

REVISTA DE DIREITO CIVIL



CIDPI Faculdade de Direito
Universidade de Lisboa

ANO III (2018), NÚMERO 2

TRIMESTRAL | € 22

DIRETOR: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

DOCTRINA

Maria Margarida Silva Pereira/Lourenço Noronha dos Santos, *Legado em substituição da legítima e direito de representação*

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, *Direito ao esquecimento*

A. Barreto Menezes Cordeiro, *Dados pessoais: conceito, extensão e limites*

José Ferreira Gomes, *A nulidade do negócio jurídico por contrariedade à lei (artigos 294.º e 280.º/1 CC): normas de conduta v. normas de validade*

Rui Soares Pereira, *A probática na Ciência do Direito e a relevância do recurso ao método do caso para a teoria da prova*

Francisco Cortez/Rita Nunes dos Santos, *Como conseguir em Tribunal a junção de documentos em poder da parte contrária e de terceiros: regime legal e considerações práticas*

Joana Leal de Macedo Vitorino, *A impossibilidade subjetiva das prestações fungíveis e o dever de substituição do devedor*

Luís Felipe Silva, *Venda/cessão onerosa de coisa ou direito litigioso: estado das questões sob a perspectiva do Direito comparado*

RECENSÃO

Fernando Oliveira e Sá, *Um Livro sobre o Livro*


ALMEDINA

ÍNDICE

DOCTRINA

MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA/LOURENÇO NORONHA DOS SANTOS <i>Legado em substituição da legítima e direito de representação.</i>	269
RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE <i>Direito ao esquecimento</i>	281
A. BARRETO MENEZES CORDEIRO <i>Dados pessoais: conceito, extensão e limites.</i>	297
JOSÉ FERREIRA GOMES <i>A nulidade do negócio jurídico por contrariedade à lei (artigos 294.º e 280.º/1 CC): normas de conduta v. normas de validade</i>	323
RUI SOARES PEREIRA <i>A probática na Ciência do Direito e a relevância do recurso ao método do caso para a teoria da prova</i>	351
FRANCISCO CORTEZ/RITA NUNES DOS SANTOS <i>Como conseguir em Tribunal a junção de documentos em poder da parte contrária e de terceiros: regime legal e considerações práticas</i>	367
JOANA LEAL DE MACEDO VITORINO <i>A impossibilidade subjetiva das prestações fungíveis e o dever de substituição do devedor</i>	387
LUÍS FELIPE SILVA <i>Venda/cessão onerosa de coisa ou direito litigioso: estado das questões sob a perspectiva do Direito comparado</i>	421

RECENSÃO

FERNANDO OLIVEIRA E SÁ

Um Livro sobre o Livro 445

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Estatuto Editorial 457

Crítérios de publicação 461

Venda/cessão onerosa de coisa ou direito litigioso: estado das questões sob a perspectiva do Direito comparado

DR. LUÍS FELIPE SILVA

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Sobre o sentido e alcance da expressão coisa ou direito litigioso*. 3. *Proibições de cessão ou venda de coisa ou direito litigioso*: 3.1. *Hipóteses legais de proibição de negociar*; 3.2. *Exceções às proibições impostas*; 3.3. *Consequências decorrentes da violação às proibições de cessão/venda de coisa ou direito litigioso*. 4. *Conclusão*.

1. **Introdução**

O firmamento de contratos de venda de *coisa ou direito litigioso* constitui corolário do princípio da livre disponibilidade de bens, pois se assim não fosse, qualquer demanda, mesmo que manifestamente infundada, teria o condão de obstaculizar um negócio jurídico, ou seja, a qualquer cidadão que desejasse impedir uma operação, ainda que sem nenhuma razão jurídica relevante para tanto, bastaria instaurar um litígio para satisfazer sua conveniência, situação insustentável em um cenário econômico de fomento à circulação de riquezas¹.

No Direito Português, o preâmbulo do artigo 876 do Código Civil não deixa a menor dúvida quanto a viabilidade de se vender algo que ainda é objeto de contenda, ressalvando-se o impedimento de alguns personagens, conforme será discorrido mais amiúde no tópico que aborda as proibições de cessão de direitos, cujo regime abrange as operações de compra e venda.

Em Brasil, a interpretação invertida do artigo 497, III do Código Civil de 2002 em combinação com o artigo 109, *caput* do novel diploma processual não deixa menor questão quanto à trafegabilidade jurídica de objeto de disputa

* Advogado. Sócio em Pedrosa, Freitas e Silva Advogados (BRA).

¹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 18.

judicial, impondo apenas restrição de negociar à determinadas autoridades, tal como se dá em solo luso.

A propósito, segundo Romano Martinez¹, não tratamos de modalidade de contrato de compra e venda em si, mas de uma limitação à autonomia de vontade. E esta redução imposta à liberdade de contratar visa resguardar a idoneidade e moralidade dos órgãos públicos da influência de seus respectivos agentes nos negócios que envolvem objeto de contenda jurídica.

Ressalte-se que o assunto vem a calhar com a conjuntura política atual, particularmente no Brasil, onde sucessivos escândalos de corrupção e improbidade por agentes públicos reclamam maior lisura das instituições, de modo que o interesse privado sequer avizinhe-se à supremacia do interesse público.

Imperioso, portanto, o exame do estado atual das controvérsias acerca do tema com escopo de se perquirir as melhores soluções propostas pelos ordenamentos jurídicos em testilha. Não sem antes fazermos breves notas acerca da evolução do conceito de *coisa e direito litigioso*.

2. Sobre o sentido e alcance da expressão *coisa/direito litigioso*

Há muito se discute o sentido e alcance da expressão *coisa/direito litigioso*², sendo impositivo fazermos um breve panorama a respeito do que até aqui se construiu desde o século passado.

A Doutrina Clássica do Século XX, sobretudo na Itália, compreendia a *coisa ou direito litigioso* pura e simplesmente como um direito material. Nesta esteira é o posicionamento de Chiovenda³ ao falar em *sucessão no direito substancial que é objeto da lide*, entendimento este vulnerado ao argumento de que o objeto inexistente no plano do direito material.

De Marini⁴, *cum grano salis*, faz coro a esse entendimento ao afirmar que o objeto litigioso deve ser tratado como um *minus*, pois que situado em patamar inferior ao que podemos classificar como direito subjetivo perfeito, no entanto esbarra na indefinição substantiva, tal qual a teoria de Chiovenda.

¹ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações (Parte Especial)*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 129.

² A duplicação *direito/coisa*, de acordo com a doutrina, advém da antiga tradição das Ordenações do Reino que deu origem às duas nações: Portugal e Brasil. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Alienação da Coisa Litigiosa*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 2)

³ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Alienação da Coisa Litigiosa*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 35.

⁴ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Alienação da Coisa Litigiosa*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 37.

