

Conversão e negócio jurídico anulável*

Edilson Pereira Nobre Júnior**

RESUMO. O artigo aborda a possibilidade de aplicação do instituto da conversão aos negócios jurídicos anuláveis, particularizando a anulabilidade por incapacidade relativa do sujeito. Para tanto, explicita o princípio da conservação do negócio jurídico na codificação internacional e demonstra sua receptividade no Código Civil brasileiro de 2003 ao aproveitamento dos negócios jurídicos. Conceitua conversão e demonstra a sua diferença da nulidade parcial ou redução. Alfim, promove debate sobre a aplicação do instituto dos negócios jurídicos nulos e anuláveis.

Palavras-chave: Negócio jurídico. Princípio da conservação. Incapacidade relativa.

1 - O princípio da conservação do negócio jurídico.

Com a propriedade de sempre, Betti definiu os fatos jurídicos como aqueles “aos quais o atribui Direito *transcendência* para *cambiar* as situações pré-existentes e configurar situações novas, a que correspondem novas qualificações”¹.

* A presente investigação teve como fonte inspiradora a IV Jornada de Direito Civil, patrocinada pelo Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, para a qual foi apresentada a proposta de enunciado seguinte: “A conversão poderá incidir sobre o negócio jurídico anulável por incapacidade relativa do sujeito, contanto que não resulte em prejuízo para o incapaz”. A impossibilidade de comparecer ao evento acarretou, por força de norma regulamentar, a não submissão da proposta, o que levou o seu subscritor a aprofundar o assunto em estudo separado.

** Juiz Federal. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e da Universidade Potiguar. Mestre e Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

¹ “...a los que el Derecho atribuye *transcendencia* jurídica para *cambiar* las situaciones preexistentes a ellos y configurar situaciones nuevas, a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas” (*Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 4. Tradução por A. Martín Pérez).

Disso se percebe que o fato jurídico, em sua estrutura lógica, é algo mais que um acontecimento do mundo dos fenômenos. Engloba, em sua essência, certos requisitos que, incidentes em determinada situação, são capazes de acarretar sua transformação, através da constituição, modificação, ou extinção, duma posição jurídica.

Configura, assim, fato qualificado por atributo emanado duma norma de direito.

A doutrina, no seu afã de classificar, divisou várias modalidades nas quais se fraciona o fato jurídico.

Daí se pode ver que a expressão fato jurídico abrange eventos dos mais diversos tipos. Isto seria a expressão apreendida em seu sentido amplo. Num significado mais estrito, fato jurídico, por contraposição ao ato jurídico, corresponderia a acontecimentos naturais, como é o caso duma inundação, capaz de ensejar o surgimento da obrigação de reparar por ente segurador. O ato jurídico, então, corresponderia ao aparecimento de efeitos jurídicos como decorrência de manifestações de vontade.

Bipartir-se-ão em atos lícitos ou ilícitos, conforme hajam ou não sido praticados com base numa permissão jurídica. Os primeiros correspondem ao que podemos denominar de ato jurídico em sentido amplo².

Dentro do bloco da licitude, a distinção que mais granjeia interesse – e que hoje é realçada pelo vigente Código Civil – recai entre o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico.

A diferença entre tais categorias reside em que o ato jurídico *stricto sensu*, muito embora reclame a manifestação de vontade, tem sua eficácia dependente, com exclusividade, da norma legal. Um exemplo seria o inerente à perfilhação. Realizada, as respectivas conseqüências jurídicas surgem por

² Abstraindo-se a circunstância de não ser a melhor praxe a da definição de conceitos jurídicos pelo legislador, posto ser tarefa mais adequada à doutrina, o Código Civil de 1916 trouxe à baila a idéia de ato jurídico lícito: “Art. 81 - Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”.

força da ordem normativa, sendo, na sua determinação, a vontade irrelevante. A manifestação volitiva se restringiu à celebração do ato. Há situações onde até mesmo é indiferente a regularidade da manifestação volitiva³.

Diversamente, assoma o negócio jurídico. Este constitui, por excelência, a seara onde forte viceja a autonomia da vontade. Assim, os interessados podem delimitar, uma vez sejam respeitadas as limitações legais, os efeitos que surgem de suas declarações.

Com precisão, António Menezes Cordeiro singulariza o negócio jurídico, por implicar a confluência das liberdades de celebração e estipulação, resumindo:

Esta fórmula deixa claro que a jurídica positividade do negócio jurídico advém do Direito, que institui, regula e defende a autonomia privada. Os efeitos concretamente verificados são, no entanto, os indiciados pelas partes, através de suas declarações⁴.

Já o ato jurídico, no seu rigoroso significado, é hábil para possuir tão-só liberdade de celebração. Isso porque, muito embora o sistema jurídico respalde àquele a produção de efeitos, estes vêm previamente determinados pela regra de direito, sem que, para esse fim, os interessados possam ter qualquer interferência.

O mero ato jurídico, então, configura categoria na qual se faz menos acentuada a autonomia da vontade.

Malgrado o *discrímen*, é de ser, *grosso modo*, aplicado ao ato o regime do negócio jurídico. Tal consta, às expressas, do

³ José Carlos Moreira Alves (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil*, Brasília, Revista do CEJ, n. 9, p. 9), em palestra ministrada em 29-04-99, reportando-se aos institutos da especificação e dos direitos autorais sobre a atividade criativa, fornece-nos o exemplo dum louco que, em sendo exímio escultor, ingressa em propriedade vizinha e se apodera de pedra de mármore, esculpindo belíssima estátua, já que loucura e genialidade não são incompatíveis. Indaga: tal não deverá lhe acarretar o direito à propriedade da obra, não obstante restar presente hipótese de nulidade?

⁴ *Tratado de direito civil português - parte geral*. Coimbra: Almedina, 2000. Tomo I, p. 304.

art. 185 do Código Civil, o que é reforçado em similares dispositivos das legislações estrangeiras⁵.

Pontos de relevo, na disciplina do negócio jurídico, recaem, dentre outros, nos planos da existência, da validade e da eficácia.

No que concerne ao primeiro, assume relevante importância a preocupação com os elementos essenciais do negócio jurídico, componentes de sua estrutura e sem os quais não se pode cogitar de sua existência. São eles a manifestação de vontade, o objeto e a forma⁶.

Ao depois, advém o plano da validade, motivado pela qualificação dos elementos essenciais, o que se dá através dos requisitos. Assim, a manifestação de vontade deverá emanar de agente capaz, enquanto o seu conteúdo haverá de ser lícito e possível, sem contar que a forma não poderá ser defesa em lei.

Através dessa categoria, interessa verificar se o negócio jurídico, já existente no mundo dos fatos, possui permissão para ingressar na esfera jurídica.

