

DOS EFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Humberto Theodoro Jr.*

Sumário: 1. Intróito. 2. Defeitos do negócio jurídico. 3. A eficácia do negócio jurídico. 4. A patologia do negócio jurídico. 5. O negócio jurídico e os planos de sua atuação. 6. Plano da existência. 7. Plano de validade. 8. Plano de eficácia. 9. Vícios verificáveis em cada plano. 10. Diferença entre invalidade e ineficácia. 11. O erro de nominar a fraude contra credores de anulabilidade e não de ineficácia. 12. Em síntese. 13. Os vícios de consentimento e a anulabilidade do negócio jurídico. 13.1. Teoria da vontade real. 13.2. Teoria da declaração. 13.3. Teorias da responsabilidade e da confiança. 13.4 Teoria da confiança. 14. A posição do novo Código brasileiro; 15. Resumo; 16. Abstract.

1. INTRÓITO

O tema dos “defeitos do ato jurídico” prepara a abordagem legal das invalidades - nulidade e anulabilidade.

O Novo Código Civil, já aprovado no Congresso Nacional, evoluiu grandemente nesse campo de defeitos do negócio jurídico inserindo, no direito positivo, novas e relevantes figuras como a lesão (art. 157) e o estado de perigo (art. 156), atendendo, dessa maneira, a notórios anseios sociais.

Deslocou, também, com inegável acerto, a simulação do campo das anulabilidades para o das nulidades (art. 167).

Cometeu, todavia, um desserviço ao direito civil brasileiro, ao manter a fraude contra credores dentre as causas de anulabilidade do negócio jurídico (arts. 128 a

* Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Doutor em Direito. Advogado

165), já que os rumos traçados pelo direito comparado contemporâneo e a lição da doutrina nacional desde muito catalogam a impugnação pauliana no âmbito da **ineficácia**, e não da **invalidade**.

Além de atribuir efeitos impróprios à natureza dos negócios viciados, reúne o Código fenômenos heterogêneos sob a denominação única de “defeitos do negócio jurídico”. Na verdade, nada há em comum entre os vícios de consentimento (ou de vontade) - erro, dolo, coação etc. e os vícios funcionais (ou sociais), como a fraude contra credores.

Nos vícios de consentimento o ato é defeituoso porque a vontade do agente não se forma corretamente, já que não fora o defeito de que se ressentiu no processo de formação, manifestar-se-ia, certamente, de maneira diversa. Ou seja, sob influências que atuam anormalmente sobre seu psiquismo, o comportamento do agente “difere daquele a que sua vontade livre e consciente o conduziria”¹. Já na fraude contra credores (assim como na simulação), a declaração de vontade não se afasta do propósito que efetivamente o agente teve ao praticá-la. “O negócio jurídico porventura configurado resulta do livre e consciente desejo dos contratantes”, de sorte que “inexiste disparidade entre o querido e o declarado”². A sanção que, na espécie, se aplica ao negócio não é em proveito de um dos contratantes, mas de terceiro ou terceiros atingidos pelos efeitos do ato fraudulento. Daí porque não há defeito algum na formação do negócio, quer quanto aos seus elementos essenciais, quer quanto aos requisitos de validade entre as partes. A censura da lei se volta apenas para um plano exterior ao negócio, o de seus reflexos sobre o meio social. Por isso se costuma qualificar a fraude como **vício social**.

Como explicar, então, o agrupamento de figuras tão díspares como os vícios de consentimento e os vícios sociais no mesmo segmento dos defeitos do negócio jurídico? Simplesmente porque, na ótica do Código de 1916, todos eles conduziram a uma só sanção: a anulabilidade.

Mas, tão diferentes eram os dois fenômenos, que mesmo submetendo-os ao regime comum das anulabilidades, não pôde o Código velho deixar de reconhecer

1 SILVIO RODRIGUES, *Dos Vícios de Consentimento*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, n.º 2, p. 5

2 SILVIO RODRIGUES, ob. cit., n.º 2, p. 6

que a invalidade teria conseqüências não uniformes, conforme o vício fosse de vontade ou social. No primeiro caso, a proteção era para o agente vítima do defeito, de maneira que a invalidação seria decretada em seu benefício; no segundo, a anulação operaria em favor dos terceiros lesados e não do agente do ato defeituoso³.

Ora, esse tratamento promíscuo de fenômenos irreduzíveis entre si só se justificava pelo fato de ao tempo da elaboração do Código velho não se dominar, ainda, com a segurança, a distinção, entre anulabilidade e ineficácia relativa. Num Código do Século XXI, todavia, é inaceitável que se mantenham coisas tão díspares sob regime nominalmente igual, mas de conseqüências substancialmente diversas. A impropriedade é gritante e será, na prática, fator de muita confusão e prejuízos, pelos reflexos que certamente acarretará à segurança jurídica.

2. DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Para o Código, há defeito no negócio jurídico quando este padece de deficiência nos elementos constitutivos capaz de permitir sua anulação, seja por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (arts. 138 a 166). Da mesma deficiência ressentem-se o negócio praticado por agente relativamente incapaz (art. 171, I), embora a hipótese não venha elencada no capítulo em que o Código reúne e descreve os "defeitos do negócio jurídico" (Cap. IV do Título I, Livro III, art. 138 a 165).

O defeito se passa, portanto, no terreno da validade do negócio jurídico, ou seja, na sua aptidão, ou não, para produzir os efeitos jurídicos visados pelo agente. Quando o negócio se acha completamente despido de força para gerar tais efeitos diz-se que ocorre **nulidade** (art. 166); e quando os efeitos são produzidos, mas com risco de serem inviabilizados por provocação de quem se viu prejudicado pela prática viciada, o que se dá é a sua anulabilidade (art. 171). Isto é, o negócio não é nulo, porque uma vez consumado entra a produzir seus naturais efeitos. Estes, porém, correm o risco de serem frustrados pelo poder que se reconhece ao prejudicado de anular o negócio, retirando-lhe a potencialidade de man-

3 SILVIO RODRIGUES, ob. cit., n.º 2, p. 7

ter os efeitos de início produzidos.

Para o Código, como se vê, o negócio é válido ou inválido. Se é válido, apresentar-se-á em condições de produzir todos os efeitos jurídicos dele esperados. Se é inválido, ou não produzirá efeito algum (**nulidade**), ou poderá ser ulteriormente privado de seu efeito (**anulabilidade**). Enfim, o sistema adotado resume-se a ter como base o binômio “validade-invalidade”, no plano geral, e o acanhado confronto entre “nulidade” e “anulabilidade”, no plano restrito da invalidade.

Há nessa sistemática uma confusão, intolerável para o grau atual de desenvolvimento da ciência do direito, entre “invalidade” e “ineficácia”, porque na vetusta ótica do Código, não há como negar efeito, no todo ou em parte, a um negócio jurídico como o praticado sob a fraude senão imputando-lhe a mácula da invalidade, ou seja, tratando-o como ato nulo ou anulável.

Realmente, no final do Século XIX, quando CLÓVIS BEVILAQUA redigiu o projeto que, em 1916, viria a converter-se no primeiro Código Civil Brasileiro, a teoria da eficácia e da ineficácia, ainda não estava suficientemente explorada e sistematizada. Por isso, se jogava apenas com as idéias de validade e nulidade, dentro das quais deveriam acomodar-se todas as situações de negócios jurídicos impotentes à plena geração de efeitos.

Reconhecia, então, o autor do Projeto do velho Código que a teoria das nulidades ainda se apresentava vacilante na doutrina, circunstância que aliada à falta de nitidez dos dispositivos legais, à ausência de princípios diretores do pensamento em função legislativa, vinha dando a esse assunto “um aspecto particularmente rebarbativo”⁴.

Lembra CLÓVIS que nas origens romanas o sistema era extremamente singular: se o ato fora praticado contra prescrição legal, era nulo, o que equivalia dizer, não tinha existência para a lei⁵. O rigor da lógica jurídica esposada pelo preceito

4 CLÓVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, atualizada por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Rio de Janeiro, Ed. Rio-Liv. Francisco Alves, 1975, § 65, p. 254

5 *Ea quae lege fieri prohibentur si fuerint facta, non solo inutilia, sed pro infectis, etiam habentur - é o que se proclama no direito imperial (Cód. 1, 14, 1.5)*

se manifestou inconveniente em várias situações, pelo que o direito pretoriano cuidou de abrandá-lo, por meio de distinções que conduziram a reunir em setores diferentes os atos “nulos de pleno direito”, cuja ineficácia não dependia de rescisão, e os “atos defeituosos”, cuja nulidade dependia de sentença para ser reconhecida.

