

Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – Com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”*

Jan Peter Schmidt

Palavras-chave: Negócio jurídico. Existência. Validade. Eficácia.

Sumário: **I** Pontes de Miranda e sua relação com o Direito alemão – **II** Origem e valor da tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico” – **1** Existência, validade e eficácia do negócio jurídico segundo Pontes de Miranda – **2** Existência, validade e eficácia do negócio jurídico no Direito alemão – **3** O valor da tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico” – **4** Conclusões

I Pontes de Miranda e sua relação com o Direito alemão

Pontes de Miranda, para mim, sempre tem sido um dos juristas brasileiros mais fascinantes, se não o mais fascinante de todos. Os motivos são vários. Antes de tudo impressiona sua produção literária, nem tanto pela sua quantidade, mas sobretudo pela enorme variedade de temas tratados: todas as áreas do direito privado, direito constitucional, direito processual, sociologia, filosofia, matemática etc. Minha admiração chegou a um novo patamar quando, há alguns meses, chegou-me às mãos um texto em que Pontes de Miranda discutia a teoria de relatividade de Albert Einstein!¹ O trabalho foi apresentado em um congresso internacional de filosofia, e considerado apto a ser incluído nas respectivas atas.² Consta que o próprio Einstein aprovou as ideias de Pontes de Miranda.³

Depois, meu interesse por Pontes de Miranda se fundou, como não poderia deixar de ser, em sua ligação íntima com o mundo jurídico alemão. Durante a maior parte de sua vida, Pontes de Miranda atuou como um verdadeiro “embaixador” do *Direito* brasileiro na Alemanha. Promoveu o conhecimento do Direito de seu País principalmente por meio de dois trabalhos, que, por décadas, tornar-se-iam obras de referência. O primeiro deles foi a “Einleitung” (Introdução) que escreveu para a excelente tradução do Código Civil Brasileiro de 1916, organizada por Karl Heinsheimer, de Heidelberg, em 1928.⁴ Em 33 páginas escritas em alemão, Pontes de Miranda apresentou um panorama muito amplo da história do direito brasileiro, começando pelo Tratado de Tordesilhas, de 1494, e indo até o Código de 1916, do qual explicou as características mais importantes. O texto de Pontes de Miranda é de uma enorme erudição e densidade, e por isso mesmo, nem sempre de fácil leitura. Heinsheimer mostrou-se muito contente com o resultado, tendo agradecido a Pontes de Miranda, “grande conhecedor da cultura germânica” em seu prefácio, pela “colaboração alegre” (*freudige Mitarbeit*), não sem enfatizar que o jurista brasileiro tinha fornecido, além da introdução, bom insumo para um grande número dos comentários explicativos que a tradução contém.

O segundo texto aqui referido complementou muito bem o primeiro. Foi o relatório sobre o Direito brasileiro que Pontes de Miranda escreveu com o jurista alemão Carl Goes para o “Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes” (*Enciclopédia comparativa para o direito civil e comercial nacional e estrangeiro*), organizado por

Franz Schlegelberger entre 1929 e 1939.⁵ Se a “Einleitung” era de grande valor para o acadêmico que queria conhecer as origens e características do Direito brasileiro, o relatório no “Rechtsvergleichendes Handwörterbuch” constituía principalmente um texto de utilidade prática, porque expunha de maneira sucinta os princípios e regras mais importantes do Direito brasileiro em matéria civil, comercial, processual, além do direito da nacionalidade. Esses dois trabalhos, a “Einleitung” e o relatório “Brasilien”, foram aproveitados logo depois por Pontes de Miranda para a elaboração de seu famoso estudo “Fontes e Evolução do Direito Brasileiro” (1928), como explica o próprio Autor no prefácio desse seu livro.⁶

Dentre vários outros títulos publicados por Pontes de Miranda na Alemanha,⁷ merece destaque o artigo “Subjektivismus und Voluntarismus im Recht” (Subjetivismo e Voluntarismo no Direito), publicado em uma edição comemorativa da Revista *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, dedicada a Ernst Zitelmann,⁸ então um dos professores de maior destaque no campo do Direito privado alemão. A participação de Pontes de Miranda naquela obra não implica *per se* uma relação muito próxima com Zitelmann.⁹ Não se pode negar, contudo, que tal fato constitui significativo indício de que, já nos anos vinte, o Jurista Brasileiro era conhecido e respeitado nos círculos acadêmicos alemães.

Pontes de Miranda visitou, em pelo menos em duas ocasiões — em 1928 e 1930¹⁰ — o “Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht” (Instituto Imperador Guilherme para Direito Comparado e Direito Internacional Privado) em Berlim,¹¹ tendo sido convidado, em 28 de outubro de 1930, por esta Instituição, e também pelo Instituto Imperador Guilherme para Direito Internacional Público, a proferir uma palestra na “Casa Harnack” (*Harnackhaus*), famoso centro internacional de encontro científico.¹² Segundo o relatório publicado por Ernst Heymann (que viria a tornar-se diretor do Kaiser-Wilhelm-Institut entre 1937 e 1946) na *Deutsche Juristen-Zeitung*,¹³ ao evento compareceram professores de renome, representantes de diversos ministérios, advogados etc. Sobre a palestra de Pontes de Miranda, Heymann anotou que foi “breve, mas fortemente refletida” (*kurz, aber stark durchdacht*). Pontes de Miranda primeiro falou de suas impressões sobre o mundo jurídico alemão, depois tratou do tema da unificação do Direito internacional privado. Heymann chegou a registrar que uma versão ampliada da exposição era prevista para publicação na revista do Instituto,¹⁴ mas, ao que parece, tal projeto não chegou a se concretizar. Heymann concluiu seu relatório louvando Pontes de Miranda como “representante extraordinário e amável do mundo jurídico brasileiro”.

Pontes de Miranda não foi apenas o grande Embaixador do Direito brasileiro na Alemanha. Foi também o Embaixador mais importante que o Direito alemão teve no Brasil. Provavelmente não há outro jurista na história do Direito brasileiro que tenha tido um conhecimento tão profundo do direito alemão e especialmente da doutrina teutônica.¹⁵ As páginas do “Tratado de Direito Privado” abundam em referências a autores alemães, o que às vezes chega a extremos, a ponto de o leitor se perguntar se está lendo um tratado sobre Direito brasileiro ou sobre Direito alemão. Vale frisar que Pontes de Miranda não cita apenas as obras mais conhecidas, senão também muitos trabalhos que hoje em dia são esquecidos na Alemanha (por vezes injustificadamente). Tudo indica que ele aproveitou muito bem as suas visitas à Alemanha para adquirir material e montar sua própria biblioteca de doutrina alemã. Isso lhe deu uma posição mais independente e lhe permitiu ir mais além das meras referências às correntes majoritárias.

Um bom exemplo disso está na velha controvérsia sobre se a mora do devedor requer culpa. A grande maioria dos tratados e comentários alemães, tanto os antigos, quanto os atuais, respondem à questão de forma positiva, sendo digna de nota a frase “kein Verzug ohne Verschulden” (não há mora sem culpa), que se converteu em um verdadeiro dogma que todo estudante alemão de Direito aprende desde cedo. A despeito disso, Pontes de Miranda defendeu, tanto para o Direito brasileiro, como para o Direito alemão, a posição contrária, apontando que a mora somente precisa ser *imputável* ao devedor, o que pode ocorrer ainda que não se verifique culpa, como, por exemplo, quando se assume uma garantia.¹⁶ Para tanto, Pontes de Miranda se baseou em uma série de autores alemães, que malgrado os excelentes argumentos, defendiam posição minoritária.¹⁷ A única crítica que aqui se pode fazer a Pontes de Miranda é a de que implicitamente deu a impressão de que sua posição correspondia também à posição geralmente aceita na Alemanha, o que, como se viu, não é verdade.

Por seus grandes esforços na promoção do intercâmbio jurídico-cultural entre Brasil e Alemanha, Pontes de Miranda recebeu, em 1970, a Grã-Cruz do Mérito (*Großes Verdienstkreuz*) da República Federal de Alemanha.¹⁸ Sabe-se que estas condecorações muitas vezes são atribuídas mais por motivos políticos do que por verdadeiro merecimento. Este certamente não foi o caso de Pontes de Miranda.

II Origem e valor da tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”

Não obstante a amplitude e profundidade do “Tratado de Direito Privado”, não resulta fácil dizer, pelo menos para um estrangeiro, em que medida tal obra tenha realmente exercido uma influência permanente no Direito civil brasileiro. Pelo menos durante certo tempo, parece ter sido ignorada por parte da doutrina brasileira, enquanto que em outras ocasiões, tem-se a impressão de estar-se diante de uma dessas obras que “todo mundo cita e ninguém leu”.¹⁹ Em parte isso é compreensível: a leitura do “Tratado” não é somente dificultada por seu tamanho, senão também por seu carácter algo “desapegado” do direito positivo brasileiro. Deve-se lembrar que a doutrina alemã, citada tão extensamente ao longo da obra, foi construída com base nas regras do direito alemão, que não necessariamente coincidem com as do Código Civil de 1916.

Seja como for, não há dúvidas quanto à influência de uma das mais conhecidas construções de Pontes de Miranda, isto é, de sua distinção rigorosa entre os três planos do negócio jurídico: O plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Ainda que o redator José Carlos Moreira Alves tivesse rejeitado a proposta de construir a parte geral do novo Código Civil de 2002 com base nessa tricotomia,²⁰ em âmbito doutrinário ter-se-ia assistido ao enorme sucesso da construção pontiana. Nela se sustentam o estudo de Junqueira de Azevedo, que porta a tricotomia já no título,²¹ e a obra de Bernardes de Mello, que inclusive dedicou um volume próprio a cada plano.²² Mas também os manuais de Direito civil da nova geração baseiam-se, praticamente todos, na tricotomia, ou pelo menos a reverenciam.²³

Em um cenário de profundo enraizamento da distinção entre os planos de existência, validade e eficácia, não é de se surpreender que muitos juristas brasileiros vejam, em tal construção, um tipo de “lei natural” da ciência jurídica, de carácter universal e imutável, como pude pessoalmente

constatar em muitas conversas ao longo dos anos. De minha parte, tinha dificuldade em encontrar um equivalente na doutrina alemã, e quando, em um intento de esclarecer o assunto, perguntava aos meus colegas alemães: “No Brasil faz-se a distinção entre existência, validade e eficácia do negócio jurídico, qual é a sua opinião?”, nunca obtinha respostas, somente olhares céticos. Experiência inversa relatou-me um brasileiro que fora intercambista na Faculdade de Direito da Universidade de Munique, como estudante da graduação. Ele dizia que, em geral, a experiência tinha sido altamente interessante e frutífera, mas que, no início, experimentou grande surpresa, para não falar de um choque: Assistindo às aulas sobre a parte geral do BGB, constatou que nada se dizia sobre os planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico! E isso, no País onde a famosa doutrina do *Rechtsgeschäft* teve sua origem!