Na contramão do que até então havia se edificado, ao comentar a respeito do lançamento da obra de De Marini acima mencionada, Carnelutti⁵ pontuou ser inconcebível admitir a existência de um direito enquanto o mesmo ostenta a condição de litigioso, contestado ou controvertido, compreendendo-o como *direito de sucessão na lide*, tentativa esta não menos frustrada do que as anteriores por desconsiderar a relação com o direito material.

Registre-se, ademais, a concepção de Nicola Picardi⁶ de um *direito subjetivo ao provimento de mérito*, no entanto fragilizada por obrar no equívoco de simplesmente transpor o problema da sucessão no direito material (ainda incerto) para a sucessão no direito processual.

Não obstante o primor das teorias expostas, as soluções propostas ignoram a ambiguidade do instituto, que ostenta um carisma fronteiro entre direito substantivo e adjetivo.

Portanto, não se deve olvidar que a alienação onerosa de objeto de litígio, pelo menos entre as partes contratantes, repercute no direito material⁷, pois que o contrato é oponível ao signatário alienante, que não mais poderá se insurgir em relação a titularidade do que alienou.

Fechando o mosaico de doutrinas clássicas do Século XX, de acordo com C. A. Oliveira⁸ a *coisa/direito litigioso* constitui categoria própria que transita tanto no plano material quanto processual, pelo que falharam as tentativas anteriores de plasmar o instituto a uma ou outra categoria.

Feita a digressão quanto aos clássicos, passemos a análise do estado atual da arte.

No Brasil inexistente disposição legal a significar *coisa/direito litigioso*, e, em verdade, isto não tem despertado preocupação para a doutrina.

Em dissertação sobre a temática, Eduardo Gusmão Neto⁹ menciona que a expressão *coisa/direito litigioso* não constitui figura jurídica própria ou inovadora, mas um momento de incerteza vivido pelo direito material, posição muito próxima da defendida por Chiovenda, conforme já mencionado alhures, sem desprezar, contudo, a repercussão do negócio no âmbito do processo.

⁵ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Alienação da Coisa Litigiosa*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 37.

⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Alienação da Coisa Litigiosa*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 44.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: Comentado Artigo por Artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Alienação da Coisa Litigiosa*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.51.

⁹ NETO, Eduardo Gusmão Alves de Brito. *Sucessão no Direito Controverso*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 34.

Ademais, tal entendimento é bem representativo para demonstrar que a preocupação maior da doutrina brasileira não está propriamente em concluir o significado, mas sim, numa ótica pragmática, delimitar o período em que protraí o *status* de incerteza do direito devido a pendência da demanda judicial. É o que será analisado mais adiante.

Já no Direito Português vigente, o artigo 579, n.º 3 do Código Civil assim preenche o conceito: “Diz-se litigioso o direito que tiver sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral, por qualquer interessado”.

De acordo com o texto legal a ideia de litigiosidade está ligada à contestação submetida por qualquer interessado de um direito a um juízo contencioso, ainda que arbitral. Todavia, há de se notar certa imprecisão sobre o que o legislador quis significar com a palavra *contestado*.

A mesma indefinição não acontece em Espanha, pois o Código Civil pátrio, em seu artigo 1535, dispõe que “se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo”.

Pelo que se depreende do texto do dispositivo do Código Civil Espanhol, o mesmo fala em “se conteste a la demanda” inexistindo, assim, abertura semântica para outra acepção do que se deve entender por *contestação*, senão a defesa apresentada pelo réu contra as razões veiculadas na demanda proposta pelo autor, de onde se tira que a litigiosidade da *coisa/direito* pressupõe existência de uma relação triangular. É o que defende a clássica doutrina espanhola de Albaladejo¹⁰ acompanhado por Badenness Gasset¹¹.

O mesmo consenso não encontramos em Portugal quanto ao sentido da *contestação*.

Para a corrente encabeçada por Baptista Lopes¹², compreende-se *contestação* em seu sentido técnico mais estrito, de modo que o objeto só se torna litigioso quando impugnado pelo réu em sua substância, ou seja, quando há resistência ofertada em face do conteúdo.

Portanto, a mera distribuição da ação, segundo esse entendimento, não faz litigiosa a *coisa/direito*, assim como também não o faz a oposição restrita à temas formais e nulidades ou, ainda, se o réu é revel no processo. Inobstante a falta de precisão do legislador ao empregar a palavra *contestado*, o entendimento supra não parece refletir a vontade por ele querida com a edição do n.º 3 do artigo 579 do Código Civil Português, que evidencia a mudança de perspectiva com a

¹⁰ ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil Espanhol – II Derecho de Obligaciones*. Barcelona: Libreria Bosch, 1984, p. 314.

¹¹ GASSET, Ramon Badenes. *El Contrato de Compraventa – V. 2*. Madri: Technos, 1969, p. 1161.

¹² LOPES, Manuel Baptista. *Do Contrato de Compra e Venda no Direito Civil, Comercial e Fiscal*, Coimbra: Almedina, 1971, p. 65.

supressão da palavra “substância” constante do artigo 788 do Código de Seabra, diploma civil vigente até 1967 em Portugal.

Com efeito, o Código Civil lusitano vigente aboliu a necessidade, outrora estabelecida pelo vetusto Código Civil de se *contestar* a “substância” do ato, isto é, o conteúdo de fundo do objeto, o que redundava, portanto, em maior abertura do significado.

Logo, mais coerente com a intenção do legislador português é o posicionamento de outra corrente doutrinária, cuja percepção sobre a expressão *contestado em juízo* tem maior amplitude¹³.

Isto porque a propositura da ação pelo autor já configura uma *contestação*, ao passo que a oposição do réu, independente de atacar a substância do direito controvertido é o bastante para tornar litigioso o objeto. Neste sentido é vasta a jurisprudência de Portugal¹⁴.

Ainda sobre o tema, destaque-se lição precisa a respeito do artigo 579, n.º 3 do Código Civil Português por Paula Costa e Silva¹⁵, que propõe a abstração do sentido técnico da palavra.

Segundo a autora, o termo *contestado* não deve ser compreendido como a defesa do réu, mas como uma controvérsia submetida a juízo e que ainda está pendente de apreciação. Do contrário, em determinadas situações tais como a revelia, ficaria a *potestandi* do réu burlar as proibições legais (tratadas neste estudo mais adiante), o que, obviamente, não foi a intenção do legislador.

Neste contexto, o entendimento capitaneado por Ventura de que a litigiosidade do objeto do negócio se instala independentemente da matéria veiculada na *contestação* ser processual ou material é o que traduz maior segurança jurídica às partes envolvidas na avença.

Assentada a concepção do objeto litigioso inserta nas legislações em comento, passemos agora a buscar definição dos marcos inicial e final da litigiosidade de um determinado *direito/coisa*.

Em Portugal, predomina o entendimento capitaneado por Paula Costa de que a litigiosidade se inicia com a propositura da ação pelo autor. Por outro lado, em relação ao réu, a sua citação deflagra a litigiosidade.

Este entendimento se apresenta mais coerente e próximo ao fim colimado pelo legislador, uma vez que a litigiosidade pressupõe objetivamente a inequív-

¹³ VENTURA, Raul. *Contrato de Compra e Venda no Código Civil*, Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, pp. 261-318, (mai-set 1983), p. 263.