Foi essa doutrina que, predominando ainda ao tempo da elaboração do Projeto Beviláqua, se tornou o critério legal de catalogar as invalidades adotado pelo Código Civil de 1916. Reconhecia, porém, CLÓVIS que, sem embargo da opinião unânime sobre a existência dos dois tipos de nulidade, não existia entre os doutrinadores um consenso sobre quais atos deveriam entrar numa classe ou noutra, nem tampouco sobre o critério de distribuição, nem ao menos sobre se as duas categorias seriam, realmente, suficientes “para conter todos os atos, a que a ordem jurídica recusa apoio”⁶.

Ciente de que os atos ineficazes não poderiam limitar-se às categorias da **nulidade** e da **anulabilidade**, o Projeto contemplava também a figura dos **atos inexistentes**, preconizada por AUBRY et RAU. Na concepção de CLÓVIS, o ato inexistente é mais do que ato nulo, porque não tem sequer a aparência de um ato jurídico de seu gênero. No entanto, o Código preferiu ignorar a categoria da inexistência para contemplar, no campo da ineficácia, apenas a **nulidade** e a **anulabilidade**, agrupando analiticamente as hipóteses enquadráveis em cada uma das categorias legais.

Explica o autor do Projeto que o critério adotado foi o de considerar a **nulidade** como um gênero que admite duas espécies, conforme o grau de intensidade do fenômeno. Por **nulidade** em sentido lato deve-se entender “a declaração legal de que a determinados atos jurídicos se não prendem os efeitos ordinariamente produzidos pelos atos semelhantes”. A privação de efeitos é uma pena aplicada a quem pratica o ato violando a lei. Consiste essa pena justamente na “privação dos direitos ou vantagens, que o ato teria conferido se fosse conforme a lei”⁷.

No entanto, a reação da ordem jurídica contra o ato nulo não se dá sempre com

6 CLÓVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral*, cit., § 65, p. 255

7 CLÓVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral*, cit., § 65, p. 257

a mesma intensidade, tendo em vista que os interesses feridos pela ilegalidade nem sempre são da mesma natureza ou da mesma relevância. Assim, quando a norma violada é daquelas que agasalham princípios básicos da ordem jurídica, pondo em jogo interesses de ordem pública, ocorre a **nulidade de pleno direito**, como a reação mais enérgica contra a prática ilegal. Mas quando os preceitos ofendidos pelo ato se destinam mais particularmente a proteger os interesses privados da pessoa que dele participou, a reação contra sua eficácia é atenuada porque dependerá da vontade individual do interessado. O ato, neste caso, será apenas **anulável**⁸.

Como a única classificação disponível na ótica do Código de 1916, no plano da ineficácia era a dicotomia "**nulidade - anulabilidade**", todos os casos em que se pretendeu negar algum tipo de efeito ao negócio jurídico foram catalogados ou como **nulos** ou como **anuláveis**. Não se concebia, na sistemática adotada, que um ato válido pudesse ser havido como ineficaz, ou seja, se apresentasse como incapaz de produzir o efeito para o qual foi praticado.

Todas as hipóteses de recusa legal de eficácia, por motivos atribuídos a desvios de vontade do agente foram catalogados como "vícios de vontade" geradores de "anulabilidade". Como, todavia, o defeito às vezes se localizava na formação da vontade (anormalidade psíquica), e outras vezes se prendia apenas a desvios éticos de finalidade (fim de prejudicar a outrem ou fugir das prescrições legais), CLÓVIS concebeu uma classificação que diferenciava duas classes de **vícios da vontade** na prática do ato jurídico: a) **os vícios de consentimento**, em que a vontade se forma defeituosamente por defeito de consciência ou liberdade: erro, dolo e coação; e b) **os vícios sociais**, que não provocam desarmonia entre o psiquismo e a vontade exteriorizada, mas que se dirigem a resultados anti-sociais: a simulação e a fraude contra credores.

Coisas heterogêneas, como se vê, foram aglomeradas no velho Código sob o rótulo de "vícios de vontade", porque só dispunha o legislador de um único caminho para negar eficácia. A doutrina nacional, no entanto, a partir da evolução científica da conceituação da ineficácia e da experiência do direito comparado,

8 CLÓVIS BEVILAQUA, *idem*, *ibidem*

pôde atribuir a certas “anulabilidades” do Código sua verdadeira natureza, que seria a de **ineficácia relativa** ou **inoponibilidade**, malgrado a terminologia inadequada e superada do velho diploma legal.

Sem embargo de tal esforço científico, que logrou respaldo significativo na jurisprudência, o novo Código vem à luz no Século XXI repetindo, *ipsis litteris*, o anacrônico e superado regime de **anulabilidades** do estatuto de 1916. Ou seja, o vício social - fraude contra credores - continua arrolado como causa de anulabilidade, ao lado de vícios de consentimento como o erro, o dolo e a coação, muito embora nada tenha em comum com eles, nem no mundo fático, nem no jurídico.

Ignorou o legislador do Século XXI toda a conquista da ciência do direito do Século XX em torno da sistematização dos planos de atuação da vontade no campo jurídico. Isto, porém, não impede que os fenômenos ligados aos efeitos do negócio jurídico sejam catalogados e analisados cientificamente pelo jurista. O erro do legislador não tem a força de mudar a natureza das coisas. Se a lei não sabe distinguir entre entidades tão diferentes como são a anulabilidade e a ineficácia relativa, cabe ao intérprete fazê-lo.

Vamos, pois, fazer a distinção que o legislador não soube captar, ou o que é pior, conhecendo as categorias, não cuidou de observá-las com o indispensável rigor.

3. A EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

O negócio jurídico traduz, como se sabe, a atuação da vontade autônoma do agente como fonte de relações jurídicas, não só, porém, no sentido de criá-las originariamente, mas também de modificá-las, transferi-las, conservá-las ou extinguí-las⁹.

O negócio jurídico pertence à categoria do **fato jurídico** (evento que produz efeito no mundo das relações jurídicas) e dentro dela integra a espécie do **ato de**

9 VICENTE RÁO, *Ato Jurídico*, São Paulo, Saraiva, 1979, p. 32 e segs.

vontade. Não é, porém, qualquer ato de vontade, mas “uma manifestação de vontade qualificada, ou uma **declaração de vontade**¹⁰. Para ter-se configurado o negócio jurídico não basta que a vontade seja revelada por uma atitude externa do agente, “é preciso que ela tenha querido se produzir externamente **como vontade constitutiva de direito**”, no dizer de SALEILLES¹¹.

Sob este ponto de vista, o negócio jurídico configura **causa eficiente** de constituição, modificação, transferência ou extinção de relações jurídicas. E, por sua vez, a relação jurídica constituída, modificada, transformada ou extinta, deita suas raízes na vontade declarada e forma o seu conteúdo com preceito ou conjunto de preceitos que se traduzem na imputação de deveres e poderes relativos a uma determinada situação de fato.

A relação equacionada pelo negócio jurídico, assim, transita pelos dois planos com que o direito sempre opera: o do **ser** e o do **dever ser**. Em primeiro lugar, o negócio jurídico envolve uma **relação fática** em torno de interesses humanos; mas simultaneamente, essa relação alcança significados próprios dos conceitos ontológicos do plano jurídico: deveres, faculdades, poderes, direitos subjetivos etc.

Dentro dessa perspectiva do **dever ser**, a finalidade (**causa final**) de todo negócio jurídico é a produção de determinados efeitos típicos do plano do direito. A **eficácia** do negócio jurídico consiste justamente na efetiva produção dos efeitos para os quais foi concebido. Opera ele como fonte de direito entre as partes¹².

Há, outrossim, dois graus de eficácia para o negócio jurídico: o **estático** e o **dinâmico**. No primeiro, a vontade negocial cria a **relação jurídica** (isto é, constitui, modifica, transfere ou extingue uma relação de direito) e fixa sua idoneidade

10 ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2.000, § 3º, p. 17

11 ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *ibidem*

12 Há quem recuse ver no negócio jurídico a criação de normas jurídicas, porque o preceito que emerge do contrato, por si só, não é preceito jurídico. Sua força de preceito se dá por um processo de recepção do ordenamento jurídico. Do negócio jurídico, na visão de CARIOTA FERRARA só podem surgir **relações jurídicas** e não **preceitos** (*Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano*, 5ª ed., Napoli, Morano, p. 104). KELSEN, todavia, vê na regulação pelas próprias partes de suas mútuas relações, inerente ao negócio jurídico, a figura de “normas criadas pela via jurídico-negocial” (KELSEN, *Teoria pura do Direito*, 2ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1962, vol. 2, p. 123 e s.). Seriam os negócios jurídicos, na concepção Kelseniana, fontes de normas jurídicas não-autônomas, porque seu efeito depende de combinação entre elas e as normas gerais estatuídas pela lei. Mas, não se pode recusar que no âmbito das relações contratuais, embora não autônomas, surgem por força da convenção, “normas jurídicas concretas” a serem obrigatoriamente cumpridas pelas partes.

em tese para o fim jurídico almejado. No segundo estágio, já se depara com uma **relação jurídica constituída** e parte-se para a realização dos resultados práticos que lhe correspondem.

