

REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA CONVERSÃO SUBSTANCIAL DO NEGÓCIO JURÍDICO E SUA APLICAÇÃO NA AÇÃO DE NULIDADE*

Davi Amaral Hibner¹

Gilberto Fachetti Silvestre²

Resumo: Trata-se de estudo que pretende depurar os requisitos jurídicos para a aplicação da conversão do negócio jurídico (art. 170 do Código Civil), decorrente do princípio da conservação dos atos jurídicos (ou *favor negotii*). Objetiva analisar o instituto desde uma perspectiva pragmática, dogmática, estabelecendo as condições de sua aplicação, e discorrer sobre as linhas gerais relacionadas aos requisitos de admissibilidade da conversão, os efeitos e os mecanismos judiciais cabíveis. Na conversão, haverá uma reconsideração de alguns aspectos da estrutura negocial, o que possibilita ao negócio sua validade. Seu âmbito de aplicação ocorre quando da verificação de uma nulidade, relativa ou absoluta, dependendo da gravidade do vício que atinge o negócio, cuja consequência jurídica de tal valoração negativa conduz à invalidade do negócio jurídico. Trata-se, na verdade, de um mecanismo a serviço do sistema para evitar, no possível, a nulidade dos negócios ineficazes em sentido amplo. A conversão do

* Esse trabalho é uma atualização de uma pesquisa sobre a curatela de interditos que resultou na seguinte publicação: SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Requisitos de admissibilidade da conversão substancial do negócio jurídico (art. 170 do Código Civil). In: *Revista Forense*, v. 420, São Paulo, pp. 119-146, 2014.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Advogado.

² Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela UFES; Advogado.

negócio jurídico é consectário lógico de um princípio de ordem interpretativa que determina que a vontade das partes seja aproveitada ao máximo para a produção dos efeitos pretendidos, princípio esse que poderia ser extraído do sistema jurídico anterior ao Código Civil de 2002. Trata-se do princípio da conservação do negócio jurídico. Esse “fenômeno” ocorre, principalmente, nos casos de invalidade do negócio jurídico, em que se verifica a possibilidade de afastar o vício que conduz à ineficácia do ato. Dessa forma, apresenta-se como um trabalho que suscita as questões que dizem respeito à operatividade da conversão, concluindo pela necessidade de reflexão quanto à concretude do instituto e apresentando sua importância prática e teórica para a exata compreensão do papel desempenhado pelo negócio jurídico na sociedade contemporânea.

Palavras-Chave: Negócio jurídico. Código Civil. Invalidade. Conversão. Conservação.

REQUIREMENTS OF ADMISSIBILITY OF THE SUBSTANTIAL CONVERSION OF THE LEGAL TRANSACTION AND ITS APPLICATION IN THE ACTION OF NULLITY

Abstract: This is the study that you want to debug the legal requirements for the application of the conversion of the legal transaction (art. 170 of the Civil Code), arising from the principle of conservation of legal acts (or *favor negotii*). It aims to analyze the institute provided a pragmatic, dogmatic perspective, establishing the conditions for their application, discuss the general guidelines related to the admissibility requirements of the conversion, the effects and appropriate legal mechanisms. In the conversion will be a reconsideration of some aspects of the negotiating framework, which enables the transaction validity. Its scope occurs when checking a nullity, relative or absolute, depending on the severity of the addiction that affects the business,

the legal consequence of such negative evaluation leads to the invalidity of the transaction. This is actually a mechanism in the service system to avoid, insofar as possible, the invalidity of ineffective transaction broadly. The conversion of the legal transaction derives from a principle of interpretive order determining that the parties' intention to be exploited to the fullest to produce the desired effects, a principle which could be extracted from the previous legal system to the Civil Code of 2002. This is the principle of conservation of the transaction. This "phenomenon" occurs mainly in cases of invalidity of the transaction, where there is the possibility of removing the addiction that leads to inefficiency of the act. Thus, presents itself as a work that raises questions concerning the conversion to operability, concluding the need for reflection about the concreteness of the institute and presenting their practical and theoretical importance for accurate understanding of the role played by the legal transaction in society contemporary.

Keywords: Legal transaction. Civil Code. Invalidity. Conversion. Conservation.

Sumário: 1. Introdução – 2. Natureza jurídica da conversão – 3. Requisitos de admissibilidade – 3.1. Requisitos objetivos – 3.1.1. Possibilidade de dupla qualificação do ato – 3.1.2. Existência de um negócio nulo – 3.1.3. Suficiência do suporte fático-negocial – 3.1.4. O papel da causa na conversão – 3.1.5. Inexistência de prescrição – 3.2. Requisitos subjetivos – 3.2.1. Inexistência de manifestação de vontade das partes contrária à conversão – 3.2.2. Ignorância da nulidade pelas partes – 4. Ação de nulidade – 5. Efeitos – 6. Conclusão – Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO.



pretensão desse trabalho é caracterizar os requisitos jurídicos para a aplicação da conversão do negócio jurídico, principalmente com vistas para a norma do art. 170 do Código Civil brasileiro, que insere a conversibilidade no ordenamento jurídico nacional, discorrendo sobre as linhas gerais relacionadas aos requisitos de admissibilidade da conversão, os efeitos e os mecanismos judiciais cabíveis. Todas essas questões dizem respeito à operatividade da conversão.

A proposta é induzir a uma necessária reflexão por parte dos tribunais e da doutrina na tentativa de pensar em condições que permitam a sistematização e a correta aplicação do instituto do art. 170 do Código Civil.

A conversão do negócio jurídico é de recente posituação no Direito brasileiro, tendo sido introduzida no ordenamento brasileiro pelo art. 170 do Código Civil de 2002, nada obstante sua possibilidade de aplicação ainda na vigência do Código de 1916, como decorrência do princípio da conservação dos atos jurídicos. Isto fez com que a doutrina não se ocupasse do instituto, havendo hoje muito que ser discutido para a efetiva compreensão desse conceito jurídico no âmbito da realidade sócio-jurídica brasileira. Dessa forma, esta pesquisa tem, justamente, a intenção de fornecer uma contribuição científica para a compreensão e a aplicação do instituto.

Segundo Junqueira, o interesse teórico do instituto manifesta-se na oportunidade que ele oferece de uma revisão necessária do conceito de negócio jurídico como ato de vontade.³ Já o interesse prático, segundo o mesmo autor, está na importância do instituto como instrumento de realização de soluções equânimes promotoras da justiça contratual. Haveria, a partir da conversão, uma amenização da rigorosa aplicação dos preceitos

³ Antonio Junqueira de Azevedo, *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*, In. *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 130.

referentes à teoria das nulidades (ineficácia *lato sensu*).⁴ O que é evidente, uma vez que dela decorre a conservação – e não a extinção, portanto – do negócio nulo.

Veja, então, que a necessidade de reflexão a que nos referimos anteriormente não é meramente técnico-jurídica, mas também política e social. A exata compreensão da conversibilidade do negócio jurídico nulo depende de uma sensibilidade que está além de um mero arranjo normativo, e que depende de um pensamento mais amplo e condizente com as realidades sociais e políticas do processo judicial. A conversão torna-se um mecanismo capaz de promover a justiça negocial com equidade (no caso concreto), amenizando os rigores de uma aplicação pura, simples e irrefletida dos postulados da teoria das nulidades.

Preliminarmente, antes de iniciar a apresentação dos postulados jurídicos da conversão, é preciso advertir que a *causalidade* da conversão é a *nulidade* do negócio jurídico, e sua *finalidade* é a proteção da vontade das partes.⁵ Em uma perspectiva axiológica e teleológica, o instituto existe para preservar a confiança, a estabilidade econômica e a segurança jurídica dos efeitos do negócio,⁶ os quais as partes pretendiam que fossem produzidos em decorrência de sua manifestação de vontade.⁷

2. NATUREZA JURÍDICA DA CONVERSÃO.

Tema dos mais tormentosos aos que se propuseram

⁴ Antonio Junqueira de Azevedo, A conversão dos negócios jurídicos..., ob. cit., p. 129.

⁵ José Luis de los Mozos, *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 17.

⁶ Eduardo Correia, A conversão dos negócios jurídicos ineficazes, *In.: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXIV, Coimbra, Coimbra Editora, 1949, p. 371.

⁷ Assim, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi (coords.), *Commentario breve al codice civile*, 4ª ed., Padova, Cedam, 1992, p. 1149: “il risultato che si ottiene deve infatti rientrare in quello cui tendeva il contratto convertito. [...] Si è ritenuto che la conversione non sia possibile quando gli interessi realizzabili con il contratto diverso non rientrino tra quelli essenziali, bensì siano soto marginali”.

estudar a conversão do negócio nulo é a sua natureza jurídica, pois não há um consenso entre os juristas a respeito do que consiste, juridicamente, o instituto.

De plano, deve-se afastar a ideia de que a conversão seja uma *medida sanatória*, como classificou Abreu.⁸ Farias, a propósito, também refuta essa noção, embasando seu entendimento no fato de que a nulidade é insanável: nada se sana com a conversão; “aproveita-se a vontade declarada para a formação de um ato, a princípio nulo, transformando-o em outro, para o qual concorrem os requisitos formais e substanciais, sendo perfeitamente válido e eficaz”.⁹

Luso Soares entende que o lugar da conversão é a *integração do negócio jurídico*, pela qual se dá validade ao estabelecido pelas partes e que, a princípio, é nulo. “A conversão realiza uma função de integração da vontade privada”.¹⁰

Para Carvalho Fernandes, a conversão representa uma

⁸ José Abreu, *O negócio jurídico e sua teoria geral*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 336.

⁹ Cristiano Chaves de Farias, *Direito civil – teoria geral*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 464. Também combatendo a noção de conversão como sanatória de invalidade, Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: parte geral*, vol. I, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 536: “a conversão não é modalidade de corrigenda ou sanação da irregularidade. Quando se corrige um negócio, na realidade pratica-se outro para sanar o primeiro, enquanto na conversão aproveitam-se os elementos do próprio negócio inquinado. Quando se pratica um novo negócio de saneamento, o que era inválido torna-se algo novo válido, enquanto na conversão é o próprio negócio que se converte em válido”. Igualmente, Andreas von Tuhr, *Derecho civil – teoria general del derecho civil aleman*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1947, pp. 322-3, que enfatiza a insanabilidade, pela própria noção dos negócios nulos, já que a nulidade é definitiva (é a linha seguida pelo art. 169 do Código Civil brasileiro de 2002): “El negocio nulo lo es para siempre, aunque cese la causa de la nulidad [...]”, do que se infere, então, que a conversão não é medida de sanação, já que os negócios nulos são insanáveis.