Em terceiro lugar, interessa cogitar-se se determinado negócio jurídico, mesmo eivado de nulidade, estará apto a produzir alguns efeitos. Ou, visto de outra ótica, se, embora

⁵ É o caso, por exemplo, do art. 295º do Código Civil lusitano: “Aos actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo seguinte” (disponível em www.stj.pt. Acesso em 09-05-2002)..

⁶ Em análise capaz de harmonizar a pesquisa percuente com o impecável detalhamento, Antônio Junqueira de Azevedo (*Negócio jurídico - existência, validade e eficácia*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 31-39) procede à divisão em elementos gerais que, a seu turno, subdividem-se em intrínsecos ou constitutivos (forma, objeto e circunstâncias negociais) e extrínsecos (agente, lugar e tempo do negócio), e categoriais, também denominados de particulares, os quais, resultantes da ordem jurídica, restringem-se, a despeito de sua essencialidade, a determinados tipos de negócios jurídicos. Constituem espécies destes o consenso sobre o preço e a coisa e o *animus donandi* na compra e venda e na doação, respectivamente. Não confundir tais elementos com os elementos naturais que, conforme acentua a doutrina (Francisco Amaral. *Direito civil - introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 394), configuram, ao invés, efeitos do negócio jurídico, como é o caso da responsabilidade pela evicção. À derradeira, há os elementos acidentais, irrelevantes para a formação do negócio, mas que são hábeis à alteração de sua eficácia. Para fins da existência, importa considerar apenas os elementos gerais e categoriais.

existente e válido, o negócio não chega a produzir a eficácia que lhe é própria.

Está-se, portanto, no plano da eficácia.

Feitas essas considerações, ainda que a *vol d'oiseau*, interessa notar alguns fatores que, na prática, fazem-se presentes nos negócios jurídicos celebrados. Muitos deles, não obstante viciados de invalidade, chegam a operar conseqüência entre particulares. Numa venda imobiliária de ascendente a descendente, realizada por preço justo, mas sem a aquiescência dos demais, poderá ocorrer a efetiva transmissão da propriedade, com a imissão na posse, acarretando que o novo proprietário faça modificações que alterem substancialmente a feição do bem, de modo que o retorno das partes ao estado anterior seja excessivamente traumático.

De outro lado, todo o esforço que é levado a cabo para se concluir um negócio, às vezes, conspira contra a sua invalidade, respaldando sua manutenção, principalmente quando verificada a boa-fé das partes.

Daí, na atualidade, chamar a atenção o princípio da segurança jurídica, cuja expressão, na seara negocial, dá-se através da conservação.

Essa tendência governa a doutrina tanto estrangeira quanto pátria. Para Alberto Trabucchi:

O fato de que existam negócios eficazes, não obstante sua irregularidade, demonstra-nos que o direito procura evitar, no que for possível, a sua nulidade. Existe uma tendência legislativa, social e economicamente conveniente, para *conservar* a eficácia dos atos jurídicos⁷.

Nesse diapasão, sustenta Antônio Junqueira de Azevedo que

⁷ "El hecho de que existan negocios eficaces no obstante su irregularidad, nos demuestra que el derecho procura evitar en lo posible la nulidad de los mismos. Existe una tendencia legislativa, social y económicamente conveniente, a **conservar** la eficacia de los actos jurídicos" (*Instituciones de derecho civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967. p. 198-199).

[...] tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos - existência, validade e eficácia -, o máximo possível o 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 eficácia⁸.

A conservação se impõe, salvo se não possível a manutenção do negócio, visto que este, em sendo revelação da autonomia da vontade, há de representar alguma utilidade, produzindo efeitos⁹.

O instituto da conversão, inovação que aportou em nosso sistema com o Código Civil de 2002, é representativo duma maneira eficaz de se aproveitar os efeitos do negócio jurídico.

Será o objeto central de nossa abordagem, principalmente com o propósito de se investigar sua abrangência para os negócios anuláveis. Para tanto, antes procederemos à exposição do propender do atual Código Civil à conservação e, logo em seguida, o exame dos seus requisitos.

2 - A conservação do negócio jurídico: uma preocupação do Código Civil de 2002

Neste tópico, não se quer dizer, de maneira alguma, que o Código Civil de 1916 tivesse sido infenso à conservação dos

⁸ *Loc. cit.*, p. 64.

⁹ Uma adoção explícita da conservação como princípio ocorreu no Código Civil italiano. Ver o art. 1.367: "Na dúvida, o contrato, ou cada uma de suas cláusulas, devem ser interpretadas no sentido no qual possam ter algum efeito, antes daquele segundo o qual não teriam nenhum" ("Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebberno alcuno". Disponível em: www.studiocelentano.it. Acesso em: 12-03-2002). Formidável panorama do princípio da conservação no sistema jurídico italiano consta de Luigi Cariota Ferrera (*El negocio jurídico*. Madrid: Aguilar, 1956, p. 325-326. Tradução, prólogo e notas de Manuel Albaladejo).

atos jurídicos. Absolutamente. O que se almeja enfocar é que o atual diploma, até mesmo pelo fato de acompanhar a quadra evolutiva da ciência jurídica, encontra-se mais receptivo ao aproveitamento dos negócios jurídicos perpetrados com infração aos ditames do sistema jurídico.

Antes de ser promulgada a vigente codificação, sobre cuja aplicação a doutrina se manifesta ávida em interpretar, o Código de Defesa do Consumidor já tinha atentado à conservação como uma diretriz moderna, ao frisar no art. 51, mais precisamente no seu § 2.º, o seguinte: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Não foi por outra razão que, atentando para o dispositivo, Nelson Nery Júnior veio a destacar:

Em atendimento ao princípio da conservação do contrato, a interpretação das estipulações negociais, o exame das cláusulas apontadas como abusivas e a análise da presunção de vantagem exagerada, devem ser feitas de modo a imprimir utilidade e operatividade ao negócio jurídico de consumo, não devendo ser empregada solução que tenha por escopo negar efetividade à convenção negocial de consumo¹⁰.

Não obstante, são inúmeras as aplicações que o Código Civil atual faz do princípio, reportando-se a maior parte delas aos defeitos do negócio jurídico.

Como ponto de partida, pode observar-se, no que concerne à invalidação do negócio jurídico pela ocorrência de erro essencial, que o art. 144 afirma não afetar a validade do negócio quando a pessoa, a quem a validade da manifestação

¹⁰ Código brasileiro de defesa do consumidor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. O exame do princípio da conservação nos negócios jurídicos de consumo também foi procedido por Marcos Mendes Lira (*Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 13).

da vontade se dirige, oferecer-se para cumpri-la na conformidade da vontade real do manifestante¹¹.