¹⁴ Cf. acórdão do Tribunal da Relação do Porto n.º RP201007061117/06.3TJPR.T.P1, 2ª Secção Cível, julgamento em 06/07/2010.

¹⁵ SILVA, Paula Costa e. *Um Desafio à Teoria Geral do Processo: Repensando a Transmissão da Coisa ou Direito em Litígio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 82.

voca ciência das partes, o que se verifica com o próprio ajuizamento da ação em relação ao Autor, e a partir da efetivação do ato de citação no que tange ao réu, que é quando ele toma conhecimento da ação onde se discute o objeto do litígio. Tanto que a jurisprudência em Portugal é maciça neste sentido¹⁶.

Observamos, portanto, em Portugal, que a ciência formal das partes instaura em relação a cada uma delas a litigiosidade do objeto da lide, conforme construção doutrinária e jurisprudencial, eis que o legislador, apesar de determinar a noção do que vem a ser *direito* (ou *coisa*) litigioso, não foi conclusivo no que se refere ao tempo em que a litigiosidade se inicia.

Em terras brasileiras, o diploma processual vigente apresenta solução melhor definida.

Extraí-se do artigo 240 do Novo Código de Processo Civil de 2016 o marco inicial da litigiosidade quando o mesmo menciona que a citação válida torna litigiosa a *coisa*, pelo menos em relação ao réu.

Inobstante a clareza do texto legal, há jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça brasileiro¹⁷ a admitir que a comprovada ciência do réu sobre a existência da demanda, mesmo antes da citação, também tem o condão de tornar litigioso o objeto da contenda.

Em relação ao demandante, Didier Jr.¹⁸ defende que a litigiosidade se instala a partir da propositura da ação, considerando a leitura do artigo 312 do mesmo diploma legal.

Por maioria de razão, é acertado o entendimento do mencionado juriconsulto, pois os efeitos da propositura da ação previstos no artigo 240, de acordo com o artigo 312, excepcionam apenas o réu até a sua citação válida, de maneira que a leitura invertida deste dispositivo último nos leva à conclusão que o autor, não contemplado por esta ressalva, está sujeito àqueles efeitos desde a propositura da ação.

A exemplo do que ocorre no Brasil, a legislação italiana vigente não exprime o significado da expressão *coisa ou direito litigioso*, o que não impossibilita demarcar a partir de quando passa a ser.

Se durante a vigência do Código Civil Italiano de 1865, segundo o Prof. Raul Ventura¹⁹, “prevalecia a opinião no sentido de bastar a controvérsia ainda

¹⁶ Cf. acórdão do Tribunal da Relação do Porto n.ºRP199901149831356, Secção Cível, julgamento em 14/01/1999.

¹⁷ Cf. acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 782.980/SC, Terceira Turma, julgado em 03/10/2006, Diário de Justiça de 23/10/2006.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – V. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 542.

¹⁹ VENTURA, Raul. *Contrato de Compra e Venda no Código Civil*, Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, pp. 261-318, (mai-set 1983), p. 263.

não judicial, mas possível e previsivelmente transformável em litígio judicial” para se considerar litigioso o *direito/coisa*, tal concepção sobreviveu ao Código Civil de 1942 que, em seu artigo 1261, fala em *direito objeto de litígio judicial*, pressupondo, destarte, a existência de demanda judicial para caracterização do objeto como litigioso.

Em comentário a respeito do termo “diritto controverso” contido no artigo 111 do Código de Processo Civil Italiano, a doutrina²⁰ o define como objeto de processo ainda pendente aquando do fenómeno da sucessão na lide, de onde se constata que a escola clássica, sobretudo processualista, ainda influencia, e muito, os juristas modernos em Itália.

Malgrado o Código Civil Italiano vigente ter deixado de lado a definição de *coisa/direito litigioso*²¹, a clássica doutrina de Cesare Arias²² leciona que um dos requisitos para sua caracterização era justamente a *contestação* judicial enquanto elemento deflagrador da incerteza do objeto.

Portanto, a alteração na legislação italiana veio em boa hora, pois litigiosidade pressupõe discussão ajuizada, sendo a propositura da ação um dado objetivo para constatação deste fator, conforme posicionamento remansoso da doutrina e jurisprudência dos ordenamentos jurídicos Português e Brasileiro, diferentemente do que ocorre em Espanha, onde não se considera litigioso o *direito/coisa* sem que haja resposta do réu.

E mais:

No que pertine ao marco final da litigiosidade da *coisa/direito*, em Portugal a legislação que trata do tema não estabeleceu definição, o que vem dividindo a jurisprudência.

De um lado pesa o entendimento²³ de que a proibição não alcança a fase de execução do litígio, uma temeridade que este estudo discorrerá em tópico situado mais adiante.

Em sentido oposto colha-se jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa²⁴, cujo posicionamento defende que a proibição prevista nos artigos 579 e 876 do Código Civil Português vai além da fase cognitiva do processo, podendo ir até a realização de hasta pública.

²⁰ LOCATELLI, Francesca. *Successione a titolo particolare nel diritto controverso*. In: COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; e VACCARELLA, Romano (Coords). *Commentario del Codice di Procedura Civile – Vol. II: Artt. 99-162 C.P.C.* Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 173.

²¹ A noção de direito litigioso constava do artigo 1547.

²² ARIAS, Cesare. *Il Retratto di Diritto Litigioso*. Milão: Cedam, 1933, p. 113.

²³ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra n.º611/07.3TBPVL-C.C1, 2ª Secção Cível, julgamento em 23/09/2014.

²⁴ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n.º1741/2006-7, 7ª Secção Cível, julgamento em 12/09/2006.

No Brasil, deflui-se do artigo 497, *caput* e inciso III do Código Civil Brasileiro, que a litigiosidade do objeto do litígio perdura até a hasta pública, ato este próprio da fase executiva do feito, portanto vai além do trânsito em julgado da sentença na fase de conhecimento, pelo menos para o efeito de garantir observância à proibição da venda em favor de agentes públicos com potencial de exercer influência. O mesmo acontece em Espanha, conforme se depreende do artigo 1459, *caput* e n.º 5 do Código Civil daquele país.

Se por um lado pesa o fato de que o trânsito em julgado da sentença acerta titularidade do direito material buscado, não é menos verdade que o objeto do litígio, em fase de execução, está suscetível a ajustes, ainda que mínimos, continuando, assim, sujeito à especulação dos diversos agentes públicos eventualmente envolvidos na condução do procedimento.

De fato, atos processuais posteriores ao trânsito em julgado da sentença, tais como atualização de cálculos, avaliações, arbitramentos, arrematação e etc. são praticados sob a batuta dos agentes públicos que, por esta razão, devem ser inibidos de exercer qualquer tipo de influência capaz de induzir a desvalorização do objeto do litígio.