¹⁰ Teresa Luso Soares, *A conversão do negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 17. Continua, na página seguinte, a justificativa da conversão como integração do negócio: “Interpretado o conteúdo do negócio concreto e verificado que o intuito visado é incompatível com a função económico-social típica conclui-se pela sua invalidade. Torna-se, então, necessário proceder à integração daquela vontade negocial com vista a dar validade a um novo negócio”. Assim também coloca a natureza do instituto Francesco Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, Jovene, 1983, p. 252.

“re-valoração” do comportamento negocial: “A re-valoração que está na origem da conversão opera em função de duas ‘coordenadas’: por um lado, os elementos juridicamente relevantes do negócio celebrado pelas partes; por outro, o fim prático por elas visado. A primeira define os efeitos possíveis; a segunda os efeitos admissíveis; no ponto de encontro de ambos estão os efeitos sucedâneos”. Trata-se de uma “re-valoração” porque ao negócio celebrado pelas partes é atribuída uma eficácia sucedânea em relação àquela que as partes cogitaram quando da celebração do ato.¹¹

Já Betti, Junqueira, Del Nero e Theodoro Jr.,¹² veem a conversão, acertadamente, como integrante do processo de *qualificação jurídica*. Para Betti, por exemplo, a conversão consiste numa *correção de qualificação jurídica do negócio*, o que implica na valoração dos elementos do ato como negócio de tipo diverso daquele celebrado *prima facie* pelas partes.¹³

Del Nero bem caracteriza o significado de conversão como ato de qualificação jurídica, a partir do funcionamento do procedimento que leva à conversão, pelo qual o aplicador do direito estaria diante de duas situações, ou melhor, entre duas qualificações (ou mais) distintas do mesmo fato: na primeira, haveria um maior grau de correspondência que ele designa de “isomórfica ou homóloga” entre o negócio celebrado e o modelo jurídico, só que dessa qualificação jurídica resultaria a ineficácia do negócio; na segunda qualificação, ocorreria uma

¹¹ Luiz A. Carvalho Fernandes, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, citado por Luiz Eduardo Bussatta, *Conversão substancial do negócio jurídico*, In.: *Revista de Direito Privado*, vol. 26, ano 07, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun. 2006, p. 160.

¹² Emílio Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. III, Campinas, LZN, 2003, pp. 56-7; Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 66-7; João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial do negócio jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 46-47; e Humberto Theodoro Jr., *Comentários ao novo código civil*, vol. III, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 535-6.

¹³ Emílio Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. III, ob. cit., pp. 56-7.

correspondência “isomórfica ou homóloga” menos adequada entre o negócio e outro modelo jurídico, do que resultaria alguma eficácia para o ato¹⁴: “É, precisamente, esse procedimento de escolha – devidamente fundamentada [...] – entre duas qualificações jurídicas, diferentes, do mesmo negócio jurídico, cujo resultado consiste na atribuição ou no reconhecimento de eficácia jurídica ao negócio jurídico, que poderia assim definir-se – pelo menos em princípio – e denominar-se ‘conversão substancial do negócio jurídico’.”¹⁵

Facilmente se percebe que a conversão não se apresenta nem como modificação, nem como substituição e tampouco como transformação; ela seria, em realidade, um *procedimento de escolha de uma dentre duas qualificações jurídicas diversas*. Ainda de acordo com Del Nero, “na assim chamada ‘conversão do negócio jurídico’, não haveria nem ‘conversão’ – no sentido próprio de mudança, modificação, substituição ou transformação de algo –, nem, muito menos, ‘do negócio jurídico’: em rigor, haveria, apenas, escolha, devidamente fundamentada, entre duas (ou mais) possíveis qualificações jurídicas, diferentes, e não mudança, modificação, substituição ou transformação de qualificação jurídica”.¹⁶

Na conversão, haverá pelo menos duas possibilidades de constituição de figuras negociais: uma se apresenta inválida (e ineficaz *lato sensu*); e outra (que deve prevalecer, e nisso consiste a conversão) permitindo a produção dos efeitos práticos almejados pelas partes. Essas razões, então, tornam inafastável a consideração da conversão como fenômeno de qualificação jurídica.

3. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE.

¹⁴ João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial...*, ob. cit., pp. 46-7.

¹⁵ João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 47.

¹⁶ João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 48.

Ao estudar a doutrina da conversão, verifica-se que não há, também aqui, consenso quanto aos requisitos e pressupostos para a conversão do negócio nulo. Na tentativa de dirimir tal dissenso – porém apresentando mais uma ideia que uma conclusão – é possível a seguinte classificação dos pressupostos da conversibilidade:

Pressupostos genéricos: Betti¹⁷ propõe os seguintes pressupostos para a conversão, os quais, aqui, serão chamados de requisitos genéricos: (i) que o negócio jurídico possa ser utilizado, tal como objetivamente é, para se encontrar os elementos essenciais do outro negócio; (ii) que o outro negócio, mesmo não sendo o desejado pelas partes, esteja compreendido na órbita do interesse prático que elas visam a satisfazer, ou seja, o outro negócio deve atender aos fins práticos perseguidos pelas partes; e (iii) que a conversão corresponda aos critérios de boa fé e às exigências de justiça.

Pressupostos específicos: são os requisitos *objetivos* e *subjetivos*, arrolados pela doutrina. Dizem-se específicos porque dependem (especificamente) do negócio em concreto. São requisitos *objetivos*: (i) possibilidade de dupla qualificação para o ato (na primeira qualificação, nulo; na segunda qualificação, válido); (ii) existência de um negócio nulo (que é, na realidade, a causa eficiente da conversão); (iii) concorrência dos requisitos substanciais e formais do novo negócio naquele avaliado como inválido, ou seja, suficiência do suporte fático-negocial: o negócio jurídico nulo deve possuir os elementos do negócio jurídico no qual irá se converter;¹⁸ (iv) inexistência de prescrição; e (v) identidade de objeto entre os dois negócios, ou seja, que ambos tenham a mesma prestação. Os requisitos *subjetivos* são: (i) que não haja manifestação de vontade das partes contrária à conversão; e (ii) que as partes não tenham conhecimento da nulidade

¹⁷ Emilio Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. III, ob. cit., pp. 57-8.

¹⁸ Eduardo Luiz Bussatta, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 162.

(“ignorância da invalidade”).¹⁹

Quanto aos pressupostos genéricos, foram eles debatidos no decorrer de nosso trabalho anteriormente mencionado, já que, em sendo essência da conversibilidade, devem ser analisados na perspectiva da proposta “teoria da conversão”. O mais relevante para o presente estudo dos aspectos jurídicos do instituto é, sem dúvida, a questão dos pressupostos específicos (objetivos e subjetivos), os quais serão analisados doravante.

3.1. REQUISITOS OBJETIVOS.

3.1.1. POSSIBILIDADE DE DUPLA QUALIFICAÇÃO DO ATO.

Afirma Ventura que “a conversão resolve um problema de qualificação”, sendo indispensável, para tanto, que o mesmo ato jurídico celebrado pelas partes tenha os requisitos de duas (ou mais) figuras típicas, pois a conversão afastaria a qualificação que acarreta na nulidade do negócio.²⁰

Pela dupla qualificação, o “novo” negócio (ou melhor, o

¹⁹ José Luis de los Mozos, *El negocio jurídico* (estudios de Derecho Civil), Madrid, Montecorvo, 1987, p. 591, elenca 3 requisitos que se aproximam da proposta aqui apresentada: “Los requisitos para que se actúe la conversión son los siguientes: a) negocio nulo, pero no inexistente o que adolezca de nulidad estructural (falta de requisitos esenciales), o que sea ilícito o falto de forma, cuando está requerida *ad solemnitatem*; b) concurrencia de los requisitos sustanciales y formales del nuevo negocio, en que el nulo se convierte; c) que no se haya manifestado una voluntad de las partes contraria a la conversión”. Já Andreas von Tuhr, *Derecho civil...*, ob. cit., p. 318, resume a possibilidade de conversão nos casos de negócios nulos (quando o negócio não corresponde aos requisitos legais) e quando tais negócios nulos satisfaçam aos requisitos de outra espécie contratual, de fim e efeitos análogos.

²⁰ Raúl Jorge Rodrigues Ventura, *A conversão dos atos jurídicos no direito romano*, Lisboa, Imprensa Portuguesa, 1947, p. 107. O termo “conversão”, então, é impróprio, porque não existem dois atos, em que um (válido) prevalecerá sobre o outro (inválido); o que existe é a possibilidade de qualificação jurídica diferente para o agrupamento de elementos trazidos pelas partes para a celebração do ato. É o que diz Ventura, à p. 108: “Deve também o acto satisfazer os requisitos da segunda figura jurídica, tornando, portanto, possível a segunda qualificação”.

outro negócio) produzirá efeitos, se não semelhantes, pelo menos muito próximos daqueles pretendidos pelos celebrantes.

Dessa forma, para que se configure a conversão do art. 170, faz-se necessário que exista a possibilidade de mais de uma qualificação, de maneira que ao menos uma delas permita a constituição de um negócio válido que produza os efeitos práticos pretendidos pelos contraentes. Esse requisito decorre do comando de conservação dos atos nulos, princípio consagrado pela nossa ordem jurídica civil.

3.1.2. EXISTÊNCIA DE UM NEGÓCIO NULO.

O negócio é nulo quando não atende aos requisitos legais para a validade do negócio jurídico, que são aqueles estabelecidos nos artigos 104, 166 e 167 do Código Civil de 2002.²¹

Amaral define nulidade como sendo a “sanção legal para os atos praticados sem os necessários requisitos, do que resulta a inidoneidade do ato para a produção dos efeitos que lhe são próprios”.²² Perceba, então, que o negócio nulo é aquele que atinge a ordem jurídico-social.

²¹ O art. 104 determina que a validade do negócio jurídico está condicionada à verificação dos seguintes requisitos: vontade manifestada por agente capaz (*capacidade*); objeto lícito, possível e determinado ou determinável (*objeto idôneo*); e forma conforme à lei ou por esta não proibida (*forma adequada*). Já o art. 166 arrola as hipóteses em que o negócio jurídico é considerado nulo. Assim, o negócio é nulo quando: “I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. O art. 167 determina a nulidade do ato simulado, cuja declaração de vontade não corresponde ao que as partes realmente pretendem. Francisco Amaral, *Direito civil...*, ob. cit., p. 531, caracteriza-a pela “divergência proposital que se estabelece entre a vontade real das partes e a que efetivamente declaram, sendo que, de acordo com a concepção voluntarista ou subjetiva do negócio jurídico, tal divergência levaria à anulação do ato, pela inexistência de uma vontade correspondente à declaração”.

