

CAPÍTULO XXII

INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Sumário

108. Negócio jurídico ineficaz, em geral. Ineficácia *stricto sensu*. **109.** Nulidade. **109-A.** Simulação. **110.** Anulabilidade. **111.** Efeitos da nulidade e da anulabilidade. **112.** Atos inexistentes.

Bibliografia

Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, § 65; Capitant, *Introduction à l'Étude du Droit Civil*, p. 281 e ss.; Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, I, n^{os} 332 e ss.; Aubry e Rau, *Cours*, I, § 37, p. 229 e ss.; Colin e Capitant, *Cours*, n^{os} 72 e ss.; Oertmann, *Introducción*, §§ 49 e ss.; Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, §§ 189 e ss.; De Page, *Traité Élémentaire*, I, n^{os} 95 e ss.; Japiot, *Les Nullités en Matière d'Actes Juridiques*; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, I, § 32; Serpa Lopes, *Curso*, I, n^{os} 186 e ss.; Salvatore Pugliatti, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, p. 310 e ss.; Orlando Gomes, *Introdução*, n^{os} 243 e ss.; Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, I, n^{os} 348 e ss.; Washington de Barros Monteiro, *Curso*, I, p. 274 e ss.; Martinho Garcez, *Nulidade dos Atos Jurídicos*; Gondim Filho, *Nulidade Relativa*; Georges Lutzesco, *Théorie et Pratique des Nullités*; M. V. H. Solon, “Teoria da Nulidade das Convenções e Atos de toda Espécie em Matéria Civil”, in *Revista Forense*, vols. I a XIII; Antonio Junqueira de Azevedo, “Inexistência, Invalidade, Ineficácia”, in *Enciclopédia Saraiva*, vol. 44, V.

108. NEGÓCIO JURÍDICO INEFICAZ, EM GERAL. INEFICÁCIA *STRICTO SENSU*¹

As legislações não têm disciplinado, com perfeição, a teoria das nulidades, certamente porque a doutrina não conseguiu ainda assentar com exatidão e uniformidade as suas linhas-mestras. Ao contrário, a matéria é muito obscurecida, carece de

boa exposição dogmática, e alimenta acentuada desarmonia entre os escritores, não somente no que se refere à fixação dos conceitos, como ainda no que diz respeito à terminologia, que é algo desencontrada e imprecisa. Pode-se dizer que coube ao direito moderno elaborar a sua doutrina, pois que o romano, em tantos passos modelar no traçado das instituições, não havia dominado o assunto inteiramente. Instituíra, em verdade, uma regra de início demasiado rígida segundo a qual: “aquelas coisas que por lei são proibidas de se fazer, se forem feitas, não só são consideradas inúteis, como também não feitas”,² regra que mais tarde, por influência do direito pretoriano, haveria de amenizar-se, com a criação de numerosas distinções e exceções, que contribuíram, sem dúvida, para a elaboração do critério diferenciador das figuras da nulidade e da anulabilidade.³

Coube, ainda, ao direito moderno introduzir um conceito novo, o dos *atos inexistentes*, que, se bem nada tenha de misterioso, concorreu para uma certa distorção das ideias, em razão de ter deixado uma linha por demais tênue, separando-o das noções tradicionais de negócios jurídicos ineficazes. Por outro lado, embora não se possa, quer na definição, quer nos efeitos, confundir atos nulos e atos anuláveis, um menor cuidado no emprego da terminologia suscita insegurança quanto à caracterização da nulidade e da anulabilidade, ou às ações respectivas. O Código Civil de 2002, assim como o de 1916, levou em boa conta os conceitos e procurou fixar a distinção entre uns e outros, mas não logrou fugir à confusão dominante, e mencionou, uns por outros, casos de nulidade e anulabilidade. Não cogitou, entretanto, dos inexistentes, cuja aceitação pela doutrina ainda se conserva no plano das controvérsias, e assim procedeu como seus congêneres.⁴

Uma palavra é fácil sobre a invalidade do negócio jurídico, como tema genérico, eis que a sua configuração vai prender-se à sua estrutura. Conforme acentuado anteriormente (cap. XVII), a validade do negócio jurídico é uma decorrência da emissão volitiva e de sua submissão às determinações legais. São os extremos fundamentais para que a declaração de vontade se concretize no negócio jurídico. Mas, à sua vez, não se pode olvidar nenhuma das imposições da lei – subjetivas, objetivas ou formais. Podemos, assim, resumir em esquema as noções, dizendo que a eficácia do negócio jurídico deflui de sua sujeição às exigências legais. Inversamente, se o agente não se conformou com elas, falta à declaração a condição *a priori*, para que atinja o resultado querido. Inválida, *lato sensu*, quando é contrariada a norma, isto é, quando foram deixados sem observância os requisitos indispensáveis à sua produção de efeitos, seja por ter o agente afrontado a lei, seja por não reunir as condições legais de uma emissão útil de vontade.

Variando as determinações e exigências da lei, com elas varia o grau de ineficácia, que pode atingir a imperfeição, ou não, como pode abraçar a integridade do ato ou apenas uma parte dele.

Segundo estas oscilações há três categorias de atos inválidos, que serão objeto de nossas imediatas ponderações: uma primeira, referente à sua *nulidade*, quando em grau mais sensível o ordenamento jurídico é ferido, sendo maior e, *ipso facto*,⁵ mais violenta, a reação;

uma segunda, *anulabilidade*,⁶ cuja estrutura se prende a uma desconformidade que a própria lei considera menos grave, motivadora de uma reação menos extrema; e a terceira, *inexistência*, em que se verifica a ausência de elementos constitutivos do negócio jurídico, de tal forma que não se chega a formar. É o que se qualifica como ineficácia *lato sensu*.