Vale ressaltar que para efeito de sucessão processual em sede de execução, a litigiosidade não é obstáculo, conforme jurisprudência dominante²⁵ no Brasil, pois se o direito material está certificado, nada impede que o adquirente, por meio de execução, persiga o bem que negociou.

Enfim, a litigiosidade do objeto do processo no Direito Brasileiro alcança a fase executiva para fazer valer as proibições de venda encartadas no artigo 497 do Código Civil pátrio, dentre estas as que atingem os diversos agentes públicos envolvidos na condução do processo.

Em síntese comparativa quanto à delimitação do sentido e alcance da expressão *coisa/direito litigioso* podemos concluir o seguinte no âmbito dos ordenamentos jurídicos contrastados:

- (i) em relação ao *marco inicial* da litigiosidade, as construções doutrinárias de Brasil, Portugal e Itália são escoreitas no sentido de que a distribuição da ação a deflagra em face do autor, assim como a citação formaliza produção de tal efeito quanto ao réu. Em Espanha, embora se extraia do texto legal com facilidade que a litigiosidade do objeto só é observada no momento em que o réu contesta a demanda, não nos parece razoável admitir que no lapso temporal transcorrido entre a distribui-

²⁵ Cf. acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil no REsp n.º726.535/RS, Segunda Turma, julgado em 17/04/2007, DJ 30/04/2007

ção da ação e a apresentação de contestação pelo devedor o objeto da demanda se apresente como se nenhum ônus tivesse.

- (ii) quanto ao *marco final* da litigiosidade, o ato derradeiro da fase de execução (hasta pública) é o que parece delimitar de maneira mais objetiva a cessação da litigiosidade, pois mesmo após o trânsito em julgado da sentença, os atos de liquidação e avaliação tendem a afetar o valor do objeto do litígio, de modo tal que a legislação brasileira, a exemplo da espanhola, abre menos possibilidades para as vicissitudes que se quer evitar.

3. Proibições de cessão ou venda de coisa ou direito litigioso

Essa etapa do trabalho propõe análise das hipóteses em que determinados atores estão por lei inibidos de realizar operações onerosas de *Cessão* ou de *Venda de coisa ou direito litigioso*.

Para efeito de aplicação das proibições impostas a determinados agentes de negociarem objeto de contenda jurídica, há de ser observado o mesmo regime nos casos de *Venda* e da *Cessão Onerosa de Créditos*.

A propósito, Raul Ventura²⁶ menciona: “é de notar a existência de uma duplicação nos artigos 876 e 579; este regula a cessão de créditos ou outros direitos litigiosos e aquele, além da venda de coisa litigiosa, a venda de direitos litigiosos; a duplicação resulta de a cessão de direitos compreender a venda de direitos”.

No Código Civil Espanhol, de igual modo, o regime de proibições aplicável à *Venda* se estende às *Cessões*, conforme artigo 1459, n.º 5.

O legislador brasileiro, no mesmo diapasão, aplica as proibições da *Venda* à *Cessão de Créditos*. Ressalte-se que a expressão *Cessão de Créditos* no Parágrafo Único do artigo 497 da Lei Civil, compreende a *Cessão de Direitos*, segundo vasta doutrina²⁷.

Sobre a aplicação do mesmo regime, leciona João Manuel de Carvalho Santos²⁸ que o legislador quis evitar que a vedação incidisse apenas sobre deter-

²⁶ VENTURA, Raul. *Contrato de Compra e Venda no Código Civil*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, pp. 261-318, (mai-set 1983), p. 262.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – Volume 2: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 216.

²⁸ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado: Volume XVI*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 145.

minado instituto, deixando abertura a outro capaz de produzir os mesmos efeitos jurídicos.

No Direito Italiano os artigos 1261 e 1471 do Código Civil, ao tratarem respectivamente dos institutos da *Cessão* e da *Venda*, impõem restrições idênticas, reconhecendo a congneridade entre os efeitos dos institutos, conforme admite a doutrina²⁹.

Pois bem.

As proibições em questão têm o escopo garantir a lisura, probidade, moralidade e idoneidade dos atos praticados no âmbito do processo em que se disputa o objeto da negociação.

Daí porque as restrições ostentam caráter absoluto, comportando exceção apenas nas hipóteses taxativamente previstas no artigo 581 do Código Civil luso e, em Brasil, artigo 498 do seu equivalente.

Assim, mesmo que o personagem inibido de negociar demonstre inexistir motivo que justifique impedimento, a lei não cede.

Carvalho Santos³⁰, sobre esse respeito, menciona a “dupla finalidade” da proibição: garantir isenção e imparcialidade dos entes inibidos, além de afastar qualquer suspeita que desprestigie o Poder Judiciário.

Sem embargo ou prejuízo, a doutrina de Menezes Leitão³¹ pontua que o impedimento legal decorre da necessidade de evitar práticas especulativas quanto ao preço de negócio.

Agregue-se ainda um dado histórico, esse consignado na obra da I. Prof. Paula Costa e Silva³² se reportando aos tempos romanos, quando menciona que “o fundamento da proibição de transmissão residia no facto de se temer que, uma vez proposta a acção, o autor transmite o seu direito, obrigacional ou real, a um terceiro que, pelas suas qualidades, pudesse agravar a posição da parte contrária na demanda, ou seja, na possibilidade de a parte ter de passar a litigar contra um *potentior*”.

Desse fragmento percebemos que há uma preocupação histórica legítima que subjaz a tutela do interesse da contraparte no processo em que ela contende sobre determinado *direito* ou *coisa*, não sendo justo que se depare injungida a

²⁹ CENDON, Paolo. *Comentario al Codice Civile – Artt. 1470–1547: Vendita*. Milão: Giuffrè Editore, 2009, p. 21.

³⁰ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado: Volume XVI*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 144.

³¹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das Obrigações, Contratos em Especial: Volume III*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 42.

³² SILVA, Paula Costa e. *Um Desafio à Teoria Geral do Processo: Repensando a Transmissão da Coisa ou Direito em Litígio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 35–39.

pelejar contra alguém que, pela posição ocupada, exerce influência a ponto de especular sobre os rumos do processo.

Nos subtópicos a seguir examinaremos o tratamento legislativo de cada um dos ordenamentos jurídicos em confronto, notadamente a abrangência e alcance das proibições impostas, as circunstâncias que as excepcionam e, por fim, as sanções respectivamente cominadas.

3.1. *Hipóteses legais de proibição de negociar*

No Direito Português, em relação aos personagens inibidos de negociar *coisa ou direito litigioso* nos termos do artigo 579 n.º1 do Código Civil, podemos dividi-los em 02 (duas) categorias: i) *a primeira composta por Juizes, Magistrados do Ministério Público, Funcionários de Justiça e Mandatários Judiciais*; ii) *a segunda composta por Peritos e Outros Auxiliares da Justiça*.

No que pertine a primeira categoria, importante destacar que há divergência quanto a abrangência do impedimento tanto no tempo quanto no espaço, dada a imprecisão do legislador ao limitar a restrição à hipótese de “o processo decorrer na área em que exercem habitualmente a sua atividade ou profissão”.