²² Francisco Amaral, *Direito civil – introdução*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 525.

O art. 169 do Código Civil determina que o negócio nulo não é suscetível de confirmação (art. 172) e nem mesmo se convalida com o decurso do tempo. Assim, a única medida que permite ao ato nulo produzir os efeitos pretendidos pelas partes é aquela estabelecida pelo art. 170, que consagra a conversão substancial do negócio jurídico e o princípio da conservação dos atos jurídicos.

A doutrina diverge quanto à possibilidade de conversão dos atos anuláveis, inexistentes e ineficazes em sentido estrito. Que a conversão destina-se a solucionar um problema de nulidade da manifestação de vontade não há dúvidas, pois, no caso da lei civil brasileira – e de outros países, como Alemanha, Holanda e Itália – a norma é expressa, no sentido de que a conversão atinge os negócios nulos.²³ A questão, no entanto, requer uma melhor reflexão quanto à possibilidade de conversão dos atos anuláveis, que, como se sabe, são passíveis de confirmação, além daqueles atos considerados inexistentes e ineficazes.

A lei portuguesa, no art. 293º do Código Civil, admite expressamente a possibilidade de conversão do negócio passível de anulabilidade.²⁴ No Brasil, tal possibilidade não é contemplada na lei civil, que prevê, em seu art. 172, a possibilidade de confirmação (ou ratificação) do negócio anulável. Claro que, sendo a nulidade uma sanção mais grave que a anulabilidade, e sendo a conversão o instrumento oferecido pelo sistema para dirimir aquela nulidade, seria possível dizer que quem pode o mais também pode o menos²⁵, ou seja, se a conversão permite que

²³ Eduardo Luiz Bussatta, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 161, ensina que o negócio nulo é o *habitat* natural da conversão, o que se percebe da simples leitura do art. 170 do CC/2002

²⁴ “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 perseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade”.

²⁵ É a opinião de Eduardo Luiz Bussatta, *Conversão...*, ob. cit., pp. 161-2: “se se admite a conversão para o caso do vício mais grave que acarreta a nulidade não há argumento a afastar a conversão em se tratando de vício menos grave, como é o caso

uma manifestação de vontade nula produza efeitos, poderia ela também ser aplicada aos casos de negócios anuláveis.

Contudo, deve-se resistir a essa ideia, adotando uma posição menos radical, de maneira que a conversão poderá preferir a confirmação somente em casos excepcionais. Só terá cabimento nas hipóteses em que a confirmação (art. 172 do Código Civil) não encontre possibilidade de aplicação ou não se apresente como o mecanismo útil capaz de permitir a conservação da vontade das partes e o alcance dos fins práticos pretendidos. Tal ideia visa ao atendimento da tutela adequada da anulabilidade, dirigida ao interesse das partes, pois o próprio ordenamento jurídico impõe a ratificação como a primeira medida destinada à correção daquilo que é anulável.

Já a respeito da conversão dos atos inexistentes, apresenta-se razoável o entendimento de Amaral, para quem a conversão não cabe em sede de ato inexistente, porque nenhum ato se produziu.²⁶ Quer dizer, não havendo qualificação *jurídica* primitiva, nem há que se falar em segunda qualificação para propiciar a produção de (alguns) efeitos. Se existir uma qualificação jurídica, esta será a primeira, ou melhor, a verdadeira, não havendo que se falar em conversão, pois, como visto, esta depende do requisito da dupla qualificação.

Há, ainda, discussão quanto à possibilidade de conversão

dos negócios anuláveis”. Para Raúl Jorge Rodrigues Ventura, *A conversão...*, ob. cit., nota nº. 1, p. 112, é possível converter atos anuláveis, conquanto verifique-se a conversão depois da anulação do ato. Citem-se suas palavras: “A conversão só poderá verificar-se depois do acto ter sido anulado. Antes disso, o acto deve considerar-se válido e não poderá ser convertido. [...] quando a nulidade é relativa, o acto foi válido até ser anulado, de modo que a conversão parece agora corresponder à idéia vulgar de aproveitamento dos elementos úteis de um acto nulo. Quando o juiz decreta o anulamento do acto, reconhece que está errada a relação entre a manifestação de vontade e certa norma. O juiz coloca as partes em situação idêntica àquela em que elas se encontram inicialmente se a nulidade for absoluta: o seu acto não produzirá efeitos jurídicos através da qualificação que, segundo a regra geral, lhe caberia. Para evitar que a invalidade se torne geral e definitiva, poderá ser atribuído ao acto outra qualificação cujos elementos ele tenha, isto é, poderá ser convertido”.

²⁶ Francisco Amaral, *Direito civil...*, ob. cit., p. 545.

dos negócios ineficazes *stricto sensu*. Nestes casos, o negócio não produz efeitos não porque contém um vício ou porque seja inválido, mas sim em razão de sobre ele pender uma condição, termo ou encargo, conforme estabelecido pelo acordo de vontade entre as partes. Em razão de justamente faltar o pressuposto da nulidade, a conversão não se faz possível na hipótese de negócio ineficaz que dependa, por exemplo, de uma condição.²⁷

Por fim, interessante a lição de von Tuhr, para quem não tem lugar a conversão, quando as partes designam um negócio válido com uma outra denominação, errônea, uma vez que a designação equivocada não é caso de nulidade, devendo o juiz, nesses casos, proceder à exata classificação das declarações de vontade.²⁸

3.1.3. SUFICIÊNCIA DO SUPORTE FÁTICO-NEGOCIAL.

Utilizando os termos mais comuns na doutrina, refere-se à concorrência dos requisitos substanciais e formais do “novo negócio”, no qual o nulo “se converte”.

Segundo von Tuhr, “el negocio puede ser nulo en los términos en que lo proyectaron las partes, por no corresponder a los requisitos legales y, al mismo tiempo, satisfacer a los

²⁷ Além disso, é plenamente possível considerar o estabelecimento de condição como vontade das partes contrária à conversão, um dos requisitos subjetivos que serão vistos mais adiante. Em igual sentido, Raúl Jorge Rodrigues Ventura, *A conversão...*, ob. cit., p. 113, que sustenta na incerteza que caracteriza a pendência da condição a impossibilidade de se converter o ato condicional “*pendente condicione*”. Todavia, destaca o autor uma possibilidade de conversão nessa seara que não pode ser descartada: ele defende a convertibilidade para o caso dos atos de execução realizados indevidamente durante a pendência da condição, e que, por esse motivo, são nulos. Assim, nesse caso, seriam eles passíveis de conversão, ou melhor, de uma dupla qualificação que permitirá a esses atos realizados invalidamente uma apreciação positiva, isto é, poderão ser analisados validamente.

²⁸ Andreas von Tuhr, *Derecho civil...*, ob. cit., pp. 318-9. E com relação aos negócios incompletos, ensina Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, *Commentario breve...*, ob. cit., p. 1149, que também não são estes passíveis de conversão.

requisitos de otra especie contractual, de fin e efectos análogos”.²⁹ Em igual sentido, o Enunciado nº. 13 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “O aspecto objetivo da conversão requer a existência do suporte fático no negócio a converter-se”.

Para que a nova qualificação, que permite à vontade das partes produzir efeitos, prevaleça sobre a qualificação que valorou negativamente o negócio, é preciso que se verifiquem, no negócio inválido, os elementos essenciais e específicos para o negócio posterior. Ou, nas palavras de Bussatta, “faz-se necessário que o negócio jurídico nulo contenha os elementos do negócio jurídico que irá substituí-lo”, quer dizer, o “novo negócio, decorrente da aplicação da conversão, deve encontrar, nas ruínas do negócio inválido, os elementos previstos em lei para a sua total validade”.³⁰ É este também o sentido dado à conversão pelo Enunciado nº. 13 da I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho de Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça: “O aspecto objetivo da conversão requer a existência do suporte fático no negócio a converter-se”.

Nessa linha, destaca Amaral que a viabilidade da conversão depende do requisito da *identidade de substância e de forma entre os dois negócios*,³¹ resultantes das qualificações que o suporte fático permite ao julgador realizar.

A *forma* é o meio pelo qual a declaração de vontade negocial se desenvolve, seguindo a regra da liberdade de formas,

²⁹ Andreas von Tuhr, *Derecho civil...*, ob. cit., 318. Manuel Albaladejo, *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 408, identifica duas circunstâncias (uma de ordem objetiva e outra de ordem subjetiva) das quais a conversão depende para que seja operada. Sobre a base objetiva da conversão, ensina que consiste ela “en que los elementos y requisitos existentes, que son insuficientes o inadecuados para el primer negocio, sean los necesarios para el segundo”.

³⁰ Eduardo Luiz Bussatta, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 162.

³¹ Francisco Amaral, *Direito civil...*, ob. cit., p. 545. No mesmo sentido, Luigi Mosco, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1947, p. 219: “il contratto nullo deve contenere oltre i requisiti di sostanza, anche quello della forma del contratto nel quale sarà convertito”.

sempre que a lei não determinar uma forma especial para aquele negócio (art. 107 do Código Civil). Por isso, bem adverte Luso Soares que: “Posto que o ordenamento jurídico impõe para determinados tipos de negócios jurídicos uma forma especial, sob pena de invalidade, compreende-se que a conversão só possa operar-se quando a forma adoptada pelo negócio inválido seja a forma ditada pela lei para o negócio sucedâneo”.³²

Duas são as formas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro: o *instrumento público*, feito por oficial público, tabelião, escrivão ou qualquer funcionário (art. 215 do Código Civil); e o *instrumento particular* (art. 221 do Código Civil). Existe entre as formas uma hierarquia, pela qual o instrumento público apresenta-se com maior complexidade e solenidade em relação ao instrumento particular.