Nesse sentido o negócio jurídico é **plenamente eficaz**, quando não só configura idoneamente uma relação jurídica, mas quando, ademais, a relação jurídica, idoneamente criada, realiza plenamente os **fins** que determinaram a vontade negocial¹³.

Do lado oposto, um negócio jurídico pode não ser eficaz de dois modos: ou de forma **estrutural** ou de forma **funcional**. Ocorre a ineficácia **estrutural** quando o negócio se constitui de maneira defeituosa, e, assim, sua inaptidão a gerar os efeitos programados é inerente ao próprio negócio. A ineficácia **funcional**, por sua vez, deriva de circunstâncias ulteriores à formação da relação jurídica idônea na origem a gerar os efeitos programados.

Quando o negócio não produz os efeitos dele esperados por vício de estrutura (relativos a seus pressupostos constitutivos: capacidade, legitimação, idoneidade do objeto, licitude, vícios de vontade ou de forma), a ineficácia incide *ab origine* impedindo a configuração de uma relação idônea. Surge a idéia de **nulidade**, como inaptidão para produzir regularmente os efeitos jurídicos. *"El negocio mismo es inidóneo como fuente de constitución, modificación o extinción de la relación jurídica que se pretendía constituir, modificar o extinguir"*¹⁴. A ineficácia, portanto, oriunda da nulidade, é **originária**.

Quando o negócio, sem vício de estrutura, perde a adequação para atender a função que o negócio originariamente teve como fonte da relação idônea e, por isso, se torna propenso a contrariar sua função econômico-social, ocorrem as causas de **ineficácia funcional**. Rescisão, revocação e resolução, nessa ordem de idéias, provocam a ineficácia funcional do negócio jurídico válido, enquanto a nulidade acarreta a ineficácia do negócio afetado em sua validade por idoneidade estrutural. Onde, o conceito de validade não se contrapõe ao de eficácia.

13 EDUARDO A. ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 125

14 ZANNONI, ob. cit., p. 127

A eficácia pressupõe a validade do negócio jurídico, mas não apenas a validade; exige, também, a idoneidade funcional inerente à autonomia privada.

“A invalidade ou nulidade é uma espécie de ineficácia, não, porém, a única, já que um negócio originariamente válido pode tornar-se em seguida ineficaz por razões supervenientes, relativas à sua base objetiva, extrínsecas à estrutura negocial como tal.”¹⁵

Não é suficiente, em suma, a existência de um negócio válido para ter-se assegurada a produção de seus desejados efeitos. Podem existir condições a serem cumpridas antes que a eficácia se torne efetiva.

Fatores de eficácia, portanto, são dados que condicionam a produção do efeito do negócio jurídico sem integrarem a sua composição. São “algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado”, como se passa, por exemplo, com os efeitos dos “atos subordinados a condição suspensiva”¹⁶, em caráter geral, ou com a restrição dos efeitos dos atos de fraude contra credores, em relação apenas aos terceiros prejudicados.

4. A PATOLOGIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

A expressão “patologia do negócio jurídico”, cunhada por TRABUCCHI, reúne as várias hipóteses em que se pode verificar o impedimento à **eficácia** do negócio¹⁷.

De início é preciso lembrar que o fenômeno da **ineficácia** pode ser encarado em dois sentidos diferentes. **Em sentido lato**, a ineficácia compreende todas as situações nas quais o negócio não produz os seus efeitos, pelas mais variadas razões, inclusive a nulidade. Já a ineficácia **em sentido estrito** ocorre quando o negócio, mesmo sendo válido, não é, por si, suficiente para fazer nascer os efeitos

15 ZANNONI, ob. cit., p. 127

16 ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico*, cit., p. 54

17 *Istituzioni di diritto civile*, 38ª ed., Milano, 1998, n.º 79, p. 182

previstos. A ineficácia gerada pela invalidade pertence ao plano estático da relação jurídica e a ineficácia em sentido estrito, ou **funcional**, opera no plano dinâmico.

Uma vez que o negócio *in concreto* pode não produzir ou deixar de produzir, no todo ou em parte, seus desejados efeitos, sem que se ponha em discussão a sua validade originária, não é correto reunir os vícios dos negócios jurídicos nos limites do binômio **nulidade - anulabilidade**, como equivocadamente insiste em fazer o novo Código Civil.

Muitas vícios do negócio jurídico não pressupõem defeito estrutural da relação jurídica, mas advém de avaliação negativa do confronto de interesses instalado supervenientemente e *in concreto* durante o curso de cumprimento das avenças¹⁸.

O que, portanto, a moderna concepção do direito civil preconiza é a divisão do fenômeno da ineficácia em vários grupos, ou seja:

- a) a nulidade
- b) a anulabilidade
- c) a ineficácia originária
- d) a ineficácia sucessiva.

Assim, tomando-se como base o sistema do moderno Código Civil italiano, pode-se afirmar que os vícios de consentimento produzem **anulabilidade**, mas a lesão conduz à **rescisão** por ineficácia originária, e o desequilíbrio das prestações correspectivas durante a vigência do contrato conduz à sua **resolução** por ineficácia sucessiva.

Por outro lado, como a ineficácia pode ser total ou parcial, isto é, pode referir-se a sua repercussão sobre todos os interessados ou apenas sobre um ou alguns interessados, há defeitos do negócio que não conduzem nem à sua anulação nem

18 LINA BIGLIAZZI GERI *et alii*, *Diritto Civile*, Torino, UTET, 1997, v. 1.2 - *Fatti e atti giuridici*, n.º 37, p. 853

à sua rescisão, mas apenas autorizam sua **impugnação**. É o caso da fraude contra credores.

A desatenção do Código a essas distinções técnicas entre os fenômenos patológicos do negócio jurídico, além de evidenciar um descompasso com a evolução científica do direito civil, conduz a indesejáveis resultados práticos, como adiante se tentará demonstrar.

Procurar-se-á identificar, a seguir, os planos de formação e eficácia do negócio jurídico, para apontar os defeitos ou vícios que podem ocorrer em cada um deles.

5. O NEGÓCIO JURÍDICO E OS PLANOS DE SUA ATUAÇÃO

O negócio jurídico, como espécie do gênero ato jurídico *lato sensu*, é fenômeno gerado pela manifestação de vontade do homem no intercâmbio social. Ocorre esse fenômeno quando a vontade é declarada por alguém, com o intuito de endereçá-la à produção de um resultado jurídico que seja amparado pelo ordenamento jurídico ou não proibido por ele¹⁹.

Em primeiro lugar, o ato jurídico exige, para sua configuração, a existência de uma **exteriorização da vontade** do agente, que deve ser **conscientemente** produzida. E, em segundo lugar, o **objetivo**, que seja um específico resultado no mundo das relações jurídicas.

Quanto a esse resultado, o ato jurídico deve visar uma alteração na esfera jurídica daqueles que nele interferem. Mas, para que se cogite de ato jurídico não é indispensável que esse desejado efeito jurídico realmente ocorra. Nesse sentido, diz-se que "o ato jurídico, não é necessariamente **eficaz**, mas há de ter, ao menos, a possibilidade de sê-lo"²⁰.

Para que a declaração de vontade alcance o efeito buscado pelo agente é indispensável sua passagem pelos três planos do mundo jurídico, quais sejam: o da

19 MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico*, 5. Ed., São Paulo, Saraiva, 1993, § 37, p. 113

20 MARCOS BERNARDES DE MELLO, *ob. cit.*, § 38, p. 119

existência, o da **validade** e o da **eficácia**. Ou seja: para **existir**, o negócio jurídico reclama **elementos essenciais**; para **valer**, tem de satisfazer os **requisitos** que a ordem jurídica determina; e para atingir a concretude dos efeitos desejados, não de atuar os **fatores** exigidos para a **eficácia**²¹. A não-integração dos elementos materiais do plano da existência, assim como dos requisitos jurídicos da validade ou dos fatores da eficácia, conduz à frustração do resultado buscado pelo agente.