Por fim, tive um confronto direto com as ideias de Pontes de Miranda, quando um jovem jurista brasileiro escreveu uma resenha sobre minha tese de doutorado, que versa sobre os aspectos estruturais do Código Civil Brasileiro de 2002, dentre eles, a questão da utilidade de uma parte geral.²⁴ O autor criticou minha comparação entre as funções da parte geral do BGB, e aquelas relativas à parte geral do Código Civil, argumentando que eu não me teria atentado ao fato de que no Brasil, desde Pontes de Miranda, a parte geral se associara à divisão do mundo jurídico nos planos de existência, validade e eficácia.²⁵ Tal observação não parece acertada, primeiro porque, como vimos acima,²⁶ a parte geral do Código Civil não foi baseada na mencionada tricotomia; segundo porque o comentário confunde questões de técnica legislativa com questões doutrinárias.²⁷ Trata-se, contudo, de mais um exemplo que mostra que, no tema presente, há um sério problema de comunicação entre juristas brasileiros e alemães: os brasileiros tomam por evidente algo que os alemães mal conhecem, e ainda menos utilizam.

Em vista dessas confusões recíprocas, há muito tempo já desejava estudar o assunto de forma mais aprofundada, no intuito de tentar aclarar alguns pontos. Neste sentido, primeiro se expõe brevemente o significado da tricotomia de existência, validade e eficácia do negócio jurídico (1). Depois se analisa se ela se encontra também no Direito alemão, seja na doutrina, seja no próprio BGB (2). Por último, examina-se o valor dessa sistematização para a ciência do direito (3).

Devem-se fazer, desde já, duas ressalvas: primeiramente, não se pretende analisar o tema, por si só bastante complexo, em sua totalidade, mas somente em alguns pontos tidos por cruciais. Em segundo lugar, limita-se o estudo do tema ao contexto brasileiro e ao alemão, para manter o foco na obra de Pontes de Miranda. Sem dúvida, a matéria mereceria uma análise ainda mais extensa, com a inclusão da doutrina de outros países europeus e latino-americanos,²⁸ para apurar, dessa maneira, até que ponto há uma base comum. Há quem pense que debates sobre conceitos e sistemas sejam algo superado, mas os diversos processos de harmonização do Direito privado, tanto a nível europeu, quanto no âmbito global, mostram que são, ao contrário, de grande atualidade, na medida em que os redatores dos respectivos projetos são forçados a tomar uma atitude frente a essas questões.²⁹

1 Existência, validade e eficácia do negócio jurídico segundo Pontes de Miranda

Em linhas gerais, a tricotomia “existência, validade e eficácia” do negócio jurídico, esboçada por Pontes de Miranda, pode ser descrita da seguinte maneira:³⁰ O plano da existência se refere aos

fatos do mundo real sobre os quais a norma jurídica incide. Normalmente, trata-se das manifestações de vontade dos sujeitos de direito que visam à criação de efeitos jurídicos. Podemos dizer que um contrato existe quando duas partes celebram um acordo, ou podemos falar da existência de um testamento quando uma pessoa fixa num papel disposições de última vontade.

O plano da validade se refere aos requisitos que o ordenamento jurídico estabelece para que o negócio jurídico possa produzir os efeitos manifestados como queridos. No contexto brasileiro, eles se fazem presentes no art. 104 do Código Civil, que estabelece como requisitos para a validade do negócio jurídico: a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não proibida por lei. Quando falta algum desses requisitos, o negócio jurídico é inválido ou, em outras palavras, defeituoso. Dentro da invalidade, distinguem-se duas subcategorias: a nulidade e a anulabilidade, que se referem a um grau maior ou menor de enfermidade, respectivamente.

Finalmente, o plano da eficácia se refere aos efeitos de negócio jurídico. Podemos distinguir os efeitos que foram queridos pelos agentes (por exemplo, a criação de obrigações recíprocas) de outros efeitos que não dependem da sua vontade, por exemplo um eventual dever de indenizar a outra parte por perdas e danos.

Pontes de Miranda nunca se cansou de enfatizar que os três planos não deviam ser confundidos. Assim, é ilógico chamar de *inválido* um negócio que não existe. Quando existe, pode ser eficaz apesar de ser inválido (ou seja, que produz os efeitos que foram queridos ou outros). Igualmente, é possível que um negócio jurídico seja válido, mas (ainda) ineficaz, como, por exemplo, o testamento antes da morte do testador.³¹

2 Existência, validade e eficácia do negócio jurídico no Direito alemão

Se olharmos os índices e títulos dos tratados e manuais de direito civil alemão, não importa se antigos ou modernos, não encontraremos nenhuma referência explícita à mencionada tricotomia. Isso significa que a distinção entre existência, validade e eficácia é completamente desconhecida no Direito alemão? Se for assim, qual seria a categorização em seu lugar utilizada? Pode parecer surpreendente, mas a resposta a essas questões não é nada evidente. Na análise do tema convém distinguir três etapas diferentes: (a) o tempo anterior à vigência do BGB; (b) o momento de criação do BGB; e (c) o tempo posterior à entrada em vigor do BGB.

a) A doutrina alemã antes do BGB

Hoje em dia, parece-nos natural trabalhar com categorias abstratas como “ineficácia”, “nulidade” etc., mas não nos devemos esquecer de que se trata de conquistas doutrinárias relativamente recentes. As fontes romanas eram notoriamente confusas no tema *defeitos do negócio jurídico* (os romanos sequer conheciam este último conceito),³² e nem os juristas medievais, nem os jusnaturalistas chegaram a avançar substancialmente em seus esforços para sistematizá-los.³³ O passo decisivo foi dado apenas pela Pandectística alemã do século XIX. Como em muitos outros temas do direito privado, teve caráter pioneiro a contribuição de Savigny.

Savigny introduziu a categoria geral da "Ungültigkeit".³⁴ Literalmente, esta teria de ser traduzida como "invalidade", mas seu significado não deve ser associado automaticamente aos planos de Pontes de Miranda. Porque Savigny entendia a "Ungültigkeit" como a "negação da eficácia" da relação jurídica, e distinguia, dentro da "Ungültigkeit", a "Nichtigkeit" (nulidade) da "Anfechtbarkeit" (anulabilidade).³⁵ Nota-se, assim, que, à diferença de Pontes de Miranda, Savigny não fez uma diferenciação entre validade e eficácia. Tampouco separou o plano de existência, o que se vê especialmente em sua caracterização do negócio jurídico nulo como negócio não existente.³⁶ Essa equiparação representa uma herança do Direito romano, à luz do qual o termo "nullus" apresentava vários sentidos, referindo-se tanto ao negócio inexistente, como ao negócio existente, mas defeituoso.³⁷

A sistemática de Savigny foi depois refinada por Bernhard Windscheid.³⁸ Como Savigny, este empregou a categoria geral da "Ungültigkeit", mas a distinguiu da "Unwirksamkeit" (literalmente: ineficácia) do negócio jurídico. Explicou Windscheid que esta era mais ampla do que aquela, porque o negócio jurídico podia caracterizar-se como válido, porquanto livre de defeitos, sendo, ainda assim, ineficaz, como no exemplo da condição suspensiva que ainda não se realizou.³⁹ Vemos então que Windscheid distingue, dentro da ineficácia, a invalidade de outros casos de ineficácia, sem contudo desenvolver essa última subcategoria plenamente. Mais tarde ela foi denominada de "ineficácia simples" ou "ineficácia em sentido estrito".⁴⁰

Além disso, encontram-se na obra de Windscheid afirmações que podem ser interpretadas como reconhecimento de um plano da existência. De fato, o Autor enfatizou que, a análise da validade do negócio jurídico ("Gültigkeit"), requeria, antes de mais nada, a verificação da presença de uma declaração de vontade.⁴¹ É verdade, porém, que Windscheid não somente deixou de identificar a *existência* como categoria autônoma, como tampouco via problemas em equiparar, como Savigny, o negócio nulo ao negócio inexistente.⁴² Aliás, o próprio Pontes de Miranda chegou a criticar Windscheid por esta opção.⁴³ Podemos constatar, assim, que embora já identificasse os diversos elementos com os quais Pontes de Miranda mais tarde viria a construir a sua tricotomia, Windscheid não os enfocou da maneira que o fez o Jurista Alagoano.

b) A criação do BGB

Não obstante a enorme influência de Savigny e de Windscheid, ainda não havia uma sistematização e terminologia geralmente aceitas quando os redatores do BGB começaram os seus trabalhos em meados dos anos de 1870.⁴⁴ Deve ser lembrado que a doutrina do negócio jurídico era ainda relativamente nova, e muitos de seus aspectos continuavam a ser objeto de intensos debates doutrinários.⁴⁵ Isso incluía a própria definição do conceito de "negócio jurídico" (*Rechtsgeschäft*), bem como a questão, sobre se sua existência pressupunha a respectiva validade, ou se também o negócio inválido era negócio. É óbvio que, estando tais pontos em discussão, era difícil chegar a uma distinção clara entre os planos da *existência* e da *validade*.⁴⁶

Mesmo assim, o primeiro projeto do BGB ("Erster Entwurf"), de 1888, seguia, em suas linhas gerais, a tradição que se estabeleceu com Savigny. O título "Ungültigkeit" (invalidade) disciplinava

a "Nichtigkeit" (nulidade) e a "Anfechtbarkeit" (anulabilidade) dos negócios jurídicos. Para a "Nichtigkeit", o projeto previu, inclusive, uma definição legal, no § 108: "Um negócio jurídico nulo é considerado, em relação aos efeitos legais tencionados, como se não tivesse sido realizado".⁴⁷ É fácil ver que essa definição, também oriunda das lições de Savigny e Windscheid, não distinguia, mas fundia os três planos:⁴⁸ O negócio nulo era tido por jamais celebrado, e, por conseguinte, não produzia efeitos.