Em se tratando da forma como requisito para a conversão do negócio nulo, aponta Mosco que, de regra, a forma exigida pela lei para um determinado tipo de negócio é substituível por aquela prescrita para um negócio de outro tipo, se esta é mais rigorosa. Assim, no campo da conversibilidade do negócio jurídico, pode-se identificar o seguinte postulado das formas negociais: “não se pode substituir uma forma mais solene com outra

³² Teresa Luso Soares, *A conversão...*, ob. cit., p. 56. E continua a autora, subseqüentemente: “É, pois, impossível a conversão se a lei prescrever a mesma forma para um negócio nulo por vício de forma e para aquele que teria os requisitos de substância idôneos para a conversão. Já é possível a conversão quando a forma adoptada pelo negócio inválido é mais solene do que a exigida pela lei para o negócio sucedâneo”. Veja o seguinte exemplo de Eduardo Luiz Bussatta, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 162: “Em se tratando de uma venda e compra de imóvel cujo valor exceda a trinta vezes o maior salário mínimo vigente, faz-se indispensável para a validade de tal contrato que ele seja formalizado por meio de escritura pública [refere-se ao art. 108 do Código Civil de 2002]. Caso as partes o tenham realizado por instrumento particular, o mesmo será nulo. Contudo, valerá como contrato preliminar, ou seja, promessa de compra e venda [refere-se ao art. 462 do Código Civil]”. Já Cian e Trabucchi, *Commentario breve...*, ob. cit., p. 1150, descrevem esse requisito de maneira mais simples, que permite uma compreensão inicial de seu papel e importância: “Requisiti di forma sono quelli eventualmente imposti dalla legge per il negozio risultante dalla conversione”.

mais simples”.³³

Não se confunda, nesse ínterim, *requisito de forma* da conversão com “*conversão formal*”. Esta tem lugar toda vez que se verifica um *vício de forma*: é o caso, por exemplo, da escritura pública nula que valerá como documento particular, desde que preenchido o requisito básico de estar o documento assinado pelas partes; o negócio continua a valer do mesmo modo, ou seja, não há modificação típica do negócio, que, substancialmente, continua o mesmo. Há, assim, diferentes formas para o mesmo negócio originário, que preservará, tanto na primeira quanto na segunda, o mesmo *nomem juris*.

Diversamente, o *requisito de forma* relaciona-se com os casos de conversão substancial e legal, ou seja, nas hipóteses em que a conversão deriva de causas diversas do vício de forma. É aqui, então, que se aplica o princípio pelo qual uma forma mais rigorosa serve para revestir um outro negócio para o qual a lei exige forma mais simples, ou, ainda, no caso de equivalência de formas.

Quando se fala nos *requisitos de substância*, quer dizer que o negócio nulo deverá possuir os requisitos essenciais de substância do negócio cuja qualificação prevalecerá sobre a primeira. A doutrina clássica aponta os seguintes requisitos:

³³ Luigi Mosco, *La conversione...*, ob. cit., p. 327. Mais adiante, ainda à p. 327, melhor determina o alcance do princípio que acabara de enunciar: “tutte le volte in cui un negozio è nullo, per giudicare degli ostacoli che allà sua convertibilità possono derivare dal requisito di forma, basterà vedere, in tesi generale, se la forma adottata per il negozio nullo è meno o più solenne di quella richiesta dalla legge per il negozio da sostituire: nella prima ipotesi la conversione è certamente impossibile, nella seconda invece non trova ostacoli di forma, perchè la forma più solenne è sostituibile a quella più semplice. Così, ad. es., se il negozio nullo era stipulato in forma pubblica, sarà convertibile in altro negozio per il quale la legge richieda la escritura privata; se quello nullo era stipulato con scrittura privata sarà convertibile in altro per il quale basti la forma verbale, e così via”. Portanto, não é somente o que fora estipulado por José Luis de los Mozos, *La conversión...*, ob. cit., p. 122, para quem “cuando la nulidad del negocio a convertir se origina por defecto de otro cualquiera de sus requisitos, hemos de tener en cuenta que sólo será posible la conversión cuando se opera entre negocios respecto de los cuales es exigida la misma forma”.

manifestação de vontade; conteúdo; causa; tipicidade ou licitude; capacidade do agente; e licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto. Acabam coincidindo, justamente, com os elementos do negócio jurídico.

De plano, quanto ao requisito da *vontade* – cuja discussão é melhor que se deixe para quando se tratar dos requisitos subjetivos –, deve-se entender que não se trata de um requisito pleno da conversibilidade. A princípio, pode parecer que há uma exigência de manifestação de vontade quanto ao segundo negócio, posterior. É certo que a lei faz essa exigência, a despeito de uma “vontade hipotética” das partes, como se depreende da simples leitura das normas introdutórias da conversibilidade nos sistemas jurídicos brasileiro, alemão, português e italiano. Todavia, não se deve interpretar o art. 170 do Código Civil de 2002 como se ele exigisse uma *vontade pressuposta* de que as partes desejariam a segunda qualificação para o ato negocial, caso tivessem ciência da nulidade que a primeira qualificação acarretaria. O sentido que se deve dar à norma referida e, conseqüentemente, à vontade como requisito subjetivo da conversão, é a exigência de que não exista (tácita ou expressamente) uma vontade dos contraentes contrária à conversão.

A respeito do *conteúdo* como requisito substancial, Mosco ensina que “terá lugar a conversão quando o conteúdo do negócio a ser posto no lugar daquele nulo, corresponda no todo ou em parte ao conteúdo deste último”. Destaca, todavia, a problemática de considerar o conteúdo um requisito, vez que seu conceito ainda é objeto de grandes controvérsias. Por isso, limita-se a considerar conteúdo do negócio “somente tudo aquilo que neste foi expressa ou tacitamente declarado”.³⁴

³⁴ Luigi Mosco, *La conversione...*, ob. cit., p. 242. Segundo Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, *Commentario breve...*, ob. cit., p. 1149, o negócio resultante da aplicação da regra do art. 1.424 do CC italiano não necessariamente será do mesmo tipo legal daquele primeiro, nulo e que foi “convertido”. Porém, o contrato nulo poderá ser “convertido” somente em outro contrato que não seja negócio unilateral, e um negócio unilateral só poderá ser convertido em outro unilateral. Parece, entretanto, que tal não

Também se apresenta como requisito de substância a *tipicidade* do novo negócio. E isso é evidente quando se defende que a conversão tem cabimento quando há dupla qualificação jurídica para o mesmo ato, justamente porque a qualificação é o processo pelo qual o intérprete (e as partes, em um primeiro momento) subsume um determinado fato a uma categoria jurídica previamente tipificada. Assim, a conversão, enquanto prevalência de uma segunda qualificação que garante a produção de efeitos almejada pelas partes, depende da existência de uma categoria negocial para que seja operacionalizada. Quer isso dizer que não se pode “converter” o negócio nulo em outro que não encontra suporte jurídico, ou seja, não está tipificado.

Outro requisito: *capacidade dos agentes*. Trata-se de um atributo do agente negocial, que consiste na aptidão para o exercício dos atos jurídicos, ou seja, exercer direitos e contrair obrigações (capacidade de fato). Por causa deste requisito, só terá lugar a conversão quando os agentes do negócio nulo (também) forem capazes para a consecução do segundo, que pretere ao primeiro.

É importante lembrar, com relação à capacidade, dois pontos: 1º) o ato praticado por agente absolutamente incapaz é nulo (art. 166, I, CC/2002), e o ato praticado por agente relativamente incapaz é anulável (art. 171, I, CC/2002); e 2º) a incapacidade é suprida pela *representação*, quando o agente for absolutamente incapaz, e pela *assistência*, quando o agente for relativamente incapaz. Indaga-se sobre a possibilidade de conversão quando o negócio se apresenta nulo por incapacidade absoluta do agente, ou seja, não houve a adequada representação do celebrante. E nesse caso a resposta só pode ser a negativa: não é

deve constituir um outro requisito para a operabilidade da conversão, já que sempre deverá ser analisado detidamente o caso concreto. Nada impede, então, seja convertido um contrato em um negócio unilateral – desde que juridicamente possível; o que importa é a preservação, naquele caso concreto, da finalidade da conversão: a realização dos objetivos das partes e a conservação da manifestação de vontade produtora de normas.

possível converter o negócio nulo quando o vício atinge à capacidade (absoluta) do sujeito, por uma questão muito simples: como não há representação no “primeiro negócio”, também não haverá representação para o “segundo negócio”, o que acarretará inevitavelmente também na sua nulidade. E não há possibilidade de suprimento ou integração dessa representação, já que a conversão não permite a inserção de novos elementos, especificamente porque ela busca, nos escombros do negócio anterior, os elementos constitutivos do negócio sucedâneo, e como não há a representação nos escombros do nulo, não se verifica a possibilidade de conversão.

A *identidade de objeto* apresenta-se como requisito de substância dos mais importantes. Destaca Teresa Luso Soares que, além dos requisitos anteriores, “é preciso que o negócio sucedâneo diga respeito ao mesmo *objecto material* a que respeitava o negócio a converter”.³⁵ Tal objeto material refere-se ao bem da vida (objeto mediato) ou à prestação (objeto imediato) sobre o qual incide a expectativa jurídica das partes. E, tendo em vista que a conversão tem por escopo a preservação da finalidade prática perseguida pelas partes, e que às partes somente interessa aquele objeto do negócio qualificado como nulo, somente com o propósito de proteger o interesse das partes sobre esse específico objeto é que se torna viável a conversão.³⁶

Como diz Bussatta, “não se pode admitir que o negócio inválido que verse sobre o bem ‘A’ venha a ser convertido no negócio válido sobre o bem ‘B’, que sequer havia sido aventado pelas partes, ou ainda, que um negócio jurídico oneroso seja convertido em um negócio jurídico gratuito”.³⁷ Não fosse assim,

³⁵ Teresa Luso Soares, *A conversão...*, ob. cit., p. 55.

³⁶ Posição diversa, todavia, é a de Eduardo Correia, *A conversão...*, ob. cit., p. 387, segundo o qual, para a conversão, é bastante manter-se dentro do domínio negocial traçado pelas partes: “Não é requisito forçoso da conversão que o objeto seja necessariamente o mesmo. Requisito da conversão é antes que a vontade hipotética se conclua da finalidade jurídico-econômica ou de outra espécie efectivamente tida em vista pelas partes”.

³⁷ Eduardo Luiz Bussatta, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 163.

teme-se, a conversão poderia, por exemplo, ser utilizada como instrumento para a simulação (art. 167, CC/02) deturpando todo o embasamento na boa fé objetiva que o instituto da conversibilidade possui.

Por fim, destaca Mosco que a doutrina alemã aponta como critério de “sub-rogabilidade” do negócio nulo pelo válido que este seja fundado sobre os *efeitos* que se pretendiam fossem produzidos com o primeiro: “si afferma cioè che un negozio può essere convertito in un altro che produca gli stessi effetti, o almeno affetti simili a quelli del primo negozio”.³⁸ Entretanto, os efeitos não devem ser considerados como requisito para a conversão, porque eles integram a finalidade deste instituto (ou sua *causa*, como se verá adiante), que consiste em permitir, validamente, a produção daquilo que foi pretendido pelos contraentes do ato.