Em relação ao aspecto temporal, Raul Ventura³³ defende que não há impedimento quando a aquisição se dá antes de o impedido passar a exercer sua atividade ou profissão na área de tramitação do processo, assim como também não há óbice quando esta negociação se concretiza após o inibido se desligar funcionalmente daquela determinada área.

Quanto à validade da aquisição da *coisa ou direito litigioso* anteriormente ao exercício de atividade na área onde o processo decorre, é escorreito o entendimento do mencionado autor, já que não é exigível do impedido prever o seu deslocamento funcional para a área onde tramita o processo e, com isso, abster-se de concluir o negócio.

No entanto, se a aquisição se dá posteriormente à saída, uma situação muito factível foi desconsiderada pelo festejado jurisconsulto, qual seja a de que, embora desligado funcionalmente, há enorme probabilidade de o impedido conservar relações pessoais com agentes que lá permanecem após a sua saída, circunstância esta suficiente para se comprometer a idoneidade da negociação.

³³ VENTURA, Raul. *Contrato de Compra e Venda no Código Civil*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, pp. 261-318, (mai-set 1983), p. 265.

Em sentido oposto, com acerto, a doutrina de Baptista Lopes³⁴ leciona que a palavra “decorrer” compreende o pretérito, ou seja, que o processo “tenha decorrido” na área em que o impedido atuou, portanto, a proibição acompanha o agente mesmo quando ele deixa de atuar naquela abrangência.

Ademais, no que pertine ao aspecto espacial, o legislador não foi preciso ao delimitar a abrangência territorial do impedimento, pois o signo “área” ostenta indefinição, sobretudo em relação àqueles que exercem atividade jurisdicional e, por óbvio, influenciam órgãos hierarquicamente inferiores.

Todavia, é predominante em Portugal, desde o vetusto Código de Seabra, o entendimento, capitaneado por Dias Ferreira³⁵, de que a proibição é absoluta em relação aos conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça, pois que a “área” de atuação deles abrange todo o território nacional.

Em relação aos membros dos Tribunais das Relações a proibição abrange toda a área que compreende o Distrito Judicial de atuação do respectivo juízo de segunda instância.

Na primeira instância o impedimento incide sobre toda a abrangência territorial do respectivo tribunal judicial de comarca em que o inibido atua.

Vale frisar que a proibição persiste ainda que a ação tenha sido proposta em tribunal incompetente, pois o processo lá irá tramitar até que a incompetência seja declarada.

A delimitação de abrangência, segundo Ventura³⁶, se aplica também aos Funcionários Judiciais, tendo em conta que a lei fala em “área” e não em “efetiva jurisdição”, sendo desinfluyente o fato de os servidores não exercerem função judicante, raciocínio este que se estende aos Mandatários Judiciais, conforme defendeu Vaz Serra³⁷ no anteprojeto ao Código Civil vigente.

Neste contexto é imperioso frisar que a inclusão dos Mandatários Judiciais na primeira categoria pelo legislador português revela um despiciendo rigor.

É que não faz o menor sentido proibir o causídico de adquirir *direito* ou *coisa* litigiosa, discutida em processo totalmente alheio e distante de sua influência, pelo simples fato de exercer com habitualidade a advocacia na “área” em que o

³⁴ LOPES, Manuel Baptista. *Do Contrato de Compra e Venda no Direito Civil, Comercial e Fiscal*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 66.

³⁵ DIAS FERREIRA, José. *Código Civil Portuguez Annotado – Volume II*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1870, p. 275.

³⁶ VENTURA, Raul. *Contrato de Compra e Venda no Código Civil*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, pp. 261-318, (mai-set 1983), p. 265.

³⁷ VAZ SERRA, Adriano Pais da Silva. *Direito das Obrigações, com Excepção dos Contratos em Especial: Anteprojeto*. Lisboa: (s.n.), 1960, p. 86.

litígio tramita. Sem contar a falta de objetividade do vocábulo “habitualidade”, aberto demais para caracterizar o impedimento.

A propósito, a partir de quantos processos se poderia considerar uma atuação como habitual?

É possível definir um critério isento de subjetividades?

Na verdade, o legislador deveria ter incluído o *mandatário judicial* na segunda categoria, cujo impedimento se restringe ao processo em que atua ou atuou, conforme se demonstrará adiante. Nestes casos, sim, há razões para preocupação quanto à influência do advogado no processo.

Na segunda categoria temos os *peritos* e *outros auxiliares da justiça* – no que se inclui o árbitro, conforme Antunes Varela³⁸ – que estão impedidos de negociar *coisa ou direito litigioso* somente no processo que tenham intervenção. Esta expressão, por óbvio, abrange o passado, ou seja, que tenham tido intervenção³⁹.

Mesmo que o *perito* tenha concluído o trabalho para o qual foi designado, o impedimento sobrevém ao encerramento do seu mister. E de outra forma não poderia ser, já que sua manifestação técnica tem considerável peso e influência na decisão sobre o litígio.

Igual raciocínio deve ser aplicado aos demais *auxiliares da justiça*, mormente o *árbitro* nos procedimentos por ele presididos, que, insofismavelmente, estão suscetíveis à sua influência. E não é só...

A fim de assegurar ainda mais a intangibilidade da restrição que impôs, o legislador português obrou com acerto ao estender o impedimento à “interposta pessoa”, tendo inclusive o cuidado de especificar quem se enquadra nesta condição, deixando pouca ou nenhuma margem para fraudes.

De acordo com o n.º 2 do artigo 579 do Código Civil enquadram-se no conceito de “interposta pessoa” os seguintes personagens: i) *o cônjuge do inibido*; ii) *pessoa de quem o inibido é herdeiro presumido*; iii) *terceiro “de acordo” com o inibido para alienação da coisa ou direito*.

O *cônjuge*, por motivos manifestos, tem justificado o seu impedimento, independentemente do regime de bens. Não fosse a proximidade na relação pessoal a colocar em cheque a idoneidade do negócio, pesa também o fato de o inibido figurar como beneficiário ou interessado em sucessão, meação ou partilha dos bens e, que, portanto, é, em absoluto, impedido de adquirir coisa/direito litigioso.

³⁸ VARELA, João de Matos Antunes; e PIRES DE LIMA, Fernando. *Código Civil Anotado*: V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 414.

³⁹ VENTURA, Raul. *Contrato de Compra e Venda no Código Civil*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, pp. 261-318, (mai-set 1983), p. 265.

Por iguais razões, a proibição atinge pessoas de quem o inibido é *herdeiro presumido*, seja pelo seu futuro interesse no patrimônio do ascendente, seja pela relação de proximidade que põe em xeque e em desprestígio os atos praticados no âmbito do processo.

Não menos absoluta é a proibição que incide na terceira hipótese prevista no n.º 2, quanto a atuação de *um terceiro de acordo com inibido*. Esta visa evitar manobra tendente a contornar o óbice legal.

