



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Marcelo Dickstein

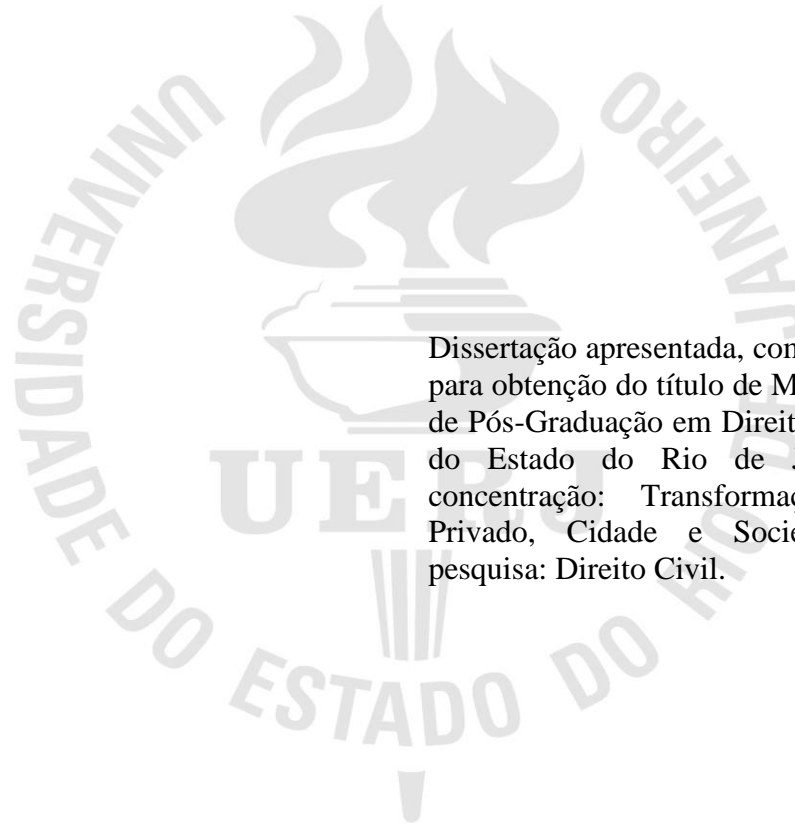
**Nulidades prescrevem?  
Uma perspectiva funcional da invalidez**

Rio de Janeiro

2014

Marcelo Dickstein

**Nulidades prescrevem?  
Uma perspectiva funcional da invalidade**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder

Coorientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

D554

Dickstein, Marcelo.

Nulidades prescrevem? Uma perspectiva funcional da invalidade /  
Marcelo Dickstein. - 2014.  
130 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1.Nulidade (Direito) - Teses.2.Prescrição (Direito) - Teses.3.Direito civil  
- Teses. I. Konder, Carlos Nelson de Paula. II. Universidade do Estado do  
Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.959

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Marcelo Dickstein

**Nulidades prescrevem?  
Uma perspectiva funcional da invalidade**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Aprovado em 23 de julho de 2014.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder (Orientador)  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Gustavo Tepedino (Coorientador)  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Francisco dos Santos Amaral Neto  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2014

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos meus queridos pais, à minha irmã e à Carla, a pessoa mais especial da minha vida.

## AGRADECIMENTOS

Embora a elaboração desta dissertação tenha demandado horas e horas de estudo e de trabalho solitário, devo o resultado final à contribuição e ao apoio de diversas pessoas a quem não poderia deixar de agradecer.

Primeiramente, agradeço a todo corpo docente da UERJ por ter contribuído para a minha formação acadêmica.

A todo corpo docente da UERJ, agradeço por ter contribuído para a minha formação acadêmica.

Ao Professor Gustavo Tepedino agradeço pelas preciosas lições e pelas magníficas aulas, que inspiraram a escolha do tema desta dissertação.

Ao Professor Carlos Nelson Konder devo um agradecimento especial. Não é fácil enumerar tudo o que lhe tenho a agradecer. Desde a orientação na elaboração da monografia apresentada na pós-graduação *lato sensu* no CEPED até a conclusão desta dissertação, tem sido ele fundamental para a minha vida acadêmica. Sempre disposto a me atender, brindou-me, mais uma vez, com seus valiosos ensinamentos e com imprescindível orientação.

Ao escritório Andrade & Fichtner, agradeço por ter me proporcionado os melhores e mais intensos momentos de minha vida profissional. Ao José Antonio Fichtner, com quem tenho a honra de trabalhar desde estagiário, agradeço por ter sido fundamental para a minha formação e por ter me apoiado, incondicionalmente, na realização do mestrado. Agradeço, igualmente, aos demais integrantes do escritório, em especial, Sergio Mannheimer, Karina Stern de Siqueira, Tomaz Lyra e Maria Proença Marinho. Devo um agradecimento especial ao ilustre amigo e advogado Fernando Guerra Lopes, que se revelou indispensável interlocutor, e cujos apontamentos foram fundamentais para a conclusão desta dissertação. Agradeço, ainda, ao amigo Eduardo Cardoso, por todas as suas contribuições e pelos dias em que ajudou a suprir minhas ausências para que a conclusão do mestrado fosse possível.