Incompleta seria a referência à ineficácia, se omitíssemos outras modalidades de condução a um resultado frustrado, embora sob inspiração ontológica diversa. A primeira é a *rescisão*, que não se funda em defeito análogo à nulidade ou à anulabilidade. No Código de 2002 o termo é usado, por exemplo, no caso de evicção parcial considerável, em que o evicto poderá optar pela rescisão do contrato, com fundamento no inadimplemento da outra parte (art. 455). A segunda é a *revogação*, faculdade que acompanha certos negócios jurídicos, e que ora vem subordinada ao mero arbítrio do agente, como se dá essencialmente com os testamentos, ora condicionada a alguma causação, como ocorre com a doação por descumprimento do encargo ou ingratidão do donatário (Código Civil, art. 555). A terceira é a *resolubilidade* do ato, em consequência de atingir-se o termo final, ou de realizar-se o implemento da condição, a que desde o momento de sua constituição vem subordinada a declaração de vontade, produzindo o efeito de restituir as partes ao *status quo* simultâneo à formação⁷ (cf. nº 212, vol. III).⁸

E há ainda a ineficácia *stricto sensu*. Em sentido estrito, considera-se ineficácia a recusa de efeitos quando, observados embora os requisitos legais, intercorre obstáculo extrínseco, que impede se complete o ciclo de perfeição do ato, como, por exemplo, a falta de registro quando indispensável. Pode ser originária ou superveniente, conforme o fato impeditivo de produção de efeitos, seja simultâneo à constituição do ato ou ocorra posteriormente, operando contudo retroativamente (v. nº 187-A, vol. III). Pode dar-se, ainda, que a ineficácia originária venha a cessar como é o caso do negócio subordinado a uma condição suspensiva: o negócio está completo, dependendo sua eficácia, porém, do implemento da mesma.

109. NULIDADE

É *nulo* o negócio jurídico, quando, em razão do defeito grave que o atinge, não pode produzir os almejados efeitos. É a nulidade a sanção para a ofensa à predeterminação legal. Nem sempre, contudo, se acha declarada na própria lei. Às vezes, esta enuncia o princípio, imperativo ou proibitivo, cominando a pena específica ao transgressor, e, então, diz-se que a nulidade é expressa ou *textual* (e.g., Código Civil, art. 166, I); outras vezes, a lei proíbe o ato ou estipula a sua validade na dependência de certos requisitos, e, se é ofendida, existe igualmente nulidade, que se dirá *implícita* ou *virtual*⁹ (e.g., art. 466).

Na construção da teoria da *nulidade*, desprezou o legislador brasileiro o critério do *prejuízo*, recusando o princípio que o velho direito francês enunciava: “*pas de nullité sans*

grief”.¹⁰ Inspirou-se, ao revés, no princípio do *respeito à ordem pública*, assentando as regras definidoras da nulidade na infração de leis que têm este caráter cogente, e, por esta mesma razão, legitimou, para argui-la, qualquer interessado, em seu próprio nome, ou o representante do Ministério Público em nome da sociedade que *ex officio* representa. E mais longe foi, ainda, na recusa de efeitos, determinando a sua declaração por via indireta, de vez que, mesmo sem a propositura de ação cujo objetivo seja o seu decreto, deve o juiz pronunciá-la quando tiver oportunidade de tomar conhecimento do ato ou de seus efeitos (Código Civil, art. 168). Em razão de sua abrangência, e de defluir a nulidade de uma imposição da lei, é que ela se diz de pleno direito (*pleno iure*) ou *absoluta*. Atendendo a estas considerações, há quem sustente que a nulidade é obra da lei, e somente da lei, nunca da sentença judicial que a proclama e, portanto, paralisa o ato no momento mesmo do nascimento.¹¹ A noção não pode ser aceita como absoluta, pois que, se é certo que toda nulidade há de provir da lei, expressa ou virtualmente, certo é, também, que se faz mister seja *declarada* pelo juiz. O Código Civil de 2002, na esteira do anterior, procurou, a propósito, adotar uma sistemática simples, inscrevendo, de um lado, a *nulidade*, que é sempre *pleno iure*, e suscetível de proclamação por iniciativa de qualquer interessado ou do órgão do Ministério Público, e, de outro lado, a *anulabilidade*, que é a decretação de ineficácia sob inspiração de um interesse *privado*. No sistema do Código Civil, portanto, o vocábulo *nulidade* já por si tem o sentido de *absoluto*, e é de *pleno direito*; a expressão *nulidade relativa* deve dar lugar à *anulabilidade*.

Inspirada no respeito à ordem pública, a lei encara o negócio no seu tríplice aspecto, subjetivo, objetivo e formal, e, assim, considera-o *nulo* quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (condição subjetiva), quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto (condição objetiva), quando não revestir a forma prescrita ou for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial à sua validade (condição formal). A *motivação*, via de regra, não atinge a declaração de vontade. *Falsa causa non nocet*.¹² Quando, porém, ambas as partes são conduzidas por motivo ilícito, o negócio não pode produzir efeitos, por contrariedade à ordem jurídica (art. 166, III). Cabe ao juiz apreciar com cautela até onde a motivação ilícita determina a declaração de vontade. Igualmente, se o agente *contraria* o imperativo da lei, não pode encontrar amparo para o ato praticado. O dispositivo (art. 166, VI) usa o vocábulo *fraudar* em sentido genérico, de usar subterfúgio para contrariar a lei por via travessa. Como já dito, destaca-se a *nulidade textual*, quando a *lei* declara nulo o negócio jurídico (art. 166, VII). O Código Civil de 1916 aludia, ainda, ao fato de a lei taxativamente negar efeito ao ato. A hipótese está compreendida neste caso. O apêndice final do inciso VII do artigo 166 (“sem cominar sanção”) ficou sem sentido. Se a lei o declara nulo, impõe a nulidade como sanção. Se proíbe a prática do ato, ele já é nulo, por contrariedade à lei proibitiva, dispensando obviamente que a lei que o proíbe mencione a nulidade como sanção.