A segunda comissão para a elaboração do BGB — que foi instituída como reação às numerosas críticas ao "Erster Entwurf" — introduziu várias mudanças no tema que nos interessa. Primeiramente, suprimiu a definição de *nulidade*, não por discordar substancialmente dela, mas por achá-la supérflua, tendo em vista a existência, na doutrina, de um suposto "amplo consenso" sobre o conceito da nulidade,⁴⁹ ainda que, na realidade, o tema seguisse bastante controvertido. Em segundo lugar, retirou a categoria geral da "Ungültigkeit" do projeto. Neste particular, se seguiram as propostas do já mencionado Ernst Zitelmann,⁵⁰ que havia criticado o termo "Ungültigkeit" em razão de sua ambiguidade, já que podia significar tanto "nulo" como "anulável".⁵¹

A terceira mudança foi a mais misteriosa, e, para o tema desse artigo, a mais interessante: Em alguns casos, o termo "nichtig" (nulo) foi substituído por "unwirksam" (ineficaz). Assim, por exemplo,⁵² são "nichtig", segundo as regras ainda vigentes hoje, os negócios feitos por incapazes (§ 105); os negócios que não cumprirem os requisitos formais prescritos por lei (§ 125 BGB); e os negócios que violarem a lei

(§ 134 BGB) ou os bons costumes (§ 138 I BGB). O termo "unwirksam", pelo contrário, foi empregado basicamente em três tipos de situações: (1) quando a eficácia do negócio depende de uma declaração de um terceiro, como o representante legal

(§ 111 BGB) ou convencional (§ 174 BGB), ou uma autoridade estatal (§ 1831 BGB); (2) quando o negócio é ineficaz somente frente a determinadas pessoas (ineficácia relativa, § 135 I 1 BGB ou § 883 II BGB); e (3) quando a lei veda a realização de um negócio sob condição ou termo, como nos casos de compensação (segunda parte do § 388 BGB) ou de contrato real para transferência da propriedade de um imóvel (*Auflassung*, § 925 II BGB). Nesse último tipo de situação, a lei às vezes também emprega a expressão "kann/können nicht" (não pode/podem) para o mesmo efeito, como no caso da celebração do matrimônio (segunda parte do § 1311 BGB).⁵³ Por último, fala o BGB de "Wirkung" (efeito) do negócio jurídico no caso de condições suspensivas e resolutivas (§ 158 BGB).

Diante destes casos, a pergunta que se fazia era: Havia uma lógica por detrás do uso das palavras "nichtig" e "unwirksam"? Se positiva a resposta, em que consistiria este sistema? Infelizmente os trabalhos preparatórios do BGB, que, em geral, são de valor informativo inestimável, nesse caso, não dão uma resposta. O resultado foi que, com a promulgação do BGB, começou-se a debater se haveria uma diferença substancial entre os termos "nichtig" e "unwirksam", ou se seriam basicamente sinônimos.

c) Os desenvolvimentos depois da entrada em vigor do BGB

(1) A posição de Leonhard e Figge

Imediatamente depois da entrada em vigor do BGB, houve vários autores que se esforçaram em

dar sentido à terminologia do BGB.⁵⁴ Um deles foi Rudolf Leonhard, com o seu tratado sobre a parte geral do BGB. Leonhard enfatizou, com referência a Windscheid, a necessidade de distinguir os negócios nulos daqueles ineficazes sem ser nulos, tentando mostrar que essa concepção também teria sido aquela perseguida pelo legislador alemão.⁵⁵ Onde este empregou o termo “unwirksam” (ou a expressão “kann/können nicht”), teria querido deixar claro, segundo Leonhard, que o negócio em si mesmo não era defeituoso; ou lhe faltava um requisito externo para sua eficácia plena, ou visava a um efeito jurídico que o ordenamento jurídico categoricamente nega, como um casamento celebrado sob condição. Leonhard tomou esse último caso como exemplo para explicar as consequências práticas da distinção entre nulidade e ineficácia simples.⁵⁶ Se o casamento celebrado sob condição fosse nulo, seria necessária uma declaração judicial de nulidade segundo (o então⁵⁷) § 1329 BGB, e até esse momento o casamento seria eficaz; daí um segundo casamento constituiria crime de bigamia. Porém, por empregar a expressão “können nicht” (não podem), o legislador deixou claro, segundo Leonhard, que o casamento celebrado sob condição era ineficaz desde o início, sem necessidade de declaração judicial.

Leonhard via outra consequência prática da distinção nos casos da conversão (*Umdeutung*) e de confirmação (*Bestätigung*) do negócio jurídico, porque as normas correspondentes, ou seja, os §§ 140, 141 do BGB, se aplicam somente aos negócios que são “nichtig” (nulos) e não aos que são “unwirksam” (ineficazes).⁵⁸

As conclusões de Leonhard são altamente esclarecedoras: Segundo o Autor, o uso dos termos “nichtig” e “unwirksam” pelo BGB obedecia, sim, a um sistema lógico e correto. Isso, contudo, não o livrava da constatação de que a relevância prática dessa distinção era mínima. A hipótese do casamento celebrado sob condição era altamente improvável, de acordo com Leonhard, dada a intervenção necessária de um funcionário público. Quanto às regras sobre conversão e confirmação, ele afirmou que a sua aplicação aos negócios ineficazes era desnecessária. Diante disso, Leonhard disse que talvez o legislador não tivesse criado maiores problemas se se tivesse limitado a utilizar somente um dos termos, ou “nichtig” ou “unwirksam”. Em vista do caráter “artístico, mas altamente pedante”⁵⁹ da terminologia do BGB, que requer um esforço enorme para ser plenamente entendida, Leonhard acabou por tachá-la de *não recomendável*, tendo prognosticado que a distinção entre “nichtig” e “unwirksam” seria ignorada pela doutrina alemã.⁶⁰ Somente em um ponto Leonhard chegou a considerar útil a dicotomia nulidade/ineficácia simples: nos casos de negócios jurídicos concluídos sob condição suspensiva.⁶¹

Pouco depois, em 1902, a posição de Leonhard foi reforçada e aprofundada por Wilhelm Figge, que dedicou sua tese de doutorado ao conceito da “Unwirksamkeit” (ineficácia) no BGB.⁶² Figge compartilhou o ponto de vista de que a terminologia do BGB tinha, apesar da sua coerência lógica, pouca relevância prática, e que por isso seria pouco provável que os juristas alemães a empregassem no futuro.⁶³ Mais que Leonhard, porém, Figge enfatizou o valor doutrinário da distinção, e defendeu a preservação dessa conquista.⁶⁴

(2) A doutrina contemporânea

Pode-se afirmar que os desenvolvimentos posteriores confirmaram o pessimismo de Leonhard e

Figge, no sentido de que rapidamente se tornaria majoritária a posição que sustentava a indefinição quanto aos conceitos de "nichtig" (nulo) e de "unwirksam" (ineficaz) no BGB, circunstância que impunha seu tratamento como sinônimos.⁶⁵ Como consequência disso, desapareceu a distinção entre "Ungültigkeit" e "Unwirksamkeit",⁶⁶ tendo-se estabelecido a segunda pouco a pouco como única categoria geral.⁶⁷ "Unwirksamkeit" corresponde à ineficácia em sentido amplo, que inclui tanto os casos da invalidade, como os da ineficácia simples.⁶⁸ Mas como a terminologia do BGB geralmente é ignorada, não se faz uma distinção clara entre as diversas causas da ineficácia.⁶⁹ Em vez disso, põe-se o foco nos diferentes tipos desta, que seriam dados pela ineficácia inicial, pela ineficácia posterior, pela ineficácia parcial, pela ineficácia relativa e pela ineficácia pendente.⁷⁰

Tendo como base a tricotomia pontiana, pode-se dizer que mais bem sucedido foi o reconhecimento doutrinário do plano da existência do negócio jurídico. Já em 1900, autores como Leonhard e Zitelmann destacaram a necessidade de distinguir o negócio nulo do negócio inexistente, rejeitando, assim, a doutrina do século XIX e a definição prevista no § 108 do "Erster Entwurf".⁷¹ Ainda assim, depois da entrada em vigor do BGB, houve considerável número de autores que, provavelmente ainda sob a influência do § 108 do "Erster Entwurf", continuaram equiparando o negócio jurídico nulo ao negócio inexistente.⁷² Somente na segunda metade do século XX, ganhou força novamente o entendimento de que a existência deve ser distinguida da validade/eficácia do negócio.

Hoje em dia tal opinião é aceita pela maioria dos autores.⁷³

(3) Um novo rumo? A sistematização de Leenen

Tendo sido infrutíferos os esforços no sentido de identificar, na doutrina alemã — moderna ou antiga — a tripartição dos planos do negócio jurídico tal como proposta por Pontes de Miranda, resta agora examinar a contribuição de um Autor recente que talvez possa "salvar a honra" da Ciência Jurídica Alemã, aos olhos dos defensores mais intransigentes da construção tripartite pontiana. Detlef Leenen sempre se incomodara com o fato de que os manuais e tratados não distinguíssem claramente os diferentes aspectos do negócio jurídico, o que, a seu ver, trazia enormes dificuldades aos estudantes no que dizia respeito à separação e subsequente exame dos diversos problemas, especialmente na solução de casos práticos (elemento essencial no ensino jurídico alemão). Por isso Leenen procurou estruturar a matéria relativa ao negócio jurídico valendo-se de uma fórmula que, malgrado a diversidade de nomenclatura, na essência, parece ser bem próxima à sistemática de Pontes de Miranda. Leenen distingue rigorosamente três elementos do negócio jurídico: (1) o "Tatbestand" (suporte fático), (2) a "Wirksamkeit" (literalmente, "eficácia"), e (3) os "Wirkungen" (efeitos).⁷⁴ O nome da segunda categoria não nos deve preocupar, porque nela Leenen analisa os problemas da validade. Para marcar mais claramente a diferença entre as categorias (2) e (3), talvez tivesse sido preferível o emprego do termo "Gültigkeit" a "Wirksamkeit", ainda que seja provável que Leenen tenha querido ficar mais perto da terminologia do BGB e da doutrina tradicional.