A minha maior gratidão vai para os meus pais, Mauro e Lilian, à minha irmã, Fabiana, e ao meu amor, Carla, por estarem ao meu lado em todos os momentos e por terem contribuído de forma tão significativa para a pessoa que sou hoje. À Carla agradeço, ainda, por todo o seu amor e por ter me ensinado o significado da plena felicidade.

## RESUMO

Dickstein, Marcelo. *Nulidades prescrevem? Uma perspectiva funcional da invalidade*. 2014. 130f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

A presente dissertação tem por objetivo analisar a incidência da prescrição sobre os efeitos decorrentes de negócios jurídicos nulos, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. O estudo se justifica porque, desde a vigência do Código Civil de 1916, não há um consenso na doutrina e na jurisprudência sobre o entendimento que deve ser aplicado, tendo sido constatada a existência de diferentes posicionamentos. A controvérsia está relacionada à construção científica clássica no sentido de que a nulidade, por ser um vício insanável, fundamentado em razões de ordem pública, conduziria à completa invalidade do negócio jurídico por ela atingido, não produzindo nenhum efeito (*quod nullum est nullum producit effectum*) entre as partes contratantes e em relação a todos que pudessem depender do negócio caso considerado válido. A ineficácia absoluta, portanto, tem sido considerada como o pressuposto para o entendimento de que o negócio jurídico nulo estaria imune a qualquer influência do tempo, de modo que a invalidade poderia ser alegada a qualquer momento. Esse entendimento, segundo alguns doutrinadores, teria sido reforçado pelo art. 169 do Código Civil de 2002. No entanto, é necessário reler o dogma da ineficácia absoluta das nulidades, tendo em vista que, embora o negócio nulo possa não produzir exatamente o efeito visado pelas partes, pode gerar na prática efeitos e consequências que não podem ser ignorados pelo Direito e que sofrem, naturalmente, os efeitos do tempo, como, por exemplo, o da prescrição. Assim, a dissertação analisa, primeiramente, as premissas adotadas pela teoria clássica das nulidades, sobretudo o dogma da ineficácia absoluta dos negócios nulos. Em seguida, propõe-se a realização da releitura do regime das nulidades no direito civil brasileiro a partir de uma perspectiva funcional da invalidade, ocasião em que são apresentados alguns critérios que podem auxiliar na consecução desse processo, comprovando, ainda, que dos negócios jurídicos nulos podem decorrer efeitos merecedores de tutela segundo o ordenamento. E, por fim, analisa-se a influência do tempo sobre os efeitos decorrentes dos negócios nulos, buscando sistematizar as diversas correntes existentes especificamente sobre essa questão, notadamente em relação à prescrição.

Palavras-chave: Teoria geral. Invalidade. Nulidade. Prescrição. Análise funcional. Eficácia.

## ABSTRACT

Dickstein, Marcelo. *Nullities are subject to statute of limitations? A functional perspective of invalidity*. 2014. 130f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This dissertation aims at analyzing the application of statute of limitations on the effects of null legal transactions under Brazilian legal system. The study is justified because, since the effectiveness of the 1916 Civil Code, there has been no consensus in legal doctrine or case law regarding the best understanding applicable, having been established the existence of different positions. The controversy is related to classic understanding according to which nullity, being an incurable defect, based on public policy, would lead to the complete invalidity of the legal transaction, producing no effect (*quod nullum est nullum producit effectum*) between the contracting parties and third parties that could depend on the legal transaction if it were considered valid. Therefore, absolute ineffectiveness has been considered as the basis for the understanding that a null legal transaction would be immune to any influence of time, so that invalidity could be alleged at any moment. According to part of legal doctrine, this understanding would have been reinforced by article 169 of the 2002 Civil Code. However, it is necessary to reread the absolute ineffectiveness of nullities dogma, under the view that, although a null transaction may not produce the effects sought by the parties, it may, in practice, generate effects and consequences that cannot be ignored by Law and that, naturally, suffer the effects of time, such as, the application of statute of limitations. As so, firstly, this dissertation analyzes the premises adopted under the classic nullity theory, focusing on the dogma of absolute ineffectiveness of null legal transactions. Secondly, a rereading of the nullities regimen in Brazilian civil law is proposed, based on the functional perspective of invalidity, which will result in the presentation of criteria that can be used to assist in the attainment of this process, being that it shall be demonstrated that null legal transactions may produce effects that are worthy of protection by the legal system. Finally, the influence of time on the effects of null legal transactions is analyzed, in the attempt to systematize the different legal positions regarding this specific matter, especially in what regards the statute of limitations.