3.1.4. O PAPEL DA CAUSA NA CONVERSÃO.

Fala-se, ainda, da *causa* como requisito de substância da conversão. Amaral ensina que “parte da doutrina civilista e alguns sistemas de direito positivo consideram também a causa como elemento do negócio jurídico, o que tem suscitado acirradas controvérsias”.³⁹

Amaral apresenta uma caracterização da causa que atende perfeitamente aos interesses desse trabalho: “Na teoria do negócio jurídico, a causa seria, portanto, a razão determinante das relações que se estabelecem, por qualquer razão, de natureza objetiva ou subjetiva, pela qual as pessoas manifestam a sua vontade com eficácia jurídica, devendo ser conforme a lei, a ordem

³⁸ Luigi Mosco, *La conversione...*, ob. cit., p. 243.

³⁹ Francisco Amaral, *Direito civil...*, ob. cit., p. 429. Destaca o autor, ainda, os três significados de “causa” que são utilizados no Direito: *causa eficiente*, que significa o fato jurídico, ou seja, aquilo que produz efeito jurídico; *causa impulsiva*, que consiste nos motivos que levam a parte à celebração do ato; e *causa final*, que exprime a “direção da vontade na produção de efeitos jurídicos” (pp. 429-430).

pública, os bons costumes”. Todavia, o autor, com razão, nega que a causa seja um elemento do negócio jurídico, já que o art. 104 do Código Civil não a arrola como requisito essencial do negócio jurídico (*essentialia negotii*). Entende a causa, então, mais como um “requisito de validade ou de eficácia, com uma função de proteção à parte que acreditou na sua existência”, ligando-se diretamente à função social do negócio jurídico.^{40,41}

Não sendo a causa um elemento do negócio, mas um requisito de sua validade ou eficácia – ou seja, uma causa imoral ou ilegal vicia o negócio (art. 166, III) –, não se pode admiti-la como requisito substancial da conversão, a menos que se esteja perante os chamados *negócios causais*, em que, aí sim, a causa constitui elemento para a conversão, porque da essência do negócio. A respeito dos negócios causais, de los Mozos entende que “La conversión supone cambio, mutación de negocio, y también cambio de causa. En los negocios causales, la calificación se basa en la causa. Cada tipo de negocio tiene su causa, también los negocios abstractos tienen causa, lo que sucede es que ésta no se muestra patente y habrá que buscarla fuera del negocio”.⁴²

O que importa, para a aplicação do art. 170 do Código Civil, é a *causa da conversão*, ou seja, sua razão determinante, e não a *causa* do negócio como requisito para a prevalência de

⁴⁰ Francisco Amaral, *Direito civil...*, ob. cit., p. 430. Mais adiante (p. 435), destaca o Professor Amaral que “A inexistência de dispositivo referente à causa como elemento do negócio jurídico não significa que ela não se faça presente no sistema de nosso ordenamento jurídico, se bem que de modo implícito”. Nesse mesmo sentido, considerando a causa ligada à função social do contrato, está José Luis de los Mozos, *La conversión...*, ob. cit., pp. 106-7: “La causa es la función social del acto concebido abstractamente. [...] la causa viene impuesta por la exigencia legal, constituida por la *función social y jurídica* y la relación existente entre ésta y la voluntad negocial”.

⁴¹ Nesse sentido, também, Maria Celina Bodin de Moraes, A causa dos contratos, In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 21, Rio de Janeiro, Padma, jan./mar. 2005, pp. 95-119.

⁴² José Luis de los Mozos, *La conversión...*, ob. cit., p. 108. Todavia – conforme manifesta na página 105 de sua monografia –, para ele, a causa é requisito do negócio e como tal está compreendida dentre os requisitos substanciais e formais para a conversão do negócio nulo.

uma qualificação que confira validade ao negócio celebrado. Mas aí, em realidade, adentra-se ao campo de sua *finalidade*, qual seja, a necessidade de preservação do intento prático-econômico das partes, o qual, em linhas gerais, relaciona-se à *conservação dos atos jurídicos*. Assim, a causa da conversão é a conservação do ato (causa impulsiva e final da conversão), sendo que a causa do negócio jurídico, como requisito para aplicação do art. 170, não pode ser admitida desta forma; seu papel restringe-se, portanto, a vício do primeiro negócio.

3.1.5. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.

É um requisito apontado por Correia, para quem a prescrição não é caso de ineficácia do negócio, o que, portanto, não daria ensejo à conversão, mas sim à extinção das obrigações resultantes do negócio.⁴³ Então, prescrito a pretensão, não há possibilidade de aplicação da conversibilidade.

3.2. REQUISITOS SUBJETIVOS.

3.2.1. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DAS PARTES CONTRÁRIA À CONVERSÃO.

Uma das finalidades da conversão é permitir a realização dos fins práticos perseguidos pelas partes. A manifestação de vontade na celebração do negócio recebe uma qualificação, a qual, porém, conduzirá à sua invalidade.

O papel da vontade no campo da conversão é um dos seus pontos mais controvertidos. Como já discorrido, a doutrina clássica da conversão é dividida em três grupos teóricos que laboram com visões diferentes sobre a fundamentação do instituto:⁴⁴

a) A primeira corrente é definida como *dogma da*

⁴³ Eduardo Correia, A conversão..., ob. cit., p. 380.

⁴⁴ Eduardo Correia, A conversão..., ob. cit., pp. 362 e ss.

vontade real ou psicológica, pela qual só se operaria a “substituição” de um negócio por outro se existir, no negócio *a priori*, uma vontade real (tácita ou expressa) no sentido de permitir a “conversão” no negócio secundário;

b) A segunda corrente é a chamada *vontade hipotética ou presumida*, que está, inclusive, consagrada no § 140 do Código Civil alemão e no art. 170 do Código Civil brasileiro de 2002. Por ela, o funcionamento da conversão depende de uma suposição de uma vontade das partes, em que estas desejarium o negócio substitutivo, se tivessem conhecimento da causa de ineficácia do negócio celebrado;

c) A terceira é o *dogma da vontade legal*, em que, para a operabilidade da conversão, se mostra desnecessário perseguir a vontade (real ou presumida) das partes, pois não é a vontade que cria os efeitos jurídicos, que estão estabelecidos pela ordem jurídica. Então, é a vontade da lei que determina a conversão, e esta se localiza em um puro problema de qualificação jurídica, isto é, de preferência por uma qualificação que permita a realização dos fins econômicos perseguidos pelas partes.⁴⁵

A grande parte dos juristas que se ocuparam da conversão apontam a vontade hipotética ou conjuntural das partes como requisito de ordem subjetiva que viabiliza ou permite a conversão do ato nulo.⁴⁶ Consistiria esse pressuposto em que a

⁴⁵ Luigi Mosco, *La conversione...*, ob. cit., pp. 67-8, ao declarar que “I risultati a cui siamo pervenuti hanno grande importanza per l’argomento della conversione del negozio. Questo istituto infatti rappresenta il punto più delicato di rapporto e di equilibrio fra due fattori diversi: volontà privata e volontà legale. [...] Ma già i risultati conseguiti ci insegnano che la costruzione dommatica dell’istituto in questione va fatta tenendo presente che, se da una parte l’ordinamento giuridico tutela la volontà privata tendente alla produzione di effetti negoziali e quando dà rilevanza a questa volontà, d’altra parte esso non dismette mai la funzione preminente di limitazione, e di controllo dell’esplicazione di tale volontà”.

⁴⁶ Dentre os juristas trabalhados nesta monografia, os principais defensores da vontade hipotética como requisito subjetivo da conversão são os seguintes: Eduardo Correia, *A conversão...*, ob. cit., pp. 362 e ss.; Teresa Luso Soares, *A conversão...*, ob. cit., p. 57; Francisco Amaral, *Direito civil...*, ob. cit., p. 545; Manuel Albaladejo, *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 408; Andreas von Tuhr, *Derecho civil...*, ob. cit., p. 318; e Eduardo

conversão dependeria de uma *suposição* de que as partes teriam querido a celebração daquele negócio sucedâneo caso soubessem que a primeira qualificação dada conduziria à nulidade do ato. O que encerra em si um absurdo, pois, se as partes tivessem consciência da invalidade, teriam, desde já, se utilizado de mecanismos que afastariam a nulidade.

Porém, a vontade hipotética como requisito da conversão é passível de muitas críticas, sendo a mais famosa delas, como já destacado, a de autoria de Pugliatti, que defende, com veemência, seu rechaço, ao afirmar que “una voluntad irreal o hipotética, es una voluntad inexistente, y no es necesario que la ley suponga su existencia, cuando em sentido contrario puede decirse que prescinde en absoluto de ella”.⁴⁷ É uma “vontade” que permanece num estado virtual, em que não há meios de torná-la eficaz por ausência de manifestação, quer dizer, seu problema é de segurança jurídica, ou seja, de certeza. Além disso, assevera Del Nero que “seria absurdo fundamentar a conversão do negócio jurídico numa vontade que, para dizer o menos, permaneceu mero fato psíquico interno e se não exteriorizou nalguma declaração ou comportamento, mormente se admitir-se que, na ausência de declaração explícita, não pode, racionalmente, saber-se que teriam querido as partes, se tivessem tido ciência de que algo tornaria inválida a regulação de interesses efetivamente por elas estabelecida”.⁴⁸

Luiz Bussatta, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 163.

⁴⁷ Pugliatti, *Nuovo aspetti del problema della causa nei negozio giuridico*, citado por José Luis de los Mozos, *La conversión...*, ob. cit., p. 71.

