe-se a tutela dessa confiança pelo princípio da boa-fé objetiva. Deste modo, avulta reforçado o dever de agir, de informar no negócio jurídico, resultando este dos usos do tráfico e do princípio da boa-fé.

O dever de informar no negócio jurídico então se consubstancia na obrigação de revelar tudo aquilo que constitua circunstância determinante da realização do negócio. Este dever abrange as circunstâncias intrínsecas do negócio ou de seu conteúdo (v.g. os vícios redibitórios) mas também todas as condições extrínsecas que, do conhecimento da parte, influenciem decisivamente a realização do negócio. “Também há dever de informar passível de anular o negócio jurídico por omissão quando a parte conhece um valor mercantil porque só ela obtém as informações (as *insider informations*)”<sup>47</sup>.

Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.

A regra geral é a de que o dolo de terceiro, pessoa distinta dos contratantes, não anula o negócio jurídico bilateral; dá apenas direito ao prejudicado de demandar perdas e danos. O dolo concebido como vício do consentimento é apenas aquele praticado pelas partes. Situação diversa porém é aquela em que uma das partes, a que se aproveita do negócio, dele tivesse ou devesse ter conhecimento. Neste caso, o ato é anulável porque o dolo foi também da parte que, o conhecendo ou devendo conhecer, não comunicou à contraparte. O dispositivo aplica-se apenas aos negócios jurídicos bilaterais porque, em se tratando de negócio unilateral o dolo de terceiro sempre acarreta a anulação do negócio jurídico.

O art. 148 traz inovações em relação ao art. 95 do Código Civil de 1916 ao incluir o proveito da parte na definição do dispositivo e ao prever que o negócio é anulável tanto nas hipóteses em que a parte beneficiada soube efetivamente do dolo de terceiro, quanto naquelas em que deveria saber. Segue aqui o Código a inspiração do art. 28, alínea 2, do Código Federal Suíço das Obrigações.

---

<sup>47</sup> FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 114

Na primeira hipótese o Código corrige o disposto no art. 95 do Código Civil de 1916 que apenas previa que o negócio poderia ser anulado *se uma das partes o soube*, não diferenciando se se tratava da parte beneficiada ou daquela prejudicada pelo dolo de terceiro no negócio. Sendo o dolo de terceiro conhecido da parte a quem ele prejudica e esta mesmo assim realiza o negócio jurídico, não lhe cabe o direito de o anular, por este motivo, porque a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. Essa era a doutrina corrente na interpretação do preceito<sup>48</sup>, agora consolidada no art. 148.

Questão diversa é a da ciência do dolo de terceiro pela parte beneficiada e a da presunção dessa ciência. Quanto à ciência, não importa se a parte, contra a qual se pede a anulação, é *autora moral* do dolo de terceiro ou que ela o deixe cometer sem se opor, suficiente é que tenha conhecimento do mesmo no momento em que o negócio se constituiu.

O art. 148 estabelece também que o dolo de terceiro torna o negócio passível de anulação quando *devesse ser conhecido* da parte a quem aproveita. Como se delimitam os contornos dessa presunção? Trata-se aqui de negligência ou imprudência anormal no trato geral dos negócios, falta de cumprimento ao dever normal de diligência a evidenciar culpabilidade. Sendo uma infração a um dever lateral de conduta de diligência na fase pré-contratual, deve a culpa ser presumida, salvo prova insofismável da parte em contrário. Registre-se que a aferição do dolo no direito civil é genérica e que, em geral, no trato negocial, é de se presumir o conhecimento da parte a quem aproveita do dolo praticado por terceiro.

Dispõe o art. 149 do Código Civil que o dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.

Representante é aquele que exterioriza a vontade em nome de outrem a fim de celebrar negócio jurídico que produzirá efeitos jurídicos na esfera do representado. O representante fica alheio a esses efeitos. A representação pode verificar-se sem ato de vontade do representado (representação legal ou necessária) ou por ato de vontade do

---

<sup>48</sup> COELHO, A. Ferreira. *Código Civil comparado, comentado e analisado*. Rio de Janeiro : Jornal do Brasil, 1925, p. 379/380

representado (representação convencional ou voluntária). Os negócios jurídicos do representante não diferem, quanto aos efeitos do dolo, daqueles que as partes firmam diretamente. Se o representante, atuando em nome do representado, usou de dolo, causa determinante do negócio, este é passível de anulação pela outra parte, a quem cabe também o direito de ser indenizada pelos prejuízos sofridos. Igualmente em relação ao dolo accidental no qual o negócio subsiste mas obriga a satisfação das perdas e danos.

Importante distinção porém é a da indenização dos prejuízos sofridos, conforme se trate de dolo de representante legal e convencional. Na representação, legal ou convencional, o negócio praticado em nome de outrem sem poderes (como é o caso do uso de dolo) é ineficaz relativamente àquele em nome de quem se agiu, isto é, não sendo nulo, nem anulável, nenhum efeito, todavia, produz, para aquele que foi tido como representado<sup>49</sup>. Não produzindo assim os efeitos próprios do negócio na esfera jurídica do representado, também não gerará a responsabilidade civil deste, exceto naquilo que resultou em seu proveito. Entretanto, no que concerne à representação convencional, aqui incide a consideração da culpabilidade do representado. Este escolhe um representante, outorga-lhe um mandato e cria risco para o mundo exterior. Responde ele então por culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do representante. Esta não é ilidível por prova em contrário porque resulta *in re ipsa*: praticado o dolo pelo representante convencional houve culpa do representado na sua escolha ou presume-se a sua culpa na vigilância do mesmo.

Há dolo bilateral quando ambas as partes contratantes procederem com dolo, nada podendo em conseqüência, exigir uma da outra. Os dolos recíprocos das partes no mesmo negócio jurídico se compensam. Procede a regra do direito romano: a lei protege a boa-fé; se não há boa-fé de nenhuma das partes, não há o que tutelar. A reciprocidade no dolo anula os seus efeitos: “D. 2.10.3.3 - *Se o que tinha prometido e a outra parte se impediram de comparecer reciprocamente e por má fé o pretor não protegerá com a sua intervenção a um nem outro; compensará então a má fé de um pela do outro*”<sup>50</sup>.

### C) COAÇÃO

<sup>49</sup> CAVALCANTI, José Paulo. *op. cit.*, p. 299

<sup>50</sup> JUSTINIANO. *Cuerpo del derecho civil romano*. Tomo I. Digesto. Tradução de Idelfonso García del Corral. Valladolid : Lexnova, 1988

Prevê o Código Civil em seu art. 151 que a coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incute ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

Como bem esclarece Clóvis Beviláqua o artigo em questão trata somente da coação moral, da intimidação, *vis compulsiva*. A coação física, violência, *vis absoluta*, exclui o consentimento. Não há negócio jurídico porque falta o elemento principal – a vontade do agente – que foi privado de manifestá-la o que acarreta a inexistência do negócio<sup>51</sup>. O exemplo clássico da *vis absoluta*, a violência material que reduz aquele que a sofre a um estado puramente passivo, é dado por Savigny: “Se, por exemplo, se obriga a um homem a firmar segurando-lhe a mão, aqui não há consentimento, quando muito haverá uma aparência deste, como se sucederia, analogamente, no caso em que se houvesse falsificado a firma”<sup>52</sup>.

Conquanto os casos de *vis absoluta* não gerem negócios jurídicos, nada impede que o prejudicado mova ação para declarar a inexistência do negócio e para nulificar qualquer efeito que a coação física, de que foi vítima, possa produzir.

A coação moral, *vis compulsiva*, de que trata o artigo, é, assim, a ameaça injusta com que se constrange alguém à prática de um negócio jurídico, que, de outro modo, não se teria realizado, ou se realizaria de maneira diversa.