É ainda cedo para saber se a sistematização de Leenen convencerá outros tratadistas, e mesmo se

porventura emergirá como novo esquema dominante. Sem dúvida seria um grande triunfo para as ideias de Pontes de Miranda, sendo certo que Leenen não as conhecia, tendo desenvolvido sua sistematização independentemente delas.⁷⁵

d) Conclusões

A análise da doutrina alemã dos séculos XIX e XX mostra, por um lado, que esta serviu como importante fonte de inspiração para Pontes de Miranda na elaboração da sua construção tripartite. Sobretudo nas obras de Windscheid, Leonhard, Zitelmann e Figge — autores que Pontes de Miranda cita com frequência no tocante à matéria — encontramos todos os elementos para distinguir existência, validade e eficácia do negócio jurídico.⁷⁶

Ao mesmo tempo, deve ser enfatizado que Pontes de Miranda longe esteve de simplesmente copiar a doutrina alemã.⁷⁷ Ao contrário, pode-se dizer que deu um passo à frente, ao conceber existência, validade e eficácia do negócio jurídico como planos autônomos e independentes. Desde Savigny, a doutrina alemã, tem preferido, por seu turno, trabalhar com um único plano, antes chamado “Ungültigkeit”, e hoje, de “Unwirksamkeit”. À diferença da tricotomia de Pontes de Miranda, a invalidade não é separada da ineficácia; aparecendo, sim, como um tipo dela. Para a grande maioria dos juristas alemães, nulidade e ineficácia são, portanto, basicamente sinônimos.

Quanto ao plano de existência, pode-se dizer que a doutrina alemã está mais próxima de Pontes de Miranda do que parece, porque mesmo se não enxerga a existência como plano autônomo, aceita geralmente distinção entre negócio inexistente e negócio inválido ou ineficaz.

Vemos, então, que, em resumo, as diferenças entre a tricotomia de Pontes de Miranda e a doutrina alemã não são essenciais, consistindo, antes, em um problema de grau. Com um pouco de explicação, juristas alemães e brasileiros não deveriam ter problemas de entender uns aos outros. Mesmo assim, resta indagar por que a tricotomia de Pontes de Miranda não fez o mesmo “sucesso” na Alemanha, onde tem as raízes intelectuais. Para responder esta pergunta, é necessário analisar o mérito intrínseco da tricotomia, o que se fará na última parte desse artigo.

3 O valor da tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”

a) Observações gerais sobre o valor da dogmática jurídica

Antes de entrar na questão das virtudes e defeitos da tripartição de Pontes de Miranda, deve-se deixar claro que a busca da sistematização “correta” nunca deve ser superestimada em sua importância. Se chamo “nulo” um contrato que nem chegou a concluir-se, ou “inexistente” um testamento cujo testador ainda não faleceu, posso ser criticado pelo uso pouco preciso de palavras, ou até por falta de cultura jurídica, mas isso normalmente não me vai impedir de chegar ao resultado correto num caso concreto.

Exemplos dados pelo Direito romano ou pela *common law* inglesa mostram que um ordenamento jurídico pode viver perfeitamente sem conferir maior relevância a questões de sistematização. A qualidade de um direito se define, acima de tudo, por sua capacidade de resolver casos concretos

de maneira justa e previsível, e não pela pureza de sua dogmática. Com isto não se pretende desprezar a importância desta, o que infelizmente, em tempos recentes, tornou-se lugar comum. Porque somente uma boa dogmática pode garantir a coerência de um sistema jurídico, e somente um direito coerente é um direito justo. Mas é importante lembrar sempre que a dogmática guarda apenas e tão-somente carácter auxiliador. Ela nunca pode ditar o resultado do caso; ao contrário, se o resultado justo não pode ser encaixado no sistema, deve este ser modificado, jamais o resultado.

Nesse contexto, a tricotomia de Pontes de Miranda nunca pode ser mais do que um auxílio para a ciência jurídica. A questão primordial não é se ela é "correta" ou "errada", senão até que ponto ela é útil.

b) Argumentos em favor da tricotomia

A distinção entre os planos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico tem, antes de mais nada, um valor didático inegável.⁷⁸ Porque, como toda sistematização bem sucedida, ajuda a ordenar e estruturar o pensamento. Assim, se se constata que um contrato sequer foi concluído, visto que no momento em que se declarou a aceitação, a oferta já deixara de ser obrigatória, será supérfluo analisar a questão de uma eventual nulidade do negócio. É verdade que são poucos os casos a que chegamos a resultados incorretos em virtude do tratamento pouco rigoroso das categorias. Todavia, eles existem, como no exemplo de Leonhard do casamento concluído sob condição, que é ineficaz sem produzir as consequências do casamento nulo.

Outrossim, deve-se enfatizar o valor dogmático da tripartição. Ela nos permite analisar muitos problemas de maneira mais diferenciada. A vantagem da distinção entre validade e eficácia mostra-se, por exemplo, no caso do testamento válido antes da morte do testador; tal situação é completamente distinta daquela em que o testamento deixa de respeitar a forma prescrita, ainda que antes do falecimento tanto um, quanto outro sejam ineficazes. Aqueles que utilizam o conceito da ineficácia só no sentido amplo (como grande parte da doutrina alemã), têm dificuldades de expressar estas diferenças, que se tornam relevantes quando se tem que estabelecer o momento decisivo para verificar, por exemplo, a capacidade de testar ou a contrariedade das disposições testamentárias aos bons costumes.⁷⁹ Estas mesmas considerações aplicam-se ainda ao o negócio concluído sob condição suspensiva.⁸⁰

Provas da utilidade da tricotomia podem ser ainda encontradas também na experiência do Direito alemão ao longo do século XX. Como vimos antes, à época da criação do BGB, e ainda muito tempo depois, era bastante difusa a formula: nulo = inexistente = ineficaz (ainda que se admitisse que a inexistência do negócio nulo não era um fato, mas uma ficção). A deficiência desse entendimento mostrou-se não somente em alguns casos já previstos por lei, como nas hipóteses de convalescença do negócio nulo por defeito formal, em razão de cumprimento do pactuado,⁸¹ ou de conversão,⁸² senão também no crescente número de casos em que a jurisprudência e a doutrina passaram a admitir exceções quanto à ineficácia plena do negócio nulo. Tal ocorreu com os "contratos de fato" (*faktische Vertragsverhältnisse*) em suas várias formas,⁸³ bem como com os contratos de arrendamento que previam um aluguel usuário (*Mietwucher*): Aqui, ao invés de declarar-lhe a nulidade total, prescrita pelo § 138 BGB, preferiu a jurisprudência adaptá-lo,

reduzindo o aluguel excessivamente oneroso a um nível permissível.⁸⁴

Em todos os casos verificavam-se ao menos alguns efeitos queridos pelas partes, algo difícil de conciliar com a visão tradicional de que o negócio nulo sequer existia. Autores como Hans-Martin Pawlowski criticaram fortemente essas inconsistências, e pugnavam por uma distinção mais rigorosa entre negócio jurídico inexistente e negócio jurídico existente, mas defeituoso, capaz, no entanto, de produzir de efeitos.⁸⁵ Ao que parece, tais críticas encontraram eco, pois, como vimos, a maioria dos autores contemporâneos não equipara mais a nulidade à inexistência.⁸⁶

c) Argumentos contra a utilidade da tricotomia

(1) O plano da eficácia como único plano relevante

Um primeiro reparo que se pode fazer à tricotomia é que corresponde mal às necessidades da prática jurídica, por dar aos planos da existência e da validade uma autonomia que não merecem. Porque, para a aplicação do direito, basta distinguir dois tipos de negócios jurídicos: eficazes e ineficazes. Não importa se a causa da ineficácia é a inexistência, a invalidade ou a ineficácia simples. Nem as partes de um processo, nem tampouco o juiz querem saber se o contrato ou o testamento objeto da controvérsia é "existente" ou "válido". Eles estão apenas interessados nas consequências jurídicas. Sob esse ponto de vista, os planos de existência e validade deveriam ser no máximo subcategorias *dentro* do plano da eficácia, e não gozar de autonomia *ao lado* dele.⁸⁷ Poderíamos inclusive prescindir completamente dessas subcategorias e simplesmente juntar todos os elementos que elas contêm (declaração negocial, capacidade etc.) numa única "lista de controle" que chamaríamos de "requisitos para a eficácia do negócio jurídico". Ou, se não quisermos ir tão longe, podemos pelo menos abandonar a distinção entre requisitos cuja falta leva à nulidade do negócio e requisitos estabelecidos por lei (como a ratificação por um terceiro) cuja falta conduz à ineficácia. Porque, em ambos casos, o negócio é defeituoso, e parece arbitrário tentar estabelecer alguma diferença essencial entre as diferentes causas.⁸⁸

São provavelmente considerações desse tipo que determinam a opção dos autores alemães por ignorar a terminologia do BGB, para trabalhar apenas com a categoria da ineficácia no sentido amplo, que reuniria as questões atinentes aos planos de existência e validade, sem sequer identificá-las, na grande maioria dos casos, como subcategorias claramente definidas. Por sinal, a experiência mostra que mesmo que esse método pudesse ser criticado em razão de falta de lógica conceitual, a verdade é que não haveria maiores inconvenientes.⁸⁹ Ao contrário, tal método tem o mérito de pôr o foco na forma como a ineficácia opera: Pode ela ser invocada por todos, só por uma das partes ou só por terceiros? É suficiente uma mera declaração ou é necessária uma ação judicial? E por ultimo, de que forma é a ineficácia? Total ou parcial, opera *ex tunc* ou apenas *ex nunc*, é definitiva ou pode ser saneada?⁹⁰

Deve ser mencionado que também no Brasil identificam-se autores que preferem centrar-se na categoria da ineficácia no sentido amplo. Um exemplo era Caio Mário da Silva Pereira, não obstante chamasse o respectivo capítulo do seu Manual "Invalidade [e não: Ineficácia] do Negócio Jurídico".⁹¹ Como vimos,⁹² esta identificação sinonímica e simultânea entre os termos *ineficácia* ("Unwirksamkeit") e *invalidade* ("Ungültigkeit") também se verificou na antiga doutrina alemã.