⁴⁸ João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial...*, ob. cit., pp. 234-5. Nesse mesmo sentido é a opinião de Antonio Junqueira de Azevedo, *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*, In.: *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 132: “Ora, parece-nos, em primeiro lugar, que somente um preconceito teórico poderia criar a necessidade de *imaginar* uma vontade presumida; afinal, que vem a ser uma vontade presumida? Essa vontade que o juiz presume, essa vontade por ele suposta, será, de fato, vontade das partes? Pensamos que não; *vontade presumida não é vontade* (e esta frase, sem elipse, significa: vontade de alguém, presumida por outrem, não é vontade de alguém). Segue-se daí que o recurso à ‘vontade presumida’ parece-nos, no mínimo, inútil. [...] Portanto, o preceito

É por essas razões que se defende que seja afastado o dogma da vontade hipotética como requisito da conversão, excluindo, dessa maneira, a indagação da existência de vontade dos contraentes dirigida ao segundo negócio. A conversão, então, ocorreria mediante a substituição da vontade privada pela *vontade legal*, com o propósito de alcançar os efeitos que as partes almejavam.⁴⁹ Segundo Del Nero, “[...] a vontade das partes não teria mais relevância alguma, porque seria apenas a ‘vontade da lei’ que produziria a conversão do negócio jurídico, a não ser que as partes a tivessem, expressamente, excluído”.⁵⁰

Dessa feita, a vontade das partes não é requisito da conversão – ou, pelo menos, não deveria ser. Ela (a vontade) só ganha relevância para a convertibilidade quando da constatação de que as partes não se manifestaram contrariamente a uma segunda qualificação que garanta a produção dos efeitos pretendidos. Semelhantemente, é a opinião de Betti, para quem o “outro” negócio, “embora não tendo sido efetivamente querido pelas partes, nem sequer de modo eventual, esteja, no entanto, compreendido na órbita do interesse prático que elas têm em vista a satisfazer: compreendido no sentido de, ao mesmo tempo, poder servir, pelo menos aproximadamente, para a sua satisfação”.⁵¹ O importante, então, não é divagar sobre uma vontade presumida de se as partes desejariam o segundo negócio caso soubessem da nulidade do primeiro, já que o que importa, isso sim, é compreender o novo negócio no intento econômico das partes, obtido daquilo que efetivamente foi declarado.⁵²

obriga o juiz a raciocinar em bases falsas, o que, além de inútil, é inconveniente”.

⁴⁹ Nesse sentido, Luigi Mosco, *La conversione...*, ob. cit., pp. 113-6, e José Luis de los Mozos, *La conversión...*, ob. cit., pp. 80-1.

⁵⁰ João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 235.

⁵¹ Emilio Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. III, ob. cit., p. 57.

⁵² É o que entende Antonio Junqueira de Azevedo, *A conversão dos negócios jurídicos...*, ob. cit., p. 132, para quem “o intérprete deverá se encaminhar para uma *solução objetiva* da conversão, isto é, deverá realizá-la, desde que se possa entender que o novo negócio esteja compreendido *no que foi efetivamente declarado* (e, portanto, independentemente dessa entidade mítica, que é a ‘vontade presumida’ das partes)”.

Registre-se, entretanto, que esse último posicionamento não é acolhido pelos legisladores dos diplomas legais que consagram expressamente a conversão do negócio jurídico. O próprio § 140 do *BGB*, precursor legislativo da conversibilidade, dispõe que o segundo negócio jurídico deve prevalecer sempre que for possível julgar que as partes o teriam querido se tivessem conhecido da nulidade do negócio *a priori* que projetaram, seguindo nessa mesma esteira o Código italiano, em seu art. 1.424.⁵³

Esse prestígio da vontade hipotética também é verificado no texto do art. 170 do Código Civil brasileiro, segundo qual: subsiste o negócio que tiver seus requisitos num outro negócio nulo, anteriormente celebrado, quando for possível supor que as partes o teriam querido se tivessem previsto a nulidade.⁵⁴ Assim, “dever-se-á buscar no negócio sucedâneo a finalidade prática que se poderia supor que os agentes teriam querido caso tivessem previsto a nulidade”.⁵⁵

Contudo, essa opção legislativa se revela equivocada diante da nova perspectiva do papel da vontade nos atos jurídicos, que projeta a autonomia privada no sentido de encontrar sua funcionalização.

Junqueira, por exemplo, critica a fórmula do Anteprojeto

⁵³ Veja a lição de Frédérique Ferrand, *Droit privé allemand*, s/d., Dalloz, p. 257, ao comentar justamente a *Umdeutung* (conversão) do § 140 do *BGB*: “la conversion de l’acte juridique nul en un acte différent, mais valable, se produira s’il y a lieu de considérer que les parties auraient voulu cette conversion si elles avaient connu la cause de nullité du premier acte. Là encore, les juges devront – si les parties ne se sont pas exprimées sur la question – procéder à une recherche de la volonté hypothétique (*mutmaßlicher, hypothetischer Wille*) des parties au regard de la solution objectivement raisonnable”. Também nesse sentido, reconstruindo a vontade hipotética como requisito da conversão, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, *Commentario breve...*, ob. cit., p. 1149.

⁵⁴ Segundo Humberto Theodoro Jr., *Comentários ao novo código civil*, vol. III, tomo I, ob. cit., pp. 543-4, “Por mais que repilam os adeptos do objetivismo, o certo é que a disciplina legal positiva inclui o requisito subjetivo entre os exigidos para permitir a conversão do negócio jurídico nulo (Cód. Brasileiro, art. 170; Código alemão, § 140; Código italiano, art. 1.424, § 2º; Código português, art. 293º)”.
⁵⁵ Eduardo Luiz Bussatta, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 163.

que culminou com a consagração da vontade hipotética no art. 170 do Código Civil, propondo, para tal dispositivo, outra redação, qual seja: “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 qual foi declarada”.⁵⁶ Não há dúvidas de que, dando-se ao dispositivo autorizador da conversão esse sentido, valores como a segurança jurídica, a utilidade prática da manifestação de vontade das partes e a conservação dos atos jurídicos seriam melhor compreendidos e protegidos para a promoção da função social do negócio jurídico.

Justamente se fosse outra a fórmula do Código para a regra que introduz a conversão no Direito brasileiro, esse embate subjetivista e voluntarista poderia ser superado. Além da proposta do Professor Junqueira, tome-se, como exemplo, o art. 42 do Livro 3 do Código Civil da Holanda, cujo requisito, segundo Tepedino, Barboza & Moraes,⁵⁷ é somente que o negócio nulo e o que lhe sucede apresentem o mesmo alcance ou função específica.

Verdadeiramente, o mais relevante é a inexistência de uma vontade das partes contrária à conversão. Isso sim é um de seus requisitos de ordem subjetiva. Dessa forma, ensina De los Mozos que a norma da conversão atua como dispositiva, aplicando-se, unicamente, quando não se tenha manifestado uma

⁵⁶ Antonio Junqueira de Azevedo, *A conversão...*, ob. cit., p. 133. E continua, justificando sua lição: “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 declararam querer. A questão, assim, parece-nos que encontra solução que não despreza a vontade das partes, mas de se 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”.

⁵⁷ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 318.

vontade contrária das partes.^{58,59}

No que tange à vontade das partes como requisito para a conversão, De los Mozos⁶⁰ afirma que as exigências são as seguintes: 1^a) que a vontade seja comum a ambas as partes, pois, se uma for favorável e a outra contrária, abre-se oportunidade para o juiz decidir o conflito de interesse; e 2^a) que essa vontade seja tácita ou expressamente manifestada, do que se infere, então, que sobre ela não pode existir dúvidas.

3.2.2. IGNORÂNCIA DA NULIDADE PELAS PARTES.

Trata-se de um requisito lógico. Ora, tendo conhecimento da invalidade, as partes não teriam celebrado um negócio nulo, para depois “convertê-lo” noutra, de qualificação jurídica positiva, ou seja, válido para produzir efeitos. É o que ensina Mosco: “la conversione ha luogo se ed in quanto non fu dalle

⁵⁸ José Luis de los Mozos, *La conversión...*, ob. cit., p. 82. Também seguindo a linha objetivista (conversão baseada na vontade legal), Luigi Mosco, *La conversione...*, ob. cit., p. 237, para quem “la conversione ha luogo senza la volontà negoziale, ma non contro di essa”. Antes disso, na p. 236, discorre o autor italiano: “la conversione, malgrado la poco felice formulazione dell’art. 1424 che potrebbe far nascere qualche dubbio, è fondata essenzialmente sulla volontà legale, sicché perchè essa abbia luogo, non occorre neppure una ipotetica volontà delle parti rivolta al negozio di sostituzione. La norma che introduce la conversione del negozio nullo è una norma dispositiva, nel senso che la conversione ha luogo se ed in quanto non fu dalle parti prevista l’ipotesi della nullità, e non fu pattuita e disposta l’esclusione della conversione”.

⁵⁹ A despeito desse requisito, destaca Eduardo Luiz Bussatta, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 164, a opinião contrária de Luiz A. Carvalho Fernandes, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, ao afirmar que a vontade contrária à conversão, manifestada por uma das partes, não pode impedir a outra de alcançar a conversão. Tem razão o autor português. Não justifica a vontade de uma das partes impedir a conversão, quando a outra assim o desejar. Na verdade, o agente qualificador (leia-se, o juiz) deve levar em consideração se a conversão é instrumento útil à persecução das finalidades práticas. Ora, se “convertendo” o negócio os fins práticos serão alcançados, então, não faz sentido a vontade com efeito negativo de uma das partes impossibilitar a conversão, posto que o mais importante é a realização do desejo prático, e não do desejo interno, meramente formal. Todavia, diferente é a reflexão quando ambas as partes não desejam a conversão, já que esta, então, perderia relevância e as partes poderiam, então, buscar a realização de seus objetivos a partir de outro negócio.

⁶⁰ José Luis de los Mozos, *La conversión...*, ob. cit., p. 104.

parti prevista l'ipotesi della nullità".⁶¹

Entretanto, Bussatta⁶², por exemplo, é contrário à admissão da ignorância da nulidade como requisito da conversão. Para ele – que comunga da opinião do jurista português Luiz A. Carvalho Fernandes – a conversão deve pautar-se somente na função do negócio, independente da ciência da invalidade do negócio.