Ainda que se demonstre a idoneidade do preço e das demais condições do negócio, a proibição não cessa, pois claro está que a opção do legislador, em detrimento da liberdade contratual e da autonomia privada, foi de preservar a isenção e independência dos Tribunais, impedindo até mesmo a simples suspeita de atuação especulativa por parte das pessoas impedidas de adquirir coisa ou direito em litígio⁴⁰. O mesmo rigor não se encontra em outros ordenamentos jurídicos, conforme veremos adiante.

Na Itália o artigo 1261 do Código Civil veda a aquisição de *direito litigioso* por *Juízes, Serventuários e Secretários Judiciais, Oficiais de Justiça, Advogados, Procuradores, Advogados de Defesa e Notários*, inclusive por “interposta pessoa” sem especificar os entes tocados pela expressão.

Malgrado, se o inibido adquire objeto do litígio por intermédio de terceiro, ainda que este desconheça o impedimento, incide a proibição, segundo a doutrina italiana⁴¹, pois que o resultado daí decorrente é a fraude à legislação, conduta subsumível à sanção do artigo 1344 do mesmo diploma.

Regime praticamente idêntico ao italiano se acha no Código Civil Espanhol, precisamente no artigo 1459, que projeta a proibição das autoridades aos terceiros que lhes são próximos.

A diferença mais marcante em relação ao dispositivo análogo do Código Civil Italiano é no que tange a posição do Advogado.

Em Espanha, este personagem só está inibido de negociar bens e direitos oriundos especificamente dos litígios em que atuam e não de toda a abrangência territorial, o que faz todo o sentido, pois razoável pensar que a potencial influência não irá além do feito que dá origem ao impedimento; ademais, o Advogado não exerce *munus* público ou função judicante, sendo desnecessário aplicar rigor idêntico ao estatuído para os agentes públicos.

⁴⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de Direito Civil Português – Volume II*, Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2010, p. 221.

⁴¹ LAMBRINI, Paola. *Della cessione dei crediti*. In: CUFFARO, Vincenzo. *Commentario del Codice Civile Diretto da Enrico Gabrielli, Delle Obligazioni*, Vol. II: Artt. 1218-1276. Torino: Utet Giuridica, 2013, p. 749.

Enfim, a solução enxuta adotada pelos legisladores italiano e espanhol faz a lei portuguesa parecer redundante, no entanto essa ampliação casuística traduz maior segurança jurídica aos negócios que envolvem *coisa/direito litigioso*.

Ainda a respeito do tema, agora à luz do Direito Brasileiro:

A exemplo dos demais ordenamentos jurídicos analisados, o legislador brasileiro aderiu à ideia de que determinadas autoridades não podem adquirir o objeto de litígio, pois, segundo Clóvis Bevilacqua⁴², a norma proibitiva visa “manter a isenção de ânimo naqueles a quem se confia interesse alheio”.

Isto porque o exercício de certas funções dá ensejo ao conflito entre o interesse pessoal de adquirir a *coisa/direito* e os deveres do inibido em relação as partes litigantes, ponto este muito bem observado na doutrina de Paulo Lobo⁴³.

Com efeito, segundo artigo 497, inciso III do Código Civil Brasileiro de 2002, os *juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça* não podem ser compradores de “bens ou direitos objeto de litígio em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade”.

Note-se que o rol de inibidos é restrito àquelas pessoas que, de alguma forma, estão vinculadas à atividade judicante, o que também se extrai do Código Civil Espanhol, conforme explanado linhas acima. No entanto, ressentem-se da restrição que outros ordenamentos impõem aos membros do Ministério Público, ignorando o fato de que estes também exercem, ainda que potencialmente, influência nas áreas em que atuam.

Outro ponto digno de relevo é que o legislador brasileiro deixou de estender o impedimento às pessoas próximas do inibido. Basta ver que o dispositivo em voga nada fala a respeito de “interposta pessoa” ou em “terceiro em acordo com o impedido”, deixando, assim, campo aberto para realização de negócios tendentes a burlar a proibição legal. É porque desta forma basta ao inibido solicitar a uma pessoa próxima que faça as vezes de cessionário/comprador para driblar o óbice que lhe é imposto, já que o fato de manter relações pessoais de proximidade não o impede, tampouco induz à presunção de fraude ou simulação do negócio, como prevê, aliás, acertadamente, as legislações portuguesa, italiana e espanhola.

No entanto, a jurisprudência pátria, embora ainda fragmentária, mostra tendência no sentido de restringir as aquisições, pelo menos em relação aos cônjuges dos magistrados. Neste contexto, vale mencionar que o Conselho

⁴² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado* – Volume IV. Rio de Janeiro: F. Alves, 1950, p. 242.

⁴³ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 228.

Nacional de Justiça⁴⁴, em recente julgamento de procedimento de consulta administrativa, decidiu que é vedado ao cônjuge do magistrado participar de hasta pública no Tribunal ao qual o impedido se vincula.

A orientação emanada deste *decisum* cai como luva para os casos em que o impedido é casado em regime de comunhão de bens, eis que a aquisição pelo cônjuge equivale a aquisição de metade do bem/direito pelo próprio inibido, em contrassenso ao que estabelece o artigo 497, III do Código Civil.

Contudo, se o cônjuge casado pelo regime da separação de bens ou o pai do inibido resolvessem adquirir objeto litigioso, o que os impediria se a proibição legal não lhes alcança? Evidente, portanto, que o tema não recebeu tratamento completo pelo legislador.

Quanto à delimitação espacial do impedimento imposto aos entes inibidos, o dispositivo faz menção ao “lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade”. Tal regra não difere da vigente em Portugal, cuja *ratio legis* também pretende evitar que pessoas impedidas se valham da autoridade que as guarnecem para obter vantagens indevidas no âmbito da circunscrição territorial que lhe é sujeita⁴⁵.

Assim, extrai-se da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça⁴⁶ que a vedação legal compreende todos os feitos afetos a jurisdição ou circunscrição a que o impedido está funcionalmente vinculado. No caso dos juízes, a proibição alcança todos os órgãos jurisdicionais pertencentes a estrutura do Tribunal que são vinculados, o que também se aplica aos secretários dos Tribunais; os arbitradores e peritos só estão impedidos de adquirir objeto dos litígios que atuam; por fim, os serventuários e outros auxiliares da justiça têm seu impedimento limitado aos órgãos jurisdicionais localizados na Comarca que atuam.

Analisadas as hipóteses de proibição, bem como o seu espectro de abrangência, passemos agora a examinar as exceções às proibições antevistas pelo próprio legislador nos ordenamentos jurídicos aqui analisados:

3.2. *Exceções às proibições*

Se as proibições são voltadas a evitar práticas especulativas e favorecimento de determinados entes pela influência que exercem na condução do litígio,

⁴⁴ Cf. acórdão do Conselho Nacional de Justiça n.º0001363-95.2013.2.00.0000, **Órgão: Plenário, julgado em 14/10/2013**.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações Contratuais e Extracontratuais* – Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 207.