São elementos essenciais da coação para se constituir em vício do consentimento: a) ser a causa do negócio jurídico; b) ser grave; c) ser injusta; d) ser atual ou iminente; e) recair sobre a pessoa da vítima, sua família, seus bens ou pessoa não pertencente à família da vítima, consoante as circunstâncias, a critério do juiz.

A ameaça deve ser a causa determinante da realização do negócio, ou influir no sentido de modificar o seu conteúdo, havendo uma relação direta de causalidade entre a coação e o consentimento dado no negócio.

---

<sup>51</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *op. cit.*, p. 278.

<sup>52</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *op. cit.*, p. 214

A ameaça deve ser grave (dano considerável). A gravidade deve ser tal que influa no ânimo ordinário da pessoa e deverá ser apreciada segundo as circunstâncias das pessoas envolvidas, de tempo, lugar etc.. Não se exige mais, como previa o Código de 1916 que o dano que se receia seja igual, pelo menos ao ato extorquido. Em boa hora o Código efetuou a modificação. A intensidade da ameaça, a gravidade do mal, seu grau de determinabilidade na consecução do negócio jurídico, devem ser objeto do prudente arbítrio do juiz, sopesando os fatos em causa, sendo despiciendo estabelecer tais critérios *a priori* mediante uma norma jurídica.

O mal preconizado na ameaça deve ser injusto. A ameaça do exercício de um direito ou da prática de atos lícitos não constitui coação.

A ameaça deverá ser atual ou iminente. A ameaça de um mal remoto ou evitável não constitui coação capaz de viciar o negócio. Não é necessário entretanto que a ameaça se realize imediatamente; basta que inspire um temor suficientemente intenso para levar a vítima a contratar. Por mal iminente deve se entender um mal a realizar-se em um futuro mais ou menos próximo, não sendo possível estabelecer um intervalo a decorrer da ameaça ao dano.

A coação deve recair sobre a pessoa da vítima, sua família, seus bens ou pessoa não pertencente à família da vítima, consoante as circunstâncias, a critério do juiz. O conceito de família, nessa acepção, abrange os parentes em geral, conviventes, ainda que dispersos em diversas habitações, ou em diferentes circunscrições geográficas. Cabe especial relevo às pessoas não pertencentes à família da vítima, consoante as circunstâncias, a critério do juiz. Serão estas, na *ratio* do dispositivo, todas aquelas que lograrem provar especial vínculo afetivo ou de amizade com a vítima. Assim, o amigo íntimo, o filho de empregados criado desde pequeno na casa do patrão etc..

O Código interpreta a coação como uma circunstância de fato, que se deve apreciar mais concretamente diante de cada caso particular. O temor deve ser fundado e grave mas “essa gravidade, naturalmente, depende da organização moral do indivíduo, das circunstâncias de lugar e de momento. A ameaça que seria vã para um ânimo varonil, pode ser grave para uma alma tímida, para uma criança, para um doente”<sup>53</sup> (Clóvis Beviláqua, *Comentários*, p. 279).

---

<sup>53</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *op. cit.*, p. 279

Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial. Aquele que ameaça exercer regularmente um direito não pratica coação. É o caso do credor que ameaça levar o devedor a juízo, a fim de obrigá-lo ao pagamento da dívida. O exercício anormal de direito é sempre excesso ou abuso e, portanto, constitui coação uma vez configurado no conteúdo de uma ameaça.

Temor reverencial é o receio de se desgostar pessoas a quem se deve respeito e obediência. Via de regra é aplicável às relações concernentes ao núcleo da família, porém o texto do art. 153 do Código Civil o estende a todas as relações de respeito, consideração e obediência que uma pessoa deve à outra. O Código o adjectiva de simples para denotar que apenas este exclue a coação. Se o temor reverencial for acompanhado de intimidação ou ameaças de gravidade fundada, há coação.

Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.

Era princípio do Código de 1916 que a coação mesmo exercida por terceiro, viciava o negócio jurídico, com ou sem conhecimento do contratante beneficiado. Pelo sistema do Código o negócio subsiste se a coação decorrer de terceiro, sem que dela tivesse conhecimento ou devesse ter conhecimento a parte a quem aproveite, mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos do coato.

Visa a nova sistemática, segundo Moreira Alves, acentuar a proteção das relações sociais, mantendo-as sempre que possível. Assim, no seu entender, seria mais relevante em matéria de coação por ato de terceiro, proteger a boa-fé do contratante não coato, mas assegurando ao coagido ação de perdas e danos contra o coator<sup>54</sup>.

Quanto à ciência da coação de terceiro pela parte beneficiada não importa se a parte, contra a qual se pede a anulação, é *autora moral* da coação de terceiro ou se ela o deixou cometer sem se opor, suficiente é que tenha conhecimento da mesma no momento em que o negócio se constituiu.

O art. 154 do Código Civil estabelece também que a coação de terceiro vicia o negócio jurídico quando *devesse ser conhecida* da parte a quem aproveita. Trata-se aqui de negligência ou imprudência anormal no trato geral dos negócios, falta de cumprimento ao

---

<sup>54</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 56

dever normal de diligência a evidenciar culpabilidade. Sendo uma infração a um dever lateral de conduta de diligência na fase pré-contratual, deve a culpa ser presumida, salvo prova insofismável da parte em contrário. Registre-se que no trato negocial, é de se presumir o conhecimento da parte a quem aproveita a coação praticada por terceiro.

#### *D) ESTADO DE PERIGO*

Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

O negócio realizado em estado de perigo consiste em acordo de vontades no qual o agente emite declaração de vontade premido pela necessidade de salvar a si próprio ou pessoa de sua família de perigo atual de grave dano, conhecido da outra parte, assumindo obrigação excessivamente onerosa. O estado de perigo pode decorrer de um acontecimento natural ou de uma ação humana.

O negócio realizado em estado de perigo diferencia-se do negócio sob coação porque no estado de perigo o perigo que ameaça a vítima não foi produzido pelo outro contraente visando extorquir desta uma manifestação de vontade de celebrar o negócio sob as condições exigidas. Não há aqui extorsão de emissão de vontade sob ameaça de um dano por parte do favorecido mas sim um aproveitamento do risco que a vida ou a família do agente estava exposta para auferir uma vantagem. Também não há que se confundir negócio realizado em estado de perigo com negócio lesionário. No primeiro caso, o risco assumido é conhecido e assumido na sua inteireza, enquanto que no caso do negócio lesionário concluído por inexperiência o contratante não tem noção da extensão daquilo a que se está obrigando. No negócio concluído em estado de perigo o dolo de aproveitamento é da essência da qualificação do instituto, enquanto que na lesão é irrelevante para a disciplina desta se a parte favorecida tinha conhecimento da inexperiência ou premente necessidade de contratar do lesionado.

Os negócios jurídicos são informados pela obrigação de correção e lealdade que decorre da boa-fé objetiva, não apenas naquilo que se estipulou mas também em todos os deveres laterais de conduta que decorrem naturalmente da relação negocial; assim sendo, o negócio em que se auferem ganhos exorbitantes com dolo de aproveitamento do estado de perigo da contraparte é ofensivo à boa-fé e, portanto, inválido, em tudo aquilo que diz respeito ao aproveitamento da desigualdade das partes. Não constitui o estado de perigo um vício da vontade ou do consentimento porque há a intervenção de uma causa extrínseca que afeta a declaração de vontade. O negócio jurídico concluído em estado de perigo é parcialmente inválido porque não atende à função econômico-social do contrato, há conflito entre a vontade individual declarada e o interesse social, devendo prevalecer este último.