A nulidade é insuprível pelo juiz, seja de ofício, seja a requerimento de algum

interessado. Nem pode o ato ser *confirmado*. Ao dizer que o negócio jurídico nulo não convalesce pelo decurso do tempo, o Código (art. 169) seguiu a doutrina tradicional que tem sustentado que, além de insanável, a nulidade é *imprescritível*, o que daria em que, por maior que fosse o tempo decorrido, sempre seria possível atacar o negócio jurídico.¹³ É frequente a sustentação deste princípio, tanto em doutrina estrangeira, quanto nacional. Modernamente, entretanto, depois de assentar-se que a prescritibilidade é a regra, e a imprescritibilidade, a exceção (v. nº 121, *infra*), alguns admitem que entre o interesse social do resguardo da ordem legal, contido na vulnerabilidade do negócio jurídico, constituído com infração de norma de ordem pública, e a paz social, também procurada pelo ordenamento jurídico, sobreleva esta última, e deve dar-se como suscetível de prescrição a faculdade de atingir o ato nulo. O princípio reza às testilhas com o artigo 189. Dispõe este que, violado o direito, nasce para o titular a pretensão, mas esta extingue-se nos prazos previstos no Código (arts. 205 e 206). Vale dizer: o direito pátrio, tal como vigorava no Código de 1916, não conhece direitos patrimoniais imprescritíveis. Sendo a prescrição instituída em benefício da paz social, não se compadece esta em que se ressuscite a pretensão, para fulminar o ato.

Estão, pois, um contra o outro, dois princípios de igual relevância social: o não convalescimento do ato nulo *tractu temporis*,¹⁴ e o perpétuo silêncio que se estende sobre os efeitos do negócio jurídico, também *tractu temporis*. E, do confronto entre estas duas normas, igualmente apoiadas no interesse da ordem pública, continuo sustentando que não há direitos imprescritíveis, e, portanto, também perante o Código de 2002, a declaração de nulidade prescreve em dez anos (art. 205).

Não é absoluta a regra da invalidade total do ato nulo. O Código entendeu o princípio do aproveitamento da declaração de vontade, por amor à intenção do agente. Inquinado o ato de qualquer dos vícios que determinam a sua nulidade, deixa de ser pronunciada esta se for possível determinar que o objetivo que os interessados tinham em vista pode ser atingido por via de outro negócio jurídico, que não foi celebrado, mas é de se supor que o teria sido se os interessados houvessem previsto a nulidade do que praticavam – é a chamada *conversão substancial do negócio jurídico* (art. 170).

Em primeiro plano situa-se, obviamente, o defeito de forma, que permite o aproveitamento do ato, se para esta concorrem os outros requisitos da lei. Igualmente são suscetíveis de validade as declarações de vontade, quando não atentem contra os princípios que as maculam de maneira absoluta e total, uma vez que somente são suscetíveis de preavalecimento os negócios jurídicos que são nulos mas que podem ter validade sem quebrar os requisitos do outro ato negocial que o substituirá.

O Código, ao incluir a simulação como determinante da nulidade, rompeu com a teoria desta. Se inocente a simulação, por não ferir nenhum interesse social, estará a coberto da declaração de nulidade *ex officio*, tanto mais que o próprio art. 167 ressalva o ato que se dissimulou, bem como os interesses de terceiros (§ 2º).

Não há na simulação um vício do consentimento porque o querer do agente tem em mira, efetivamente, o resultado que a declaração procura realizar ou conseguir. Mas há um vício grave no ato, positivado na desconformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal, em relação ao resultado daquela ou em razão da técnica de sua realização. Consiste a simulação em celebrar-se um ato, que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir. Como em todo negócio jurídico, há aqui uma declaração de vontade, mas enganosa. E difere a simulação dos defeitos dos negócios jurídicos: do *erro* se distingue em que o agente tem a consciência da distorção entre a vontade declarada e o resultado; do *dolo* difere, porque não se usam maquinações com o fito de levar o agente a realizar o que normalmente não faria, porém o agente procede na forma como o faz porque quer; da *coação* é diferente, em que inexiste qualquer processo de intimidação para compelir o agente a emitir a declaração de vontade; da *fraude contra credores* é distinta porque nesta a declaração de vontade está na conformidade do querer íntimo do agente, tendo como efeito um resultado prejudicial a terceiro, credor.

Tradicionalmente, o direito brasileiro entendia a simulação como defeito ligado ao interesse das partes, e tratava-a como causa de anulabilidade do ato. Assim se conceituava na Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas (art. 358), e assim subsistiu no Código Civil de 1916, sob a autoridade de Clóvis Beviláqua. O Código de 2002, à semelhança do Código alemão (BGB, § 117), considerou-a como causa de *nulidade* do negócio (art. 167).