Desse modo, é de conjurar-se a invalidade pela circunstância duma das partes aquiescer em cumprir o pactuado em conformidade com a compreensão que, sobre o mesmo, possui a outra parte, mais precisamente a que incidiu em erro.

Já quanto ao dolo, temos várias manifestações, a começar pela circunstância de que, quando accidental, somente obriga à satisfação de perdas e danos (art. 146).

Em havendo dolo de terceiro, somente se invalidará o negócio se a parte que dele se aproveite tivesse, ou devesse ter, conhecimento do defeito. Do contrário, não haverá que se cogitar de invalidação, devendo aquele responder pelas perdas e danos sofridos pela parte ludibriada (art. 148).

Igualmente, se o dolo originar-se do representante legal de uma das partes, somente obrigará o representado a responder civilmente até a importância do proveito que obteve. Em sendo o vício do representante convencional, o representado responderá solidariamente com aquele (art. 149). Afasta-se, assim, pela responsabilidade patrimonial, o desfazimento do negócio.

Já se ambas as partes obrarem com dolo nenhuma poderá pleitear a invalidação. Nem mesmo haverá causa para indenização. Assim dispõe o art. 150 do Código Civil.

Quanto à coação moral, estabelece o art. 155 do Código Civil que, caso advenha de terceiro, sem que a parte beneficiária tenha conhecimento, subsistirá o negócio jurídico, limitando-se a responsabilidade do seu autor às perdas e danos que o coato tenha suportado.

Inspirado em preocupações éticas, é sabido que o Código Civil reavivou a lesão nos negócios jurídicos. Ao fazê-lo, não deixou à margem a conservação do ajuste, prevendo, no seu art. 157, §2º, que não será decretada a anulação caso seja

¹¹ A previsão encontra semelhança como art. 1.432 do Código Civil italiano.

oferecido suplemento suficiente, ou se o favorecido concordar com a redução do proveito¹².

O entendimento se estende, mesmo ausente previsão legal a respeito, ao estado de perigo, a despeito da omissão do art. 156 do Código Civil¹³.

Nas hipóteses de fraude contra credores, também se houve a preocupação com a manutenção do negócio jurídico. Nos casos de contratos onerosos, celebrados pelo devedor insolvente, ou com insolvência notória, a anulação do pacto poderá ser afastada. Para esse fim, basta que o adquirente deposite em juízo o preço corrente do bem, postulando a citação dos interessados (art. 160).

O Código Civil atual ampliou essa possibilidade mesmo quando o preço não for equivalente às estimativas de mercado. Nessa hipótese, a inserção de parágrafo único ao art. 160 faculta ao adquirente depositar valor que corresponda ao real.

Da mesma forma, serão presumidos como firmados de boa-fé e, por tal razão, mantêm intacta sua validade, os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, industrial, ou necessário à subsistência do devedor e de sua família (art. 164).

No que tange à fraude na outorga de garantia de dívida, o legislador deixou explícito que, caso o negócio jurídico tenha por finalidade apenas atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, a sua invalidade restringir-se-á à prelação ajustada (art. 165, parágrafo único).

Ingressando-se na teoria geral das nulidades, obtém-se, quanto à simulação, a regra de que se ressalvam os efeitos do negócio jurídico simulado em favor dos terceiros de boa-fé.

¹² A tendência à conservação foi aguçada com o Enunciado 149, aprovado pela III Jornada de Direito Civil, patrocinada pelo Conselho da Justiça Federal, assim redigido: "Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, §2º, do Código Civil de 2002".

¹³ Nesse sentido, a adoção, pela III Jornada de Direito Civil, do Enunciado 148, de autoria de Mário Luiz Delgado Régis, do seguinte teor: "Ao estado de perigo (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no §2º do art. 157".

Amostra de louvável inovação adveio com a conversão de um negócio em outro, contanto que observados determinados requisitos (art. 170), revelando-se como alvo deste breve estudo.

Ao depois, é previsto, para os negócios anuláveis, o convalescimento pelo decurso do tempo, conforme os arts. 178 e 179.

Ainda quanto aos negócios anuláveis, tem-se a confirmação (arts. 172 a 175). E não é só. Quando a anulabilidade resultar da ausência de autorização de terceiro, o negócio será validado se aquele posteriormente a conceder (art. 176), o que não possuía precedente no regime anterior.

No tocante aos incapazes, foi mantida a disciplina anterior. Assim, o menor, dentre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se duma obrigação, invocar sua idade, caso dolosamente a tenha ocultado quando inquirido pela parte adversa, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior (art. 180).

Igualmente, ninguém pode reivindicar o que, em face duma obrigação anulada, quitou a um incapaz, caso não venha a provar que reverteu em proveito dele a importância paga (art. 181).

A exemplo do Código Civil revogado, previu-se que a invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este possa ser demonstrado por outra maneira (art. 183).

De destacar a manutenção da redução, contemplando-se, no art. 184, que, respeitada a intenção das partes¹⁴, a invalidade parcial dum negócio não o prejudicará na parte válida, se esta for destacável. Na mesma linha, a invalidade da obrigação principal implica a da acessória, não sendo verdadeiro o contrário.

A presença da conservação do negócio jurídico ainda pode ser apontada na disciplina dos vícios redibitórios,

¹⁴ O elemento subjetivo era estranho à disciplina do art. 153 do Código Civil de 1916.

porquanto o adquirente, ao invés de rejeitar a coisa, poderá reclamar abatimento do preço (art. 442).

Em se verificando onerosidade excessiva, por força de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, o art. 478 indica como solução a resolução do vínculo. A manutenção deste, nos termos literais do art. 479, está condicionada à conduta do réu, oferecendo-se a modificar eqüitativamente o contrato.

Malgrado isso, a atividade interpretativa, em se louvando na necessidade de conservar-se o quanto possível seja o negócio, culminou por entender que o art. 478 abriga, em seus contornos, a revisão contratual.

Essa foi, na III Jornada de Direito Civil, a conclusão constante do Enunciado 176: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

Um outro exemplo também recaiu na regulação do mútuo feito a menor, sem a anuência daquele que exerça sua guarda, que não poderá ser reavido nem do mutuário, nem dos seus fiadores.

O Código Civil vigente, em demonstrando atenção à dinâmica e à realidade da vida negocial, ampliou consideravelmente as exceções. Assim, o contrato produzirá efeitos quando: a) houver ratificação posterior por parte do titular da guarda do mutuário; b) estando ausente o responsável pela guarda do menor, este se viu compelido a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais; c) o mutuário auferir ganhos com o seu trabalho; d) o empréstimo reverteu em proveito do menor; e) a obtenção do empréstimo se deu maliciosamente.