São elementos caracterizadores do estado de perigo: I) elementos objetivos: a) a ameaça de grave dano à própria pessoa ou a pessoa de sua família; b) a atualidade do dano; c) onerosidade excessiva da obrigação; e II) elementos subjetivos: d) a crença do declarante de que se encontra em perigo; e) o conhecimento do perigo pela outra parte.

O perigo deve ser de natureza grave. Avalia-se a gravidade do perigo em função das circunstâncias do caso concreto e das condições físicas e psíquicas da vítima. O perigo pode dizer respeito tanto à vida como à saúde, integridade física ou mesmo a honra do declarante, membro de sua família ou outra pessoa. O dano deve ser atual ou iminente. Dano atual ou iminente é aquele que já está acontecendo ou que está prestes a acontecer. Não se caracteriza o estado de perigo se o perigo já passou ou se é futuro. Obrigação excessivamente onerosa é aquela que decorre de condições iníquas, com grande sacrifício econômico. Devem ser avaliadas judicialmente as circunstâncias em que o contrato foi celebrado e também a situação financeira das partes contratantes.

Elemento subjetivo importante na caracterização do estado de perigo é a crença do declarante de que se encontra em perigo. Como bem aduz Teresa Ancona Lopes, “se há um perigo efetivo e real ignorado pela vítima, o estado de perigo não estará configurado, pois a certeza de estar em perigo é elemento essencial na caracterização deste tipo de defeito”<sup>55</sup>. Nesse diapasão, o estado de perigo putativo é caracterizador do elemento subjetivo. Essencial ainda para a configuração do estado de perigo é o de que a parte beneficiada saiba

---

<sup>55</sup> LOPES, Teresa Ancona. O negócio jurídico concluído em estado de perigo. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 317

do estado de perigo em que se encontra a vítima. Configura-se assim o dolo de aproveitamento através do qual o outro contratante aproveita-se do estado de perigo em que se encontra a vítima para exigir-lhe, em virtude disso, uma obrigação exorbitante.

São exemplos de negócios realizados em estado de perigo: o do indivíduo prestes a se afogar que promete toda a sua fortuna a quem o salve da morte iminente; o doente em perigo de vida que consente, apenas iniciada a operação, no contrato, pelo qual pague ao operador uma soma fabulosa; negócio jurídico celebrado em caso de seqüestro de pessoa da família, para que se possa pagar o resgate, etc..

O Código Civil não prevê a regra consubstanciada no § 2º do art. 157 pertinente à lesão, determinando que não se decretará a anulação do negócio se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. O Código apenas menciona a possibilidade de anulação do negócio jurídico pela vítima e o de sua confirmação pelas partes. Vedada a redução equitativa, a parte que prestou o auxílio e que suportou o dano deverá ajuizar a *actio in rem verso*.

#### E) LESÃO

Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

O instituto tem origem em fontes romanas. Surge de um Reescrito dos Imperadores Diocleciano e Maximiliano, em 285 d.C. Sob a rubrica *De rescindenda venditione*, este reescrito oferece ao vendedor a possibilidade de invocar a rescisão do contrato de compra e venda se o preço obtido com a venda da coisa tiver sido inferior à metade do verdadeiro preço: “C.4.44.2 (Diocl. et Maxim. AA. Aurelio Lupo). *Se tu ou teu pai houver vendido por menor preço uma coisa de preço maior, é humano que, restituindo tu o preço aos compradores, recebas o imóvel vendido mediante a intervenção da autoridade do juiz, ou se o comprador preferir, recebas o que falta para o justo preço. Ora, o preço parece ser*

*menor se nem a metade do verdadeiro preço tenha sido paga.*”<sup>56</sup>. É a chamada lesão enorme caracterizada pelo preço inferior à metade do verdadeiro preço, objetivamente aferido e pela possibilidade de, caso o comprador oferecesse a complementação do preço, manter-se íntegro o contrato.

Os canonistas, na Idade Média, estabelecem o conceito de *laesio enormissima*, decorrência da idéia de magnitude do pecado. Quando o vendedor era lesado em mais de dois terços do verdadeiro preço, a lesão enormíssima não apenas viciava o contrato, tornando-o rescindível, mas importava na sua inexistência como ato jurídico. Assim, negava-se ao comprador a possibilidade de completar o justo preço por ser insanável o vício. Também os canonistas desenvolveram a compreensão unitária da lesão e da usura, com a idéia de lesão usurária ou usura real. É uma lesão qualificada pelos elementos subjetivos e caracterizada pelo lucro desproporcionado em qualquer contrato que não o mútuo, obtido mediante exploração da necessidade, leviandade ou inexperiência da contraparte (v. art. 4º, b, e § 3º, da Lei nº 1521/51).

Há ainda em nosso direito a chamada lesão consumerista, implícita nos arts. 6º, V, 39, V, e 51, IV, do CDC. Ao consumidor é assegurado o desfazimento do negócio jurídico sempre que contratar em circunstâncias iníquas ou abusivas, sendo sua prestação exagerada. Não se cogita aqui de elementos subjetivos, bastando a existência de prestação exagerada por parte do consumidor.

No dispositivo em epígrafe a lesão é definida como a exagerada desproporção de valor entre as prestações de um contrato bilateral, concomitante à sua formação, resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado. Inclui o Código a lesão entre os defeitos do negócio jurídico, porém difere a mesma dos demais no que concerne à sua natureza jurídica: é causa de invalidade do contrato. No dizer de Anelise Becker: “o contrato é inválido não por vício de vontade, mas por lesão. A situação do sujeito prejudicado não representa mais do que um elemento circunstancial sobre o qual incide o aproveitamento do lesionante e, assim, um componente do suporte fático, todavia secundário ao

---

<sup>56</sup> JUSTINIANO. *Cuerpo del derecho civil romano*. Tomo I. Código. Libros 1 a 5. Tradução de Idelfonso García del Corral. Valladolid : Lexnova, 1988, p. 508

enquadramento sistemático do instituto”<sup>57</sup>. Esta invalidade é parcial. Sendo os negócios jurídicos informados pela obrigação de correção e lealdade que decorre da boa-fé objetiva, não apenas naquilo que se estipulou mas também em todos os deveres laterais de conduta que decorrem naturalmente da relação negocial, o negócio em que se auferem ganhos com a inexperiência ou a premente necessidade de contratar da contraparte, é necessariamente um negócio inválido. Porém o contrato proporciona ao lesado, por meio da prestação do outro contraente, o bem que é preciso para satisfazer a sua necessidade, tem uma função socialmente útil; embora injusto, se o contrato ainda é útil, realiza um interesse que merece ser tutelado. Este se abriga no princípio da conservação dos contratos informados por normas protetivas: o negócio é parcialmente inválido até a redução do preço ao nível lícito ou, uma vez já pago este, a determinação da restituição do excesso<sup>58</sup>.

A lesão não foi inserida no Código Civil de 1916, de cunho voluntarista, hipostático em seu superdimensionamento da autonomia privada. Não obstante, ressurgiu agora, em um viés parcialmente subjetivista, em um contexto informado pela boa-fé objetiva e pelo equilíbrio das partes na relação negocial. A lesão está ligada à noção de justiça contratual, é um instrumento da tutela do equilíbrio negocial em sentido amplo.

O momento em que a desproporção lesionária deve ser apreciada é o da celebração do contrato, segundo os valores vigentes ao tempo do ato: “C.4.44.8 (Diocl. et Maxim. AA. Evodia) *a não ser que se haja dado menos da metade do justo preço, que havia sido ao tempo da venda*”<sup>59</sup>. Difere da excessiva onerosidade porque nesta a desproporção surge apenas posteriormente, como consequência de circunstâncias estranhas às partes.