Pode a simulação ser absoluta ou relativa. Será *absoluta* quando o negócio encerra confissão, declaração, condição ou cláusula não verdadeira, realizando-se para não ter qualquer eficácia. Diz-se aqui *absoluta*, porque há uma declaração de vontade que se destina a não produzir resultado. O agente *aparentemente* quer, mas na realidade não quer; a declaração de vontade deveria produzir um resultado, mas o agente não pretende resultado algum. A simulação se diz *relativa*, também chamada *dissimulação*, quando o negócio tem por objeto encobrir outro de natureza diversa (e.g., uma compra e venda para dissimular uma doação), ou quando aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem (e.g., a venda realizada a um terceiro para que este transmita a coisa a um descendente do alienante, a quem este, na verdade, tencionava desde logo transferir-lá). É *relativa* em tais hipóteses, porque a declaração de vontade deve seguir-se um resultado, efetivamente querido pelo agente, porém diferente do que é o resultado normal do negócio jurídico. O agente faz a emissão de vontade, e quer que produza efeitos; mas é uma declaração enganosa, porque a consequência jurídica em mira é diversa daquela que seria a regularmente consequente ao ato. A estes casos de simulação,

absoluta e relativa, acrescentam-se, ainda, a hipótese de instrumento particular ser antedatado ou pós-datado, e a de figurar como beneficiária do negócio pessoa determinada, porém, na realidade, inexistente. Na dogmática do Código de 2002, somente é nulo o negócio jurídico em sendo *absoluta* a simulação. Se for *relativa* subsiste o negócio que se dissimulou, salvo se este padecer de outro defeito, na forma ou na própria substância (art. 167, *caput*).

Encarada de um outro ângulo, ou seja, em razão da boa ou da má-fé do agente (ou dos agentes), pode haver *simulação inocente* ou *simulação maliciosa*. Na primeira, faz-se uma declaração que não traz prejuízo a quem quer que seja, e, por isto mesmo, é chamada inocente e tolerada pelo direito (por exemplo, num contrato de compra e venda, as partes declaram haver sido pago o preço no ato, e em dinheiro, mas, na realidade, o comprador emite título de dívida em favor do alienante): a simulação é inocente porque a menção do pagamento do negócio não prejudica nem beneficia outrem.¹⁵ Na segunda, há intenção de prejudicar a terceiros ou de violar disposição de lei, e, como expressão da malícia ou da má-fé do agente, inquina o ato negocial. Mas não existe padrão apriorístico para se determinar quando é inocente ou maliciosa a simulação, senão na apuração da finalidade, do *animus* do agente. Daí concluir-se que o mesmo ato ou a mesma declaração de vontade pode constituir simulação inocente ou maliciosa, conforme seja desacompanhada ou revestida de um propósito danoso: um marido que disfarça sob a forma de compra e venda um donativo a um parente, para que não o apoquente a mulher, faz uma simulação inocente, mas o mesmo processo será simulação maliciosa se o propósito é desfalcocar o patrimônio conjugal e prejudicá-la.

A simulação inocente, porque o é e enquanto o for, não leva à nulidade do negócio. A maliciosa pode ter como consequência a nulidade do negócio. *Pode ter*, repetimos, este efeito, mas não o tem forçosamente.

Visto que, na simulação maliciosa, as pessoas que participam do negócio estão movidas pelo propósito de violar a lei ou prejudicar alguém, não podem arguir o vício, ou alegá-lo em litígio de uma contra a outra, pois o direito não tolera que alguém seja ouvido quando alega a própria má-fé: “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.¹⁶ Se o negócio é bilateral, e foi simuladamente realizado, ambas as partes procederam de má-fé, e nele coniventes ambas, a nenhuma é lícito invocá-lo contra a eficácia da declaração de vontade. Se o negócio é unilateral, foi o próprio agente quem procedeu contra direito, e não tem qualidade para, alegando a própria torpeza, pleitear a sua ineficácia.¹⁷ Mas o terceiro lesado, o representante do Poder Público, ou qualquer legítimo interessado poderão postular a nulidade do negócio simulado (art. 168).

Se a ninguém causa dano, é descabida a invalidação do ato. Se fraudulenta, falta aos partícipes da fraude condições morais para alegá-la. Não obstante deslocar a simulação do campo da anulabilidade para o da nulidade do negócio jurídico, não podem vigorar conceitos diversos.

Em face do princípio, atinente aos efeitos da simulação, podem-se deduzir os respectivos corolários: a) realizado simuladamente o negócio, a proibição a que os próprios agentes de má-fé pleiteiem a sua ineficácia terá como consequência interditar-lhes a ação de nulidade; se o negócio não for danoso a terceiros, os agentes serão compelidos a sofrer o resultado de uma declaração enganosa de vontade, ainda que a eles nociva ou divorciada de suas conveniências, e desta forma recebem a punição pela sua malícia; b) mas se o efeito do negócio é prejudicial, podem os prejudicados promover a declaração judicial de invalidade.¹⁸

Melhor teria sido que o Código de 2002 mantivesse a doutrina consagrada no de 1916. Assim procedesse, e evitaria a incongruência de catalogar como nulo o negócio simulado, ressaltando entretanto o negócio dissimulado (art. 167, *caput*), bem como os direitos dos terceiros de boa-fé (art. 167, § 2º). Aliás, o parágrafo segundo é bom subsídio para sustentar que os simuladores fraudulentos não têm a ação de anular o negócio jurídico simulado, tendo em vista que mesmo os terceiros somente terão ressaltados os seus direitos se estiverem de boa-fé, em face dos participantes do negócio jurídico simulado.

A prova da simulação nem sempre se poderá fazer diretamente; ao revés, frequentemente tem o juiz de se valer de indícios e presunções para chegar à convicção de sua existência.

110. ANULABILIDADE

Não tem o mesmo alcance da nulidade, nem traz o mesmo fundamento a *anulabilidade* do negócio jurídico. Nela não se vislumbra o interesse público, porém a mera conveniência das partes, já que na sua instituição o legislador visa à proteção de interesses privados.¹⁹ O ato é imperfeito, mas não tão grave nem profundamente defeituoso, como nos casos de nulidade, razão pela qual a lei oferece ao interessado a alternativa de pleitear a obtenção de sua ineficácia, ou deixar que os seus efeitos decorram normalmente, como se não houvesse irregularidade, o que se reflete no problema dos efeitos, e veremos no nº 111, *infra*. Daí ficar restrita a legitimação para postulação do decreto anulatório às pessoas que intervêm originariamente no ato, ou ainda em certos casos às que lhes sucedam em direitos, quer por sub-rogação *inter vivos*, quer por sucessão *causa mortis*, ou também a determinados terceiros que lhes sofram as consequências (como o credor prejudicado pela alienação fraudulenta).