Mas, se as partes sabiam da nulidade e celebraram o negócio mesmo com sua latente e evidente invalidade, a consequência disso é que elas desejaram unicamente o negócio nulo. Tem-se aí, então, uma vontade contrária à conversão (pressuposto subjetivo superior). Nesse mesmo sentido, cite-se von Tuhr: “La conversión supone que según la intención y opinión de las partes el negocio debía ser válido. No es posible la conversión si las partes conocían la nulidad, porque en ese caso falta la voluntad de los efectos jurídicos y no cabe admitir que habrían querido otro negocio en lugar del nulo”.⁶³

⁶¹ Luigi Mosco, *La conversione...*, ob. cit., 236. E continua, à p. 238: “la conversione è esclusa se risulta che le parti conobbero al momento della stipulazione la nullità del negozio, e tuttavia lo stipularono. Il caso è indubbiamente raro, ma può verificarsi specialmente in material do negozio solenni. Se le parti, pur essendo a conoscenza della norma cogente che impone la forma solenne e della grave sanzione che dalla sua inosservanza deriva, stipulano chiaramente che esse non vollero la tutela giuridica, preferirono affidare l'adempimento degli obblighi relativi a norma di altra categoria, di onore, di convenienza ecc., e pertanto ne deriva l'esclusione della conversione”. A ignorância da nulidade também é requisito apresentado por Eduardo Correia, *A conversão...*, ob. cit., pp. 380-1, e por José Luis de los Mozos, *La conversión...*, ob. cit., p. 102, que diz: “Si las partes conociendo la nulidad de un negocio la llevan a cabo, es que no pretenden realizarla efectivamente. No quieren utilizar la tutela jurídica para la consecución de su intento práctico, y por otra parte, o lo que es lo mismo, tal intento práctico no es querido seriamente”. Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, *Comentario breve...*, ob. cit., p. 1149, ao comentarem o art. 1.424 do Código Civil italiano, colocam a “ignorância das partes acerca da nulidade ao momento da conclusão do contrato” como um pressuposto implícito da conversão.

⁶² Eduardo Luiz Bussatta, *Conversão substancial...*, ob. cit., 164.

⁶³ Andreas von Tuhr, *Derecho civil...*, ob. cit., p. 319. Cita como exemplo, ainda, que não é possível converter em legado uma promessa de doação, na qual se omitiu intencionalmente a forma notarial (exigida pelo art. 578 do CC alemão). Humberto Theodoro Jr., *Comentários...*, vol. III, t. I, ob. cit., p. 544, também é da opinião de que a

Além disso, é preciso pensar sob o ponto de vista da boa-fé⁶⁴, pois, sendo a conversão um instrumento voltado à preservação desse princípio, nada há o que salvaguardar se não há intento prático perseguido pelos celebrantes do ato. Celebrar um negócio sobre o qual se tem consciência da impossibilidade de produção de efeitos significa, no mínimo, não desejá-los.

Nesta linha, Ventura reforça o entendimento de que não se deve admitir a conversão quando as partes tenham conhecimento da nulidade do ato que praticaram: “se as partes sabem que o acto que vão praticar não poderá produzir efeitos, mas apesar disso o praticam, mostram que não pretendem vincular-se por meio de tal acto. [...] Não se trata, portanto, de negar a conversão porque não haja um especial intento de pactuar mas porque falta o desejo de conseguir por esse acto todo e qualquer efeito”.⁶⁵

Se uma das partes tinha conhecimento da nulidade do negócio e requer sua conversão em juízo, entendemos que lhe deve ser aplicado o postulado do *turpitudinem suam allegans non auditur* (aquele que alega a sua torpeza não deve ser ouvido) ou do *nemo auditur propriam turpitudinem* (a ninguém é dado beneficiar-se de sua própria torpeza), ambos decorrentes da boa-fé objetiva.

ignorância da invalidade é requisito da conversão, como se constata do seguinte trecho: “se as partes previram a possibilidade da nulidade se portaram em posição de insistir conscientemente no risco da invalidação do negócio, não terá cabimento a aplicação do mecanismo da conversão”.

⁶⁴ José Luis de los Mozos, *La conversión...*, ob. Cit., p. 102.

⁶⁵ Raúl Jorge Rodrigues Ventura, *A conversão...*, ob. cit., p. 123. Mais adiante, à p. 128, apresenta duas soluções para o caso de as partes conhecerem a nulidade do ato e desejarem que ela licitamente produza seus efeitos: a) “tendo já celebrado o ato nulo, repetem-no, válidamente”; e b) “tendo já celebrado o acto nulo, declaram que desejam que ele valha como outro qualquer acto. – ‘Queremos que a compra e venda nula que celebramos valha como locação’. Em tal hipótese não há conversão no sentido técnico que usamos, pois não há duas qualificações possíveis para um só acto, mas dois actos, um dos quais é nulo e o outro é objecto de uma só qualificação, que não afecta sua validade”.

4. AÇÃO DE NULIDADE.

A conversão ocorre por meio da *ação de nulidade* prevista no art. 168 do Código Civil de 2002. Nessa ação, é requerida ao juiz a declaração da nulidade do negócio jurídico⁶⁶, e a conversão decorrerá de um pedido cominado.

Um dos pontos distintivos entre nulidade e anulabilidade consiste na impossibilidade de convalidação e na imprescritibilidade da primeira. Pois bem. Há algum tempo a doutrina vem admitindo que, apesar da imprescritibilidade da nulidade, as pretensões decorrentes das situações em que o negócio é nulo poderão sofrer os efeitos do tempo, sendo fulminadas, portanto, pela prescrição. Portanto, a pretensão de nulidade pode se submeter a prazos prescricionais e o operador do Direito se deve atentar quanto a esse fato. Uma pretensão de conversão, assim, poderá resultar fulminada se transcorrido o prazo geral de 10 anos do Código Civil (art. 205).

Como se depreende da simples leitura do parágrafo do art. 168, a nulidade do negócio pode ser decretada *ex officio* pelo juiz, até porque as causas que tornam o negócio nulo são questões de ordem pública⁶⁷ (prova disso é que a nulidade não se convalida e nem se supre com o tempo, mesmo que haja vontade das partes nesse sentido). Só que a conversão, todavia, não pode ser decretada de ofício pelo juiz, ou seja, só se aplica o art. 170 do Código se ela for pleiteada. Neste sentido é a lição de Luso

⁶⁶ Segundo Humberto Theodoro Jr., *Comentários...*, ob. cit., p. 523, ao comentar o art. 168 do Código Civil de 2002, com referência em Frederico de Castro y Bravo, “Não se pede ao juiz, todavia, que desconstitua o negócio inválido, mas que emita sentença declaratória acerca da sua invalidade.

⁶⁷ Tanto é assim que, segundo J. M. de Carvalho Santos, *Código civil interpretado, principalmente do ponto de vista prático*, vol. III, 14ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1991, p. 254, “a nulidade opera *ipso jure*, não produzindo o ato nenhum efeito, mesmo sem a declaração de nulidade”. Humberto Theodoro Jr., *Comentários...*, ob. cit., p. 517, citando Caio Mário da Silva Pereira, ensina que o Código não adota o princípio francês do *pas de nullité sans grief*, seguindo apenas a orientação do “respeito à ordem pública”.

Soares: “A conversão opera, por outro lado, para satisfazer a confiança das partes na protecção jurídica. Para conservar os valores jurídicos, mas tendo em vista as finalidades práticas visadas. Daqui resulta não poder converter-se um negócio inválido contra a vontade e os interesses das partes [1]. Como tal, não pode o juiz decretar oficiosamente a conversão. É preciso que as partes [2] a requeiram”^{68,69}

A palavra “*partes*”, que aparece em duas situações no trecho citado – por nós destacadas como “[1]” e “[2]” –, deve ser bem alocada para a compreensão do instituto e para que seja dado um sentido jurídico à lição da jurista portuguesa. Defendemos que: na primeira situação – [1] –, o termo “*partes*” significa os *celebrantes do ato negocial*: assim, não se pode proceder à conversão se as partes se manifestaram contrariamente a ela (como já se disse, ao analisar essa questão como requisito subjetivo da conversibilidade). Já na segunda situação – [2] –, “*partes*” refere-se às *partes da relação processual* em que se desenvolve a ação de nulidade, que não necessariamente correspondem aos celebrantes do ato. A verdadeira leitura da citação é essa, porque não são somente os contraentes os legitimados à ação de nulidade do art. 168, mas sim qualquer interessado, ou seja, qualquer pessoa titular de interesse concreto em agir, inclusive o Ministério Público, nos casos em que a lei estabeleça sua intervenção.⁷⁰ E na segunda hipótese – [2] –, se houver pedido

⁶⁸ Teresa Luso Soares, *A conversão...*, ob. cit., p. 59. Também colocando que a conversão deve ser requerida pelas partes (da relação jurídica processual), sem possibilidade de decretação de ofício, Eduardo Correia, *A conversão dos negócios jurídicos ineficazes*, ob. cit., pp. 388-9, e Karen Rick Danilevicz Bertoncello, *Conversão substancial do contrato*, In.: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, nº. 101, ano XXXIII, Porto Alegre, Ajuris, mar. 2006, p. 173.

⁶⁹ Registre-se, todavia, a opinião contrária de Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, *Commentario breve...*, ob. cit., p. 1150, que defendem a operabilidade “automática” da conversão: “La conversione opera automaticamente, e non per successiva volontà di parte o pronuncia costitutiva del giudice, il quale, anzi, potrà rilevarla d’ufficio, in quanto consentitogli dal principio dispositivo del processo”.

⁷⁰ Humberto Theodoro Jr., *Comentários...*, ob. cit., pp. 516-7, ensina que, nada obstante a letra da lei (art. 168) falar em “qualquer interessado” e a nulidade ser questão

de qualquer interessado na conversão (ainda que seja um terceiro em relação ao negócio, mas juridicamente interessado), se estiverem presentes os requisitos citados e se não existir vontade contrária dos celebrantes do ato – ou, no dizer da lei civil, seja o caso de se presumir que as partes teriam querido um negócio de qualificação diversa se tivessem ciência da invalidade –, nada impede que se proceda à conversão, desde que esta se apresente própria à consecução dos fins práticos pretendidos pelas partes.

Carvalho Santos ensina que “a consequência da nulidade, sempre foi reconhecido em doutrina, é a completa ineficácia do ato nulo, não só em relação às partes, senão também, geralmente, com relação a todas as pessoas que, nas suas relações jurídicas, pudessem depender da influência do ato, no caso de ser válido”. E continua: “A verdade é outra: a nulidade impede apenas que o ato produza os efeitos jurídicos a que se destinava”.⁷¹

É precisamente contra esse efeito da declaração de nulidade – ineficácia do negócio nulo – que se destina a conversão, como corolário do princípio de *conservação dos atos jurídicos*: a finalidade da conversão é permitir que aquela manifestação de vontade das partes não se perca, a fim de que possa produzir os fins jurídicos por elas perseguidos.