A lesão prevista no art. 157 compõe-se de elementos objetivos e subjetivos. O elemento objetivo diz respeito à equivalência das prestações. Pode esta ser determinada a partir de uma tarifa previamente estabelecida na lei, como um parâmetro quantitativo para a caracterização da lesão (metade do valor, sete doze avos, etc.) ou ser um conceito aberto, exigindo tão somente que as prestações sejam desproporcionais, a ser definida, no caso concreto, pelo juiz. O art. 157 opta pelo conceito aberto sob a rubrica de manifesta desproporção. Sendo um negócio de boa-fé, a verificação do desequilíbrio deve levar em conta a totalidade do contrato e não apenas a desproporção entre prestação e

<sup>57</sup> BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 134

<sup>58</sup> BECKER, Anelise. *op. cit.*, pp. 165/167

<sup>59</sup> JUSTINIANO. *Cuerpo del derecho civil romano*. Tomo I. Código. Libros 1 a 5. *op. cit.*, p. 509

contraprestação. Assim, também devem ser considerados para a quantificação da desproporção as vantagens excessivas concernentes aos deveres laterais de conduta e às circunstâncias de tempo, lugar ou modo do contrato.

São elementos subjetivos da lesão a premente necessidade ou a inexperiência do lesado. Não há necessidade de que a parte contrária, que seria beneficiada com a lesão, saiba que a manifestação de vontade foi emitida por necessidade ou inexperiência. O dispositivo é objetivo e ocorre independentemente de dolo ou culpa do beneficiado. Difere a lesão qualificada aqui exposta da lesão usurária pela irrelevância do dolo de aproveitamento para a qualificação do instituto (lei 1521/1951, art. 4º, *b*). Este, entretanto, é presumido, por ser o negócio jurídico de boa-fé e atua para estabelecer o a integralidade da reparação ou da redução à equidade do negócio.

A premente necessidade tem um significado econômico, refere-se à necessidade econômica de contratar. Como expõe Caio Mário: “A necessidade contratual não decorre da capacidade econômica ou financeira do lesado mas da circunstância de não poder ele deixar de efetuar o negócio”<sup>60</sup>. Essa necessidade econômica de contratar pode constituir-se em necessidade material ou moral. A inexperiência consiste na falta de familiaridade com os requisitos próprios inerentes à transação. O elemento subjetivo quanto ao lesado não é presumido devendo ser demonstrado pela parte que alega.

No que se refere aos contratos sujeitos à lesão, via de regra, ela está presente nos contratos bilaterais e onerosos. Os contratos bilaterais e onerosos se caracterizam pelo sinalagma, isto é, pela dependência recíproca das obrigações geradas pelo contrato, onde uma obrigação é a razão de ser da outra, verificando-se uma interdependência essencial entre as prestações e pelo fato de que neles ambas as partes visam à obtenção de vantagens ou benefícios, impondo-se encargos reciprocamente em benefício uma da outra. Porém, a lesão pode também estar presente em contratos aleatórios. Afinal, embora nestes contratos seja possível haver desproporção decorrente do risco assumido pela partes, tal desproporção é sempre posterior à celebração do negócio. Se, no entanto, houver uma desproporção concomitante à celebração do negócio (que não se confunde com a desproporção assumida), estará caracterizada a lesão. Como explica Demogue: “A lesão não é inteiramente incompatível com o contrato aleatório. Cientificamente, graças ao cálculo de

---

<sup>60</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 2ª ed., p. 196

probabilidades, um acontecimento submetido ao acaso pode ter chances determinadas de se produzir e pode ter um valor matemático”<sup>61</sup>. Deste modo, sendo a desproporção conhecida de uma das partes no momento da avença, há lesão: os riscos são inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, beneficiada no momento da celebração do negócio.

No que se refere à ação de anulação pode o réu oferecer-se para reajustar a prestação e assim manter o negócio. A ação de anulação, nessa hipótese, se converterá em ação de revisão, sendo atendida a pretensão precípua da parte prejudicada, que é a manutenção da justiça contratual.

#### *F) FRAUDE CONTRA CREDITORES*

Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente. Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

Na definição de Clóvis Beviláqua: "Fraude, no sentido em que o termo é empregado pelo Código Civil nesta seção, é todo ato prejudicial ao credor (*eventus damni*), por tornar o devedor insolvente ou ter sido praticado em estado de insolvência. Não exige o Código o requisito da má fé (*consilium fraudis*), que, aliás, ordinariamente, se presume, porém que não é essencial para determinar a fraude e tornar anulável o ato."<sup>62</sup>.

Não se confundem a fraude contra credores com fraude de execução. Esta diferencia-se daquela precisamente porque encontra-se estribada no art. 593, II do CPC, portanto, de caráter processual, uma lesão ao Direito Público. Noutro sentido, diametralmente oposto, a fraude contra credores encontra-se sob a égide do Código Civil, por conseguinte, do Direito Privado. Em outros termos, cumpre não confundir a fraude contra credores com fraude de execução, conquanto na primeira, são atingidos apenas

<sup>61</sup> DEMOGUE, René. *op. cit.*, p. 634

<sup>62</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *op. cit.*, p. 287

interesses privados dos credores ( arts. 106 e 107 do CC.), na segunda, o ato do devedor executado, viola a proteção social, atividade jurisdicional do Estado (art. 593, do CPC.). “A fraude contra credores, uma vez reconhecida, aproveita a todos os credores; a fraude de execução aproveita apenas ao exeqüente”<sup>63</sup>. A fraude contra credores ocorre quando o ato fraudulento é realizado antes da instauração do processo do credor visando a satisfação de seu crédito, enquanto a fraude de execução se verifica quando o ato fraudulento é praticado depois de sua instauração, com a efetiva citação do devedor. A fraude contra credores envolve hipótese de anulabilidade de contrato oneroso, cuja anulação reclama ação própria contra o devedor reputado insolvente e o adquirente tido de má-fé.

São três os pressupostos para a tipificação da fraude contra credores: *eventus damni* (elemento objetivo); *consilium fraudis* (elemento subjetivo) e a anterioridade do crédito.

O elemento objetivo, ou *eventus damni* necessita estar presente para ocorrer a fraude. Sem o prejuízo, não existe o legítimo interesse para propositura da ação pauliana. Verifica-se o *eventus damni*, sempre que o ato é a causa do dano, tendo determinado a insolvência ou a agravado. Deve haver nexos de causalidade entre o ato do devedor e a sua insolvência.

O *consilium fraudis* nada mais é do que a má-fé, ou seja, o intuito malicioso de prejudicar, caso que poderá vir isolado, como na renúncia de herança ou aliado a um terceiro, como na venda fraudulenta. O dispositivo dispensa a intenção precípua de prejudicar, bastando para a existência da fraude a existência dos danos resultantes da prática do ato. Encara o Código a garantia dos credores como uma objetividade jurídica, a ser tutelada consoante os ditames da boa-fé objetiva. Deste modo, é indiferente se o devedor já insolvente tinha consciência da sua insolvência; basta o fato objetivo, juridicamente ponderável em juízo, para facultar aos credores quirografários a anulação dos negócios lesivos. Do mesmo modo, para proteger o interesse dos credores, reputa o Código a garantia que se torna insuficiente como motivo relevante para a anulação dos negócios lesivos.