Diz-se em doutrina que a anulabilidade visa à proteção do consentimento ou refere-se à incapacidade do agente.²⁰ Segundo o direito codificado (Código Civil, art. 171), temo-la, em primeiro lugar, nas hipóteses previstas expressamente em lei, declarando anuláveis os atos praticados ao arrepio de seu mandamento. Especificamente, declara os atos anuláveis em razão da incapacidade relativa do agente ou em decorrência de algum dos defeitos que inquinam o negócio (erro, dolo, coação, fraude contra credores, lesão ou os praticados em

estado de perigo), assunto sobre o qual nos estendemos no Capítulo XVIII.

Quanto, porém, à incapacidade relativa, merece consideração especial a necessidade de autorização do assistente ou intervenção do curador, para a validade do negócio, e então é este passível de desfazimento, se faltar. O Código de 2002 dispensou-se de repetir esta regra, contida no art. 154 do Código de 1916. Reportando-se ao menor relativamente incapaz, deixou implícito o princípio. Mas, se o menor houver diretamente realizado o negócio jurídico, ocultando a circunstância da sua menoridade, ou falsamente se houver inculcado como maior, perde a legitimidade para postular a ineficácia (Código Civil, art. 180). Costuma-se dizer, neste caso, que a malícia supre a idade,²¹ o que não é precisamente verdadeiro, pois a idade não pode considerar-se suprida pela má-fé; tem-se, contudo, convalidado o ato por via transversa, em razão de recusar a ordem jurídica proteção àquele que se conduziu maliciosamente, e assim deixando de vir em seu socorro, como punição por haver procedido de má-fé.

O negócio jurídico anulável convalesce por três razões, tornando-se eficaz. A primeira é o decurso do tempo que, extinguindo o direito de anulação, torna-o plenamente válido. O prazo decadencial é a curto tempo, em razão do interesse social em que não perdue a incerteza dos direitos e da conveniência de sua consolidação. Ocorre como que uma ratificação presumida: o interessado, que podia atacar o ato, deixa de fazê-lo sem declarar que o ratifica, e perde com o tempo a faculdade de invalidá-lo, em paridade de situação com aquele que a isto *renuncia*.

O Código anterior reunia em um único dispositivo os prazos de decadência e os de prescrição, sob esta última epígrafe, deixando para a doutrina e para a jurisprudência especificar uns e outros. Nem sempre isto se fazia com segurança. O Código de 2002 reservou para o art. 206 a menção dos lapsos prescricionais, descendo à menção da decadência em cada caso. Assim procedendo quanto à ação anulatória do negócio jurídico, fixou em quatro anos o limite do tempo, dentro do qual pode ser admitida. Ultrapassado, deixará de sê-lo.

O art. 178 do Código determina o termo inicial do prazo decadencial para cada caso. No caso de coação, de quando ela cessar, pois enquanto a vítima permanece coacta, não tem, ou presume-se não tenha, liberdade para pleitear a invalidação. Celebrado o negócio inquinado de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, conta-se o prazo da data em que o negócio se realizou. O incapaz não tem aptidão para postular, pessoalmente, a anulação do negócio jurídico, o que somente pode fazer após sua cessação, quando começa a correr o prazo decadencial. Quando a lei, ao arrolar outro caso de anulabilidade do negócio jurídico e não estabelecer prazo certo, este será de dois anos, contados do dia em que tiver sido realizado (art. 179). Não se deve, entretanto, dissociar o princípio de que também será decadencial.

A segunda causa de convalidamento é a *confirmação*, que implica uma atitude inequívoca de quem tinha qualidade para atacá-lo, no sentido de atribuir-lhe validade, e

efetiva-se mediante a repetição do próprio ato, ou reiteração da declaração de vontade, ou atitude inequívoca de validá-lo, o que de uma forma ou outra implica renúncia ao seu desfazimento (Código Civil, arts. 172 e 173).

A confirmação será *expressa* ou *tácita*. *Expressa*, quando há uma declaração de vontade que contenha a substância da obrigação ratificada, acompanhada da intenção manifesta de convalidá-la e opera retroativamente, apanhando o negócio anulável no momento em que se teria constituído, como se desde então fosse isento de falhas, ressalvados, apenas, os direitos de terceiros que se tenham adquirido com fundamento na faculdade de postular a invalidade. Traduz *confirmação tácita* (Código Civil, art. 174) o começo de execução da obrigação, levada a efeito pela parte na ciência do vício que inquinava o negócio, pois não pode conceber o direito uma dualidade de atitudes prejudicial à ordem social: no seu desfazimento estaria a intenção de lhe recusar valia, em contradição com o começo de execução, que significa o propósito de lhe reconhecer eficácia.

Seja, porém, expressa ou tácita, a confirmação induz renúncia definitiva à faculdade de atacar o ato.

A terceira causa de convalhecimento do ato é o suprimento da autorização, nos casos em que a sua ausência torna o ato anulável (Código Civil, art. 176). O princípio era já admitido em doutrina. A anulabilidade é instituída em proveito dos interessados. Mormente, em se tratando de pessoa relativamente incapaz, não se deve jamais compreender com o propósito de prejudicá-la. Partindo de que a autorização prévia ou simultânea é suficiente para a perfeição jurídica do ato negocial, estatui que, vindo *a posteriori* tem a força de afastar o motivo de anulabilidade.