Quanto ao procedimento da conversibilidade, Del Nero afirma que “o procedimento de conversão do negócio jurídico integra a atividade de qualificação jurídica e de aplicação do direito”: desenvolve-se, num primeiro momento, pelas partes, e posteriormente – de maneira substitutiva e definitiva – pelo

de ordem pública (que, portanto, atinge a toda a sociedade), não significa isso que “qualquer um” possa requerer a nulidade do negócio; é preciso, pois, que a esse “qualquer interessado” tenha sua pessoa ou bens atingidos pelo negócio nulo: “No caso de nulidade do negócio, é pelos seus efeitos que se mede o interesse: a *alegabilidade* decorre de a pessoa estar sujeita a algum efeito visado pelo negócio inválido”. Essa, na verdade, é a fórmula estabelecida pelo art. 3º do Código de Processo Civil para que seja determinado o legítimo interesse da parte em agir. Assim, o interessado/legitimado à ação de nulidade é aquele que padece de alguma forma com os efeitos aparentes do negócio nulo.

⁷¹ J. M. de Carvalho Santos, *Código civil...*, ob. cit., p. 255.

juiz.⁷²

Como se percebe, havendo pedido de conversão em ação de nulidade, a atividade de qualificação de modalidades negociais será uma fase do procedimento, sobre a qual se desenvolverá a possibilidade de se “converter” um negócio em outro.⁷³

Cabe enfrentar, ainda, relevante questão referente à natureza declaratória ou constitutiva da decisão que determina a conversão.⁷⁴ A propósito, Robert Siller defende a existência de um caráter dúplice: a decisão judicial, então, teria um aspecto declaratório, pois declara a “vontade hipotética” das partes, e outro constitutivo, decorrente da “transformação” do negócio.⁷⁵

Del Nero, todavia, entende ser inadequado dizer que o ato de conversão seja, concomitantemente, declaratório e constitutivo, e que, muito menos, teria natureza constitutiva, puramente. Para o autor, a conversão tem natureza declaratória.⁷⁶

Em uma ação de nulidade (art. 168 do CC) em que se formula pedido de conversão, haverá um *dúplice efeito declaratório*: a primeira declaração é quanto à existência de nulidade; posteriormente, admitindo-se a conversão, a segunda declaração dirá respeito à verdadeira qualificação jurídica que o ato celebrado pelas partes deve(ria) ter. Nada se constitui, já que nada se modifica (ou se “converte”); apenas se declara uma tipificação válida para o negócio.

5. EFEITOS.

Quanto aos efeitos da decisão que decreta a conversão,

⁷² João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 335.

⁷³ Segundo João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 334, a qualificação jurídica, ou seja, a tipificação ou classificação de um negócio jurídico é questão exclusivamente de direito, e não de fato.

⁷⁴ João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 334, *Conversão substancial...*, ob. cit., pp. 334-6.

⁷⁵ Citado por João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial...*, ob. cit., p. 334.

⁷⁶ João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial...*, ob. cit., pp. 335-6.

duas correntes se apresentam: *a)* A primeira pugna que a conversão produz efeitos *ex nunc*⁷⁷; e *b)* A segunda defende que a conversão produz efeitos *ex tunc*.⁷⁸

Tem razão a segunda corrente. Explica-se. Não se pode esquecer que o habitat da conversão é o negócio jurídico nulo. Para que exista a conversão é necessário, preliminarmente, que se reconheça a existência da nulidade. Então, para saber qual a eficácia (*ex nunc* ou *ex tunc*) da decisão que determina seja o negócio “convertido”, é preciso antes incorrer justamente sobre a eficácia da declaração que nulifica o negócio.

A sentença, em ação de nulidade, tem natureza meramente declaratória, já que se limita a *declarar* a invalidade do ato, tendo ela eficácia retroativa ao momento em que o ato fora praticado (*ex tunc*). “Assim, anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente (CC, art. 182) em dinheiro”.⁷⁹ Significa essa retroatividade que não se reconhecem como jurídicos os atos produzidos por aquele negócio cuja qualificação jurídica não permite sua validade.

Entendemos que a decisão que decreta a conversão produz efeitos *ex tunc*, considerando aquele arranjo negocial com a qualificação que lhe dá validade desde o início. Só assim os efeitos já produzidos serão “juridicizados” e, conseqüentemente, aceitos e protegidos pela ordem jurídica. Ora, o propósito da conversão não é afastar a nulidade? Então, a conversão deve produzir efeitos desde a constituição do negócio, o que só será

⁷⁷ É o entendimento de Manoel Augusto Vieira Neto, *Convalidação do ato jurídico*, *In Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 20, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 315: “a conversão produz efeitos *ex nunc*, como negócio de eficácia nova. O negócio originário era ineficaz; os efeitos só podem ser produzidos a partir da conversão, que forma o negócio eficaz”.

⁷⁸ Muito semelhante é o que ensina Manuel Albaladejo, *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 410: “Para que la eficacia del segundo negocio comience cuando se celebra el nulo, no hay que acudir al expediente de la retroactividad, puesto que, sin limitaciones a partir de aquella celebración, existe, como tal negocio, el segundo”.

⁷⁹ Francisco Amaral, *Direito civil...*, ob. cit., pp. 537 e 539.

possível se se considerar sua decretação com eficácia *ex tunc*. A retroatividade é uma necessidade para considerar o negócio como de qualificação diversa *desde a celebração pelas partes*, legitimando, dessa maneira, os efeitos produzidos ou a produzir.

6. CONCLUSÃO.

A conversão se relaciona com o fenômeno da qualificação jurídica, devendo ser compreendida dentro deste fenômeno. A conversibilidade só encontra operabilidade dentro um processo de qualificação jurídica. A qualificação é a atividade que insere (tipifica) o ato realizado entre as partes em alguma das figuras jurídicas admitidas em Direito. No caso da conversão, tratar-se-á de uma figura negocial capaz de proporcionar a eficácia *lato sensu* da manifestação de vontade.

A natureza jurídica do instituto – que tem reflexos em seu conceito – não é caracterizada de forma uniforme e unânime na doutrina. Dentre as mais importantes, há uma corrente segundo a qual a conversão consistiria numa re-valoração do negócio jurídico.⁸⁰ Não obstante a teoria que coloca a conversão como processo de qualificação apresentar-se mais razoável (conversão como opção de uma qualificação jurídica dentre outras possíveis), esta outra não deve ser descartada, por causa de sua relevante utilidade para a compreensão do instituto, que, de fato, ao ser operacionalizado, permite sim uma nova valoração do negócio: se antes ele era nulo (valor negativo), da aplicação da regra que determina seja o negócio “convertido” surge uma nova situação jurídica, pela qual a manifestação de vontade das partes torna-se válida e, portanto, apta à eficácia jurídica.

Parece restar claro, enfim, que o enfoque principal que foi dado neste trabalho é que a conversão é um instrumento

⁸⁰ Luiz A. Carvalho Fernandes, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, citado por Eduardo Luiz Bussatta, Conversão substancial do negócio jurídico, *In. Revista de Direito Privado*, vol. 26, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun. 2006, p. 160.

técnico a serviço da *equidade*.⁸¹ Dissertamos sobre como operacionalizar esse instrumento de justiça negocial, destacando que é quanto à finalidade da conversão – preservação da vontade das partes – que a equidade se faz relevante, pois ela permitirá, no caso concreto, que o juiz determine a conveniência da conversibilidade, para que a vontade manifestada seja aproveitada, concretizando-se, no caso concreto, a função social das relações jurídicas. Trata-se de uma consequência lógica do *princípio da conservação (favor negotii)* dos atos jurídicos, pelo qual é preciso preservar, dentro das possibilidades, a manifestação de vontade das partes, visando ao alcance dos fins práticos pretendidos. Importa a finalidade prática, e não o meio jurídico para tal. Esse princípio implica na derrogação do antigo *quod nullum est, nullum producit effectum*.⁸²

A conversão, portanto, é um instrumento de justiça contratual com o qual a doutrina e os juízes necessitam aprender a conviver, utilizando-a para solucionar inúmeros problemas da vida negocial cotidiana; ela terá grande utilidade na correção de injustiças que podem decorrer da aplicação pura e irreflexiva da teoria das nulidades.⁸³



7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984.

ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Barcelona:

⁸¹ Manresa, *Comentarios al código civil*, vol. 5, citado por José Luis de los Mozos, *La conversión...*, ob. cit., pp. 18 e 35.

⁸² Teresa Luso Soares, *A conversão do negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 81.

⁸³ Antonio Junqueira de Azevedo, *A conversão dos negócios jurídicos...*, ob. cit., p. 129.

- Bosch, 1958.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. In: *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Conversão substancial do contrato. In: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Nº. 101, ano 33. Porto Alegre: AJURIS, mar. 2006.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo III. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. In: *Revista de Direito Privado*. Vol. 27, ano 07. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2006.
- CORREIA, Eduardo. A conversão dos negócios jurídicos ineficazes. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. XXIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1949.
- DE LOS MOZOS, José Luis. *La conversión del negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1959.
- _____. *El negocio jurídico (estudios de derecho civil)*. Madrid: Montecorvo, 1987.
- _____. De nuevo sobre la conversión del negocio jurídico. In: *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, jul./ago. 2001.
- DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FACHETTI, Gilberto e MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. A possibilidade de conversão dos contratos internacionais nulos na perspectiva dos Princípios do UNIDROIT. In: MENEZES, Wagner (org.). *Estudos de Direito*

- Internacional*. Vol. XI. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 499-507.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – teoria geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del Derecho Civil*. Tomo II. Tradução de José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle. Madri: Fundación Cultural del Notariado, s/ d.
- GANDOLFI, Giuseppe. Il principio di conversione del contratto nullo: sviluppi piú o meno recenti in Europa. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº. 25. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2004.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho civil – parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Invalidez dos atos jurídicos: nulidades, anulabilidades e conversão. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo. Nº. 53, ano 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1990.
- KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 26, ano 07. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2006.
- LIMA NETO, Francisco Vieira e FACHETTI, Gilberto. Sobre a conversão substancial do negócio jurídico (art. 170 do Código Civil), In: Araken de Assis; Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Reis Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; e Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim (Orgs.), *Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 155-173.
- MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva*

- civil-constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin. A causa dos contratos. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 21. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2005, pp. 95-119.
- MOSCO, Luigi. *La conversione del negozio giuridico*. Napoli: Jovene, 1947.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9ª ed. Napoli: Jovene, 1983.
- SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- SOARES, Teresa Luso. *A conversão do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1986.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. III, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- THUR, Andreas von. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. Vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1947.
- TRABUCCHI, Alberto e CIAN, Giorgio. *Commentario breve al codice civile*. 4ª ed. Padova: Cedam, 1992.
- VALDECASAS, Guillermo Garcia. *Parte general del derecho civil español*. Madrid: Civitas, 1983.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- VENTURA, Raul Jorge Rodrigues. *A conversão dos atos jurídicos no direito romano*. Lisboa: Imprensa Portuguesa, 1947.