Keywords: General theory. Invalidity. Nullity. Statute of limitations. Functional analysis. Effectiveness.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 A FUNCIONALIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO</b> .....	14
1.1 <b>A autonomia privada sob a perspectiva funcional</b> .....	14
1.2 <b>As espécies de invalidade: nulidade e anulabilidade</b> .....	19
1.3 <b>Características apontadas pela teoria clássica</b> .....	25
1.4 <b>Uma análise crítica dos pressupostos da teoria clássica</b> .....	28
<b>2 UMA PROPOSTA DE CONTROLE FUNCIONAL DA INVALIDADE</b> .....	40
2.1 <b>Do controle genético ao controle funcional: superação da perspectiva unicamente repressiva da nulidade. Necessidade de ponderação de valores e interesses</b> .....	40
2.2 <b>Busca de critérios para a ponderação</b> .....	49
2.2.1 <b><u>A preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais: o caso da “adoção à brasileira”</u></b> .....	50
2.2.2 <b><u>A boa-fé objetiva como óbice à alegação de nulidades</u></b> .....	62
2.2.3 <b><u>A função social do contrato como fundamento para o princípio da conservação dos negócios jurídicos</u></b> .....	75
2.3 <b>Os resultados da ponderação: o controle funcional em sua realidade prática</b> .....	83
<b>3 A PRESCRIÇÃO DAS PRETENSÕES RESULTANTES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS NULOS: O TEMPO COMO CRITÉRIO DE ESTABILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS</b> .....	90
3.1 <b>A influência do tempo sobre os efeitos produzidos pelos negócios jurídicos nulos: um confronto entre dois institutos que representam o interesse público</b> .....	90
3.2 <b>As quatro correntes envolvendo a relação entre a prescrição e as nulidades</b> .....	95
3.3 <b>O campo de incidência do art. 169 do Código Civil</b> .....	107
<b>CONCLUSÃO</b> .....	117
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	123

## INTRODUÇÃO

A teoria das nulidades<sup>1</sup> representa no direito civil um problema que, desde antes da vigência do Código Civil de 1916, tem desafiado os juristas a buscar uma solução harmônica e satisfatória.<sup>2</sup> Isso porque há uma série de dificuldades tanto na legislação, que é incompleta e não segue um critério terminológico preciso, quanto na doutrina, que não alcançou um consenso, uma uniformidade, em relação aos conceitos, causas e consequências dos atos nulos e anuláveis. Martinho Garcez chegou a afirmar, em 1896, que “não há no direito objetivo matéria mais difícil e mais complexa do que a das nulidades, e d’ahi a impossibilidade, em que o jurista se vê, de traçar regras e princípios gerais”.<sup>3</sup>

Inserese nesse contexto de controvérsias a construção científica clássica no sentido de que a nulidade, por ser uma sanção que decorre da existência de um vício insanável, fundamentado em razões de ordem pública, conduziria à completa invalidade do negócio jurídico por ela atingido, não produzindo nenhum efeito (*quod nullum est nullum producit effectum*) entre as partes contratantes e em relação a todos que pudessem depender do negócio caso considerado válido. A ineficácia absoluta, portanto, seria o pressuposto para o entendimento de que o negócio jurídico nulo estaria imune a qualquer influência do tempo, de

---

<sup>1</sup> A expressão “teoria das nulidades” é comumente utilizada para abranger todas as espécies de invalidade do negócio jurídico. Confira-se, a esse respeito, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. I, pp. 529-531; e AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil*: introdução. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 519-521.

<sup>2</sup> GONDIM FILHO, Joaquim Guedes Correa. Nullidade relativa. *Revista de Jurisprudência Brasileira*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 140, mai. 1940, p. 142. Apenas para demonstrar que o problema das nulidades não é recente, confira-se a opinião de Clóvis Beviláqua a respeito do caráter “rebarbativo” da teoria das nulidades: “A teoria das nulidades é ainda vacilante na doutrina, circunstância que aliada à falta de nitidez dos dispositivos legais, à ausência de princípios diretores do pensamento em função legislativa, tem dado a este assunto um aspecto particularmente rebarbativo”. (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*, Campinas, SP: Servanda, 2007, p. 352).

<sup>3</sup> GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1896, p. 11. Caio Mário da Silva Pereira adverte que “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.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 25. ed. Op. cit., p. 529). No mesmo sentido, Valle Ferreira explica que “são por demais conhecidos os embaraços que se apresentam a um estudo mais completo das nulidades, e parece bem certo que tais dificuldades se agravam em consequência da opinião divergente dos autores (...) quase sempre se prendem a fatos de outros tempos, ou circunstâncias de outros lugares” (FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 61, n. 205, jan. 1964, p. 22). Antônio Junqueira de Azevedo, após reconhecer as dificuldades e inúmeras controvérsias relacionadas à teoria das nulidades, conclui que “o único ponto em que todos estão de acordo é que não há acordo a seu respeito” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25). Pontes de Miranda ressalta que a imprecisão terminológica chega a ser “nociva ao direito” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. IV, p. 16).

modo que a invalidade poderia ser alegada a qualquer momento. Esse entendimento, segundo alguns doutrinadores, teria sido reforçado pelo Código Civil de 2002 que estabeleceu no art. 169 que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação nem convalesce pelo decurso do tempo”.<sup>4</sup>

Apesar de ter se mostrado atraente durante muitos anos pela praticidade em sua aplicação – já que bastaria ao intérprete definir se o vício incidente sobre o negócio jurídico seria hipótese de nulidade ou de anulabilidade que as consequências daí decorrentes, especialmente o modo de atuar, estariam pré-determinadas –, a teoria clássica não consegue explicar de forma satisfatória por que a sua rigidez é flexibilizada em diversas situações em que ordenamento considera necessário o reconhecimento da eficácia (total ou parcial) do negócio jurídico nulo.