(2) O problema de separar a nulidade da ineficácia

Uma segunda crítica que se pode fazer à tricotomia de Pontes de Miranda consiste numa inversão do argumento que antes se levantou em seu favor: Se a distinção entre nulidade (como elemento da invalidade) e ineficácia tem muito valor quanto aos casos excepcionais, em que o negócio nulo ainda produz parte dos efeitos manifestados como queridos, no que concerne aos casos por assim dizer “normais” — muitíssimo mais frequentes na prática — em que o negócio nulo é ao mesmo tempo ineficaz, ela parece ser artificial e desnecessária.⁹³ Se utilizássemos o termo “nulo” apenas no sentido de “defeituoso”, teríamos um conceito de utilidade bastante limitada, porque o que nos interessa são exatamente as consequências derivadas deste caráter defeituoso. Por isso, quando o legislador brasileiro refere-se, na parte geral do Código Civil, à “Invalidade do Negócio Jurídico”⁹⁴ e utiliza o termo “nulo” (Art. 166), não há dúvida que pressupõe a ineficácia dos respectivos negócios. Se não fosse assim, de onde resultaria a ineficácia? Seria necessária uma norma adicional que dissesse: “Salvo disposição em contrário, os negócios jurídicos inválidos não produzem os efeitos manifestados como queridos pelos agentes”.⁹⁵ É natural que os legisladores prefiram tomar o caminho inverso: Pressupõem que o negócio nulo é ineficaz, porque este é o caso normal, e se limitam a designar os casos de exceção, como o casamento.

É importante rebater aqui um possível contra-argumento: Poder-se-ia justificar a distinção entre nulidade e ineficácia dizendo que mesmo quando o negócio inválido não produz os efeitos que foram queridos pelas partes, podem-se verificar outros, não diretamente ligados ao conteúdo do negócio jurídico. É o caso dos deveres de indenização, dos deveres de restituição da prestação recebida etc. Do ponto de vista da lógica, essa distinção entre uma ineficácia *lato sensu* e uma ineficácia *stricto sensu* é correta,⁹⁶ e na doutrina alemã é tida quase por evidente.⁹⁷ Mas é obvio que a categoria da ineficácia *lato sensu* seria tão ampla, que perderia toda serventia. Porque é difícil imaginar um negócio jurídico nulo privado de qualquer efeito. É normal que a sanção da invalidade produza algum reflexo, mediato ou imediato, numa outra área do direito. Mas esses reflexos não nos interessam no momento em que queremos saber se os efeitos *queridos pelas partes* se realizam ou não. Também Pontes de Miranda aceitou esse ponto, porque o conceito da *ineficácia no sentido amplo*, por ele num primeiro momento explicado, mais tarde ganha contornos mais estritos: “A ineficácia dos negócios jurídicos tem de ser considerada tendo-se em vista a eficácia que se tinha por *fim* com êles...”.⁹⁸

É então somente a ineficácia referente ao conteúdo do negócio que nos interessa, e com isso, voltamos ao problema da distinção entre esta e a nulidade. Como resolver este impasse, se, como vimos acima, a conexão automática entre nulidade e ineficácia tampouco é viável? Uma solução parcial poderia ser dada pelo legislador: Nos casos em que ele se afastasse conscientemente do entendimento tradicional acerca da invalidade, e quisesse dar efeitos ao nulo, deveria, desde o início, evitar o termo “nulidade”, e empregar outro. O legislador alemão merece ser elogiado nesse contexto, por ter abolido, em 1998, a figura do “casamento nulo” (*nichtige Ehe*), que deu lugar ao “casamento defeituoso” (*fehlerhafte Ehe*).⁹⁹ Com tal providência deixou-se claro que o regime desse é muito diferente do regime geral dos negócios jurídicos nulos, evitando-se, assim, confusões conceituais.

É preciso, contudo, reconhecer que o legislador nunca será capaz de prever todas as situações em que será necessário reconhecer efeitos ao negócio nulo. Isso se explica pela ausência de uma teoria da nulidade que esclareça quando estamos diante de uma ineficácia total, ou, por outro lado, quando ela é somente parcial. Provavelmente essa teoria nunca será desenvolvida. Quanto aos negócios defeituosos, o único ponto incontroverso é dado pela ineficácia como a regra, e a eficácia como exceção.¹⁰⁰ Não é uma coincidência que também Pontes de Miranda se torne lacônico a propósito deste assunto, que toca um ponto crucial da sua tricotomia.¹⁰¹ Por sinal, alguns autores da doutrina brasileira contemporânea caem em contradições, quando, por um lado, pretendem basear sua obra na tricotomia de Pontes de Miranda, e por outro, eliminam a distinção entre invalidade e ineficácia ao enfrentar o conceito de nulidade.¹⁰²

Em vista destes problemas, alguns autores alemães tentaram repensar o conceito da nulidade. Heinz Hübner, por exemplo, o criticou como uma abstração mal sucedida, por abranger situações em que a ineficácia total não era o resultado desejável. O juiz se vê, então, diante de um dilema: declarar, contra a sua convicção, a ineficácia total, ou afastá-la, atuando, assim, *contra legem*.¹⁰³ Como solução, Hübner propôs uma desconstrução do conceito da nulidade, para voltar ao estudo das situações particulares por ele abrangidas, de modo a desenvolver, enfim, a solução adequada para cada uma delas. Só para certos grupos de casos, especialmente naqueles em que há uma violação da ordem pública, a solução deveria ser sempre a ineficácia total; para os demais, seriam necessárias respostas diferenciadas. De acordo com Hübner, como é impossível para o legislador encontrar uma fórmula geral, é imprescindível conceder ao juiz uma margem de discricção.¹⁰⁴

(3) O caráter meramente descritivo da tricotomia

O problema esboçado no parágrafo anterior ilustra muito bem os limites naturais da tricotomia de Pontes de Miranda: A distinção entre os planos da existência, da validade e da eficácia tem caráter meramente descritivo, e não prescritivo. Ela nos ajuda no entendimento das regras, mas não nos explica o seu fundamento. Por que alguns defeitos conduzem à nulidade do negócio jurídico e outros somente à anulabilidade? Por que em algumas situações o negócio jurídico produz efeitos apesar da sua nulidade? A tricotomia de Pontes de Miranda não é capaz de dar as respostas, e também não pretende fazê-lo. Somente uma jurisprudência de conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) se atreveria “deduzir” da tricotomia soluções para casos concretos.

4 Conclusões

A tricotomia de Pontes de Miranda, em diversos aspectos, mostrou suas virtudes, em outros, resultou ser problemática. A identificação do plano da existência é útil, porque ajuda separar os requisitos de fato, dos requisitos legais do negócio jurídico. A única crítica que talvez se possa fazer a este plano refere-se à sua nomenclatura, “existência”. Porque essa denominação cria a impressão errada de que o negócio jurídico seria uma entidade ontológica, quando, na verdade, ele, ou pelo menos os seus efeitos, são somente uma criação do ordenamento jurídico, isto é, do espírito. Parece ser mais correto, então, falar simplesmente ou da formação do negócio jurídico, ou, ao exemplo de Leenen, de seu suporte fático.

Outro aspecto útil da tricotomia reside na distinção (oriunda de Windscheid) entre invalidade e ineficácia em casos como o contrato concluído sob condição suspensiva, ou do testamento validamente redigido antes da morte do testador. Por outro lado, contudo, mostrou-se problemática a separação rigorosa entre invalidade e ineficácia em matéria de nulidade. Porque, se é verdade que essa separação revela-se adequada em casos excepcionais, acaba criando uma duplicidade desnecessária na maior parte dos casos. Enfim, a tricotomia pode ser criticada por colocar uma ênfase exagerada nos planos da existência e da validade, quando o foco deveria estar claramente no plano da eficácia.

Em resumo, a tricotomia de Pontes de Miranda consiste em uma sistematização bem-sucedida, embora não perfeita, nem a única possível. Juristas brasileiros e alemães, nesse ponto, podem aprender uns com os outros, a fim de tornarem-se mais críticos frente às doutrinas tradicionais dos próprios ordenamentos, deixando, assim, de tomá-las como pressupostos que não admitem outra alternativa.

* Agradeço à Professora Doutora Elena de Carvalho Gomes pela inestimável ajuda linguística e também pelas valiosas observações. Também agradeço ao Professor Doutor Otavio Luiz Rodrigues Jr. e ao Francisco Medina pela leitura crítica. O texto possui tom pessoal, pois foi originalmente escrito para obra em homenagem a Pontes de Miranda.

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Vorstellung vom Raume. In: DELLA VALLE, Guido (Coord.). Atti del V Congresso Internazionale di Filosofia, Napoli 5-9 Maggio 1924 (1925). Napoli: F. Perella, p. 559-565. Agradeço muito ao Professor Luiz Edson Fachin por ter-me chamado a atenção para este texto.

² RODRIGUES ALVES, Vilson. Pontes de Miranda. In: GASQUEZ RUFINO, Almir; CAMARGO PENTEADO, Jaques de (Coord.). *Grandes juristas brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 257, 273, relata que a participação de Pontes de Miranda no Congresso fora sugerida pelo próprio Einstein — a quem Pontes de Miranda tinha conhecido pouco tempo antes no Brasil — como também por Max Planck.

³ COSTA DE OLIVEIRA, Mozar *apud* RODRIGUES ALVES, *op. cit.*, nota 2, p. 274.

⁴ HEINSHEIMER, Karl (Coord.). *Brasilien: Código Civil*. Mannheim: Bensheimer, 1928. A obra constituía o volume 3 na série "Die Zivilgesetze der Gegenwart" (*As Leis Civis Contemporâneas*).

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; GOES, Carl. *Brasilien*. In: SCHLEGELBERGER, Franz (Coord.). *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*. Berlin: Vahlen, 1929. v. 1, p. 810-840.

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928. Há uma segunda edição, publicada em 1981, no Rio de Janeiro, pela Editora Forense.

⁷ Sem pretensão de completude podem ser citados: *Brasilianisches Gesetz über Unfälle bei der Arbeit. Soziale Praxis und Archiv für Volkswohlfahrt*, v. 29, p. 1519-1521, 1920; *Rechtssicherheit und innerliche Ordnung. Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehren*, v. 17, p. 1-9, 1922; *Rechtsgefühl und Begriff des Rechts. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie XVI*, p. 157-196, 1922-1923; *Begriff des Wertes und soziale Anpassung. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie XIX*, p. 627-646, 1925-1926; e *XX*, p. 77-102, 1926-1927. Finalmente, é de ser mencionada a obra filosófica: *Epiküre der Weisheit*. 2. ed. Griff: München, 1973, que parece ser baseada em trabalhos iniciais publicados pelo Autor em português.