Por outro lado, a introdução, no texto do Código Civil, de princípios e cláusulas gerais, dentre os quais assomam como mais relevantes a boa-fé objetiva e a função social do contrato, reforçaram a idéia conducente à conservação dos negócios

jurídicos¹⁵. Uma de suas conseqüências é o adimplemento substancial¹⁶.

Muito embora ausente pretensão exaustiva, o exposto possuiu a serventia de demonstrar, estreme de dúvidas, o forte cuidado que informou o novo Código Civil em caminhar pela senda de preservar os efeitos dos negócios jurídicos.

No passo seguinte, como não poderia deixar de ser, analisaremos, com maior detença, a figura da conversão, dissecando-se o seu conteúdo, os traços indispensáveis à sua configuração e as semelhanças e disparidades com institutos afins.

3 - Conversão: idéia e requisitos

A noção do que se compreende por conversão é de ser facilmente formulada. Num átimo, pode-se, sem omitir deferência à precisão, definir aquela como expressando que um negócio jurídico é nulo da forma como deveria valer, enquanto se mostra válido e eficaz na qualidade dum negócio jurídico distinto.

Assemelha-se à nulidade parcial ou redução, uma vez que, a exemplo desta, na conversão se tem que um negócio jurídico, como resultado de determinada manifestação de

¹⁵ Fábio Antônio Correia Filgueira (*O princípio da função social do contrato e o seu controle jurisdicional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 127) aponta que a aplicação, pelo juiz, da função social do contrato é capaz de permitir a conjugação dos elementos segurança e justiça, garantindo às relações jurídicas estabilidade, o que é objeto do Estado social democrático. No particular, assoma interessante o Enunciado 21: "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito." (Enunciado ao novo Código Civil aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado de Aguiar, do STJ). Idem o Enunciado 361: "O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475." (Enunciado ao Código Civil aprovado na IV Jornada de Direito Civil, a qual teve lugar no intervalo de 26 a 27 de outubro de 2006, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado de Aguiar, do STJ).

¹⁶ Sobre o adimplemento substancial, como impeditivo da resolução do contrato, ver Clóvis do Couto e Silva (*O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 55. Fradera, Vera Jacob (Org.).

vontade, apresenta-se com valor diverso do negócio originariamente colimado.

Em ambos os casos, a vontade, cujos efeitos prevalecem, não corresponde inteiramente àquela manifestada inicialmente pelas partes.

A diferença entre tais figuras, como propõe Flume, está em que na redução se vê uma nulidade parcial quantitativa. Por sua vez, a conversão é exemplo duma nulidade em parte qualitativa. Foram as palavras do autor:

A conversão é, portanto, um caso particular da nulidade parcial. Pode-se dizer *cum grano salis* que o § 139 regula a nulidade parcial quantitativa, enquanto no caso da conversão, segundo o § 140, trata-se duma nulidade parcial qualitativa. A delimitação do § 139 e do § 140 não apresenta nenhum problema essencial, porque a regulação é basicamente a mesma¹⁷.

Já Giovanni Criscuoli¹⁸, discorrendo sobre esse ponto, chega a sustentar que, sem embargo das duas figuras terem como característica comum a de constituírem manifestações particulares do princípio geral da conservação, algumas distinções podem ser apontadas, a saber: a) enquanto a conversão apresenta a utilidade quanto à manutenção integral do fim prático pretendido pelas partes, a nulidade parcial tem como vantagem a obtenção duma fração daquele objetivo prático; b) a nulidade parcial ostenta caráter de sanção, ao contrário da conversão que se mostra como um atributo concedido à autonomia privada, sendo compatível com a boa-fé que cada um dos contraentes permaneça vinculado aos efeitos que se propunham realizar com outro negócio quando, *ab initio*,

¹⁷ "La conversión es, por tanto, un caso particular de la nulidad parcial. Se puede decir *cum grano salis* que el §139 regula la nulidad parcial cuantitativa, mientras que en el caso de la conversión según el §140 se trata de una nulidad parcial cualitativa. La delimitación del §139 y del §140 no presenta ningún problema especial porque la regulación es básicamente la misma" (*El negocio jurídico*. v. 2. 4 ed. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1992, p. 691).

¹⁸ *La nullità parziale del negozio giuridico - teoria generale*. Milano: A. Giuffrè, 1959. p. 281-285.

surgisse a ineficácia jurídica deste; c) diversamente da nulidade parcial, a conversão não dispensa os componentes objetivo e psicológico, consistentes, respectivamente, em conter o negócio nulo os requisitos de substância e de forma de outro e a vontade das partes em aceitar contrato ou ato diferente; d) ao passo que a conversão realiza uma retificação da qualificação jurídica do negócio, transformando o seu tipo, a nulidade implica diminuição quantitativa do conteúdo negocial, sem acarretar transformação de sua espécie.

Não confundir, porém, conversão com a mera denominação incorreta do negócio pelas partes. Aquela se dirige ao conteúdo da regulação celebrada pelas partes. Não abrange, de forma alguma, a designação incorreta da manifestação de vontade. Por exemplo, o denominar-se compra e venda ao que, na realidade, configura doação, não pode ser tido como conversão, mas, ao invés, como algo irrelevante.

O instituto em análise guarda origem remota. A despeito de não haver sido objeto duma maior sistematização pelo direito romano, deste não foi totalmente desconhecido. É que, mesmo não se encontrando formulado através duma regra geral, como consta atualmente da maioria dos códigos, foi visualizado através de casos isolados.

Do direito das sucessões podemos retirar dois exemplos. O primeiro deles estava na cláusula codicilar que, aposta em testamento, permitia, uma vez ineficaz este, o seu reconhecimento na qualidade de fideicomisso. Daí haver anotado Max Kaser que “as instituições de herdeiro podem converter-se em fideicomisso de herança, legados, em fideicomissos singulares, manumissões ‘directas’, em fideicomissárias”¹⁹.

Noutro passo, o *Senatusconsultum Neronianum*, editado entre 54 e 84 d. C., provocou uma aproximação dos vários tipos de legado por conversão. Assim, caso um legado seja ineficaz

¹⁹ *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 390. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle.

na modalidade escolhida pelo testador, poderá subsistir como legado de outro tipo, se o seu conteúdo assim possibilitar.

Vale, pois, mais uma vez, recordar o que afirmou Max Kaser:

O legado permanece ineficaz segundo o *ius civile*, mas pode fazer-se valer com acções petórias. Provavelmente, o ponto de partida foi o legado *per vindicationem* de coisa não pertencente ao testador; devia ser eficaz *atque si* (como se) *optimo iure relictum esset*, i. e., ser tratado como legado damnatório, porque este é o único tipo que permite legar uma coisa alheia; G. 2, 197s.; EU 24, 11a²⁰.