Não tendo, portanto, um critério firme e sistemático, a teoria clássica das invalidades submergiu-se “em um oceano de exceções à regra, de soluções *ad hoc* propostas pelo legislador ou pelo juiz à luz de *fattispecie* específicas”<sup>5</sup>, o que, aliás, chamou atenção da doutrina por ter contribuído para a ausência de sistematização da matéria. É o que leciona Caio Mário da Silva Pereira:

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. (...) apura-se a ausência de uniformidade nos conceitos e nas classificações, tanto de um para outro sistema, quanto dentro de um mesmo direito. (...) As regras gerais que estruturam a teoria da ineficácia do negócio jurídico, não só pelo caráter genérico de sua normação, como ainda por se situarem na Parte Geral do Código Civil, devendo, naturalmente, projetar-se por todas as províncias juscivilísticas, 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*<sup>6</sup>.

Francisco Amaral reconhece, no mesmo sentido, que essa construção teórica “ressente-se hoje da impossibilidade de uma perfeita sistematização, capaz de fixar a matéria em algumas regras gerais que proporcionem ao intérprete segura orientação, dada a

---

<sup>4</sup> Confira-se, por todos, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. I, pp. 501-502.

<sup>5</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 354.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 25. ed. Op. cit., p. 543.

multiplicidade de normas limitadoras da autonomia privada”, o que, por conseguinte, dificulta a fixação de princípios comuns.<sup>7</sup>

As dificuldades dessa construção dogmática são derivadas, em grande parte, do fato de a sua disciplina ter ficado por longo tempo estranha a qualquer análise funcional<sup>8</sup>, que constitui uma das perspectivas preconizadas pelo direito civil-constitucional.<sup>9</sup> Funcionalizar um instituto significa analisar o seu perfil dinâmico, isto é, os seus efeitos e a sua conformidade com os interesses e valores que o ordenamento considera merecedores de tutela. Por isso é que a doutrina contemporânea sustenta que “descobrir sua função é mais importante do que investigar os seus aspectos estruturais”<sup>10</sup>, acrescentando, ainda, que “a concepção de função de um instituto, além de remeter a seus efeitos, liga-se, também, à finalidade daquele instituto: enquanto a estrutura reflete o instituto ‘como é’, a função indica ‘para que serve’”<sup>11</sup>. Isso não significa que a análise da estrutura deva ser desprezada, mas deve servir como ponto de partida no processo hermenêutico.

De fato, as características apontadas pela teoria clássica das nulidades decorrem de uma construção, ainda adotada hoje por muitos autores, baseada na taxatividade legal, isto é, num juízo valorativo apriorístico e estrutural<sup>12</sup> das hipóteses – em tese, imutáveis – previstas em lei, configurando a nulidade uma infração tão grave, violadora da ordem pública, que não se poderia admitir a produção de quaisquer efeitos (diretos ou indiretos) do negócio jurídico inválido. Verifica-se, assim, que o mecanismo empregado pela teoria clássica não permite a consideração de valores ou interesses do caso concreto, afastando qualquer hipótese de modulação dos efeitos negociais.

<sup>7</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil*. Op. cit., p. 521.

<sup>8</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 443.

<sup>9</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidez do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. Op. cit., p. 355. A respeito da funcionalização, confira-se também: TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 01-23; e Id., Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 395-405).

<sup>10</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre a patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.) *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. III, p. 07.

<sup>11</sup> KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27. No mesmo sentido, Pietro Perlingieri: “Estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno do fato. O como é? evidencia a estrutura, o para quê serve? evidencia a função. Como para o fato, também para a relação (...) é possível identificar um perfil estrutural e um funcional. Estrutura e função da relação e estrutura e função do fato não devem ser confundidas, ainda que se deva observar que a correlação entre o fato e a relação, no procedimento de individuação da disciplina do caso concreto, imponha a consideração global dos dois perfis.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 94).

<sup>12</sup> Caio Mário da Silva Pereira, ao analisar a invalidade, afirma que “a sua configuração vai prender-se à sua estrutura” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 25. ed. Op. cit., p. 530).

No entanto, como já advertia Carvalho Santos, é necessário entender de forma inteligente a tese da ineficácia ampla da nulidade<sup>13</sup>, tendo em vista que, embora o negócio nulo possa não produzir exatamente o efeito visado pelas partes, gera na prática efeitos e consequências que não podem ser ignorados pelo Direito e que sofrem, naturalmente, os efeitos do tempo, como por exemplo o da prescrição.

Nesse contexto, a perspectiva funcional, que leva em consideração os efeitos concretos do negócio, valorados (positiva ou negativamente) a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento, “permite explicar de modo mais satisfatório por que os efeitos de um mesmo ato inválido podem ser considerados, ora absoluta ou relativamente ilegítimos, ora parcialmente admissíveis, ora plenamente reconhecidos”<sup>14</sup> e, ainda, por que o tempo (além de outros valores) pode constituir um critério relevante a justificar a manutenção de certos efeitos decorrentes de negócios jurídicos inválidos.

A análise da teoria das nulidades sem vinculações apriorísticas com sua esquematização abstrata e suas exceções viabiliza a identificação de parâmetros para o juízo de merecimento de tutela sobre os atos de autonomia privada, em consonância com os princípios fundamentais do ordenamento.