A patologia do ato jurídico ocorre quando a vontade manifestada é insuficiente para produzir, no todo ou em parte, absoluta ou relativamente, o efeito visado pelo autor da declaração de vontade. As conseqüências dessa patologia, no entanto, não são iguais nos diversos planos já apontados.

6. PLANO DA EXISTÊNCIA

O ato antes de ser encarado como ato jurídico deve existir como realidade material, isto é, como conjunto de dados fáticos que corresponda ao **tipo jurídico** (*fattispecie*). Se nem ao menos esses dados mínimos de natureza material ocorrerem e a *fattispecie* não se configurou sequer aparentemente, o caso é de **inexistência** do ato jurídico e não apenas de nulidade²².

No universo dos negócios jurídicos, os **elementos necessários** à sua configuração são de duas categorias: os **gerais**, comuns a todos os negócios (ex.: não há negócio jurídico sem **agente** e sem **declaração de vontade**); e os **categoriais** exigidos para cada tipo de negócio (não há, v.g., compra e venda se não houver o consenso sobre a coisa e o preço)²³. A falta ou deficiência de elementos acidentais, podem refletir sobre a validade ou eficácia, mas não acarreta a inexistência do negócio jurídico. É em face dos **elementos essenciais**, portanto, que se pode cogitar de **inexistência**.

Tomem-se, por exemplos, o casamento e o contrato de compra e venda. No

21 "Elemento é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe" ... "requisitos (de *requirere*, requerer, extinguir) são condições, exigências que se devem satisfazer para preencher certos fins, e, finalmente, fatores são "tudo que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte" (ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico*, cit., p. 29)

22 EMILIO BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, Coimbra, 1970, v. III, n. 58, p. 17-18

23 ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico*, cit., § 2º, p. 31/37

primeiro, o ato jurídico exige a declaração de vontade de constituir a sociedade conjugal por parte de duas pessoas de sexos diferentes. No segundo caso, o contrato exige, conceitualmente, o concurso de três elementos essenciais: coisa, preço e consenso. Suponhamos que a declaração de vontade de realizar o matrimônio tenha se dado entre pessoas do mesmo sexo; ou que o comprador e vendedor tenham entrado em consenso quanto ao propósito de comprar e vender certo objeto, mas não tenham logrado definir o preço. Nas duas situações não será possível pensar nem em casamento nem em compra e venda, porquanto o **suporte fático suficiente** não se compôs em nível de permitir que o fenômeno penetrasse no **plano da existência**, sem o qual não se consegue passar ao plano subsequente, que é o da cogitação da validade, ou não, do ato intentado pelo agente.

A **inexistência**, nessa ordem de idéias, é fenômeno do plano do **ser**. Estando incompleta a figura material do **fato típico**, o fato jurídico simplesmente não existe. Logo, não se há de discutir se é **nulo** ou **ineficaz**, nem se exige desconstituição judicial, “porque a inexistência é o **não ser** que, portanto, não pode ser qualificado”²⁴.

Aqueles que se opõem à distinção entre a nulidade e a inexistência costumam afirmar a impossibilidade, ou pelo menos a dificuldade de formular, na essência, as diferenças entre tais figuras. No entanto, há quem aponte essas diferenças de modo satisfatório. Assim, para SANTORO-PASSARELLI nos casos de **invalidade**, a falta que a configuraria, não impediria a “*identificação do negócio*”; já nas hipóteses de **inexistência**, a falta observada “*impediria a identificação do negócio*”, o qual, por isso mesmo, se apresentaria como “*juridicamente inexistente*”²⁵. Da mesma maneira, MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, destaca que a **inexistência** se consubstancia quando “nem sequer aparentemente se verifica o **corpus** de certo negócio jurídico”; ou quando, embora exista tal aparência, a realidade não corresponde ao **corpus** do negócio perquirido²⁶.

24 MARCOS BERNARDES DE MELLO, ob. cit., § 21, p. 75

25 *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Madrid, Ed. Rev. Derecho Privado, 1964, p. 296

26 *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, Livraria Almedina, 1983, v. 2, n. 196, p. 414

Em síntese - explica JOSÉ DE ABREU FILHO - o negócio inexistente

“seria aquele que carecesse de elementos indispensáveis para sua própria configuração como uma figura negocial. Tais elementos são indiscutivelmente, dois: a **vontade** e o **objeto**. Não se pode conceber a existência de um negócio jurídico, conforme temos reiteradamente afirmado, se falta o elemento volitivo. Sem a manifestação da vontade o negócio não pode formar-se, evidentemente”²⁷.

Assim, **inexistente**, e não apenas nulo, é o contrato cujo instrumento foi forjado a partir de assinatura falsa do devedor; como também se deve considerar o negócio consumado por coação absoluta (física) e não simplesmente moral (consentimento viciado), pois naquela consentimento algum ocorreu, na realidade²⁸. Também, como inexistente deve se considerar a compra e venda da herança de pessoa viva, já que impossível é ter-se esse tipo de bem como objeto de contrato, antes da abertura da sucessão (Cód. Civ., art. 426).

7. PLANO DE VALIDADE

Superada a premissa da existência da declaração de vontade, no contexto material cogitado pela ordem jurídica, procede-se à pesquisa em torno de sua perfeição, ou não, isto é, se a declaração contém, ou não, algum **vício invalidante** (Código Civil, arts. 166 e 171). Sabe-se que, v.g., todo negócio jurídico reclama, para sua validade, a capacidade do agente, a licitude do objeto e a forma adequada (Código Civil, art. 104), e que são passíveis de anulação aqueles negócios contaminados por vício de consentimento ou incapacidade relativa do agente (Código Civil, art. 171).

Ocorre a **nulidade** quando falta ao negócio um dos seus **requisitos essenciais**, de maneira que o evento defeituoso se apresenta como **fato simples** (existente), mas não como ato jurídico²⁹. Não há falta de **elemento essencial**, mas de

27 *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*, 4. Ed., São Paulo, Saraiva, 1997, n. 69, p. 339

28 JOSÉ DE ABREU FILHO, ob. cit., n. 69, p. 340

29 ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 38ª ed., Padova, Cedam, 1998, n. 82, p. 185/186

requisito ligado a tal elemento. Assim, não há negócio jurídico sem declaração de vontade. Mas, para ser válido o ato é requisito que a declaração seja feita por pessoa capaz, sem vício de consentimento. Existência e validade são fenômenos distintos, portanto.

Às vezes o grau de invalidade não é total (pleno), pois o negócio tem poder de gerar efeitos jurídicos, embora possa ser invalidado a requerimento de um dos seus sujeitos, em virtude de algum vício que não chega ao nível da falta de requisito essencial, mas que compromete sua plena eficácia. Configura-se, então, o **ato jurídico anulável** (Código Civil, art. 147). O coacto não deixa de emitir declaração de vontade, mas esta se recende de vício, que, a critério da parte, pode ou não ser invocado para desfazer o negócio defeituosamente praticado.

A **nulidade** (absoluta ou plena), que é cogitada no art. 166 do novo Código Civil, representa, no dizer de KARL LARENZ, o grau máximo de ineficácia do ato jurídico:

“Los efectos jurídicos pretendidos del negocio nulo no tienen lugar, en principio, ni entre los participantes ni en sus relaciones com terceros. El negocio nulo no requiere un acto especial - ya sea una declaración de voluntad a ello dirigida, ya una demanda y una sentencia judicial - para producir la ineficacia. Cualquier persona puede alegar sin más la nulidad de un negocio jurídico. Esta se há de tomar en cuenta por el tribunal en el litigio, con tal que resulte de los hechos presentados en el proceso, aunque una de las partes no la alegue.”³⁰

A diferença entre o ato jurídico **inexistente** e o ato jurídico **nulo** está em que este existe como fato impotente para produzir efeitos jurídicos, enquanto aquele nem como fato existe³¹.