⁴⁶ Cf. acórdão do Superior Tribunal de Justiça nos EDcl nos EDcl no REsp 774.161/SC, Segunda Turma, julgado em 15/08/2006.

noutros casos o legislador entende que não há justificativa para antever ingerência, daí porque estabeleceu expressamente algumas exceções.

No Direito Português, o rol de exceções do artigo 581 do Código Civil compreende: a) *Quando a cessão for feita ao titular de um direito de preferência ou de remição relativo ao direito cedido*; b) *Quando a cessão se realizar para defesa de bens possuídos pelo cessionário*; e c) *Quando a cessão se fizer ao credor em cumprimento do que lhe é devido*.

Nas hipóteses acima parte-se da premissa que o potencial impedido estaria exercendo seu direito regularmente sem qualquer fim especulativo ou cobiça, havendo, portanto, justo motivo para a aquisição⁴⁷.

Na hipótese da alínea “a”, a aquisição de uma *coisa /direito litigioso* se revela legítima quando satisfaz um direito de preferência de titularidade do pretendo inibido, impedimento este que também não tem lugar se o objeto do litígio pertencer, por exemplo, ao pai do impedido e a aquisição se der por remição, na forma do artigo 912 do Código de Processo Civil Português.

Outrossim, se a aquisição se faz nos termos da alínea “b”, ou seja, na defesa de bens possuídos pelo adquirente, como no caso de um funcionário que adquire bem litigioso do qual é locatário para evitar a execução e expropriação do mesmo, o seu interesse é também legítimo, escapulindo à censura legal.

Por fim, se a aquisição do objeto do litígio é destinada à satisfação de um crédito do possível inibido, conforme previsto na alínea “c”, também não há razão jurídica que sustente o impedimento, pois presume-se que a *coisa/direito litigioso* foi recebido em adimplemento de crédito a que faz jus, sem, portanto, a intenção de especular com a demanda⁴⁸.

No Brasil, as proibições do artigo 497, III são excepcionadas expressamente nos casos previstos no artigo 498 do Código Civil de 2002, quais sejam: a) *casos de compra e venda ou cessão entre co-herdeiros*; b) *em pagamento de dívida*; ou c) *para garantia de bens já pertencentes a pessoas designadas no referido inciso*”.

Tais exceções ostentam significativa semelhança às que constam da parte final do artigo 1261 do Código Civil Italiano e da parte final do artigo 1459 do Código Civil Espanhol⁴⁹, ressaltando-se apenas uma singela diferença.

⁴⁷ DIAS FERREIRA, José. *Código Civil Portuguez Annotado* – Volume II. Lisboa: Imprensa Nacional, 1870, p. 286.

⁴⁸ DIAS FERREIRA, José. *Código Civil Portuguez Annotado* – Volume II. Lisboa: Imprensa Nacional, 1870, p. 279.

⁴⁹ Neste quesito, as legislações civis da Itália e da Espanha estabelecem, praticamente, as mesmas exceções, a saber: i) cessões entre co-herdeiros; ii) cessões para pagamento de dívida; iii) cessões em defesa de bens possuídos pelo potencial inibido.

No Direito Italiano, a aquisição excepcional pode ser feita em defesa da posse de determinado bem, enquanto no ordenamento jurídico brasileiro, segundo a letra da lei, a aquisição para garantia de determinado bem pressupõe domínio do mesmo, não bastando a posse.

Ademais, na Itália, Espanha e no Brasil, diferentemente do que ocorre em Portugal, a aquisição que tem por objeto a satisfação de direito de preferência não foi excepcionada. Não obstante, o legislador permitiu a realização do negócio entre herdeiros, que, pelos artigos 1794 e 1795 do Código Civil Brasileiro, ostentam entre si direito de preferência aos quinhões.

De fato, há um interesse legítimo do virtual impedido na aquisição do objeto do litígio, todavia não é defensável o argumento de que as negociações estariam blindadas à ação especulativa dos entes inibidos na condução do litígio. É que o prestígio e a influência que a lei procurou neutralizar não deixam de existir nas hipóteses excepcionadas à proibição.

Entretanto, na ponderação dos valores em conflito, o legislador fez a opção de não sacrificar o interesse legítimo dos inibidos, no que obrou com justeza, pois não faria o menor sentido, por exemplo, um funcionário deixar de receber um crédito em adimplemento ao que lhe é devido pelo simples fato de o mesmo ser objeto de litígio em trâmite na mesma Comarca em que está lotado, ainda que esta contenda esteja suscetível a sua influência.

De mais a mais, na hipótese de a negociação ter sido contaminada por algum vício decorrente de atuação inidônea do ente impedido, nada obsta que a parte prejudicada se valha do regime geral para demonstrar a causa de uma eventual nulidade e, conseqüentemente, desconstituir a operação.

Por fim, é imperioso registrar que as hipóteses de exceção colocadas pelo legislador brasileiro – por sinal mais restritas do que as previstas no direito português, espanhol e italiano – revela a intenção de diminuir ainda mais a autonomia negocial dos agentes públicos, o que é salutar, pois quanto mais elástica for a proibição, maior é a segurança no sentido de se evitar especulações sobre o objeto da demanda.

E por falar nas proibições, no tópico a seguir analisaremos as conseqüências decorrentes da violação à norma de conduta em questão.

3.3. *Conseqüências decorrentes da violação às proibições de cessão/venda de coisa ou direito litigioso*

O descumprimento às normas que proíbem determinados entes de tomarem para si *coisa ou direito litigioso* acarreta conseqüências.

Em Portugal, a legislação vigente estabelece a nulidade e o dever de reparação de danos como sanções, a exemplo do que se verifica do artigo 1261 do Código Civil Italiano.

No Direito Brasileiro, a norma proibitiva faz menção apenas à sanção de nulidade, não obstante a incidência e aplicabilidade da regra geral quanto à reparação de danos.

Outra consequência não anotada nos regimes específicos de proibição de venda/cessão, mas que deve ser observada, é com relação à responsabilidade funcional a que os inibidos estão sujeitos, tendo em vista que tal ilícito também repercute na esfera disciplinar de acordo com seus respectivos estatutos deontológicos⁵⁰.

Feita esta pequena observação quanto às sanções disciplinares, passemos agora à análise das sanções de *nulidade* e de *reparação de danos*:

O fenômeno da *nulidade*, aqui compreendido em *stricto sensu* – nulidade absoluta com efeitos *ex tunc* ou retroativos a realização do negócio – incide quando determinado ato ou contrato ostenta vício inconciliável com a ordem vigente e que, por esta razão, deve ser expurgado do mundo jurídico⁵¹.

Isto acontece porque ao transgredir as proibições impostas, o agente inibido comete verdadeira afronta à intangibilidade dos valores nela incorporados.

No Código Civil Português a sanção de *nulidade* é cominada na parte que trata da *Cessão*, artigo 580, e repetida no capítulo sobre a *Venda* (artigo 876, n.º 2), redundância esta que se justifica por estabelecer o mesmo regime jurídico para institutos que são conferidos efeitos praticamente idênticos.