Assim, considerando que o objeto central da dissertação consiste no estudo da influência do tempo sobre as pretensões relacionadas a efeitos decorrentes do negócio nulo no ordenamento jurídico brasileiro, será necessário analisar, primeiramente, as premissas adotadas pela teoria clássica das nulidades, sobretudo o dogma da ineficácia absoluta dos negócios nulos. Em seguida, será proposta uma releitura do regime das nulidades no direito civil brasileiro a partir da perspectiva funcional da invalidade, ocasião em que serão apresentados alguns critérios que poderão auxiliar na consecução desse processo. E, por fim, será analisada a influência do tempo sobre os efeitos decorrentes dos negócios nulos, buscando sistematizar as diversas correntes existentes especificamente sobre essa questão, notadamente em relação à prescrição.

---

<sup>13</sup> Após reconhecer que, de acordo com o entendimento doutrinário clássico, a consequência da nulidade é a completa ineficácia do ato nulo, Carvalho Santos registra que “é preciso entender inteligentemente o que acima foi dito. Porque não exprime a verdade o conceito geralmente pôsto em voga, restringindo-o ao conceito de que a nulidade faz com que o ato produza efeito algum. A verdade é outra: a nulidade impede apenas que o ato produza os efeitos jurídicos a que se destinava. Mas pode produzir efeitos secundários e é suscetível de consequências, ainda depois de declarada judicialmente a nulidade”. (CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. III, p. 255). No mesmo sentido, THEODORO JUNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. I, p. 525.

<sup>14</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. *Invalidez do negócio jurídico em uma perspectiva funcional*. Op. cit., pp. 372-373.

Naturalmente, em face da amplitude do tema, será necessário centrar o estudo nos planos da validade e da eficácia do negócio jurídico – especificamente a nulidade como espécie de invalidade –, sendo certo que questões conexas serão analisadas apenas incidentalmente e quando se relacionarem com o ponto fundamental que se deseja examinar.

Ressalte-se também que não será feita uma análise casuística de inúmeras situações que poderiam ensejar o reconhecimento da nulidade, nem se aprofundará o exame dos casos de anulabilidade, de modo que os exemplos mencionados na dissertação serão tratados apenas como referência à abordagem central do estudo.

Registre-se, por fim, que, apesar de o assunto estar ligado a questões relativas também ao direito processual civil, delas não cuidará profundamente a dissertação, fazendo-se tão-somente inevitáveis referências a determinadas questões pontuais, necessárias à adequada abordagem do tema.

# 1 A FUNCIONALIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

## 1.1 A autonomia privada sob a perspectiva funcional

Francisco Amaral ensina que o direito civil é um ramo do ordenamento jurídico que protege os interesses e as relações jurídicas de natureza privada, desenvolvido em torno do reconhecimento de uma esfera individual de soberania, cujas principais manifestações são a liberdade, no que tange à pessoa; a propriedade, com referência aos bens; e o contrato, com relação à atividade econômica dos particulares.<sup>15</sup>

A autonomia privada representa, assim, a expressão de tais liberdades no âmbito das relações privadas, sendo definida como o poder dos particulares de estabelecer as suas próprias regras, de regular as próprias condutas e atividades. “Auto”, em grego, significa “próprio” e “Nomos”, igualmente em grego, quer dizer “regra”.<sup>16</sup> Significa, assim, o poder que os indivíduos têm de regular suas relações jurídicas por ato de sua própria vontade.<sup>17</sup>

Esse poder constitui princípio fundamental no direito civil, assumindo especial relevância no plano das relações patrimoniais, por legitimar a regulamentação da iniciativa econômica pelos próprios interessados, bem como no plano das relações existenciais, por assegurar a liberdade na afirmação dos valores da personalidade intrínsecos à pessoa humana.<sup>18</sup>

Para a teoria clássica, que prevaleceu nos séculos XVIII e XIX sob forte influência dos ideais individualistas, o dogma da vontade foi construído sobre “a certeza de que a real fonte jurídica é a vontade interna”.<sup>19</sup> O indivíduo passou a ser a fonte e causa final de todo o direito. A sociedade não era vista como um fim em si mesmo, não se considerando existir um fim superior aos indivíduos que a compõem. E a função do Estado se limitava a assegurar aos particulares ampla liberdade para que pudessem ajustar as condições dos contratos como melhor lhes conviessem, o que remete àquela máxima do Estado liberal, atribuída a Fouillée,

---

<sup>15</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia Privada. *Revista CEJ*, Brasília, v. 3, n. 9, set./dez. 1999, p. 26.

<sup>16</sup> CASTRO NEVES, José Roberto de. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 73.

<sup>17</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como poder jurídico. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 290.