A **anulabilidade** ou **nulidade relativa**, representa um grau menor de ineficácia, porque o defeito do ato jurídico não o afeta tão profundamente, como a falta de um requisito essencial. Então, o ato jurídico existe e tem aptidão para produzir

30 KARL LARENZ, Derecho civil - Parte general, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1978, § 23, p. 623

31 KARL LARENZ, ob. cit., § 23, p. 624

seus efeitos, mas a lei confere a uma das partes a faculdade de requerer a sua **anulação**, eliminando, retroativamente, todos os seus efeitos. O vício da declaração de vontade cria, assim,

*“una specie di situazione di incertezza, di pendenza, di sospensione che si protrae - se il negozio non viene annullato o convalidato - fino a che non sia scaduto il termine di prescrizione per l'azione di annullamento. Dopo tale data, l'atto si considera valido, non solo definitivamente per l'avvenire, ma come fosse già nato savro da vizi.”*³² (Ou seja: “uma espécie de situação de incerteza, de pendência, de suspensão que se prolonga - se o negócio não vem a ser anulado ou convalidado - até que ocorra o termo da prescrição da ação de anulação. Depois de tal data, o ato se considera válido não só definitivamente para o futuro, mas como se originariamente praticado sem vício”)

Ao contrário da **nulidade**, a **anulabilidade** não opera de pleno direito; reclama, portanto, sentença em ação promovida pela parte interessada visando a desconstituição do ato defeituoso³³.

8. PLANO DE EFICÁCIA

O negócio nulo não tem força de produzir o esperado efeito da declaração de vontade. O negócio válido tem aptidão para produzir tal efeito, mas pode não fazê-lo, por alguma razão de direito. Assim chega-se ao **plano da eficácia**, que é aquele, no mundo jurídico, onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações ou relações jurídicas, dentro daquilo que a vontade negocial projetara³⁴. Vários são os fatores que, segundo a ordem jurídica, condicionam a produção de efeitos do negócio jurídico, ligados ou não aos requisitos da validade.

A ineficácia decorre naturalmente da **nulidade** ou da decretação de **anulabilidade**. O negócio válido, mas sujeito a termo ou condição suspensiva,

32 ALBERTO TRABUCCHI, ob. cit., n. 83, p. 187

33 ALBERTO TRABUCCHI, ob. cit., n. 84, p. 188

34 MARCOS BERNARDES DE MELLO, ob. cit., § 23, p. 77

não se reveste de **eficácia** imediata, já que somente após o implemento do termo ou da condição terá possibilidade de produzir o efeito prático procurado pelas partes. O testamento, por exemplo, é ato válido desde o momento em que o elaborou o testador porque representa instrumento jurídico idôneo a atingir o resultado visado pelo agente. Seus efeitos concretos, porém, só serão produzidos após morte do autor da declaração de vontade.

Outras vezes, a lei cria um mecanismo de **ineficácia parcial** ou **relativa**: a declaração de vontade atinge as partes, mas não produz efeitos em relação a certa pessoa ou a terceiros (**inoponibilidade**). Quer isto dizer: a ineficácia pode ser **absoluta** (plena) e **relativa** (parcial).

Exemplo típico de ineficácia **relativa** em nosso direito positivo é o do contrato de locação de imóveis: seus efeitos operam sempre em relação ao locador e ao locatário. Se, porém, houver cláusula de validade contra terceiros, devidamente inscrita no Registro Imobiliário, ditos efeitos serão oponíveis também ao eventual comprador do prédio locado (Lei n.º 8.245/91, art. 8º). Suponhamos que o contrato não foi levado ao Registro de Imóveis e a venda ocorreu. Ter-se-á um contrato válido e eficaz entre locador e locatário, mas sem eficácia perante o comprador, o qual, por isso mesmo, terá direito de despejar o inquilino, sem que, para tanto, tenha de argüir nulidade ou de promover anulação do negócio *ex locato*.

A ineficácia, portanto, pode ter várias razões de ser. Pode, por exemplo, decorrer da própria estrutura do negócio jurídico (termo, condição etc) e pode, também, ser sanção imposta pela lei para proteger interesses de estranhos à relação obrigacional (fraude contra credores, alienação com desrespeito ao direito de preferência etc.).

Observe-se, por fim, que a ineficácia, tanto pode ser **relativa** ou **parcial**, como **absoluta** ou **total**, mesmo diante de um negócio jurídico válido. Um testamento, por exemplo, enquanto não ocorre a morte de seu autor não produz eficácia alguma e se vier a ser revogado pelo testador terá existido no mundo jurídico como negócio válido mas que nunca chegou a produzir o efeito prático a que se destinava. O mesmo se pode dizer do negócio que dependia de homologação ou aprova-

ção e estas não ocorreram³⁵. Da mesma forma, uma hipoteca não registrada, embora válida e eficaz entre as partes contratantes, nenhum efeito produzirá, praticamente, contra terceiros (Código Civil de 1916, art. 848).

9. VÍCIOS VERIFICÁVEIS EM CADA PLANO

No plano da existência, não se cuida de validade, nem de eficácia. O contraste possível é apenas entre **existir** ou **inexistir**.

No plano da validade, não entra o fenômeno da existência ou inexistência. Cogita-se de algo que exista e que pode valer ou não valer para os fins jurídicos a que o negócio se endereçou. Nesse plano, portanto, o contraste possível é apenas entre **validade** e **invalidade** (nulidade).

Já no plano da eficácia, não mais se cogita de existência nem de validade, mas tão somente de estar o negócio em situação de produzir ou não, no todo ou em parte, o resultado jurídico para o qual foi praticado. A contraposição admissível será, portanto, entre ato **eficaz** e ato **ineficaz**.

10. DIFERENÇA ENTRE INVALIDADE E INEFICÁCIA

A aplicação da sanção da **ineficácia**, e não da **invalidade**, decorre de uma valoração da lei em torno dos interesses a resguardar numa prevista conjuntura em que certo negócio jurídico se desenvolve.

Feito o cotejo entre o tipo ou gênero de negócio e a situação especial cogitada, a lei exprime “uma valoração negativa que é, de certo modo, o reverso da outra, positiva, que a lei faz relativamente ao negócio-tipo a que liga a produção de novas situações jurídicas”³⁶. Daí a restrição que se faz, diminuindo a área de incidência dos efeitos próprios do tipo legal respectivo.

A distinção entre o ato **inválido** (nulo ou anulável) e o ato **ineficaz** revela-se, na

35 MESSINEO, *Doctrina general del Contrato*, Buenos Aires, EJE, 1986, t. II, p. 311-312

36 EMÍLIO BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1970, v. 3, III, n. 57, p. 11

moderna ciência jurídica, como **indispensável**, dado ser irrecusável a substancial diferença de natureza e conseqüências das duas figuras jurídicas³⁷.

A **invalidade**, para BETTI, “é aquela falta de idoneidade para produzir, por forma duradoura e irremovível, os efeitos essenciais do tipo”, como sanção à inobservância dos requisitos essenciais impostos pela lei. Já a **ineficácia** qualifica-se, ao contrário, como característica de um ato “em que estejam em ordem os elementos essenciais e os pressupostos de validade, quando, no entanto, obste à sua eficácia uma circunstância de fato a ele extrínseca”³⁸.

No campo vasto da **ineficácia**, assume relevo marcante a figura da **ineficácia relativa** ou **inoponibilidade**, que se configura quando, no sistema da lei, “um ato, não privado de validade, pode ser ineficaz apenas a um ou outro interessado, em atenção especial de alguma deficiência sua”³⁹. Adverte TRABUCCHI que de maneira alguma se deve confundir essa figura com a da invalidade do negócio, porque o negócio validamente concluído não perde sua substância, embora, em face de outros fatores, não produza todos os seus efeitos⁴⁰.

Em suma, a lei conceitua como **ineficácia relativa** o caso em que considera o ato “ineficaz apenas em relação a uma determinada pessoa, conservando-se para os demais, não obstante **ineficaz**”⁴¹. Enquanto a anulação do ato viciado apaga todos os seus efeitos, reduzindo as partes ao estado anterior à sua prática (Código Civil, art. 158), o reconhecimento da ineficácia conserva as partes do negócio jurídico na mesma situação em que o ato as colocou.

Nosso Código Civil de 1916, redigido em época em que a categoria da ineficácia ainda não se achava cientificamente bem elaborada entre os juristas, englobou como caso de anulabilidade, por exemplo, a fraude contra credores, que os códigos posteriores vieram a tratar como hipótese de típica ineficácia relativa.

37 EMÍLIO BETTI, ob. cit., loc. cit.

38 EMÍLIO BETTI, ob. cit., loc. cit.

39 ALBERTO TRABUCCHI, ob. cit., n. 81, p. 184

40 ALBERTO TRABUCCHI, ob. cit., loc. cit.

41 KARL LARENZ, ob. cit., p. 647

Doutrina e jurisprudência, no entanto, puderam construir a teoria da fraude como de ineficácia, levando em conta não só os próprios efeitos que o velho Código Civil lhe imputava e que não se igualavam aos da anulação verdadeira, mas também considerando um critério sistemático estabelecido a partir de outras figuras similares à revocação pauliana e que foram tratadas por leis posteriores como sujeitas à ineficácia relativa, por textos expressos (revocatória falencial e fraude de execução).