Quanto à anterioridade do crédito, o patrimônio do devedor é garantia geral de seus credores; e, por isso, a disponibilidade só pode ser exercitada até onde não lese a segurança dos credores. O credor quirografário, previsto no dispositivo, é aquele cujo crédito não tem

---

<sup>63</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. V. I. 23. ed. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 222

nenhuma garantia real, preferência ou privilégio. Estabelece o art. 158, § 2º, do Código Civil que só os credores, que já o eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação e o crédito deve existir no momento do ato de disposição dos bens, não se confundindo com seu reconhecimento judicial, sendo assim anterior ao ato tido como fraudulento e praticado pelo devedor. “Fundamenta-se tal disposição no melhor bom senso, pois inadmissível aceitar que um credor posterior ao ato praticado pelo devedor venha tentar revogá-lo, sob a alegação de fraude contra credores. Se o autor não era sequer credor na época da realização do ato, não pode ter interesse e legitimidade para impugná-lo, sob a alegação de fraude e danos, pois o bem alienado (uma hipótese), quando ele se tornou credor, não fazia mais parte do patrimônio do devedor e assim não se constituía em garantia para o recebimento de seu crédito”<sup>64</sup>.

Preceitua o Código Civil que serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Nos contratos onerosos de devedor insolvente a lei exige a ciência do adquirente quanto à insolvência do devedor, ou pelo menos a presunção de que ele tenha esse conhecimento. Essa diferença de tratamento em relação aos atos de transmissão gratuita e de remissão de dívidas, é perfeitamente justificável, pois, nestes, o adquirente procura apenas assegurar um ganho, não havendo contraprestação. Deve o adquirente, a título gratuito, apenas restituir aos credores o lucro obtido com a fraude do devedor, embora dela não tenha participado. Nos negócios onerosos, o adquirente contesta a ação revocatória buscando evitar um dano, porque houve uma contraprestação, saiu um valor de seu patrimônio para que o bem pudesse ser adquirido.

Insolvência notória, para os fins do artigo, é aquela de conhecimento público, de cuja existência estão informadas as pessoas medianamente esclarecidas. Não se confunde com voz pública (boato) ou ainda opinião pública concernente à insolvência. A insolvência presumida ocorre quando o adquirente tinha motivos para saber do precário estado financeiro do alienante. São situações de presunção de fraude, consoante a jurisprudência: amizade íntima entre o insolvente e o terceiro adquirente; parentesco próximo; protesto de

---

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Lauro Laertes de. *Da ação pauliana*. São Paulo : Saraiva, 1979, p. 83

cambiais; elevado número de ações de cobrança; empréstimos excessivos junto a bancos; pagamento de juros extorsivos.

A má fé do adquirente existirá sempre que a insolvência for notória, ou sempre que ele tiver motivos para conhecê-la (presumida), caso em que, pode ser revogado o negócio fraudulento, presumindo-se o adquirente, cúmplice do devedor.

Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com a citação de todos os interessados. Se inferior, o adquirente, para conservar os bens, poderá depositar o preço que lhes corresponda ao valor real.

É hipótese de fraude ainda não ultimada. O preço deve ser o usual no mercado, caso contrário há motivo para se supor a malícia do adquirente. Sendo o preço o corrente, e depositado em juízo pelo comprador que ainda não o pagou, cessa o interesse dos credores.

O disposto no art. 160 do Código Civil trata do meio que tem o adquirente de evitar a anulação do negócio, mediante a ação pauliana. Utiliza-se a ação de consignação em pagamento para o referido depósito judicial. Eventualmente poderá algum credor contestá-la, alegando ser o preço depositado, inferior ao de mercado. Caberá então à perícia, que constatando ser o preço inferior ao de mercado, fará nascer para o adquirente, o direito de complementar o justo preço determinado.

Ao adquirente é vedada essa faculdade, independente da presença da boa ou má fé. Ele não terá necessariamente de aguardar o exercício da ação revocatória contra ele e o alienante, para só então se valer do depósito judicial do preço: já tendo sido proposta ação pauliana tendente à recomposição patrimonial do devedor, o adquirente necessariamente citado tanto pode exercer o seu direito de contestar a ação, argumentando a ausência do *consilium fraudis* ou do *eventus damni*, como pode, desde logo, oferecer o preço da coisa adquirida.

A faculdade prevista pode ser exercida pelo adquirente, até mesmo depois de julgada procedente a ação pauliana porque a disposição prescinde da boa ou má fé do adquirente, nenhum limite temporal se fixa para o exercício da faculdade e porque, sendo a pauliana ação arbitrária, a sentença que a acolhe perde a sua finalidade se o credor é satisfeito pelo pagamento da dívida.

Se nenhum dos credores fizer uso da ação revocatória, o ato se convalida por haver a presunção que todos renunciaram, porém, se apenas uma dos credores propor a ação, a eficácia da sentença aproveita a todos.

Prevê o Código Civil em seu art. 161 que a ação pauliana poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

O artigo estende a ação pauliana além do primeiro adquirente, para abranger também os adquirentes de má fé. Não há precedência para o ajuizamento da competente ação, podendo ser ela movida desde logo em face do contratante ou dos terceiros adquirentes de má fé.

Quanto ao credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu.

Isso visa garantir a maior igualdade possível entre os credores quirografários, no concurso creditório, recebendo apenas o que lhes é de direito. O patrimônio do devedor é garantia comum de todos, devendo todos, portanto, ser aquinhoados proporcionalmente. São três os pressupostos para que se configure a fraude nestas circunstâncias: que o pagamento tenha sido efetuado ao credor quirografário; que o pagamento tenha sido efetuado pelo devedor insolvente; que a dívida não tenha vencido. Uma vez procedente a ação pauliana com fundamento neste artigo, deve o credor então beneficiado repor o que recebeu, não para o autor da ação pauliana, mas para o acervo de bens.

Presumem-se fraudatórias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor. Não se trata aqui das garantias pessoais, uma vez que estas em nada afetam o patrimônio do devedor, mas sim das garantias reais (penhor, hipoteca, ou anticrese). Essas garantias geram um direito de preferência ao beneficiário, em relação aos demais credores quirografários, porque sujeitam a coisa dada em garantia ao vínculo real. Como consequência disso, aberto o concurso creditório, a coisa gravada com ônus real se destina ao pagamento dos credores preferentes, e apenas o que sobrar, irá compor o acervo. Concedendo o devedor insolvente, qualquer dessas garantias a um de seus credores, estará havendo um privilégio em relação aos demais, que provavelmente receberão menos, enquanto que o credor beneficiado receberá

mais, por estar coberto de garantias reais, na totalidade de seu crédito. A coisa dada em garantia, de certa forma subtrai-se ao patrimônio do devedor, para assegurar a liquidação dos créditos com ônus reais. Viola-se portanto a igualdade dos credores quirográficos no concurso creditório. Passível de revogação, assim, referidos atos por parte dos prejudicados, tornando sem efeito a garantia concedida. O que perde a eficácia é apenas a garantia concedida, e não o crédito.

O Código Civil estabelece que presumem-se de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

O dispositivo em apreço, por ser exceção à regra geral, abrange em sua primeira parte somente o devedor comerciante e inspira-se no Esboço de Teixeira de Freitas (art. 541, 1º) e no Projeto Coelho Rodrigues (art. 346, § 1º). No que concerne à subsistência do devedor e de sua família, a interpretação é igualmente restritiva, excluídos os gastos suntuários e o esbanjamento. O negócio será apreciado conforme as circunstâncias e o juiz poderá declarar nulo ou válido, conforme nele intervier ou não o elemento da fraude, em prejuízo efetivo de outros credores.