⁸ *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie XVI*, p. 522-543, 1922-1923. A comemoração foi organizada pela "Internationale Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie" (Associação Internacional para Filosofia de Direito e de Economia).

⁹ O texto de Pontes de Miranda não contém referências pessoais a Zitelmann.

¹⁰ PAUL, Wolf. Pontes de Miranda. In: STOLLEIS, Michael (Coord.). *Juristen: Ein biographisches Lexikon, von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*. München: Beck, 2001. p. 509.

¹¹ Fundado em 1926, o Instituto em 1944 foi transferido para Tübinga (*Tübingen*), a fim de salvar a biblioteca das bombas que estavam caindo sobre a capital alemã. Em 1956, o Instituto deslocou-se para Hamburgo, onde funciona até hoje. Em 1949, ele foi formalmente incorporado à "Sociedade Max Planck" (*Max-Planck-Gesellschaft*) e rebatizado de "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht".

¹² O Harnackhaus é hoje também chamado o "Centro do 'Oxford Alemão'", ver: <<http://www.harnackhaus-berlin.mpg.de>>.

¹³ HEYMANN, Ernst. *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1930, p. 1448-1449. Segundo Heymann, foi também ele que apresentou Pontes de Miranda ao auditório, o que contradiz a versão de RODRIGUES ALVES, *op. cit.*, nota 2, p. 287, que afirma que o Jurista brasileiro teria sido apresentado por seu amigo pessoal, o Professor Martin Wolff. A despeito disso, não é improvável que Pontes de Miranda tenha sido amigo de Martin Wolff, grande civilista, comparatista e internacional privatista alemão, que nessa época era Professor na Universidade "Friedrich-Wilhelm" de Berlim (que desde 1946 chama-se Universidade "Humboldt") e conselheiro científico do "Kaiser-Wilhelm-Institut". A propósito de Wolff, é interessante registrar que no início dos anos trinta, ninguém teria podido prever seu triste destino, no capítulo mais obscuro e vergonhoso da Ciência Jurídica alemã: Por ser judeu, Wolff foi expulso, em 1935, da Universidade (de cujos colegas não recebeu solidariedade) vendo-se forçado a emigrar para a Inglaterra em 1938, onde, não obstante sua idade avançada, conseguiu iniciar uma segunda carreira acadêmica em Oxford. Sobre a vida e obra de Martin Wolff, ver DANNEMANN, Gerhard. *Martin Wolff (1872-1953)*. In: BEATSON, Jack; ZIMMERMANN, Reinhard (Coord.). *Jurists Uprooted: German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 441-461.

¹⁴ *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, hoje chamado *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, em homenagem a Ernst Rabel (1874-1855), o primeiro Diretor do Instituto, cuja história muito se assemelha à de Wolff: Por ser de origem judia, foi forçado a demitir-se de seu cargo em 1937, e emigrou para os Estados Unidos em

1939, onde trabalhou nas Universidades de Michigan e Harvard.

[15](#) A Ciência Jurídica brasileira registra outros grandes nomes que se destacaram pelo profundo conhecimento da cultura jurídica germânica. É o caso de, por exemplo, Tobias Barreto, Clóvis Beviláqua, Clóvis do Couto e Silva, Eduardo Espínola, José Carlos Moreira Alves e João Baptista Villela.

[16](#) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. v. 23. p. 125, 170 s.

[17](#) Sobre o desenvolvimento do debate na Alemanha e a crítica do dogma “não há mora sem culpa”, tido como falacioso — no que se segue a opinião minoritária — ver LOHSSE, Sebastian. §§ 286-292 BGB. *Verzug des Schuldners*. In: SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (Coord.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. v. 2, t. I: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Vor § 241-§ 304, n. 57 ss. Sobre a discussão no Brasil, ver FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 92 ss.

[18](#) RODRIGUES ALVES, *op. cit.*, nota 2, p. 291.

[19](#) No plano jurisprudencial, é impressionante a quantidade de decisões do STJ que citam Pontes de Miranda, ver RODRIGUES JR., Otavio Luiz; QUARCH, Tilman; CARÚS GUEDES, Jefferson, na sua atualização do volume VI do *Tratado de direito privado* (Revista dos Tribunais, 2013. p. 13 s.). Seria muito interessante analisar o conteúdo dessas referências, também para verificar até que ponto possuem apenas caráter retórico.

[20](#) Ver a sua resposta às observações de Clóvis do Couto e Silva à Parte Geral do Anteprojeto do Código Civil: MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 44 ss., 105.

[21](#) JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[22](#) BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004; *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004 (há edições mais recentes, às quais infelizmente não tive acesso).

[23](#) Ver, a modo de exemplo, ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de direito civil: parte geral*. 4. ed. 2010. São Paulo: Saraiva, p. 332 ss.; SENISE LISBOA, Roberto. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1 - Teoria geral do direito civil, p. 358 ss.; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1 - Parte geral, p. 310 ss.; LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 214 ss.; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1 - Parte geral, p. 411 ss., 587 ss. Porém, vamos ver mais adiante que estes autores, apesar de invocar as ideias de Pontes de Miranda, na verdade nem sempre são muito fiéis ao seu pensamento (ver *infra* nota 102). Outros autores recentes que

seguem a tricotomia são mencionados por BERNARDES DE MELLO, Marcos, na sua atualização do v. IV do *Tratado de direito privado* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; co-atualizador EHRHARDT JR., Marcos, p. 65).

²⁴ SCHMIDT, Jan Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

²⁵ REIS, Thiago. Apologie des Pandektensystems. Rezension zu: Jan Peter Schmidt, Zivilrechtskodifikation in Brasilien. *Rechtsgeschichte*, v. 18, p. 246, 249, 2011: "Wer über den AT in Brasilien spricht, denkt seit Pontes de Miranda (1892-1979) an ein theoretisches Schema, das die Rechtswelt in die Ebenen Existenz, Geltung und Wirksamkeit gliedert und damit vor allem Fragen der Rechtsgeschäftslehre zu lösen versucht".

²⁶ Ver *supra* nota 20.

²⁷ Uma das ideias centrais da parte geral (e especialmente da categoria do negócio jurídico) no plano legislativo (e nisso não há diferença entre o BGB e o Código Civil) consiste em estabelecer regras que, dado seu maior grau de abstração, tenham aplicação em toda a parte especial do Código. Dessa forma se pode prescindir de repetições, e se evitam lacunas e diferenciações não intencionadas, ver MOREIRA ALVES, *op. cit.*, nota 20, p. 21 ss.; SCHMIDT, *op. cit.*, nota 24, p. 312 ss. A distinção entre os planos de existência, validade e eficácia, por seu turno, não se refere a essa função legislativa do conceito do negócio jurídico, senão à sua estrutura interna doutrinária, que independe do sistema do Código.

²⁸ Também as doutrinas italiana e portuguesa — para ficarmos com alguns exemplos — têm dedicado bastante atenção à estrutura do negócio jurídico. Mas naturalmente não são as únicas merecedoras de maior aprofundamento. Ver, por exemplo, a excelente comparação entre Alemanha e Hungria feita por FÖLDI, András. Zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit im modernen Zivilrecht. In: HAMZA, Gábor (Coord.). *Symposion Hundert Jahre BGB: Entwicklung des Privatrechts im deutschen und mittel-osteuropäischen Sprachraum seit dem Inkrafttreten des BGB*. Budapest: Bibliotheca Iuridica, 2006. p. 20-34.

²⁹ É interessante olhar e comparar, por exemplo, os *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (PICC, <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>>), o *Draft Common Frame of Reference* (DCFR, <http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf>) e o anteprojeto do *Code Européen des contrats* (<<http://www.accademiagiuristieuropei.it>>). Os dois primeiros fazem uma distinção genérica entre a formação (*formation*) e a validade (*validity*) do contrato/negócio jurídico (podemos entender a *formation* como "existência"), mas empregam também o conceito da ineficácia ("ineffectiveness") em uma série de artigos. O terceiro texto, por outro lado, regula, a par da "nullité" e da "annulabilité", a "inexistence", a "inefficacité" e a "inopposabilité" (art. 137 ss.). Naturalmente é necessária uma análise mais profunda para saber até que ponto esses conceitos são entendidos da mesma maneira como na obra de Pontes de Miranda.

³⁰ Ver principalmente Pontes de Miranda, *op. cit.*, nota 16, v. IV, 1954, p. 3 ss.; e v. V, 1955, p. 68 ss. Vale registrar que o autor volta ao assunto muitas outras vezes, o que nem sempre facilita o

entendimento de seu ponto de vista. Uma apresentação mais sucinta da tricotomia é dada por JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *op. cit.*, nota 21, p. 23 ss.

³¹ Para outros exemplos ver BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, *op. cit.*, nota 22, p. 95.

³² Isto não é surpreendente, se levamos em consideração que os juristas romanos sempre partiam do caso concreto e em geral não faziam muitos esforços de generalização, nem de abstração. Além disso, a elaboração de categorias gerais foi dificultada pela coexistência do *ius civile* com o *ius honorarium*.

³³ Ver HÜBNER, Heinz. Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften. In: BEHRENDTS, Okko *et al.* (Coord.). Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1978. p. 399 ss.; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 678 ss.; MENEZES CORDEIRO, António. Da ineficácia civil: reflexões críticas. In: MENEZES CORDEIRO, António *et al.* (Coord.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1, p. 233, 234 s.

³⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1841, v. 4, p. 536 ss.

³⁵ A primeira chamou também de “Ungültigkeit” completa, e a segunda, de “Ungültigkeit” incompleta. Enquanto a *nulidade* era, segundo Savigny, já uma categoria reconhecida naquele tempo, a *anulabilidade* representou uma criação sua. Ela foi o resultado da abstração de múltiplas hipóteses, cujo elemento comum repousava no fato de depender a ineficácia da alegação de uma determinada pessoa. Ver SAVIGNY, *op. cit.*, nota 34, p. 536 s.

A criação da categoria da *anulabilidade* e a sua colocação, pela falta da eficácia, ao lado da nulidade, cuja origem histórica e dogmática era muito diversa, constituiu uma decisão bastante inovadora naquele momento, que viria exercer enorme influência posteriormente. Ver MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, nota 33, p. 237 ss.; HARDER, Manfred. Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen. *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 173, p. 209-226, 1973.

³⁶ SAVIGNY, *op. cit.*, nota 34, p. 536 s., 540.