Nada obstante, o Novo Código Civil, cujo projeto se tornou velho e obsoleto pelos longos anos (mais de vinte) em que esteve adormecido nos arquivos do Congresso, volta a reproduzir textualmente o regime da fraude contra credores concebido pelo código antigo, mantendo-a como causa de anulabilidade do negócio jurídico e ignorando, por completo, a categoria dos atos ineficazes.

Essa visão equivocada e retrógrada do legislador, ainda que traduzido em literal disposição do novo estatuto civil, não impedirá, obviamente, que a verdadeira natureza da figura jurídica seja retratada e proclamada por seus intérpretes e aplicadores.

O fato de o legislador ignorar uma **categoria** ou **tipo jurídico** não muda a **natureza da coisa**.

A lei e a doutrina podem **criar** conceitos próprios para os institutos jurídicos, fixando-lhes elementos e requisitos, mas não podem criar **tipos** ou **categorias**, cuja existência cabe à ciência comprovar e reconhecer. Explica OLÍMPIO COSTA JÚNIOR:

“Bem a propósito, se o conceito é abstrato e surge de pura abstração ou ‘dissociação do concreto’ (HEGEL), o tipo representa um ‘retorno à realidade’ (ENGISCH) e se enraíza no ‘geral concreto’ (LARENZ), como instrumento de compreensão e explanação de fenômenos que se reiteram de determinado modo.”⁴²

42 OLÍMPIO COSTA JÚNIOR, A relação jurídica obrigacional, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 56

Por isso mesmo, “os tipos, diferentemente dos conceitos, não se criam ou se inventam - somente se **descobrem**; nem se definem em seus próprios termos - apenas se descrevem”⁴³. Daí que o fato de o Código lidar apenas com as categorias de nulidade e da anulabilidade não impede que a ciência jurídica descubra no bojo do ordenamento positivo situação patológica do ato jurídico que não configure nem o tipo da nulidade nem o da anulabilidade, sem embargo de ter recebido do legislador o rótulo de um deles.

O que importa é descobrir cientificamente a natureza da coisa para, no resultado prático visado pelo legislador, encontrar o critério que realmente vai conduzir à classificação do fenômeno no local que lhe corresponde. Nesse trabalho, evidentemente, é despida de maior significado a **opinião** do legislador, já que concebida a figura jurídica, não lhe é dado alterar ou ignorar a natureza da coisa dentro do mundo do direito onde ela se insere. O legislador não tem compromisso científico com o direito. O jurista que interpreta e aplica a norma do legislador, ao contrário tem sempre de agir cientificamente, a fim de encontrar e definir o efeito concreto do texto legislado.

O intérprete da lei, por isso, não pode, de maneira alguma, ser um mero repetidor das palavras do legislador. Como cientista, dispõe de método próprio para desvendar o sentido e alcance da norma, sem se escravizar à literalidade do texto legal.

Descoberta uma nova categoria jurídica e sistematizado o seu posicionamento no esquema geral do direito, os institutos antigos do ordenamento em vigor terão de sofrer o impacto do avanço científico obtido.

11. O ERRO DE NOMINAR A FRAUDE CONTRA CREDORES DE ANULABILIDADE E NÃO DE INEFICÁCIA

Repetir a qualificação da fraude como causa de anulabilidade do negócio jurídico, exatamente como o fazia o Código velho, importa submeter a lei nova a toda censura que já se acumulara contra o diploma revogado, a propósito do tema.

43 KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, Trad. Portuguesa, Lisboa, 1978, p. 506 et seq. apud COSTA JÚNIOR, ob. cit., p. 57

Com efeito, a não ser por apego à literalidade do Código de 1916 ninguém defendia a anulabilidade do negócio praticado em fraude de credores. Mesmo assim já se tranqüilizava a tese de que não mais se poderia solucionar o problema exegético *in casu* como se a textualidade fosse o único caminho disponível ao aplicador da norma legal. Fazer prevalecer a simples letra da lei, equivaleria, a desprezar, por inteiro, o quadro histórico em que o velho Código Civil foi redigido, e não atribuir influência alguma aos interesses visados pelo legislador, aos fins colimados pela sanção oculta sob a literalidade dos arts. 106 a 113 do Estatuto de 1916, abstendo-se, ainda, do cotejo sistemático da pauliana com outras revocações provocadas pela fraude contra credores disciplinadas por leis posteriores ao Código. Assim agindo, acabar-se-ia por conferir à definição da lei uma inatacabilidade que a moderna ciência do direito não reconhece. Vem a propósito a advertência de FÁBIO KONDER COMPARATO:

“A nova ciência jurídica não despreza, evidentemente, os conceitos e as definições, como instrumentos indispensáveis à aplicação do direito, mas considera tais instrumentos sempre perfectíveis e provisórios, em função da constante observação histórica da vida humana em sociedade.”⁴⁴

No nosso entender, a interpretação dos dispositivos codificados referentes à ação pauliana, que o novo Código herdou do anterior, tem de ser feita a partir das seguintes premissas:

- a) ao tempo do Código velho, a doutrina brasileira não havia desenvolvido, ainda, a teoria da **ineficácia** como fenômeno distinto da nulidade e da anulabilidade;
- b) ao sancionar a fraude contra credores, o Código vetusto levou em conta o conflito de interesses entre o poder de dispor do devedor e o direito à garantia patrimonial com que conta o credor e valorizou a repulsa que a consciência social faz a toda espécie social de má-fé;

44 FÁBIO KONDER COMPARATO, O poder de controle na sociedade anônima, 3. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 84

- c) declarando **anulável** o ato do devedor prejudicial à garantia do credor, o objetivo visado com tal sancionamento foi, sem dúvida, o de sanar o seu prejuízo, restabelecendo a garantia patrimonial violada pelo ato dispositivo do devedor insolvente.

Visando coibir a **fraude** e restaurar a **garantia** genérica do credor sobre o patrimônio do devedor, o antigo Código declarou, textualmente, que o ato de disposição deste, praticado em estado de insolvência, era anulável. Mas não o fez dentro do conceito que a própria codificação assentara para os efeitos da anulabilidade, e, sim, para alcançar uma eficácia especial ou *sui generis*.

Com efeito, ao sistematizar as nulidades o antigo Código Civil definiu como conseqüência natural da anulação do ato jurídico a **restituição** das partes “ao estado em que antes se achavam” (art. 158). Quando, porém, tratou da fraude contra credores, teve a preocupação de estatuir efeito diverso para aquilo que chamava de **anulação do ato do devedor prejudicial a seus credores**. Não deixou a eficácia da “anulação” seguir sua disciplina geral, que seria a de fazer com que o adquirente restituísse ao alienante o bem deste adquirido, ao mesmo tempo em que este ficaria sujeito à reposição do preço em favor daquele. Aqui, o que se estatuiu foi que a vantagem resultante da **revocação** não seria a restituição das partes do contrato fraudulento ao estado anterior, mas a integração do bem alienado no acervo passível de execução pelos credores do alienante. É o que se depreende do texto do art. 113, onde a velha lei afirmava, expressamente, que a vantagem da sentença anulatória “reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores”.

A lei, então, incluiu formalmente a fraude contra credores no quadro das anulabilidades sem contudo, atribuir-lhes os efeitos substanciais próprios deste tipo de defeito do ato jurídico. Se, pois, sua eficácia não era a da anulabilidade, nada impedia que a doutrina se afastasse da literalidade da lei para definir qual a verdadeira natureza da sanção aplicável à fraude contra credores, levando em conta os interesses tutelados e os objetivos visados pela tutela concebida pela lei, na espécie.

Nessa ordem de idéias, não é pelo fato de o Código velho não sistematizar a

categoria dos atos ineficazes que ela seja estranha ao nosso direito, já que, sem rotulá-la expressamente, nosso ordenamento, não só na codificação civil, como em leis posteriores, emprega o mecanismo de privar alguns atos jurídicos de efeito em relação a certas pessoas, sem, todavia, tratá-los como inválidos (por exemplo: os efeitos do contrato não registrado, ou da hipoteca não inscrita, não atingem terceiros, embora tais atos sejam plenamente válidos entre as partes - Cod. Civil, arts. 135 e 848).