A conversão, mesmo limitada ao direito sucessório, serve para indicar como os romanos não restringiam a utilização do direito para o deleite com teorizações infrutíferas. Ao contrário, serviam-se dos institutos jurídicos para o atendimento das necessidades práticas impostas pela realidade.

No final do século XVIII e princípio do seguinte, a conversão veio aos poucos penetrando no seio doutrinário, muito embora ainda não figurasse no *Landrecht* prussiano e no diploma austríaco de então.

Somente a contar da segunda metade do século XIX é que se foi avançando de modo forte na doutrina, vindo a aportar no Código Civil alemão de 1896. Já constava do primeiro projeto deste, mais precisamente no §111, com a redação abaixo:

Se o negócio jurídico pretendido, mas nulo como tal, cumpre todas as exigências de outro negócio jurídico, tem de manter-se como este último se isto está em conformidade à vontade que se deduz da celebração do negócio jurídico nulo²¹.

²⁰ *Loc. cit.*, p. 416.

²¹ “Si el negocio jurídico pretendido, pero nulo como tal, cumple todas las exigencias de otro negocio jurídico, ha de mantenerse como este último si esto es conforme a la voluntad que se deduce de la celebración del negocio jurídico nulo”. O texto é extraído de referência feita por Flume (*ob. cit.*, p. 692).

Alfim, acolhida foi pela redação final do BGB (§140), vindo, posteriormente, também nos Códigos italiano de 1942 (art. 1.424), grego de 1940 (art. 182), português de 1967 (art. 293º), holandês de 1991 (Livro III, art. 42) e, mais recentemente, foi consagrada pelo atual Código Civil brasileiro (art. 170).

Não confundir a conversão dita substancial²², de que aqui se trata, a qual representa modalidade genérica de aproveitamento de negócio inválido, com a conversão formal²³. Esta não pressupõe uma invalidade, mas, ao invés, dá-se quando um determinado negócio pode ser realizado de várias formas e, em sendo inválido numa delas, manifestar-se validamente noutra. Decorre da conformidade típica do negócio, sendo irrelevante a valoração do caso concreto.

Analisando-se as singularidades que envolvem ambas as figuras, pode-se, com facilidade, referir-se que a conversão substancial advém de obra do intérprete do sistema jurídico, juiz ou não. Por sua vez, a conversão formal resulta de criação do legislador.

Para que se aperfeiçoe, a conversão exige a presença de dois requisitos. Um deles, de natureza objetiva, está em possuir o negócio inválido os requisitos de forma e de substância de outro, o qual irá substituí-lo.

Ao depois, vem à baila a chamada vontade hipotética das partes. Ou seja, é preciso verificar se as partes, em tendo

²² José de Oliveira Ascensão, com vistas a denominar o instituto sob enfoque, emprega a expressão conversão potestativa (*Direito civil - teoria geral*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v.II, p. 427).

²³ Muito embora não tenha cogitado da conversão substancial, o Código Civil espanhol contemplou, em inúmeras passagens, hipóteses de conversão formal. Ei-las: a) a nulidade do testamento cerrado, por não haver observado as formalidades legais, não impede sua validade como testamento ológrafo, caso esteja escrito integralmente e firmado pelo testador, satisfazendo ainda as demais condições próprias desta modalidade de testamento (art. 715); b) valerá como documento particular, se estiver firmada pelos outorgantes, a escritura defeituosa por incompetência do notário ou em face de outro vício de forma (art. 1.223); c) considerar-se-á como comunidade de bens a sociedade desprovida de personalidade jurídica por os pactos entre seus sócios se manterem secretos (art. 1.669); d) a desconsideração como tal do comodato quando ao comodatário seja imposta a obrigação de pagar pelo uso da coisa (art. 1.741); e) transforma-se em comodato o depósito quando o depositário possui a permissão para se utilizar da coisa depositada (art. 1.768).

previsto a invalidade, teriam querido realizar o negócio que subsistirá válido²⁴.

Tal requisito deverá ser desvendado em conformidade com a boa-fé e as exigências de justiça, como bem acentuam Betti²⁵ e Menezes Cordeiro²⁶. Portanto, é de grande valia a pesquisa das circunstâncias do caso concreto, expondo Larenz²⁷ a necessidade de se averiguar os fins econômicos e as valorações de interesses conhecidas das partes, de modo a se propor se o negócio distinto representa um meio adequado para a realização de tais objetivos.

²⁴ Em escrito que se pode indicar como precursor em nossa literatura jurídica, Antônio Junqueira de Azevedo (A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 63, v. 468, p. 20, out., 1974) lança acerba crítica à denominada vontade hipotética. Diz, em suma, que: a) somente um preconceito teórico poderia imaginar a necessidade duma vontade presumida; b) essa tal vontade presumida não é vontade, posto vontade de alguém, presumida por outrem, não é vontade de alguém, sendo o recurso ao requisito, no mínimo, inútil; c) o intérprete, para aplicar o preceito na forma como proposta pelo Anteprojeto de Código Civil, terá de partir de hipótese que raia ao absurdo, porquanto, caso as partes tivessem previsto a nulidade, a lógica impunha que elas procurassem evitar o vício antes de realizar negócio distinto. Indispensável a transcrição de trecho conclusivo do pensamento do autor: “Acreditamos que o supracitado artigo do Anteprojeto (e, diga-se entre parêntesis, o Anteprojeto, em outros pontos, seguiu, antes, a teoria da declaração, ‘Erklärungstheorie’, que a da vontade, ‘Willenstheorie’), poderia ser assim redigido: ‘Se um negócio jurídico inválido ou ineficaz contiver todos os requisitos de outro, subsistirá este, quando o fim, que dele resulta, permitir supor não ser ele contrário à vontade das partes, tal e qual foi declarada’. Como se percebe, não há, aí, necessidade de imaginar qual teria sido a vontade das partes, se houvessem previsto a nulidade ou a ineficácia; basta que o fim, que resulta do novo negócio, não seja contrário ao que as partes declaram querer. A questão, assim, parece-nos que encontra solução que não despreza a vontade das partes, mas há de tratar da vontade declarada, e não de uma vontade qualquer, interna ou hipotética. Essa solução combina, com maior equilíbrio, e salvo melhor juízo, objetivismo e subjetivismo.” (*Loc. cit.*, p. 21).

²⁵ *Loc. cit.*, p. 435.