Os efeitos da ação pauliana podem sintetizar-se na consequência que ela determina, ou seja, a anulação do ato fraudulento. A anulação ensejará efeitos diferentes de acordo com o tipo do ato que se anulou. No que concerne aos atos gratuitos e aos contratos onerosos, uma vez declarada sua anulação, terão como efeito a reversão dos bens desviados em proveito do acervo, volvendo as coisas ao seu primitivo estado, para rateio entre os credores. Referentemente às garantias instituídas sobre dívidas, todas serão anuladas desaparecendo, dessa forma, o direito real estabelecido em prejuízo dos demais credores. Torna-se inexistente a garantia fraudulenta, de modo a restabelecer a igualdade entre os credores. Quanto ao pagamento de dívida não vencida, o efeito de sua anulação consiste na reposição a que fica obrigado o credor quirográfico, correspondentemente àquilo que recebeu, em proveito do acervo. Busca restabelecer a condição de igualdade entre os credores, a exemplo do que ocorre com a constituição de garantias.

## **6. Nulidade do negócio jurídico**

A nulidade do negócio jurídico é uma modalidade de invalidade. O plano da validade – exclusivo do negócio jurídico – existe para que o ordenamento jurídico possa realizar o controle dos fatos jurídicos nos quais a vontade existe como seu elemento de existência, podendo ela fixar, ao menos parcialmente, os efeitos a produzirem-se. Ao lado da nulidade, como modalidade de invalidade, há a anulabilidade.

Fala-se, para a realização do referido controle, de *requisitos* de validade, entendidos como sendo qualidades que o negócio jurídico deve ostentar para que não seja ele inválido. Evidentemente, só se podem atribuir *qualidades*, exigir requisitos, àquilo que existe. O plano da existência é prévio ao da validade, bem como ao da eficácia. Estão no primeiro contidos os elementos que devem estar somados para que o fato jurídico (*lato sensu*) possa ao menos ser cogitado. Normalmente, aliás, afirma-se que os negócios jurídicos nulos não produzem quaisquer efeitos. Isso é inexato à luz da mais moderna doutrina e da realidade. Os planos da validade e da eficácia não se devem confundir, pois é possível que negócios válidos não gerem efeitos, da mesma sorte que negócios inválidos – inclusive nulos – os produzam. Exemplo da primeira hipótese é o contrato sob condição suspensiva. Do segundo, o casamento putativo em relação ao cônjuge de boa-fé.

O plano da validade contém, portanto, certos requisitos para os elementos de existência, cuja falta ocasionará a invalidade. A invalidade que se produz, em regra é a nulidade. A anulabilidade só haverá caso o ordenamento jurídico comine essa sanção expressamente ao negócio por conta da falta de um dos requisitos de validade.

A nulidade, como regra geral, é a vedação da produção de efeitos. Os negócios jurídicos nulos, em geral não entram no plano da eficácia, apesar de essa afirmação não poder ser generalizada, como já se acentuou. Caso o negócio produza modificações no plano da efetividade – transformações no plano dos fatos – essas devem ser desfeitas. Indagação de relevo e momento é a de saber quando e quais os efeitos eventualmente produzidos pelo negócio jurídico nulo. Pode-se responder a esta judiciosa indagação através da regra da especialidade para a solução das antinomias. A regra *geral* e a de que o negócio jurídico nulo não produz efeitos. *Excepcionalmente* ele os ocasiona. Assim sendo, somente quando haja norma especial ordenando que o negócio jurídico produza efeitos, escapa-se da regra da não produção de efeitos.

Por derradeiro, impende consignar que não é absoluta a regra que diz que a nulidade produz efeitos *ex tunc*, ao passo que a anulabilidade os produz *ex nunc*. Pode ocorrer que a invalidade produza alguns efeitos, como por exemplo um contrato de trato sucessivo que foi celebrado por parte absolutamente incapaz (*e.g.* uma locação). Os valores pagos na qualidade de aluguéis não devem ser restituídos a quem os pagou, se houve uso efetivo do bem dado em locação, a fim de que se evite o enriquecimento sem causa de uma das partes. Repare-se: excepcionalmente negócios jurídicos nulos podem produzir efeitos. Da mesma sorte, o ordenamento jurídico pode manter efeitos que se tenham produzido tendo em vista a proteção a interesses que de outra sorte ficariam desprotegidos. Cabe ao intérprete verificar no caso concreto se há princípio ou norma que proteja os efeitos pretéritos produzidos.

Passa-se a analisar as causas de nulidade. Ou seja, quais são os requisitos de validade para que um negócio jurídico não seja nulo.

A primeira causa de nulidade do negócio jurídico é a incapacidade absoluta do agente. Não existe, como se sabe, direito sem sujeito. Ao mesmo tempo, o negócio jurídico sempre contém uma manifestação de vontade. Ora, se há manifestação de vontade há necessariamente uma pessoa – que é em potência o que o agente é no ato. O sistema aqui vai tutelar as próprias normas destinadas a proteger as pessoas. As incapacidades foram criadas para proteger as pessoas de sua própria inaptidão para negociar, contra a sua própria ausência de vontade. Acentue-se que todo o sistema de invalidades tem como um dos seus escopos, em alguma medida, a proteção da liberdade, da autonomia privada – pense-se nos casos de erro, dolo e coação, por exemplo. Na hipótese de nulidade por incapacidade absoluta, a falta de discernimento do incapaz faz com que não possa ele manifestar a sua vontade responsabilmente.

A nulidade também pode ser ocasionada por falta de requisitos quanto ao objeto do negócio jurídico. Deve ele ser “lícito, possível, determinado ou determinável”. Senão vejamos. A licitude tem relação com a ausência de vedação do ordenamento jurídico. A licitude confunde-se com a possibilidade jurídica e quer significar que o Direito não proíbe determinado negócio jurídico. O negócio jurídico lícito é aquele que está em conformidade com o sistema. Na ordem privada, como se sabe, vigora um princípio de que as partes

podem agir livremente, excetuando-se o que seja vedado pelo ordenamento jurídico e o que não seja merecedor de tutela em face da legalidade constitucional.

Outro requisito do objeto é a possibilidade. Tradicionalmente a doutrina divide a possibilidade física e jurídica. A possibilidade jurídica, como acabou de ser dito, confunde-se com a licitude. Não há, no sistema jurídico pátrio, sentido em se fazer qualquer distinção, tendo em vista principalmente a unidade de efeito: a nulidade. A impossibilidade física tem que ver com a realizabilidade do negócio jurídico em um plano puramente fático. Observe-se que a impossibilidade para invalidar o negócio jurídico deve ser absoluta, ou seja, para todas as pessoas e não apenas aquela que atinge a uma só pessoa. Por exemplo, se um atleta amador contrata correr 100 metros rasos em 11 segundos para uma propaganda, sem que ele seja capaz de fazê-lo, o negócio jurídico é válido, pois há corredores capazes de percorrer tal distancia em tempo até mesmo menor. Pode ocorrer que em sendo impossível para o devedor realizar uma prestação derivada de um negócio jurídico resolva-se este em perdas e danos, mas não há que se falar em invalidade do mesmo.

A determinação é necessária, tendo em vista que no momento de sua realização o negócio precisa produzir *algum efeito*. Obvia e logicamente é preciso que se saiba a que se dirige o negócio para poder-se saber os seus efeitos. Por conta disso, apesar de não ser exigível que o objeto do negócio seja determinado desde logo, mister que seja passível de determinação, ao menos no momento da produção de seus efeitos. O negócio jurídico com objeto não passível de determinação é nulo.

Não podem da mesma sorte, as partes buscar objetivos ilícitos com o negócio jurídico. Se os objetivos forem ilícitos, será nulo o negócio jurídico.

A forma da manifestação da vontade é em princípio livre. Sem embargo, se a forma imposta por lei (ou por esta proibida) for usada como suporte da manifestação de vontade, ocorre a nulidade. Da mesma sorte, poderá acarretar a nulidade a falta do instrumento público quando este é convencionado. Uma importante limitação quando à forma encontra-se no art. 108 do Código Civil, que impõe o instrumento público para a constituição ou transferência de direitos reais sobre imóveis acima de determinado valor.