O velho Código Civil também não fazia a distinção conceitual entre prescrição e decadência, rotulando toda forma de extinção dos direitos pelo decurso do tempo sob o *nomen iuris* de prescrição. Isto, porém, não impediu que a doutrina e jurisprudência procedessem à separação das duas figuras jurídicas e extraíssem da distinção enormes conseqüências teóricas e práticas.

Se, pois, a lei civil quis com a sanção à fraude simplesmente resguardar os credores dos prejuízos que o ato do devedor insolvente poderia acarretar-lhes, o que fez foi cominar-lhe uma ineficácia relativa. Não é uma anulabilidade, malgrado o emprego incorreto do *nomen iuris* utilizado.

Se, porém, era compreensível o equívoco ao tempo da elaboração do Código Beviláqua, hoje é totalmente inadmissível que o Código novo venha a repetir o mesmo texto anacrônico e quase centenário.

12. EM SÍNTESE

O legislador ignorou não só o avanço da ciência jurídica consolidado em amplo consenso doutrinário, como desprezou a larga construção do direito comparado ao longo do Século XX em torno dos planos da existência, validade e eficácia. Códigos antigos, como o da Argentina, *v.g.*, passaram por reforma de texto, a fim de que a fraude contra credores tivesse seu regular enquadramento no plano de ineficácia relativa e não mais no campo da invalidade. Deixou de ler até mesmo o que desenvolvera, entre nós, PONTES DE MIRANDA há mais de cinqüenta anos:

“Para que algo valha é preciso que **exista**. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da **exis-**

tência é uma questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade (...).

Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes. O testamento, antes da morte do testador, nenhuma outra eficácia tem que a de negócio jurídico unilateral, que, perfeito, aguarda o momento da eficácia. Há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir validade ou invalidade. De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo.⁴⁵

Fez vista grossa ao que a doutrina especializada construiu, na seqüência de PONTES DE MIRANDA, em obras importantes como as de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁴⁶, MARCOS BERNARDES DE MELLO⁴⁷; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁴⁸; NELSON HANADA⁴⁹; YUSSEF SAID CAHALI⁵⁰, entre outros.

Até mesmo a evolução da legislação brasileira sobre fraude contra credores, realizada fora do Código Civil foi desprezada, pois a Lei de Falência, de 1945, e os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, já tratavam a fraude como tema ligado à ineficácia e não à anulabilidade.

É certo que os autores do projeto que se transformou no novo Código Civil não ignoram a distinção técnica entre **validade e eficácia**, pois um dos objetivos por eles perseguidos, segundo explicitado na Exposição de Motivos, foi o de eliminar o vício do Código anterior de empregar, indiscriminadamente, "palavras que devem ter sentido técnico unívoco"; e, para tanto, cuidou de apontar, com propriedade, o que constituiu o sentido de cada uma das referidas figuras jurídicas:

"Tal orientação importou, desde logo, uma tomada de posição que se refle-

45 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t. IV, § 357, p. 7

46 *Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2.000

47 *Teoria do fato jurídico - Plano da Existência*, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2.000; *Teoria do fato jurídico - Plano da Validade*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997

48 *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1987

49 *Da insolvência e sua prova na ação pauliana*, São Paulo, Ed. RT, 1982

50 *Fraudes contra credores*, São Paulo, Ed. RT, 1989

te no corpo todo do Projeto, quanto à delicada, mas não despicienda, necessidade de distinguir-se entre **validade** e **eficácia** dos atos jurídicos em geral e dos negócios jurídicos em particular. Na terminologia do Anteprojeto, **por validade se entende o complexo de requisitos ou valores formais que determina a vigência de um ato**, por representar o seu elemento constitutivo, dada a sua conformação com uma norma jurídica em vigor, seja ela imperativa ou dispositiva. Já a **eficácia dos atos se refere à produção dos efeitos**, que podem existir ou não, sem prejuízo da validade, sendo certo que a incapacidade de produzir efeitos pode ser coeva da ocorrência do ato ou da estipulação do negócio, ou sobrevir em virtude de fatos e valores emergentes.”⁵¹

Sem embargo do domínio dos conceitos e do confessado empenho de aplicá-los com “zelo e rigor” no tratamento da matéria relativa à validade e eficácia dos negócios jurídicos, o resultado não foi o que se era de esperar⁵²: o caso mais típico de **ineficácia relativa** - a fraude contra credores - continuou expressamente tratado como de **anulabilidade**.

Não foi apenas uma opção entre duas possibilidades técnicas de sistematização jurídica; mas o emprego de *nomen iuris* em flagrante contradição com a própria disciplina dada ao fenômeno jurídico, pois os efeitos que se atribuem à fraude não são, de fato, próprios da **anulabilidade**, mas sim os que correspondem à **ineficácia**, na moderna categorização dos planos por que passa a declaração de vontade, desde sua emissão até alcançar a meta visada pelo negócio.

Daí porque, nada obstante, o regime defeituosamente traçado pelo novo Código, para disciplinar a ação pauliana e seus efeitos sobre os atos praticados em fraude contra credores, haverá de ser interpretado como sendo o da ineficácia relativa e não o da anulabilidade, pela total inadequação desta para operacionalizar a repressão da questionada patologia do negócio fraudulento.

51 *Exposição de Motivos* do Prof. MIGUEL REALE, de 16.01.75, item n.º 16

52 No tratamento do negócio, “como em outros pontos, procura-se obedecer a uma clara distinção entre **validade** e **eficácia** dos atos jurídicos, evitando-se os equívocos em que se enreda a Dogmática Jurídica que presidiu à feitura do Código de 1916” (*Exposição de Motivos*, cit., item n.º 17, i).

Por outro lado, não se preconiza devesse o novo Código abrir um capítulo para a **validade** e outro para **eficácia**⁵³, mesmo porque esta se manifesta de maneira não uniforme nas diferentes situações em que ocorre. O erro está em rotular de **invalidade** fenômeno que, por sua própria natureza, se passa no terreno da ineficácia, e não da anulabilidade. A impropriedade é, em suma, arrolar todos os defeitos do negócio jurídico nos estreitos limites da anulabilidade. À impugnação da fraude, portanto, ter-se-ia de imputar o simples efeito de provocar o reconhecimento de sua ineficácia perante os credores prejudicados. Nada mais.

13. OS VÍCIOS DE CONSENTIMENTO E A ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Embora afetem o elemento essencial da validade do negócio jurídico - a declaração de vontade, que deve ser, em princípio, livre e consciente para sua natural eficácia - os vícios de consentimento não acarretam, por política legislativa, a inexistência, nem mesmo a nulidade do negócio por eles afetados.

A sanção legal que o Código lhe aplica é apenas a **anulabilidade** (art. 171, II).

O terreno dos defeitos do negócio jurídico oferece, portanto, rico material para observar e adequar as discutidas teorias da vontade e da declaração e suas variantes.

13.1. Teoria da vontade real

Segundo teoria sistematizada por SAVIGNY, a essência do negócio jurídico está no **querer individual**, isto é, na vontade mesma do autor da declaração negocial. Esta, portanto, opera apenas como instrumento de revelação daquela. Por isso, quando há conflito entre a vontade e a declaração, é a vontade que haverá de prevalecer⁵⁴.

53 Tal orientação foi repelida, com razão, pelo parecer de MOREIRA ALVES (A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 42-43).

54 SAVIGNY, *Traité de droit romain*, 1845, vol. 3, § 135, Apêndice 3, n.º 24; SILVIO RODRIGUES, *Dos vícios de consentimento*, cit., n.º 23, p. 31

Levada ao extremo, todo ato afetado por vício de consentimento seria inválido diante da **ausência de vontade** de que se ressente, seja por erro, dolo ou coação, ou por qualquer outro evento que impeça sua livre e consciente manifestação.

Essa proteção ampla e irrestrita à vontade real não é, todavia, acolhida pela ordem jurídica, porque entraria em choque com o interesse geral, afetando a segurança das relações negociais. Se de um lado existe o interesse do declarante, que praticou o negócio jurídico e que deseja preservar a pureza de sua vontade; de outro, há o interesse do meio social, onde o negócio jurídico estabelece uma expectativa de que a declaração de vontade produzirá os efeitos programados, não podendo, razoavelmente, aceitar que, por motivos íntimos do declarante, se estabeleça o perigo da sua fuga da obrigação assumida.

A primeira restrição que se manifestou foi de não considerar o vício de consentimento como causa de nulidade, e sim como de anulabilidade, impondo-se condições ao exercício do direito potestativo da parte de promover a ação de anulação do negócio jurídico.