<sup>18</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Fato, ato, atividade e negócio jurídico* (no prelo), p. 01.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 24, n. 71, nov. 1997, p. 163.

segundo a qual *tudo o que é contratual é justo*<sup>20</sup>. Entendia-se que se as partes eram livres só celebrariam o contrato quando seus recíprocos interesses estivessem plenamente satisfeitos, razão pela qual o contrato sempre traduziria a ideia de justiça.<sup>21</sup> Esse é o motivo pelo qual os juízes acreditavam que não deveriam se intrometer naquilo que as próprias partes pactuaram através do negócio jurídico. Nesse contexto, o poder dos particulares de gerir seus interesses era designado como *autonomia da vontade*, a realçar a perspectiva voluntarista mediante a qual se pretendia afastar a interferência do poder público nos espaços privados.<sup>22</sup>

A partir dessa perspectiva, princípios como o da autonomia privada e do *pacta sunt servanda* – que consagra a obrigatoriedade da convenção – ganham destaque e força na medida em que a vontade das partes ultimava qualquer outro interesse.<sup>23</sup> As Constituições e os Códigos eram elaborados para dar segurança à sociedade quanto à limitação da atuação do Estado, sendo o Código Napoleônico o grande símbolo desse momento histórico, sobretudo pela importância que conferia ao contrato e à propriedade.<sup>24</sup>

O direito público e o direito privado eram vistos como absolutamente estanques e independentes. O primeiro, materializado pela Constituição, restringia a atuação do Estado, organizando o seu funcionamento e protegendo o cidadão contra as interferências estatais nas relações privadas. O segundo, representado pelo direito civil, era considerado sinônimo do Código Civil, que se limitava a regular as relações entre particulares, não sofrendo qualquer influência da Constituição.

Embora a concepção liberal tenha predominado por muitas décadas, a sociedade, após as duas grandes guerras mundiais, percebeu que a liberdade perante a lei (formal) estava provocando uma profunda desigualdade (substancial), já que os grupos econômicos mais favorecidos ditavam as regras, e a liberdade, na prática, não prevalecia. A ocorrência da Segunda Guerra Mundial, em especial, reafirmou a necessidade de se caminhar para um

---

<sup>20</sup> ROLLAND, Louise. ‘Qui dit contractuel, dit juste.’ (Fouillée) ... entraispetitsbonds, à reculons. *Mc Gill Law Journal*, Montreal, pp. 765-780, 2006; e SOUZA, Sylvio Capanema de. Dos contratos no novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, out./dez. 2002, pp. 90-91.

<sup>21</sup> Palestra proferida pelo Desembargador Sylvio Capanema de Souza na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) em 12.09.2009.

<sup>22</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Fato, ato, atividade e negócio jurídico*. Op. cit., p. 02.

<sup>23</sup> Orlando Gomes, ao tratar das transformações gerais do direito das obrigações, observa que os pandectistas “defendiam a onipotência da vontade individual na esfera do direito, e com tamanho empenho que lhe atribuíram alguns o valor de causa eficiente dos efeitos jurídicos, esquecidos de que encontram na lei, necessariamente, sua força geradora” (GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 66).

<sup>24</sup> A Revolução Francesa, influenciada pelas ideias individualistas que marcavam o Estado Liberal, incluiu no Código Civil francês disposição que consagra expressamente o princípio da autonomia da vontade, como se extrai de seu art. 1.134, ao dispor que “as convenções têm valor de lei entre as partes”.



Estado Social<sup>25</sup> em que a pessoa humana fosse protegida, passando a ser o centro das atenções.<sup>26</sup>

É, portanto, nesse contexto que “os novos fatos sociais dão ensejo a soluções objetivistas e não mais subjetivistas, a exigirem do legislador, do intérprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito”.<sup>27</sup>

Essas circunstâncias alimentam a intervenção do legislador nas relações privadas, o qual inseriu nas grandes constituições princípios e normas que estabeleciam deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica, assumindo, dessa forma, o compromisso de consagrar valores relacionados à função social da propriedade, aos limites da atividade econômica, à organização da família, ou seja, matérias típicas do direito privado.<sup>28</sup>

O Estado deixa de ter uma atuação passiva, de simples espectador, e passa a ser ativo e promocional, regulando diretamente as relações privadas, promovendo o bem-estar social. Como ensina Norberto Bobbio, passa-se do Estado garantista para o Estado dirigista, de tal modo que não remanescem espaços imunes (zonas francas) à atuação estatal e ao controle de sua legitimidade em relação ao ordenamento.<sup>29</sup>

A liberdade inerente ao princípio da autonomia privada deixa, assim, de ser absoluta, de tal modo que o seu verdadeiro significado deve ser extraído do conteúdo axiológico do ordenamento constitucional. Atualmente, conforme leciona Gustavo Tepedino, o princípio da autonomia privada está informado pelo valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, Constituição da República), corroborado por inúmeras garantias fundamentais às liberdades, que tem sede constitucional em diversos preceitos, os quais ostentam conteúdo negativo e positivo. O conteúdo negativo decorre do princípio da legalidade, que reserva ao legislador o poder de restringir as liberdades, qualificando como lícito tudo o que não for legalmente proibido (art. 5º, II, Constituição da República), bem como dos princípios gerais da atividade econômica, consagrados no art. 170, da Constituição.<sup>30</sup> O conteúdo positivo, por sua vez, está

---

<sup>25</sup> Heloísa Carpena Vieira de Mello afirma que o Estado, outrora Liberal, transforma-se em Estado Social em que há uma revalorização do homem, reclamando a revisão dos institutos clássicos do direito civil. (MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 309).

<sup>26</sup> Lembra-se neste momento o entendimento de Aristóteles, no sentido de que igualdade significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

<sup>27</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Op. cit., p. 06.