²⁶ *Loc. cit.*, p. 669. Na obra do autor português se percebe uma leve contradição. Abordando o tema da vontade hipotética, às fls. 566, procede a subdivisão entre a vontade hipotética individual ou subjetiva (indagação, perante os dados concretos existentes, de qual teria sido, em termos de probabilidade razoável, a vontade das partes caso prevista a nulidade) e a vontade hipotética objetiva (observação da realidade e, com isso, obtém-se a reconstrução da vontade justa das partes se, razoavelmente, tivessem previsto a invalidade) e, logo após, à fls. 567, afirma que o legislador, no particular da conversão, prevista no art. 293º do Código Civil, optara por uma vontade hipotética subjetiva. Um pouco à frente, ao tratar especificamente do instituto da conversão, às fls. 669, afirma que a vontade hipotética é de pressupor uma valoração objetiva.

²⁷ *Loc. cit.*, p. 642.

Caberá, portanto, àquele incumbido da aplicação do direito, ou seja, ao juiz, verificar, diante dos casos concretos, a presença do componente subjetivo²⁸. Para tanto, faz-se necessário que o direito à conversão seja invocado por qualquer das partes do negócio²⁹, através de ação ou quando de formulação de defesa, havendo quem sustente ser possível invocá-la em reconvenção.

Alguns exemplos podem ser citados, tais como, dentre outros: o comodato que se converte em locação; constituição de hipoteca que, inválida por depender de autorização do cônjuge mulher, vale como confissão de dívida; a venda de imóvel que, celebrada sem escritura pública, poderá ser aproveitada como promessa de compra e venda, o aproveitamento de venda simulada como doação; ou, ainda, o reconhecimento de nota promissória nula como confissão de dívida.

Instituto de caráter abrangente, por decorrer do princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, a conversão não se limita ao campo dos negócios jurídicos privados. Há quem afirme que vai mais além, legando utilidade também a comportamentos celebrados nos confins do direito público³⁰.

²⁸ Nos autos da Revista 76.417, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal afastou a vontade hipotética, declarando: “V - Não existe vontade hipotética ou conjectural das partes quando estas visaram comprar e vender um certo estabelecimento localizado em determinado local e com determinada área e se pretende substituir este por uma quota ideal, expressa em avos, da fracção autónoma onde se integraria o estabelecimento, sem localização possível nessa fracção” (ac. un., rel. Cons. Cura Mariano, julg. em 08-11-88. Disponível em: www.dgsi.pt/stj. Acesso em: 16-07-2007).

²⁹ Certa feita, na Revista 77.973 (ac. un., rel. Cons. Cura Mariano, julg. em 09-10-90. Disponível em: www.dgsi.pt/stj. Acesso em: 16-07-2007) , o Supremo Tribunal de Justiça deliberou que a conversão teria de ser objeto de pedido expressamente formulado. José de Oliveira Ascensão (*Direito civil - teoria geral - acções e factos jurídicos*. 2ª ed.: Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Vol. II, p. 428-429) entende, no que concerne ao demandado, ser adequada a reconvenção. Penso que não. A economia e a celeridade processuais impõem ao juiz um papel criativo, de modo a oferta à resposta um caráter dúplice, possibilitando-se, assim, a análise do direito à conversão.

³⁰ Consoante Héctor Escola, o princípio da legalidade, aplicado em harmonia com a necessidade da continuidade da atuação administrativa, e tendo em vista a obtenção do interesse público, justificam a conversão dos atos administrativos, mediante a qual “um ato irregular e, como tal, inválido, pode valer como outro ato distinto, se assim o declara a administração pública e se têm reunidos os elementos essenciais próprios do

4 - A conversão e o negócio jurídico anulável.

O problema, aqui apresentado para fins de discussão, principia por uma dualidade de orientações, aparentemente contraditórias, adotadas pelo Código Civil de Portugal (1966) e o texto vigente nestas plagas.

Isso porque o diploma lusitano, em disciplinando o instituto da conversão do negócio jurídico, está assim redigido:

novo ato" ("un acto irregular, y como tal inválido, puede valer como otro acto distinto, si así lo declara la administración pública y se hallan reunidos los elementos esenciales propios del nuevo acto". *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 156). Justamente por desembocar na irrupção dum novo ato regular, distinto do anterior inválido, adiante que sua eficácia é para o futuro (*ex nunc*). A *Ley* 19.549, conhecida como a Lei Nacional de Procedimentos Administrativos, contempla-a no seu art. 20, ao prescrever: "Se os elementos válidos de um ato administrativo nulo permitam integrar outro que for válido, poderá efetuar-se sua conversão neste, consentindo-o o administrado. A conversão terá efeitos a partir do momento em que se aperfeiçoe o novo ato". ("Si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitiesen integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en éste consintiéndolo el administrado. La conversión tendrá efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto"). Disponível em <http://www.trabajo.gov.ar/legislacion/ley/files/ley19549.doc>. Acessado em 17.07.2007. O dispositivo foi alvo de bom comentário por Julio Rodolfo Comadir (*Procedimientos administrativos - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*. Buenos Aires: La Ley, 2003. Tomo I, p. 399-400). Nestas plagas, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello aludia ao instituto, ensinando: "Às vezes, o vício do ato está na colocação em certa categoria jurídica, ao passo que em outra é legítimo. Então, a invalidade existirá quanto àqueles tipos de ato, mas se aproveita tendo em vista o outro. Faz-se a transformação do ato, e esse fenômeno jurídico se denomina conversão. Ela se verifica mediante emanção de novo ato dando interpretação ao anterior e transformando-o em legítimo" (*Princípios gerais de direito administrativo*. 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1979. v. I, p. 659). Às fls. 659-660, cita exemplos, dentre os quais: a) nomeação para cargo efetivo, sem a prévia aprovação em concurso, e, por isso, nula, aproveitada como provimento em comissão; b) recurso administrativo interposto fora do prazo legal, ou sem obediência a formalidade essencial, o qual pode ser recebido pela Administração como denúncia, relativa a órgão inferior; c) recurso interposto por particular, não titular do direito subjetivo em discussão, que, mesmo não recebido, pode ensejar à Administração, no exercício de sua competência de controle, instaurar procedimento para a invalidação do ato administrativo recorrido. Preciso dizer que a admissibilidade da conversão, no direito administrativo, dependerá da rigidez com que determinados institutos são tratados pelo respectivo ordenamento. No que concerne à primeira das situações aventadas, o que foi suposto com base na Constituição de 1969, tenho ser, diante do cariz cogente que permeia o art. 37, I e II, da CF de 1988, difícilimo sua aceitação.

Art. 293º - O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade.³¹

Em virtude de remissão legal explícita para o negócio tinsnado de vício que importe anulabilidade, outra não poderia ser a orientação da doutrina lusitana em estender o instituto além dos negócios nulos³².