³⁷ LEONHARD, Rudolf. *Der allgemeine Theil des bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft*. Berlin: Guttentag, 1900. p. 429. Também PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, nota 16, v. IV, 1954, p. 10 ss.

³⁸ Ver também Földi, *op. cit.*, nota 28, p. 24.

³⁹ WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Düsseldorf: Buddeus, 1862. v. 1, § 82, p. 178 s. A distinção entre invalidade e ineficácia já se encontrava também em: WINDSCHEID, Bernhard. *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*. Düsseldorf: Buddeus, 1847. p. 1. A importante contribuição de Windscheid é também destacada por BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Ineficácia do ato jurídico e a reforma do Código Civil*, 1966, p. 1 *apud* JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *op. cit.*, nota 21, p. 53. Porém, veremos que a afirmação de que

“[o]s grandes juristas alemães não tardaram em desenvolver o estudo da ‘ineficácia’ em todas suas consequências e sua doutrina veio a ser consagrada plenamente no Código Civil alemão” dá mais crédito à doutrina alemã do que ela realmente merece.

⁴⁰ Ver LEONHARD, *op. cit.*, nota 37, p. 432; FIGGE, Wilhelm. *Der Begriff der Unwirksamkeit im B.G.B.* Berlin: Hayn, 1902, p. 23 ss.

⁴¹ WINDSCHEID, *op. cit.*, nota 39, § 70, p. 148.

⁴² WINDSCHEID, *op. cit.*, nota 39, § 82, p. 179.

⁴³ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, nota 16, v. IV, 1954, p. 11.

⁴⁴ CROME, Karl. *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Erster Band Tübingen: Mohr, 1900. p. 345; DORN, Franz. §§ 134-137. In: SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (Coord.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, v. I: Allgemeiner Teil, §§ 1-240. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. n. 31 ss.

⁴⁵ Muito ilustrativo nesse sentido ZITELMANN, Ernst. *Irrtum und Rechtsgeschäft: Eine psychologisch-juristische Untersuchung*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1879, p. 282 ss., com muitas referências a outras obras daquela época.

⁴⁶ Como veremos *infra* II.2.c(2), os debates continuaram também depois da promulgação do BGB.

⁴⁷ “Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen worden wäre”.

⁴⁸ Ver também a crítica de PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, nota 16, v. IV, 1954, p. 24 s.

⁴⁹ Ver “Protokolle”. In: MUGDAN, Benno (Coord.). *Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil. Berlin: Decker, 1899. v. 1, p. 726.

⁵⁰ Ver *supra* nota 8.

⁵¹ ZITELMANN, Ernst. *Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Zweiter Theil Berlin: J. Guttentag, 1890. p. 69 ss., 161 s.

⁵² Ver também FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft. 3. ed. Berlin, Heidelberg: Springer, 1979. p. 548 s.; Földi, *op. cit.*, nota 28, p. 20 s.

⁵³ Em tempos recentes, o legislador alemão tem-se valido de técnica parecida no direito do consumo, a fim de estabelecer um tipo de “ineficácia unilateral”: A propósito de certas cláusulas ou obrigações, a lei estabelece que o consumidor “não fica por elas vinculado”, ou que o empresário “não as pode invocar”. Ver por exemplo § 358 I BGB (“ist nicht gebunden”); § 475 I BGB (“kann sich nicht berufen”).

[54](#) Ver também JACOBI, Leonhard. Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zur Begriffslehre des deutschen bürgerlichen Rechts. *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 86, p. 51-154, 1896; TILL, Ernest. Fehlerhafte Rechtsgeschäfte: Ein methodologischer Versuch aus dem Bereiche des österreichischen Zivilrechts. *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift)*, v. 40, p. 209-231, 1914, que se refere especialmente ao Direito austríaco.

[55](#) LEONHARD, *op. cit.*, nota 37, p. 433 ss.

[56](#) LEONHARD, *op. cit.*, nota 37, p. 433.

[57](#) Hoje o regime do casamento defeituoso é diverso, e a argumentação de Leonhard não se pode aplicar da mesma forma; ver os §§ 1313 ss. BGB.

[58](#) LEONHARD, *op. cit.*, nota 37, p. 433, 439.

[59](#) "... kunstvoll, aber hochnothpeinlich...", Leonhard, *op. cit.*, nota 37, p. 440.

[60](#) LEONHARD, *op. cit.*, nota 37, p. 440.

[61](#) LEONHARD, *op. cit.*, nota 37, p. 440 ss.

[62](#) FIGGE, *op. cit.*, nota 40, p. 23 ss.

[63](#) FIGGE, *op. cit.*, nota 40, p. 63.

[64](#) FIGGE, *op. cit.*, nota 40, p. 64.

[65](#) Ver por exemplo VON TUHR, Andreas. *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Zweiter Band. Erste Hälfte. Berlin: Duncker & Humblot, 1914. p. 273; ENNECCERUS, Ludwig. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Erster Band, erste Abteilung. 7. Aufl. Marburg: Elwert, 1919. p. 514, e ainda ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Zweiter Halbband. 15. Aufl. Tübingen: Mohr, 1960, p. 1209 s.; COSACK, Konrad. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Erster Band. 7. ed. Jena: Fischer, 1922. § 76; LEHMANN, Heinrich. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 2. ed. Berlin und Leipzig: de Gruyter, 1922. § 27; MANIGK, Alfred. Unwirksamkeit. Ungültigkeit. In: STIER-SOMLO, Fritz; ELSTER, Alexander (Coord.). *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*. Berlin: de Gruyter, 1929, v. VI, p. 292, 298 ss.; LANGE, Heinrich. *BGB, Allgemeiner Teil*. München & Berlin: Beck, 1952. p. 291 ss.; FLUME, *op. cit.*, nota 52, p. 548 s. Uma das poucas exceções era CROME, *op. cit.*, nota 44, § 80, cuja posição era próxima à de Leonhard e Figge.

[66](#) Durante um tempo os termos "Ungültigkeit" e "Unwirksamkeit" foram utilizados basicamente como sinônimos, ver, por exemplo, VON TUHR, *op. cit.*, nota 65, § 55; ou MANIGK, *op. cit.*, nota 65. ENNECCERUS; NIPPERDEY, *op. cit.*, nota 65, parecem ter sido os últimos em empregar a "Ungültigkeit" como categoria geral (§ 202).

[67](#) Ver, dos tratados mais recentes, por exemplo: HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 2. ed. Berlin: Gruyter, 1996. § 39; MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: Müller, 2010. § 34; BORK, Reinhard. *Allgemeiner Teil des*

Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. n. 1203 ss. No mesmo sentido, já CROME, *op. cit.*, nota 44, §§ 80 ss.; ZITELMANN, Ernst. *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*: Allgemeiner Teil. Leipzig: Duncker & Humblot, 1900. p. 101 ss.

⁶⁸ BORK, *op. cit.*, nota 67, § 28, n. 1203 ss.; WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 10. ed. München: Beck, 2012. § 55 (as edições anteriores eram ainda da (co-)autoria de Karl Larenz); MEDICUS, *op. cit.*, nota 67, § 34; BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. Köln: Heymann, 2007. § 21; HÜBNER, *op. cit.*, nota 67, § 39. Na mesma linha também FLUME, *op. cit.*, nota 52, p. 26 *et seq.*, que porém prefere analisar “Nichtigkeit und Anfechtbarkeit” (Nulidade e anulabilidade) em um capítulo próprio.

Há também autores que preferem empregar “o caráter defeituoso” (*Fehlerhaftigkeit* — que poderia ser melhor traduzido para o português por meio do neologismo “defeituosidade”) do negócio jurídico como categoria geral (ver já JACOBI, *op. cit.*, nota 54; ou hoje KÖHLER, Helmut. *BGB*. Allgemeiner Teil, 24. ed. München: Beck, 1998. § 22; e HEINRICHS, Helmut. Überbl v § 104. *In*: PALANDT, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 71. ed. München: Beck, 2012. n. 26). A única diferença em relação à “ineficácia” parece residir na exclusão dos casos em que a eficácia do negócio depende da realização de uma condição (certamente não seria convincente caracterizar o negócio como “defeituoso” nesse caso).

⁶⁹ Ver também FÖLDI, *op. cit.*, nota 28, p. 25.

⁷⁰ Ver, por exemplo, MEDICUS, *op. cit.*, nota 67, § 34; parecido WOLF; NEUNER, *op. cit.*, nota 68, § 55; HÜBNER, *op. cit.*, nota 67, § 39; BORK, *op. cit.*, nota 67, n. 1204.

⁷¹ ZITELMANN, *op. cit.*, nota 67, p. 102; LEONHARD, *op. cit.*, nota 37, p. 423 ss. Ver também VON TUHR, *op. cit.*, nota 65, p. 275 s.; MANIGK, *op. cit.*, nota 65, p. 295 s., 301 s.

⁷² ENNECCERUS; NIPPERDEY, *op. cit.*, nota 65, p. 1211 s.; COING, Helmut. Rechtsgeschäfte. Einleitung. *In*: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil. 11. ed. Berlin: de Gruyter, 1957. v. 1, n. 29 (Coing reconhece, porém, que o negócio nulo ainda pode produzir efeitos).

⁷³ Ver por exemplo FLUME, *op. cit.*, nota 52, p. 78 ss., 547 s., 550; BORK, *op. cit.*, nota 67, n. 1207. WOLF; NEUNER, *op. cit.*, nota 68, § 55, n. 8; HEINRICHS, *op. cit.*, nota 68, ns. 3, 28. No contexto do casamento, VOPPEL, Reinhard. Vorbemerkungen zu §§ 1313 ff. *In*: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einleitung zum Familienrecht; §§ 1297-1352; Anhang zu §§ 1297 ff. Berlin: Sellier/de Gruyter, 2012, n. 20 ss., distingue o casamento defeituoso do “não casamento” (*Nichtehe*).

Em câmbio, ainda não distinguem claramente a nulidade da inexistência autores como MEDICUS, *op. cit.*, nota 67, § 34, n. 487; ROTH, Herbert. § 142. *In*: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1 Allgemeiner Teil, §§ 139-163. Berlin: Sellier/de Gruyter, 2010. n. 4; BROX; WALKER, *op. cit.*, nota 68, ns. 352, 438.