<sup>28</sup> Ibid., p. 07.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri, SP: Manole, 2007: Prefácio, p. XII. V. também TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 05-06.

<sup>30</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Fato, ato, atividade e negócio jurídico*. Op. cit., pp. 01-02.

relacionado a princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CR), da solidariedade social (art. 3º, I, CR) e da igualdade substancial (art. 3º, III, CR), tendo em vista que as liberdades e autonomia das pessoas, para reprimir atuação ilícita, “deve perseguir a justiça social, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais e com a promoção da dignidade humana”. Vale dizer que a autonomia privada passa a impor deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, vinculando liberdade à responsabilidade.<sup>31</sup>

Vislumbra-se, dessa forma, um avanço enorme para a sociedade brasileira, na medida em que a Constituição da República passa a proteger diretamente valores sociais ao dispor sobre direitos e garantias fundamentais, figurando a promoção da tutela da pessoa humana como valor máximo. Além disso, o Estado, antes limitado em suas atribuições, passa a ter a obrigação de intervir nos espaços outrora reservados unicamente para as relações privadas, sempre com o objetivo de assegurar o livre e pleno desenvolvimento da pessoa humana.

A autonomia privada, dessa forma, passa a ser vista não necessariamente como decorrência da vontade interna do indivíduo, já que a ordem pública constitucional impõe que os particulares também atendam aos valores socialmente relevantes. Refere-se, nessa linha de raciocínio, à ideia de autonomia negocial, locução que segundo Pietro Perlingieri melhor traduz “o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios”, manifestando a realização de um negócio de qualquer forma e conteúdo (não só os bi e plurilaterais suscetíveis de aferição patrimonial, como também negócios unilaterais e de conteúdo não-patrimonial).<sup>32</sup>

A modificação da noção de autonomia e liberdade repercute profundamente na análise da validade dos atos e negócios jurídicos, notadamente na teoria das nulidades. Tradicionalmente, a análise das situações jurídicas se restringia ao aspecto estrutural – dogmática por trás do positivismo jurídico que se preocupava com a composição/elementos dos institutos –, de modo que a nulidade consistia na resposta (sanção) do ordenamento à atividade desempenhada por sujeitos sem observância de requisitos de validade indicados como essenciais pela legislação – ou seja, estava originalmente atrelada ao princípio da

<sup>31</sup> Ibid., p. 02.

<sup>32</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., p. 338. V. também: Id., *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 18; e TEPEDINO, Gustavo. *Fato, ato, atividade e negócio jurídico*. Op. cit., p. 02. Rose Melo Vencelau Meireles, após analisar as divergências conceituais, conclui que o termo autonomia privada prefere à autonomia negocial. Isso porque “usar a expressão autonomia negocial poderia incutir a impressão de que o negócio jurídico, sendo categoria geral e abstrata, teria uma única disciplina, prevista na Parte Geral do Código Civil. Diante disso, será usado o termo autonomia privada que serve tanto para atos patrimoniais, quanto para atos existenciais, sem gerar confusões a esse respeito” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 76).

legalidade estrita. Considerando que o espectro e os limites dos institutos jurídicos e especialmente da autonomia privada não são mais uniformes e abstratos, dependendo também dos valores que lhes servem de fundamento para a promoção de interesses socialmente relevantes, entra em cena a funcionalização dos institutos de direito civil.<sup>33</sup>

A consciência de que a atividade interpretativa envolve necessariamente valores, que serão extraídos do ordenamento considerando as peculiaridades do caso concreto, além de revelar a superação da análise unicamente estrutural, impõe seja priorizado na análise dos negócios jurídicos o seu perfil funcional, seus efeitos, passando, assim, segundo Norberto Bobbio, do *como ele é para o para o que o direito serve*.<sup>34</sup>

Dessa forma, até mesmo a teoria das nulidades dos negócios jurídicos – cuja metodologia de aplicação sempre esteve atrelada ao perfil estrutural e à técnica da pura subsunção – deve ser analisada no contexto dos valores envolvidos, levando em consideração a função exercida pelo negócio na realidade social, bem como os interesses subjacentes à causa da invalidade, à luz do ordenamento jurídico como um todo. Como destaca Pietro Perlingieri:

As autonomias, então, e a mesma singular liberdade representada pela iniciativa econômica privada e mercantil não podem fugir do controle de merecimento diante dos valores constitucionais. Função e destinação dos atos assumem um valor decisivo em relação ao seu conceito meramente estrutural. Nesse contexto, a iniciativa econômica não pode não ter uma utilidade social e deve ser exercida de maneira que não cause dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana.<sup>35</sup>

O espaço de autonomia privada, isto é, a estrutura dos poderes conferidos para o exercício de direitos dela decorrentes, passa a ser determinado pela função que desempenha na relação jurídica, sendo certo de que o merecimento de tutela será resultado do controle de legitimidade a partir da legalidade constitucional.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Confira-se, nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. *Fato, ato, atividade e negócio jurídico*. Op. cit., p. 03.

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Op. cit., p. 53. A respeito da funcionalização dos negócios jurídicos, confira-se também KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x Função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, jul./set. 2010, pp. 33-34.