Sanção tão drástica guarda em seu âmago a absoluta intolerância do legislador ao desafio às proscricções, dada a intangibilidade dos preceitos.

Tanto isso é verdade que ele teve o cuidado de estabelecer uma *nulidade* “atípica”, nas palavras de Romano Martinez⁵², que não pode ser invocada pelo comprador, conforme estabelecem os artigos 580, n.º 2 e 876, n.º 3 do Código Civil lusitano.

De fato, o legislador Português elimina peremptoriamente a esdrúxula possibilidade de o inibido deter a *potestandi* de desfazer o negócio a seu critério,

⁵⁰ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Della Cessione dei Crediti – Artigo 1260-1267*. In: SCIALOJA, Antonio; e BRANCA, Giuseppe. *Commentario del Codice Civile, Libro Quarto – Delle Obbligazioni*. Bologna: Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano, 1982, p. 85.

⁵¹ VASCONCELLOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 632.

⁵² MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações (Parte Especial)*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 121.

como, por exemplo, se sua atuação especulativa não produzisse o resultado desejado ou simplesmente não se apresentasse ao seu contento⁵³.

Inobstante a peculiaridade de não ser suscetível pelo comprador, remansosa doutrina⁵⁴ entende que a *nulidade* em questão segue o regime geral do artigo 286 do CCpt, de maneira que pode ser arguída por qualquer interessado declarada *ex officio* pelo julgador.

Na Espanha também se consagrou a sanção de *nulidade* absoluta, não tolerando a violação da proibição imposta aos entes envolvidos na condução dos litígios de negociarem os bens ou direitos neles discutidos.

No Direito Italiano há divisão na doutrina sobre o caráter absoluto ou relativo da *nulidade*, tendo a primeira maior predomínio. Geralmente a absoluta é invocada pela parte que tem interesse em sua declaração, tanto que, segundo Paolo Cendon⁵⁵, só se tem notícia até hoje de 01(uma) sentença de mérito que tenha reconhecido a *nulidade* oficiosamente.

A mesma controvérsia se sucedeu no Brasil em outrora, antes do advento do Código Civil de 2002, no entanto já predominava o entendimento, hoje consolidado pelo artigo 497, no sentido de que a *nulidade* é de pleno *iure*, dada a intransigibilidade dos interesses em jogo, que não podem se sujeitar ao arbítrio de quem quer que se apresente, conforme ensina Carvalho Santos⁵⁶. Por outro lado, o autor peca ao defender que a *nulidade* pode ser invocada até mesmo pelo comprador a quem a lei inibe aquisição⁵⁷, entendimento este que vulnera o princípio da boa-fé, pois a autoridade, caso se desinteressasse do negócio posteriormente, poderia valer-se de suas prerrogativas funcionais para invalidá-lo na esfera de sua vontade.

Ora, se a causa da *nulidade* é atribuída invariavelmente ao comprador inibido, não é legítimo que o mesmo se volte contra a infração por ele próprio cometida, sob pena de abuso de direito na figura do *tu quoque*, que veda ao agente violador de determinada norma jurídica dela prevalecer-se. É o que leciona a doutrina de Menezes Cordeiro⁵⁸.

⁵³ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Cessão de Créditos*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 296.

⁵⁴ VARELA, João de Matos Antunes; e PIRES DE LIMA, Fernando. *Código Civil Anotado*: V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 415.

⁵⁵ CENDON, Paolo. *Comentario al Codice Civile – Artt. 1173-1320: Obbligazioni*. Milão: Giuffrè Editore, 2009, p. 1549.

⁵⁶ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*: Volume XVI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 117.

⁵⁷ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*: Volume XVI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 118.

⁵⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 835.

Não por acaso o legislador Português excluiu expressamente a invocação da *nulidade* pelo inibido.

Portanto, ressei do confronto entre os ordenamentos aqui analisados o acerto dos legisladores português, brasileiro e espanhol quanto a cominação de *nulidade*, sendo certo que os negócios jurídicos não podem transcorrer na contramão de valores caros, tais como a moralidade, impessoalidade e imparcialidade, que preponderam à autonomia privada.

Os diplomas civis Português e Italiano consignam, respectivamente, em seus artigos 580, n.º1 e 1261, além da nulificação do negócio, dever de *reparação de danos* consecutórios à desconstituição da operação, *id est*, o prejuízo já contabilizado à ocasião da nulificação do negócio, bem como os respectivos lucros cessantes, consoante a lição de Baptista Lopes⁵⁹.

Trata-se de indenização fundada no interesse contratual negativo, como bem observado por Raul Ventura⁶⁰.

No Código Civil de 2002 não contamos com esta cominação específica, no entanto basta a demonstração dos danos decorrentes da desconstituição do negócio para se dar supedâneo ao pleito de indenização nos termos do artigo 186.

4. Conclusão

A cautela que deve ser empregada na realização de operações onerosas envolvendo *coisa/direito litigioso* justifica a intervenção do legislador, eis que determinados personagens, a pretexto do *munus* funcional, exercem, ainda que potencialmente, influência no âmbito destes litígios, de modo que as proibições *ex vi legis* condensam os valores ínsitos ao prestígio institucional das atividades afetas ao serviço judiciário.

Dos ordenamentos jurídicos em contraste, nomeadamente Brasileiro, Português, Italiano e Espanhol, foi possível identificar os pontos que demandam aprimoramento com vistas a resguardar eficazmente a idoneidade dos órgãos e agentes públicos envolvidos na tramitação da contenda.

No que toca a definição do sentido e alcance da expressão *coisa/direito litigioso*, a solução pragmática adotada no Direito Brasileiro, com maior ênfase em

⁵⁹ LOPES, Manuel Baptista. *Do Contrato de Compra e Venda no Direito Civil, Comercial e Fiscal*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 66.

⁶⁰ VENTURA, Raul. *Contrato de Compra e Venda no Código Civil*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, pp. 261-318, (mai-set 1983), p. 266.

delimitar o início e fim da litigiosidade do objeto, traduz inegável proficiência e, por conseguinte, coloca *ad latere* a indeterminação da sobredita expressão.

Quanto aos regimes de proibição em si, a legislação vigente em Portugal apresenta maior blindagem às vicissitudes tendentes a contornar o óbice legal. Basta ver que o rol de personagens impedidos vai além da autoridade causante, alcançando pessoas que lhe são próximas (interposta pessoa). Fica a ressalva de que a inclusão do advogado dentre os inibidos pela legislação portuguesa revela-se extravagante, pois que, salvo melhor juízo, este personagem não tem credencial pública para exercer qualquer tipo de influência em ações que não estão sob seu patrocínio.

Por fim, releva notar que a sanção de *nulidade* absoluta, assim como o natural dever de *reparação de danos* decorrente da desconstituição do negócio, ambos observados nos ordenamentos aqui estudados, traduz indiscutível preponderância do princípio da moralidade sobre o da liberdade contratual, pois esta não se sobrepõe à lisura e idoneidade que se espera das instituições e seus agentes.