⁷⁴ Ver especialmente LEENEN, Detlef. *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*. Berlin: de Gruyter, 2011. §§ 5-10; antes já, LEENEN, Detlef. Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Dogma und Methodik in der Fallbearbeitung. *Juristische Ausbildung*, 2007, p. 721, 722 ss.; LEENEN,

Detlef. Willenserklärung und Rechtsgeschäft in der Regelungstechnik des BGB. *In*: HELDRICH, Andreas *et al.* (Coord.). *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 2007. v. 1, p. 699, 702 ss.

[75](#) Vale observar que a sistematização de Leenen, da mesma forma que a de Pontes, não é totalmente independente da doutrina alemã anterior.

[76](#) Outra possível fonte de inspiração para Pontes de Miranda pode ter sido a famosa obra de JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Dritter Theil, Erste Abtheilung. 4. ed. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1888, que distinguia três aspectos do negócio jurídico: 1. O ato exterior do comportamento ("der äußere Akt der Handlung als solcher"); 2. Os requisitos da sua validade ("die Erfordernisse seiner Wirksamkeit – Thatbestand"); e 3. Os efeitos do negócio jurídico ("die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts"), p. 152 ss. Na p. 174, Jhering diz "Wirkungen" em vez de "Wirksamkeit", o que parece corresponder ao uso mais exato da terminologia, porque marca melhor a diferença com a categoria 2.

[77](#) Mesmo assim, parece ser discutível falar de uma contribuição científica original de Pontes de Miranda, como faz BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, nota 23, p. 64.

[78](#) Esse ponto é especialmente destacado por Leenen, ver *supra* nota 74.

[79](#) Ver também JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Inexistência, invalidade e ineficácia. *In*: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 111, 115. Sobre a contrariedade do testamento aos bons costumes (o que conduz à sua nulidade, segundo o § 138 I BGB), a jurisprudência e doutrina alemã distinguem, com efeito, o momento da sua redação, do de sua eficácia (morte do testador), argumentando que relevante é o segundo momento, dotado que é de implicações práticas, sobretudo nos casos em que se verifica muito tempo depois da celebração do ato de última vontade, aliado a uma mudança na moral pública. Ver sobre a discussão KROPFENBERG, Inge. *Privatautonomie von Todes wegen: Verfassungs- und zivilrechtliche Grundlagen der Testierfreiheit im Vergleich zur Vertragsfreiheit unter Lebenden*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 34 ss., 344 ss.

[80](#) Parece curioso, porém, que Pontes de Miranda tenha querido excluir essa situação do plano da ineficácia, ao argumento de que a falta de produção de efeitos era exatamente uma consequência do contrato (*op. cit.*, nota 16, v. V, 1955, p. 70). Este raciocínio é perspicaz, mas ao mesmo tempo algo rebuscado, pois se é verdade que, quanto a este aspecto, realizam-se, sim, as intenções dos agentes, o mesmo não vale para o conteúdo principal do contrato. Além disso, é estranho que Pontes de Miranda cite Leonhard como defensor da mesma opinião, porque este Autor, ao contrário, destaca expressamente a condição suspensiva como um caso da ineficácia simples (LEONHARD, *op. cit.*, nota 37, p. 434 s., 440 s.).

[81](#) Ver por exemplo § 311 I BGB (obrigação de transmitir a propriedade de um imóvel) ou § 518 II BGB (doação).

[82](#) § 140 BGB (*Umdeutung*).

[83](#) Essa doutrina foi desenvolvida para os casos em que um contrato, segundo o BGB, era nulo ou

anulável (por falta de capacidade ou vícios de vontade, por exemplo), mas em que a completa ausência dos efeitos queridos pelas partes conduziria a resultados indesejáveis, principalmente pela dificuldade de restituir as prestações recebidas ou por prejudicar os interesses de terceiros. Hoje em dia, a teoria dos “contratos de fato” é ainda de grande relevância no Direito do trabalho e no Direito das sociedades, enquanto que no direito geral dos contratos tem sido abandonada, ver OLZEN, Dirk. § 241. In: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 Schuldrecht, Einleitung zu §§ 241ff; §§ 241-243 (Treu und Glauben). Berlin: Sellier/de Gruyter, 2009. n. 94 ss.

[84](#) Deve ser frisado que essa não é a solução universal para os contratos nulos por violação dos bons costumes. No caso do mútuo usuário, por exemplo, a jurisprudência se recusa a admitir uma redução da taxa de juros a um nível permissível, e em vez disso declara ineficácia total do contrato. Em combinação com a regra da segunda parte do § 817 BGB, que impede a reclamação de uma prestação feita em violação da lei ou dos bons costumes, tal orientação termina por fazer com que o mutuário receba o dinheiro sem obrigação de pagar juros (isto é, de graça) pelo tempo que era previsto no contrato (que, então, pelo menos nesse ponto gera um efeito!). A impossibilidade de redução da taxa de juros a um nível permissível, nesse caso, repousa no desejo de sancionar o mutuante que cobra juros excessivos, com vistas a gerar um efeito preventivo (que faltaria, se o mutuante não corresse nenhum risco, como ocorreria caso soubesse que faria jus ao menos à taxa de juros considerada permissível). Seja como for, o tratamento diferenciado das situações de arrendamento e de mútuo parece pouco consistente. Sobre o tema ver CAHN, Andreas. Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht. *Juristenzeitung*, p. 8, 11 ss., 1997; ARMBRÜSTER, Christian. § 138. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 6. ed. München: Beck, 2012. v. 1, n. 157 ss.

[85](#) PAWLOWSKI, Hans-Martin. *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen: Zum Verhältnis von Parteiautonomie und objektivem Recht*. Göttingen: Schwartz, 1966; ver também CAHN, *op. cit.*, nota 84, p. 8 ss.

[86](#) Ver *supra* nota 73. Deve ser destacado, porém, que a ficção de tratar certos aspectos de um negócio como “inexistentes” ou “não escritos”, mesmo quando efetivamente concretizados, tem-se mostrado técnica legislativa útil em alguns campos. Isto vale especialmente para certos tipos de condições, cuja qualificação como “inexistente” (ver, por exemplo, art. 124 do Código Civil) assegura que o conteúdo do negócio valha incondicionalmente. Conseguir esse resultado mediante emprego dos conceitos de “nulo” ou de “ineficaz” seria mais difícil, uma vez que surgiria sempre a questão, sobre se a nulidade ou a ineficácia da condição afetariam também o resto do negócio.

[87](#) O método de Pontes de Miranda é levado ao extremo por BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, nota 22, que dedica tomos próprios a cada plano, no que leva a cabo, inclusive, uma separação física da matéria.

[88](#) Ver também já LEONHARD, *supra* II.2.c(1).

[89](#) Também HELLWEGE, Phillip. Unwirksamkeit. In: BASEDOW, Jürgen; HOPT, Klaus J.; ZIMMERMANN, Reinhard (Coord.). *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 1582 ss. não vê problemas em incluir a inexistência na categoria da ineficácia no sentido amplo. Além disso, considera Hellwege que somente essa última seria adequada do ponto

de vista do direito comparado.

[90](#) Muito claro nesse sentido HELLWEGE, *op. cit.*, nota 89, p. 1584 ss.

[91](#) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 1 - Introdução ao direito civil, capítulo XXII, p. 436 ss. BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, nota 23, p. 65 s., cita como outro exemplo nesse sentido Humberto Theodoro Jr.

[92](#) Ver *supra* nota 66.

[93](#) Ver também JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *op. cit.*, nota 21, segundo o qual os negócios nulos “não passam para o plano da eficácia” e a hipótese do negócio nulo que produz efeitos é “a exceção, que confirma a regra” (p. 64). O próprio autor admite haver uma certa contradição entre estas afirmações e sua exigência, articulada algumas páginas antes (p. 49 ss.), de distinguir estritamente entre os planos de invalidade e ineficácia.

[94](#) Capítulo V do Livro III.

[95](#) Esta, porém, parece ser a solução do anteprojeto do *Code Européen de Contrats* (*supra* nota 29), que primeiro regula a nulidade, para depois determinar os seus efeitos (art. 140 s.).

[96](#) A ineficácia *stricto sensu*, exposta aqui, não deve ser confundida com a ineficácia em sentido estrito, ou ineficácia simples explicada *supra* (nota 40), que serve para distinguir, dentro dos negócios ineficazes, os válidos, dos inválidos.

[97](#) Ver já LEONHARD, *op. cit.*, nota 37, p. 431; CROME, *op. cit.*, nota 44, p. 345; ou hoje HEINRICHS, *op. cit.*, nota 68, n. 28, por exemplo.

[98](#) Pontes de Miranda, *op. cit.*, nota 16, v. 5, 1955, p. 69 (grifos no original). Para marcar mais claramente a diferença, Pontes de Miranda chama a ineficácia em sentido amplo também de “indiferença” (*op. cit.*, nota 16, v. 5, 1955, p. 70).

[99](#) *Eheschließungsgesetz* (Lei sobre a celebração do matrimônio), de 04 de maio de 1998.

[100](#) Ver também BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, *op. cit.*, nota 22, p. 14 ss., 224 ss.

[101](#) “De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo” (*op. cit.*, nota 16, v. IV, 1954, p. 7). “A nulidade acarreta, de ordinário, ineficácia” (*op. cit.*, nota 16, v. 5, 1955, p. 71).

[102](#) Ver, por exemplo, SENISE LISBOA, *op. cit.*, nota 23, p. 360: “Nulo é o ato inválido. É ato que não produz efeito”. No mesmo sentido GONÇALVES, *op. cit.*, nota 23, p. 433. Outros autores se afastam ainda mais do entendimento original das categorias de Pontes de Miranda, ver, por exemplo, ULHOA COELHO, *op. cit.*, nota 23, p. 333, que conjuga elementos normativos e elementos fáticos: “O negócio jurídico é eficaz quando, independentemente de sua validade, é cumprido por completo pelas partes”. Qualquer que seja o valor dessa concepção, parece algo equivocado apresentá-la no contexto das lições de Pontes de Miranda.

[103](#) HÜBNER, *op. cit.*, nota 33, p. 405 ss.

[104](#) HÜBNER, *op. cit.*, nota 33, p. 409 s. Um esforço parecido para redefinir o conceito da nulidade faz CAHN, *op. cit.*, nota 84.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia "existência, validade e eficácia do negócio jurídico". *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr. 2014.

Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=119856>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia "existência, validade e eficácia do negócio jurídico". *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 135-158, jan./abr. 2014.