111. EFEITOS DA NULIDADE E DA ANULABILIDADE

A nulidade e a anulabilidade, uma vez pronunciadas, implicam recusa dos efeitos da declaração de vontade, que encontra na infração da lei barreira ao resultado a que o agente visava. Desfaz-se, então, o negócio, com reposição das partes ao estado anterior. Não sendo isto possível, por não existir mais a coisa ou por ser inviável a reconstituição da situação jurídica, o prejudicado será indenizado com o equivalente. O devedor exonerado da obrigação e aquele que já tiver feito alguma prestação têm a faculdade de reclamar da outra parte a devolução, a não ser que se prove ter a importância paga revertido em seu proveito.

Quando a nulidade não abrange a totalidade do ato, por ter deixado de atingir seu ponto substancial, ou alcançado apenas uma parte e for possível distinguir e separar a parte válida, a declaração de nulidade somente fulminará a parte defeituosa, respeitando a outra – *utile per inutile non vitiatur*²² (Código Civil, art. 184). A redação do artigo faz uma invocação ociosa, ao iniciar-se com a declaração de respeito à intenção das partes, que condiz sempre com a interpretação do negócio jurídico, tal como expresso no art. 112.

A mesma possibilidade de aproveitamento existe quando faltem as condições de validade de um dado negócio jurídico, mas estejam presentes as que são necessárias a um tipo diferente. Ele será nulo e não produzirá efeitos, relativamente ao negócio que exigia os requisitos ausentes, mas aproveita-se quanto ao que os dispensava. Trata-se da hipótese de *conversão substancial* (art. 170). A constituição de uma hipoteca, por exemplo, se for ineficaz por falta da autorização da mulher, é, entretanto, aproveitável como confissão da obrigação, e, se não pode prevalecer como ônus real, o reconhecimento do débito subsiste, por não requerer aquele requisito.

A questão da *invalidade do instrumento* encontra tratamento específico (Código Civil, art. 183), cumprindo distinguir: sendo a forma da própria *substância* do ato, ele só valerá se revesti-la; se for, porém, exigida como prova apenas, a nulidade do instrumento não induz a do ato, e o instrumento ineficaz pode ser tido como começo de prova a ser completada por outros meios, ou o ato será aproveitado, *convertido em outro*.²³

Quando uma obrigação é dependente de outra, a nulidade da principal fulmina a acessória, mas a recíproca não é verdadeira, pois a ineficácia da acessória não macula a principal, que continua produzindo os seus efeitos, como seria o caso da obrigação garantida por fiança, em que a nulidade da obrigação principal extingue a garantia, mas, se for nula a fiança, subsiste o débito (art. 184).

O ato *nulo* de pleno direito é frustrado nos seus resultados, nenhum efeito produzindo: “*quod nullum est nullum producit effectum*”.²⁴ Quando se diz, contudo, que é destituído de efeitos, quer-se referir aos que normalmente lhe pertencem, pois que às vezes algumas consequências dele emanam, como é o caso do casamento putativo; outras vezes, há efeitos indiretos, como se dá com o negócio jurídico translático do domínio, que, anulado, é inábil à sua transmissão, mas vale não obstante como causa justificativa da posse; outras vezes, ainda, ocorre o aproveitamento do ato para outro fim, como, *e.g.*, a nulidade do instrumento que deixa subsistir a obrigação. Em outros casos, o ato nulo produz alguns efeitos do válido, como é, no direito processual, a citação nula por incompetência do juiz, que é apta a interromper a prescrição e constituir o devedor em mora, tal qual a válida (Código Civil, art. 202, I).

O decreto judicial de nulidade produz efeitos retroativos (*ex tunc*), indo alcançar a declaração de vontade no momento mesmo da emissão. E nem a vontade das partes nem o decurso do tempo podem sanar a irregularidade. A primeira, para tanto, é ineficaz, por não ser o ato nulo passível de confirmação (art. 169). O segundo não opera o convallescimento, senão *longi temporis*, porque o defeito de origem subsiste, até que a autoridade judiciária pronuncie a ineficácia: *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere*.²⁵ O problema da ação de nulidade já foi afluído no nº 109, e a matéria da prescrição será exposta no cap. XXIV.

O ato *anulável*, por não ser originário de tão grave defeito, produz as suas consequências, até que seja decretada a sua invalidade. Daí dizer Ruggiero que o negócio

jurídico anulável tem eficácia plena, e produz os resultados queridos, condicionados ao não exercício do direito à invocação de sua ineficácia.²⁶ A razão está em que, ao contrário da nulidade, que é de interesse público, e deve ser pronunciada mesmo *ex officio*, quando o juiz a encontrar provada, ao conhecer do negócio ou de seus efeitos, a anulabilidade, por ser de interesse privado, não pode ser pronunciada senão a pedido da pessoa atingida, e a sentença produz efeitos não retroativos (*ex nunc*), respeitando as consequências geradas anteriormente.