Outra causa de nulidade é a falta da prática de determinada solenidade que a lei imponha como essencial. Pode acontecer que a lei exija a prática de certo ato jurídico para que outro se possa realizar. Quando isso ocorre, a sanção imposta para o negócio jurídico é

a nulidade. Por exemplo, se falta uma das publicações para que uma reunião societária se realize, e ainda assim ela ocorre, nula será a reunião, bem como as deliberações nela feitas. Não pode o ordenamento jurídico tutelar a fraude às normas jurídicas imperativas, pois é da natureza das coisas – imanência necessária ao sistema – que assim ocorra. Desta sorte, se a parte ou as partes do negócio quiserem fraudar à lei através da prática de negócio proibido, a sanção será a nulidade.

Por derradeiro, impõe a lei a nulidade para todo e qualquer ato por ela proibido, ainda que não haja menção expressa ao tipo de invalidade que ocorrerá. Se houver norma imperativa e a lei não ordenar a anulabilidade, o intérprete deverá aplicar a nulidade. A regra aí contida demonstra que a nulidade é a invalidade geral, ao passo que a anulabilidade é a excepcional.

Prescreve o Código Civil que é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: a) aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; b) contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; c) os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Na simulação, as partes praticam um negócio jurídico tentando obter os efeitos de outro. Isso pode ocorrer por uma infinidade de motivos, que podem ir desde o melhor acomodamento dos seus interesses, desconhecimento de tipos negociais, etc. até a vontade de fraudar a lei e prejudicar terceiros. A simulação que vise a obter para a parte ou para as partes do negócio jurídico – já que um negócio jurídico unilateral, como o testamento por exemplo, pode ser simulado – efeitos que são proibidos por lei e causam prejuízos a terceiros ou infringam a ordem pública são nulos.

A simulação – dita inocente – que não cause qualquer prejuízo não ocasiona a nulidade do negócio jurídico. Não existe aqui intenção de fraudar a lei, causar prejuízos a terceiros, ou qualquer outro ato vedado por lei. Apenas pratica-se o ato para acomodar interesses privados. É o que ocorre, por exemplo, nos negócios fiduciários, como na alienação fiduciária, nos quais os efeitos produzidos ultrapassam os desejados pelas partes.

A própria lei indica (exemplificativamente) os casos de simulação. Em primeiro lugar, o transferir direitos a quem não tenha legitimidade para recebê-los. Por exemplo, aquele que vende um apartamento à esposa de seu filho para escapar à vedação legal de contratação entre ascendentes e descendentes. Da mesma sorte, os negócios que contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira ou nos quais os instrumentos forem antedatados, ou pós-datados.

O negócio jurídico simulado pode produzir efeitos que atinjam a terceiros de boa-fé – isto é, que desconheçam a simulação – sendo os direitos daí derivados ressalvados e protegidos. A boa-fé que se cogita no particular é a subjetiva portanto. Observe-se que o desconhecimento do tema há de ser justificável, ou seja, é mister que o terceiro prejudicado nos seus direitos pela simulação tenha tido o cuidado normal de verificar se havia ou não essa causa de invalidade.

Qualquer interessado – pessoa que possa ter a sua situação jurídica alterada pelo negócio jurídico – ou o ministério público podem requerer a declaração da nulidade e o desfazimento dos atos de eficácia (fática) produzidos. A legitimidade para a declaração da nulidade é ampla, ao contrário do que acontece na anulabilidade – cuja sentença tem inclusive natureza constitutiva e não declaratória.

Da mesma sorte, se o juiz verificar, que há negócio jurídico nulo que tenha influência sobre uma lide que deve por ele ser decidida (na qualidade de prejudicial), deve desconsiderar o negócio, negando-lhe a produção de quaisquer efeitos, salvo os ressalvados por norma jurídica.

Aqui se insere outra importante regra quanto às nulidades: a de que, salvo norma jurídica permissiva, as partes não podem suprir as nulidades. As anulabilidades, ao contrário, o autorizam. Mas, na nulidade tal não se permite, tendo em vista os interesses públicos envolvidos. Frise-se, sem embargo, que a regra não é absoluta.

O negócio jurídico nulo não pode ser confirmado pela parte, ou pelas partes nele envolvidas. A regra, insista-se, não é absoluta, podendo o legislador prever hipóteses de nulidade que possam ser sanadas pelas partes interessadas. Mas, a *regra geral*, o *comum dos casos* é a impossibilidade de confirmação, ao contrário do que ocorre com a outra modalidade de invalidade do negócio jurídico que é a anulabilidade. Esse, possivelmente

um dos principais pontos no qual o regime da nulidade distancia-se daquele da anulabilidade.

Da mesma sorte, a anulabilidade sempre pode convaler pelo decurso do tempo – através de prazos de decadência, já que os direitos a anular um negócio jurídico têm natureza formativa (são direitos potestativos) e estão sujeitos a prazo. Os negócios jurídicos nulos apenas dependem de declaração e não de uma desconstituição, como ocorre com os negócios anuláveis.

Assim, há uma vedação por parte do legislador de supressão da nulidade, novamente insista-se, como regra geral, já que é possível para o próprio legislador, sem qualquer quebra sistemática, afastar uma determinada hipótese concreta dessas normas, abrindo às partes possibilidade de fazer convaler o negócio jurídico, ou mesmo criando uma decadência para o exercício do direito de promover o desfazimento de materializações práticas de algo que seria um efeito do negócio. Frise-se apenas que se a própria lei admitir os efeitos esses devem ser produzidos e serão, inclusive, protegidos pelo ordenamento jurídico, sendo possível até mesmo persegui-los judicialmente.

Prescreve o Código Civil em seu art. 170 que se o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Consoante ensina Pothier em sua Segunda Regra para a interpretação das convenções, “quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve entender-se naquele, em que ela pode ter efeito; e não naquele em que não teria efeito algum”<sup>65</sup>.

É o princípio interpretativo da conservação que domina os negócios jurídicos. Antonio Junqueira de Azevedo esclarece os seus fundamentos: “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 normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia – o máximo 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”<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> POTHIER, R-J. *op. cit.*, pp. 61/62

<sup>66</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *op. cit.*, p. 66

Com base no princípio da conservação dos atos jurídicos, a doutrina alemã da segunda metade do século XIX criou a figura da conservação do negócio jurídico nulo ou anulável, consubstanciada no parágrafo 140 do Código Civil alemão: “Se um negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro negócio jurídico, vale este último, desde que se entenda que a sua validade seria querida, embora conhecida a nulidade”. Esta noção de conservação do negócio jurídico nulo agora é introduzida expressamente, como regra geral, no ordenamento brasileiro pelo art. 170 do Código Civil.

A conversão pode ser definida, consoante Pontes de Miranda, em “uma transformação do ato que não reúne os elementos necessários para o fim a que se destina, em outro para o qual seja suficiente, desde que tenha os requisitos de substância e forma previstos para este ato, e seja querida pelas partes, cientes da invalidade do primeiro”<sup>67</sup>.

Define Antonio Junqueira de Azevedo suas características: existente o negócio jurídico (com seus elementos gerais, forma, objeto e vontade), se lhe faltar um elemento categorial inderrogável (aqueles que caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio e são definidos em lei) 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. A conversão substancial é sempre um fenômeno de qualificação; ela acarreta nova qualificação categorial<sup>68</sup>. A conversão substancial importa na mudança do tipo do negócio: v. g. um título de crédito sem valor como tal por vício de forma, que vale como prova de obrigação ou confissão de dívida.