Já o direito brasileiro, em disposição que mais se aproxima do BGB (§140)³³, bem assim dos Códigos Civis italiano (art. 1.424)³⁴ e helênico (art. 182)³⁵, circunscreveu a

³¹Disponível em <<http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoCivil.pdf>>. Acessado em 17.07.2007.

³² Assim expõe António Menezes Cordeiro: “Pela conversão um negócio jurídico nulo ou anulado pode aproveitar-se, como negócio diverso, desde que reunidos determinados requisitos legais” (*Tratado de direito civil português - parte geral*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. Tomo I, p. 667). Idem José de Oliveira Ascensão: “Já a anulabilidade suscita dificuldades. O acto produz efeitos enquanto não anulado, pelo que se poderá entranhar a redução ou conversão dum acto que está a produzir os efeitos para que foi querido. Porém, a lei compreende-a expressamente. E parece que até a contra parte de quem tem o direito de pedir a anulação pode recorrer à redução ou conversão, mesmo antes da anulação” (*loc. cit.*, p. 410). Referências, sem distinção, a negócios nulos e anulados constam da pena de Carlos Alberto da Mota Pinto (*Teoria geral do direito civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 630 e 634) e de Heinrich Ewald Höster (*A parte geral do Código Civil português - teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 599 e 600).

³³ “§140. Se um negócio jurídico nulo satisfaz os requisitos de outro negócio jurídico, o último é considerado válido se for possível supor que sua validade seria pretendida se houvesse conhecimento da nulidade. (“§140. If a void legal transaction satisfies the requirements of another legal transaction, the latter is deemed valid if it may be assumed that its validity would have been intended if there had been knowledge of the nullity”). Disponível em <http://www.hull.ac.uk/php/lastcb/bgbengl.htm>. Acesso em 14-008-2006).

³⁴ “Art. 1.424. O contrato nulo poderá produzir os efeitos de um contrato diverso, do qual contenha os requisitos de substância e de forma, quando, tendo-se resguardado o fim perseguido pelas partes, deva considerar-se que estas o teriam querido se tivessem conhecido a nulidade” (“art. 1.424. Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi Che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità”). Disponível em: www.studiocelestanto.it/codici/cc. Acesso em 12-03-2002).

conversão aos negócios nulos, expressando, no art. 170 do Código Civil, que: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido se houvessem previsto a nulidade”.

De conseguinte, indaga-se se a expressão “negócio jurídico nulo”, empregado pelo preceito acima transcrito, foi utilizada num sentido restrito, relativo à modalidade mais gravosa de invalidade, ou se, podendo ser compreendida com amplitude, poderia abarcar, por igual, os negócios jurídicos anuláveis³⁶.

Ponderável parcela dos autores pátrios, quando da abordagem do tema, limitam-se a correlacionar a conversão aos negócios nulos, como é o caso, dentre outros, de Arnaldo Rizzardo³⁷, Maria Helena Diniz³⁸, Caio Mário da Silva Pereira³⁹, Carlos Alberto Gonçalves⁴⁰, Paulo Nader⁴¹, Fábio Ulhoa Coelho⁴² e Cristiano Chaves de Farias⁴³.

³⁵ “Quando o ato jurídico nulo contenha os elementos de outro ato jurídico, este último é válido, quando pareça que as partes o tivessem querido se ellas o terão querido se elas tivessem conhecido a nulidade” (“art. 182. Lorsque l’acte juridique nul contient les elements d’un autre acte juridique, c’est ce dernier qui est valuable, lorsqu’il apparaît que les parties en auraient voulu si elles avaient connu la nullité”. *Code Civil Hellénique*. Atenas: Institut Hellénique de Droit International et Étranger, 1956, p. 28).

³⁶ Abstivemo-nos de empregar aqui a dicotomia nulidade absoluta e nulidade relativa, que consta em muitos autores, por encerrar uma impropriedade técnica. Louvado no §135 do BGB, Silvio Neves Baptista (*Ensaio de direito civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 68-69) mostra que a nulidade relativa, embora se situe mais próxima da anulabilidade, com esta não se confunde. A nulidade relativa se notabiliza por somente poder ser alegada pelo prejudicado direto, como é o caso da doação quanto à parte que exceder aquela que o doador poderia dispor em testamento (art. 549, CCB). Há, assim, hipóteses de nulidade relativa que não se confundem com a anulabilidade, mas sim com a nulidade, atuando como exemplo o art. 1.749, I a III, do CCB, ao enunciar proibições do tutor quanto ao patrimônio do pupilo.

³⁷ *Parte geral do Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 521.

³⁸ *Curso de direito civil brasileiro*, v.1: Teoria Geral do Direito Civil. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 514-517.

³⁹ *Instituições de direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 409. O autor ainda se referia ao Projeto do qual resultou o Código Civil vigente.

⁴⁰ *Direito civil brasileiro: parte geral*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 435-436.

⁴¹ *Curso de direito Civil*, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 535-536.

⁴² *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1, p. 350.

⁴³ *Direito civil – teoria geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 466.

Já Pontes de Miranda, escrevendo à época do Código Civil de 1916, o qual sobre o assunto se manteve omissivo, raciocinou, em mais de uma passagem, que a conversão é apta tanto para a hipótese de nulidade quanto para a de anulabilidade. Assim se pronunciou com naturalidade, sem ao menos atentar para possível distinção de tratamento:

A conversão é o aproveitamento do suporte fático, que não bastou a um negócio jurídico, razão da sua nulidade, ou anulabilidade, para outro negócio jurídico, ao qual é suficiente. Para isso, é preciso que concorram o pressuposto objetivo dessa suficiência e o pressuposto subjetivo de corresponder à vontade dos figurantes a conversão, *se houvessem conhecido a nulidade, ou a anulabilidade*⁴⁴.

De modo idêntico, reafirmou o mestre das Alagoas:

A conversão só se dá, se um dos negócios jurídicos, exatamente o em que se pensou, seria *nulo*, ou *anulável*. Não há cogitar-se de conversão em caso de *ineficácia* parcial ou total: não se converte, se o negócio jurídico, em que se pensou, é só ineficaz, ou não tem, ou ainda não tem algum ou alguns efeitos⁴⁵.

A pretexto de examinar o Anteprojeto de Código Civil de 1972, do qual resultou o diploma de 2002, Antônio Junqueira de Azevedo já vislumbrava que a conversão não poderia ficar circunscrita à nulidade. Assim, asseverou, à nota de rodapé 20 ao trabalho já referenciado⁴⁶, que seria precipitado afirmar que todos os casos de aplicação do instituto seriam de nulidade. Não olvidou que hipóteses de anulabilidade e de ineficácia em sentido estrito poderiam justificá-lo. Por isso, propôs que se constasse, na redação do então art. 172 do Anteprojeto de

⁴⁴ *Tratado de direito privado - parte geral*. Tomo IV. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 63.