Construída a chamada “teoria das nulidades”, que é a sistematização dos princípios que presidem a matéria da invalidade do negócio jurídico, com o tempo foram aparecendo diversidades de entendimento e de aplicação, que lhe desfiguraram a aparência de organismo uno. É bem verdade que algumas obras, tidas por clássicas, têm exercido influência enorme, como ocorreu com a de Solon, que foi traduzida e divulgada no Brasil, chegando a exercer papel de relevo na elaboração da doutrina legal própria.²⁷ Não obstante isto, apura-se a ausência de uniformidade nos conceitos e nas classificações, tanto de um para outro sistema, quanto dentro de um mesmo ordenamento. Para não irmos longe demais, as expressões *nulidade absoluta* e *nulidade relativa*, que para uns correspondem às ideias de nulidade e anulabilidade, para outros não têm o mesmo sentido e igual correspondência, uma vez que entendem “relativa” aquela que não pode ser alegada por qualquer terceiro.²⁸ As regras gerais que estruturam a teoria da ineficácia do negócio jurídico, não só pelo caráter genérico de sua normatividade, como ainda por se situarem na Parte Geral do Código Civil, devendo, naturalmente, projetar-se por todas as províncias civilísticas, teriam de compor um sistema de princípios sempre certos. No entanto, isto não ocorre. Ao contrário, vigora largo ilogismo na aplicação, bastando recordar que em matéria de *casamento* são tantas as exceções consagradas que quase diríamos haver uma *teoria especial de nulidade* neste terreno.²⁹ Assim é que a incapacidade absoluta do agente, de que provém a nulidade, leva à anulabilidade do matrimônio; a declaração de nulidade do negócio jurídico pode ser pronunciada pelo juiz quando conhecer do ato ou de seus efeitos, ao passo que a nulidade do casamento somente pode ser postulada por ação direta, na qual será nomeado curador que o defenda. Por outro lado, aceita em doutrina e admitida pelos tribunais, embora não consagrada na lei, a teoria do ato inexistente é uma quebra de sistemática.

Por tudo isto, no começo do século XX levantaram-se vozes de oposição à teoria tradicional das nulidades,³⁰ que foi atacada principalmente por sua falta de aplicação genérica, e acusada de certa ausência de conteúdo prático.

As críticas, até certo ponto, são razoáveis, pois como acabamos de ver, e mais extensivamente se provaria a ausência de unidade se mais longe levássemos a investigação, a ineficácia do negócio jurídico longe está de se disciplinar por princípios que componham uma doutrina de aceitação harmônica pelos escritores e pelos sistemas de direito positivo. Mas é preciso assinalar que não é este um defeito peculiar à matéria, pois em numerosos outros casos, igualmente *doctores certant*,³¹ e nem por isto há razão para se negar ao

complexo regulador o caráter de uma teoria, como não se infere também da circunstância de diversificarem os sistemas jurídicos na disciplina de um instituto.

Acontece, entretanto, aqui, algo mais sério. Mesmo os escritores que não se têm deixado seduzir pelas críticas endereçadas à doutrina tradicional reconhecem suas deficiências. Mas observam também que, se falta absoluto rigor à teoria clássica, nenhuma outra foi encontrada, estabelecida ou esboçada para substituí-la, e, pois, o que se deve ter presente é que os conceitos tradicionais ainda são e devem ter-se por constitutivos de um sistema conveniente.

112. ATOS INEXISTENTES

Ao lado da nulidade e da anulabilidade, cogita a doutrina da *inexistência* do negócio jurídico. Não se encontrava no Código de 1916 menção a esta categoria de ineficácia, por ter o legislador recusado consagrar na lei o princípio que o Projeto Beviláqua havia assentado. Nem no Código de 2002 encontrou abrigo a teoria. Não obstante isto, a doutrina do ato inexistente completa a matéria da ineficácia do negócio jurídico, repercutindo no pretório, pois decisões judiciais autorizam afirmar que a jurisprudência a tem acolhido.

Já vimos em que consiste o negócio jurídico nulo e o anulável: uma declaração de vontade que, por falta de *integração jurídica*, não produz os resultados que normalmente geraria. Embora defeituoso, existe o ato. Formou-se, mas por uma obstrução legal, não subsiste, e deixa de produzir suas consequências.

Imaginada por Zacchariae, aceita por Demolombe, divulgada por Aubry e Rau, desenvolvida pelas doutrinas francesa e italiana, encontra geral e boa acolhida a teoria da inexistência. Boa, porém não pacífica, pois há quem defenda a sua desnecessidade³² ou declare a distinção mera sutileza bizantina, e quem se plante até na recusa aos seus méritos científicos, raciocinando que a própria expressão *ato inexistente* não passa de uma contradição em termos (*contradictio in adiectio*), por ver que o ato pressupõe a existência de algo, e a inexistência é a sua negação.³³ Dentre os que aceitam a tese, autores há que lamentavelmente confundem casos de ato inexistente com ato nulo, e até com ato anulável.

Inútil será, por outro lado, tentar a filiação dogmática da doutrina à teoria romana das nulidades, pois que em verdade o direito romano não a conheceu. Muito embora as fontes registrem que quando *nullum est negotium nihil actum est*,³⁴ a teoria do ato inexistente nasceu de um raciocínio de Zacchariae, a propósito da ineficácia do casamento, quando falta o consentimento.³⁵ No nosso direito, como no francês, a teoria é constituída pela abstração dos juristas e admitida sem um texto que a consagre. Doutrinariamente, e sem embargo de seus opositores, tem fundamento a diferenciação, se se atentar em que o ato nulo tem existência como figura jurídica, apesar de lhe recusarem a ordem legal as consequências naturais. Já o ato inexistente não passa de *mera aparência de ato*, insuscetível de quaisquer

efeitos, plenamente afastável com a demonstração de sua não realização.³⁶

No desenvolver a teoria dos atos inexistentes, que se nos afiguram bem distintos dos nulos, e com as suas linhas estruturais bastante nítidas, procuramos desvencilhar-nos dos prejuízos que de modo geral a doutrina conserva na sua caracterização. Sem negar as dificuldades, pois algumas vezes é delicado apurar se se trata de inexistência ou de nulidade, acreditamos que bem se podem assim assentar os princípios.

Ato jurídico inexistente é aquele a que falta um *pressuposto material* de sua constituição. Não é o mesmo que nulidade, porque no ato nulo estão presentes os pressupostos de fato, em virtude dos quais o ato negocial chega a formar-se, porém frustra nos resultados, dada a contravenção a alguma disposição de ordem pública.