Depois, surgiram teorias que deslocaram da vontade real a essência mesma do negócio jurídico, fixando-a na declaração.

13.2. Teoria da declaração

A reação contra o excesso reconhecidamente presente na teoria da vontade real deu-se por meio da teoria da declaração, cujo ponto de partida foi a necessidade de preservar as vinculações criadas pelas declarações de vontade, para ter-se segurança nas relações jurídicas. O comércio jurídico não pode conviver com a insegurança que decorreria de declarações de vontade que facilmente se revogam. Além do mais, o plano da vontade subjetiva seria inacessível, pelo que, para o direito, o importante deve ser a declaração e dela, portanto, é que hão de emanar os efeitos jurídicos. Não haveria segurança alguma nas relações privadas se quem emite uma declaração não aceitasse ficar vinculado a quem ela se endereçou, dentro do sentido normal das expressões empregadas⁵⁵.

55 SALEILLES, "Étude sur la théorie générale de l'obligation, p. 5, apud BELEZADOS SANTOS, *A simulação em direito civil*, São Paulo, Lejus, 1999, p. 16

Como reação, a teoria da declaração mostrou-se tão extremada como a teoria da vontade. Se a primeira protegia intoleravelmente o declaraste, a segunda outorgou tutela exorbitante ao destinatário da declaração.

É evidente que não se poderia tutelar, por exemplo, a má-fé de quem procurasse prevalecer do erro alheio para, maliciosamente, obter vantagens do negócio viciado. E além do mais, se pode valorizar a declaração, não se deve fugir da realidade de que a raiz mesma do negócio jurídico não pode ser desvinculada da vontade.

13.3. Teorias da responsabilidade e da confiança

Fugindo do antagonismo profundo estabelecido entre a teoria da vontade real e a da declaração da vontade, formulou-se uma posição intermediária, sob o nome de **teoria da responsabilidade**. Segundo esta, embora a autonomia da vontade esteja na base do negócio jurídico, impõe-se admitir que, mesmo havendo divergência entre a vontade e a declaração, esta deve prevalecer, se o desacordo for provocado por culpa ou dolo do próprio declaraste⁵⁶.

Em princípio, portanto, a divergência entre a vontade e a declaração se resolve pela prevalência da vontade real, provocando a anulação do negócio praticado sob o impacto do erro ou de outro vício que impediu a formulação da vontade livre e consciente.

Como, todavia, o agente deve responder pelos atos culposos que causem dano a outrem, o contratante que cometeu o erro por sua própria negligência ou dolo, terá de se sujeitar aos efeitos do negócio, para não prejudicar o terceiro que nele confiou.

Objetou-se que a conseqüência do ato ilícito culposo não é a criação de negócio jurídico, mas apenas da obrigação de indenizar. Redargüiu-se que a vontade merece a proteção do ordenamento jurídico quando se destina a alcançar escopos afins aos interesses sociais, pois, segundo FERRARA, o fundamento dessa proteção é "o interesse do comércio jurídico, da comunidade, e não uma homena-

56 FERRARA, Simulazione, p. 29, apud SILVIO RODRIGUES, Dos vícios de consentimento, cit., p. 34

gem incondicional e servil ao ato volitivo”⁵⁷.

A manutenção do negócio a despeito da vontade diversa do autor da declaração, segundo a teoria comentada, ocorre porque quem incorre em erro por culpa, causa dano à expectativa legítima de terceiro. A reparação que toca ao culpado consiste justamente em satisfazer aquela expectativa, decretando-se a obrigação de cumprir a declaração feita. Nem toda reparação de ato culposo se dá por indenização de perdas e danos. Pode também haver a reparação *in natura*, que no caso seria a não anulação do negócio⁵⁸.

13.4. Teoria da confiança

O último grau de evolução do tratamento do problema do erro no negócio jurídico foi acrescido pela **teoria da confiança**. Não basta analisar o dissídio entre vontade e declaração apenas no ângulo de quem a emite. É preciso levar em conta também o comportamento de quem a recebe. É preciso indagar se este manteve sua expectativa de vinculação segundo a boa-fé, ou se de alguma forma concorreu com culpa no evento.

A teoria da confiança retrata bem os rumos da nova ordem jurídica, que se fastia do individualismo para melhor valorizar o interesse social. Daí porque vai além da tutela da vontade do declarante para se ocupar também do interesse daqueles que confiam na segurança das relações jurídicas e que também devem concorrer para que ela se concretize.

As leis, no direito comparado, aos poucos vão aderindo a essa nova teoria, que fora apenas esboçada ou sugerida pelo Código alemão (BGB, art. 122).

Já no atual Código italiano a orientação preconizada pela teoria da confiança é clara: “o erro é causa de anulação do contrato quando for substancial e **reconhecível pelo outro contratante**” (art. 1.428).

Também no novo Código português, está previsto que a anulabilidade do negó-

57 SILVIO RODRIGUES, ob. cit., p. 35

58 SILVIO RODRIGUES, ob. cit., n.º 26, p. 36/

cio gerado por erro ocorrerá se este for conhecido ou reconhecível pelo outro contratante (art. 247º).

14. A POSIÇÃO DO NOVO CÓDIGO BRASILEIRO

Em toda a celeuma gerada pela luta entre teoria da vontade e teoria da declaração, o novo Código, ao disciplinar genericamente os vícios de consentimento tomou partido da defesa da vontade real, permitindo a anulação dos negócios em que o consentimento não for livre e conscientemente manifestado (coação, dolo, lesão, estado de perigo).

No campo do erro substancial, porém, onde o regime era no Código anterior dominado pela “teoria da responsabilidade” (culpa do autor da declaração), evoluiu-se para a “teoria da confiança”, seguindo-se o exemplo de legislações modernas como a italiana e a portuguesa. Não é mais apenas como sanção à culpa do declarante (erro inexcusável) que se anula o ato viciado, mas porque o destinatário da declaração também teve culpa no evento, já que poderia ter evitado a prática viciada do negócio jurídico, pois o erro era daqueles que poderiam ser percebidos por pessoas de diligência normal nas circunstâncias do negócio (art. 138). A *contrario sensu*, ainda que haja divórcio entre a vontade e a declaração, esta prevalecerá se o outro contratante (de boa-fé) não tinha condições de perceber o erro do declarante.

Essa teoria, naturalmente, não se aplica aos vícios mais graves como o dolo e a coação, porque quase sempre a má fé do outro contratante está, necessariamente, presente assim como a má formação da vontade do declarante se ressentir de defeito tão profundo que não pode ser relevado, nem mesmo diante da boa-fé do beneficiário⁵⁹.

59 TRABUCCHI, Istituzioni, cit., n.º 71, p. 15, nota 155

15. RESUMO

No presente artigo, é abordado, com profundidade, a teoria dos efeitos do negócio jurídico pelos seus mais importantes ângulos, a começar pela sua patologia.

Considera os vícios sob os planos da existência, da validade e da eficácia. Para tanto, penetra a diferença entre invalidade e ineficácia, denunciando o erro de acoimar a fraude contra credores de anulabilidade e não de eficácia. Passa a estudo da teoria da vontade real, da declaração, da responsabilidade e da confiança, para terminar pela definição da posição do novo Código Civil Brasileiro.

16. ABSTRACT

The present article deeply broaches the theory of the effects of the legal transaction on its most important angles, beginning with pathology.

He considers the imperfections under the plans of existence, of validity and of effectiveness. Therefore, he deepens into the difference between invalidity and inefficacy, denouncing the error of nominating the fraud against creditors annulable and not efficacy. He passes to the study of the real will, of the declaration, of the responsibility and of the confidence theories, finishing with the standing of the Brazilian Civil Code.

Por um lado, teóricos da prevenção geral claramente fazem a culpabilidade um pré-requisito da punição e concordam com um tipo de proporcionalidade entre crime e punição. Por outro lado, retributivistas geralmente concordam que o princípio da retribuição, embora seja em si um princípio moral, não se classifica como princípio do direito na medida em que a punição que ele requer é obviamente incapaz de prevenir qualquer crime.

* Agradeço aos Professores: Sérgio B. de Mello, Nelson Cavalcanti, Tarcisio Puggioni e Mário de Aguiar, por seus valiosos comentários.

** Professor de Direito do Trabalho na Universidade de Brasília - UnB.

*** Agradeço ao Professor Alexandre Trossello e ao colega João de Deus, por me terem informado sobre a existência do livro de UFRJ sob o título "Direito Penal e sua História - Curso de Direito Penal" organizado pelo Professor Luiz Márcio, e ao Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado por seus valiosos comentários.