⁴⁵ *Loc. cit.*, p. 66.

⁴⁶ *Loc. cit.*, p. 22.

Código Civil, a passagem “se o negócio jurídico *inválido* ou *ineficaz*” no lugar daquela “se o negócio jurídico *nulo*”.

Meditação equivalente mereceu, com o Código Civil em vigor, a atenção de Francisco Amaral: “O negócio a converter deve ser nulo ou anulável. Se nenhum ato se produziu, não há que pensar-se em conversão. Nega, assim, a doutrina dominante, que o instituto da conversão possa aplicar-se ao negócio inexistente”⁴⁷.

Também assim pensa Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ao aceitarem a invocação do instituto para os negócios anuláveis, muito embora reconheçam que o seu campo de maior aplicação é o dos negócios nulos⁴⁸. Na mesma senda, pervagam Zeno Veloso⁴⁹ e João Alberto Schüter Del Nero⁵⁰.

De outro pórtico, viceja posição intermédia, esgrimida por Marcos Bernardes de Mello que, de logo registrando a ausência de unanimidade doutrinária sobre a questão, não afasta a seriedade do argumento em contrário, consistente no fato de que, para os negócios anuláveis, o saneamento da invalidade dar-se-ia pela confirmação. Sem embargo desta constatação, não olvida que:

No entanto, há hipóteses em que não é possível a ratificação por parte do próprio figurante do negócio (casos de incapacidade relativa). Em tais situações, se pela conversão se pode fazer desaparecer a anulabilidade com o negócio em que se converte, parece-nos admissível a conversão do negócio anulável⁵¹.

⁴⁷ *Direito civil – introdução*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 534.

⁴⁸ *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 412-416.

⁴⁹ *Invalidez do negócio jurídico – nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 98.

⁵⁰ *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 371-372. É de frisar que o autor assim conclui após formidável levantamento de posições doutrinárias, realizado às fls. 355-370.

⁵¹ *Teoria do fato jurídico – plano da validade*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 255-256.

Idêntica opinião é a de Sílvio de Salvo Venosa⁵² e Wania do Carmo de Carvalho Triginelli⁵³.

Parece-nos aceitável o entendimento conciliador.

Primeiramente, não se pode excluir que a conversão, a exemplo da redução e da confirmação, é decorrência do princípio da conservação do negócio jurídico, consoante o qual o aplicador do direito há de procurar solução que, com um máximo esforço, tende a salvar a vontade negocial.

O princípio da conservação – cuja amplitude e relevância são ressaltadas pela doutrina, conforme antes enfatizado – preconiza que a preservação do negócio jurídico, como manifestação da autonomia da vontade, há de observar se este atende ao mínimo suficiente reclamado por uma determinada categoria jurídica.

Recente prova dessa tendência está revelada pelo Projeto de Código Civil de 1998 para a República Argentina, em cujo art. 381⁵⁴, tratando da conversão, não contemplada no diploma atual, é proposta sua incidência não somente a ato nulo, ou tismado de nulidade absoluta, mas a ato inválido, indicando preferência pelo gênero, ao invés da espécie.

Por sua vez, a orientação aqui defendida seria insustentável nos casos do art. 171, II, do Código Civil. É que, em havendo erro, dolo, coação, estado de perigo ou fraude, seria praticamente impossível verificar-se a presença do requisito da vontade hipotética das partes.

Quanto à lesão, demais da forte dificuldade de reconhecer-se que as partes visavam a concluir outro negócio, o

⁵² *Direito Civil: Parte Geral*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 514.

⁵³ *Conversão do negócio jurídico – doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 106, 110 e 112.

⁵⁴ O conteúdo da proposição é o que segue: “O ato inválido pode converter-se em outro ato válido diferente, cujos requisitos essenciais satisfaçam, se o fim perseguido pelas partes permite supor que elas o teriam querido se houvessem previsto a invalidez” (“El acto inválido puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la invalidez”). Disponível em: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-argentina.html>. Acesso em: 14-8-2006).

Código Civil expressa o apego ao postulado da conservação através do oferecimento do suplemento suficiente (art. 157, §2º).

A conversão do negócio jurídico anulável se restringiria, assim, às hipóteses nas quais foi celebrado por agente relativamente incapaz (art. 171, I), para as quais o Código Civil vigente (arts. 180 e 181), a exemplo daquele de 1916 (arts. 155 e 157), já esboçava propensão mitigadora da sua invalidação.

Além do mais, eventual óbice à conversão em face da incapacidade do agente⁵⁵, mesmo relativa, poderia ser afastada com o acréscimo de mais um requisito à conversão do negócio, qual seja a ausência de prejuízo ao incapaz.

Não se pode olvidar que, em sendo o regime das incapacidades instituído com vistas à tutela do incapaz, é de rematar-se que inexistirá impedimento à conversão quando àquele não sobrevir prejuízo.

Em suma, o negócio jurídico anulável, em virtude de incapacidade relativa do sujeito, caso se torne impossibilitada a sua confirmação, poderia, em tese, ver reconhecida, pelo aplicador do Direito, sua conversão noutra. Necessário, contudo, a ausência de prejuízo ao incapaz.

⁵⁵ Comentando o instituto da conversão em obra clássica, Flume apresenta resistência na hipótese de incapacidade do sujeito: "O negócio jurídico realizado por um incapaz não é suscetível de conversão porque o incapaz, de maneira nenhuma, pode estabelecer uma regulamentação negocial" ("El negocio jurídico de un incapaz de obrar no es susceptible de conversión porque o incapaz de ninguna manera puede establecer una regulamentación negocial". (FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. v. 2. 4 ed. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1992, p. 694). Diferentemente, A. von Thur (*Derecho civil - los hechos jurídicos*. v. II. Madri: Marcial Pons Ediciones, p. 261), em rol exemplificativo, indica hipótese de conversão versando incapacidade do agente.

Conversion and voidable juridical business

ABSTRACT. The article approaches the possibility of applying the institute of conversion to voidable juridical business, in particular the voidableness due to the subject's relative incapacity. Therefore, it makes explicit the principle of conservation of the juridical business in the international codification and demonstrates its receptivity in the Brazilian Civil Code of 2003 to the utilization of the juridical business. It evaluates conversion and demonstrates its difference from the partial nullity or reduction. Finally, it promotes a debate about the application of the institute of void and voidable juridical business.

Keywords: Juridical business. Principle of conservation. Relative incapacity.