São requisitos da viabilidade da conversão: a) identidade de substância e de forma entre os dois negócios (o nulo e o convertido), b) identidade de objeto, c) adequação do negócio substitutivo à vontade hipotética das partes.

Por identidade de substância entende-se que os elementos essenciais à estrutura dos negócios (nulo e convertido) permanecem íntegros. Assim o consenso apto a configurar a declaração de vontade no título de crédito deve subsistir, ainda que, por vício de forma, este título possa ser considerado simplesmente como prova da obrigação. A identidade da forma é aquela em que do suposto de fato do negócio realizado pode-se inferir a forma de outro negócio no qual se converterá o primeiro. A identidade de objeto significa que o mesmo

---

<sup>67</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. v. IV. Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1970, p. 63

<sup>68</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *op. cit.*, p. 67

suposto de fato deverá ser sucessivamente analisado e duplamente qualificado para a realização do processo de conversão. Deste modo, o processo de conversão, na configuração de seus pressupostos objetivos, requer uma dupla atividade de qualificação: em um primeiro momento, constata-se, frente a um determinado suporte fático, a sua deficiência, aferindo-se, assim, a nulidade do negócio realizado pelas partes; e, num segundo momento, repete-se a análise do suposto de fato para detectar os requisitos de substância e forma do outro negócio no qual há de se converter o primeiro<sup>69</sup>.

Equívoca se apresenta a expressão “subsistirá” do art. 170 porque pode, em uma interpretação apressada, ser entendida como denotando que o outro negócio jurídico já estaria contido no primeiro, e, portanto, não havendo propriamente conversão, mas, sim, apenas manutenção deste outro negócio jurídico. A conversão, como assim explicado, é sempre um processo de dupla qualificação categorial pelo qual do suposto de fato do negócio jurídico nulo são detectados, por força da interpretação, os requisitos de substância e forma do outro negócio no qual há de se converter o primeiro. Deste modo, a expressão “subsistirá” deve ser compreendida juridicamente como realização desse complexo processo de qualificação categorial e não no sentido corrente de utilização do verbo.

O pressuposto subjetivo, a adequação do negócio substitutivo à vontade hipotética das partes, não deve ser concebido, em um Código informado pela noção de boa-fé objetiva na interpretação do negócio jurídico, como uma perquirição da vontade subjetiva presumida das partes mas sim na consideração de que se possa entender que o novo negócio esteja compreendido no que foi efetivamente declarado, permitindo-se supor que o negócio não é contrário à vontade das partes, tal e qual foi declarada. Avulta aqui a consideração de que o pressuposto subjetivo atua como um limite negativo à conversão, pois importa na ausência de uma vontade contrária à conversão. A expressão dessa ausência de uma vontade contrária à conversão deve ser buscada na órbita do interesse prático que as partes tem em vista satisfazer. Provada a subsistência desse interesse prático (v.g. a prova da obrigação expressa no consenso na conversão do título de crédito nulo por vício de forma) entende-se que as partes assim o quiseram (dar efeito à relação jurídica) ainda que isto não tenha sido efetivamente subjetivamente desejado de modo implícito.

---

<sup>69</sup> MOZOS, José Luiz de los. *La conversión del negocio jurídico*. Barcelona : Bosch, 1959, p. 91

## 7. Conclusão

A importância do negócio jurídico manifesta-se na circunstância de esta figura ser um meio de auto ordenação das relações jurídicas de cada sujeito de direito. Está-se perante o instrumento principal de realização do princípio da autonomia da vontade ou autonomia privada.

Os autores dos negócios jurídicos visam certos resultados práticos ou materiais e querem realizá-los por via jurídica. Têm, pois, também uma vontade de efeitos jurídicos. A vontade dirigida a efeitos práticos, não é a única nem a decisiva – decisivo para existir um negócio é a vontade de os efeitos práticos queridos serem juridicamente vinculativos, a vontade de se gerarem efeitos jurídicos, nomeadamente deveres jurídicos, correspondentes aos efeitos práticos. Há uma intenção dirigida a um determinado efeitos económico juridicamente garantido.

Os cidadãos têm um conhecimento muito impreciso das consequências jurídicas dos seus atos, mas não deixam de ter a percepção que estão a construir entre eles com intensidade específica. Vínculos que separam de valores distintos, de outros valores sociais. A maior parte das pessoas têm consciência do mundo jurídico em que se inserem, uma vez adotados esses meios garantem o benefício da tutela organizada do Estado, se não agirem daquela maneira, o próprio Estado estabelece soluções. A consciência da juridicidade dos atos explica a necessidade que as pessoas sentem de se socorrem do ordenamento jurídico. Para definirem o próprio conteúdo negocial, acautelam os seus interesses, e proteger o fim económico e social.

O negócio jurídico, tal qual se estrutura no Código Civil, pela sua estrutura modernizante e em consonância com a boa-fé objetiva, parece apto a dar conta da regulação jurídica dessa nova complexidade social, como o fez no passado, e pode, na sua maleabilidade e abstração, continuar a fazer no futuro.

## 8. Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, São Paulo : Saraiva, 1986
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998
- ANDRADE, Manuel de. *Teoria geral da relação jurídica*. v. II. Coimbra : Almedina, 1966
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2002
- BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo : Saraiva, 2000
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1953
- CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil: escritos diversos*. Rio de Janeiro : Forense, 1983
- COELHO, A. Ferreira. *Código Civil comparado, comentado e analisado*. Rio de Janeiro : Jornal do Brasil, 1925
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Vol II. Coimbra : Almedina, 1984
- DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. São Paulo : Saraiva & Cia Editores, 1942
- DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. t. I. Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1923
- DOMAT, Jean. *Oeuvres Completes. Les Lois Civiles dans leur ordre naturel*. Liv. I, Tit. XVIII, Sect. 1, 14. Paris : Firmin Didot et Charles Bécquet, 1828
- ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*. Tomo II, v. 1. 2. ed. Barcelona : Bosch, 1954
- FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002
- GOMES, Orlando. *Obrigações*, 13. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980
- JOSSERAND, Louis. *Derecho civil. Tomo II. v. 1*. Buenos Aires : Bosch, 1950
- JUSTINIANO. *Cuerpo del derecho civil romano*. Tomo I. Código. Libros 1 a 5. Tradução de Idelfonso García del Corral. Valladolid : Lexnova, 1988
- JUSTINIANO. *Cuerpo del derecho civil romano*. Tomo I. Digesto. Tradução de Idelfonso García del Corral. Valladolid : Lexnova, 1988
- LARENZ, Karl Larenz. *Derecho civil: parte general*. Madri : Revista del Derecho Privado, 1978

- LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. *O silêncio como manifestação de vontade*. Rio de Janeiro : A. Coelho Branco Filho Editor, 1935
- LOPES, Teresa Ancona. O negócio jurídico concluído em estado de perigo. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*, São Paulo, Saraiva, 1989
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, Tomo III*. 2. ed. Campinas : Bookseller, 2001
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado. Tomo IV*. Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1970
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. V. I. 23. ed. São Paulo, Saraiva, 2001
- MOZOS, José Luiz de los. *La conversión del negocio jurídico*. Barcelona : Bosch, 1959
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo : Saraiva, 1994
- OLIVEIRA, Lauro Laertes de. *Da ação pauliana*. São Paulo : Saraiva, 1979
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959
- POTHIER, R-J. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*. Tomo I. Rio de Janeiro : H. Garnier Editor, 1906
- RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo : 3. ed. Revista dos Tribunais, 1994
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, Vol. 1. 30. ed. São Paulo : Saraiva, 2002
- RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo : Saraiva, 1989
- SANTORO-PASSARELLI, F. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra : Atlântida Editora, 1967
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. III. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. II. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. T. II. Madri : F. Góngora Y Compañía Editores, 1879