Analisadas comparativamente as diversas hipóteses, acentuam-se as diferenças. A incapacidade absoluta do agente induz a nulidade do ato, porque há uma declaração de vontade, embora defeituosa. Houve uma emissão volitiva, e, pois, o ato existe; mas é nulo, porque imperfeita aquela. Se em vez de consentimento defeituoso, não tiver havido *consentimento nenhum*, o ato é inexistente. Ao contrário da nulidade, em que a declaração de vontade conduz à ineficácia por desconformidade com as predeterminações legais, a inexistência advém da ausência de declaração de vontade. Quando o objeto é ilícito ou impossível, o ato é nulo; mas se *inexiste objeto*, será inexistente o ato. São hipóteses diferentes, pois em um caso o objeto existe, mas a relação jurídica deixa de se constituir por sua afronta à lei, à moral, aos bons costumes, ou por ser aquele inatingível; no outro caso, não se forma o ato, por ausência total de objeto. A falta de observância do requisito formal leva à nulidade; o ato foi celebrado, mas não produz efeitos por inobservância da solenidade. Se, em vez de celebração por forma diferente, falta a própria celebração, o ato é inexistente.

Há, portanto, uma linha viva de separação, perfeitamente identificável, no delineamento do negócio jurídico inexistente. E há também interesse na sua conceituação, não sob aspecto puramente doutrinário, como ainda prático, porque se o ato anulável requer pronunciamento a pedido do interessado, e se o ato nulo exige declaração judicial, ainda que *ex officio*, o ato inexistente, por não se ter chegado a constituir, é vazio de conteúdo, independentemente de qualquer provimento.³⁷

Costuma-se objetar que o ato inexistente não deixa de ser uma *aparência de ato*, que há mister seja desfeita, e, para tanto, requer-se um decreto judicial, o que (concluem) induz equivalência entre a nulidade e a inexistência.³⁸ Não nos parece, porém, assim. Teoricamente, há uma diferenciação positiva entre a inexistência e a nulidade. E na prática os efeitos diferem. Se o ato é nulo, esta invalidade tem de ser apurada, ainda que por via transversa, como foi explanado no nº 109, *supra*. O ato inexistente não pode produzir qualquer efeito, independentemente de um pronunciamento da inexistência. Um contrato de compra e venda de um imóvel de valor superior à taxa legal é nulo se não revestir a forma pública (Código Civil, art. 108), mas o juiz terá de proferir um decreto de nulidade. Faltando, porém, a própria realização do contrato, o juiz poderá, pura e simplesmente,

isentar o pseudocomprador de uma prestação. No campo do direito de família, que foi onde nasceu a figura do ato inexistente, é mais flagrante a diferenciação. Será nulo o matrimônio celebrado por juiz incompetente, nulidade que fica, entretanto, sanada pelo decurso de dois anos. Se os nubentes fizeram uma farsa de casamento, perante pessoa que é incompetente *ex ratione materiae* (por exemplo, o presidente de uma sociedade anônima ou um delegado de polícia), nem há casamento que possa produzir qualquer efeito, nem o decurso de dois anos pode convalidá-lo, transformando uma pantomina em ato gerador de consequências jurídicas. Em matéria de casamento, a teoria da inexistência tem importância maior, se se levar em conta que ali não se tolera a nulidade virtual (v. nº 390, *infra*, vol. V).

-
- ¹ Empregamos os vocábulos *ineficaz* e *ineficácia* com sentido genérico, reservando as palavras nulidade e nulo, anulabilidade e anulável, inexistência e inexistente para a designação de tipos específicos de ineficácia. A ineficácia é gênero, porque pode atingir os efeitos de ato válido.
 - ² Eis o brocardo: “*Ea quae lege fieri prohibentur si fuerint facta, non solo inutilia, sed pro infectis etiam habentur*”
 - ³ Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, § 65; De Page, *Traité Élémentaire*, I, nº 95.
 - ⁴ No Anteprojeto de Código de Obrigações, de nossa autoria, tratavam os arts. 66 e ss. da insubsistência do negócio jurídico, compreendendo: nulidade, anulabilidade, rescisão por lesão e revogação por fraude contra credores.
 - ⁵ Pelo próprio fato, por isso mesmo, consequentemente.
 - ⁶ A nomenclatura das invalidades é variável. Escritores há que mencionam a “nulidade absoluta” e a “nulidade relativa”, sob fundamento de que a primeira conduz à ineficácia completa do ato, é argüível por qualquer interessado ou pelo órgão do Ministério Público, e produz efeitos *ex tunc*; enquanto a segunda pode ser alegada pelos participantes do negócio jurídico, e não leva à ineficácia total, pois que, produzindo efeitos *ex nunc*, respeitam-se as consequências do ato até o momento de sua decretação. Preferimos adotar uma técnica uniforme, referindo-nos de um lado à *nulidade* sem necessidade de qualificá-la de absoluta ou de pleno direito, porque o é por natureza; e, de outro lado, à *anulabilidade*. Negócio jurídico *nulo* e negócio jurídico *anulável*, tão somente.
 - ⁷ Cf., sobre esses casos especiais, Ruggiero, *Istituzioni*, § 32; Oertmann, *Introducción*, p. 278; Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons*, I, nº 358.
 - ⁸ Emilio Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, trad. portuguesa, vol. III, p. 11; Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 468; Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, p. 345; Daisy Cogliano, Ineficácia dos Atos e Negócios Jurídicos, *Enciclopédia Saraiva*, vol. 44, V; Antonio Junqueira de Azevedo, Inexistência, Invalidade, Ineficácia, *Enciclopédia Saraiva*, vol. 44, V.
 - ⁹ Ruggiero, *loc. cit.*; Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, I, nº 345; Aubry e Rau, *Cours*, I, § 37.
 - ¹⁰ “Não há nulidade sem prejuízo”.
 - ¹¹ Capitant, *Introduction*, p. 289.