<sup>35</sup> PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 03.

<sup>36</sup> A respeito da necessidade se empreender uma análise funcional, confira-se Pietro Perlingieri: “Para evitar os perigos de um estruturalismo árido, de maneira a subtrair-se ao fascínio de doutros questionamentos sobre o consentimento, sobre a troca sem diálogo e sem acordo, é necessário deslocar a atenção para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia negocial, para o seu merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico. Isto representa o sinal de uma forte mutação no enfoque hermenêutico e qualificador do ato e, sobretudo, de um modo mais moderno de considerar a relação entre lei e a autonomia negocial,

## 1.2 As espécies de invalidade: nulidade e anulabilidade

O ordenamento jurídico autoriza as partes criarem, regulamentarem e extinguirem relações jurídicas através do exercício de sua autonomia privada. O resultado do exercício dessa liberdade, desse poder conferido às partes à produção de determinados efeitos, será o negócio jurídico, categoria tratada pelo Título I, do Livro III da Parte Geral do Código Civil de 2002.

Essa liberdade, porém, como visto acima, não é absoluta. O próprio ordenamento procura cercar a formação do negócio jurídico de certas garantias destinadas a proteger os interesses das próprias partes, de terceiros e da ordem jurídica, ao estabelecer um tratamento especial à manifestação de vontade, à causa do negócio, à sua forma e ao seu objeto. O direito, portanto, “ao estabelecer as exigências, para que o negócio entre no mundo jurídico com formação inteiramente regular, está determinando *os requisitos de sua validade*”<sup>37</sup>.

O legislador estabeleceu os requisitos de validade do negócio jurídico no art. 104 do Código Civil, ao dispor que o agente deve ser capaz, o objeto do negócio deve ser possível, lícito e determinado ou determinável, e a forma será prevista ou não defesa em lei. Essa relação de requisitos, no entanto, não deve ser considerada exaustiva. As partes geral e especial do Código Civil, assim como a legislação extravagante, contêm diversos outros requisitos de validade que deverão ser observados na hipótese de celebração de negócios jurídicos específicos.

A invalidade, assim, é a consequência prevista no ordenamento para os negócios jurídicos (e igualmente aos atos jurídicos em razão do disposto no art. 185 do Código Civil) celebrados sem a observância dos requisitos que a lei aponta como essenciais à sua validade. Em doutrina, costuma-se afirmar que “a invalidade é um valor negativo, representa uma pena, a consequência, a sanção civil que atinge determinado negócio, por ter sido ele praticado ao arpejo da lei, apresentando lacunas ou vícios na manifestação de vontade”<sup>38</sup>.

---

configurada unitariamente” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., pp. 358-359).

<sup>37</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Op. cit., p. 42.

<sup>38</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 22. No mesmo sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 25. ed. Op. cit., p. 530: A invalidade surgirá quando o negócio jurídico não tiver observado os requisitos indispensáveis à produção de seus efeitos, “seja por ter o agente afrontado a lei, seja por não reunir as condições legais de uma emissão útil de vontade”.

O ato inválido, embora, em regra, seja considerado ineficaz, entrou no mundo jurídico respeitando os elementos materiais mínimos considerados para sua existência.<sup>39</sup> Deixará, porém, de receber a proteção até que a condição que deu causa à invalidade seja sanada em tempo e modo previstos em lei, caso seja possível.

A consequência estabelecida no ordenamento para as hipóteses de invalidade irá variar conforme o grau de importância conferido pela legislação a cada situação, ou seja, a cada requisito de validade, podendo dar ensejo às espécies *nulidade* ou *anulabilidade*. A essas duas categorias a doutrina francesa denomina *nulidade absoluta* e *nulidade relativa*. Os irmãos Mazeaud e François Chabas diferenciam as espécies de acordo com os interesses envolvidos, explicando que a nulidade absoluta sanciona o descumprimento das regras de ordem pública, voltadas para a preservação das normas sociais e morais, enquanto que a nulidade relativa está imposta para a proteção dos interesses privados.<sup>40</sup>

Essa nomenclatura inspirou Teixeira de Freitas na elaboração do Esboço do Código Civil<sup>41</sup>, bem como o Regulamento nº 737, de 1850, que, embora tivesse por objetivo regular o “processo commercial”, editou regras de direito material que vigoraram – no que se refere ao direito civil – até a vigência do Código Civil de 1916. Esse Regulamento, além de tratar das nulidades de pleno direito e das nulidades dependentes de rescisão (artigos 683 a 686), distinguiu as nulidades em absolutas e relativas, dispondo que as primeiras podiam ser “propostas ou allegadas por todos aquelles a quem interessam ou prejudicam”, e as segundas, “fundadas na preterição de solemnidades estabelecidas em favor de certas pessoas, como a mulher casada, menores, presos, réos e outros, só podem ser allegadas e propostas por essas pessoas, ou por seus herdeiros, salvos os casos expressos nas leis” (artigo 687).<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Esse é o entendimento adotado pela doutrina que defende a separação do negócio jurídico em três planos distintos: existência, validade e eficácia. No Brasil, merecem destaque as obras de Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, Op. cit., § 359, p. 15); Antônio Junqueira Azevedo (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. Op. cit., pp. 23-61); e Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do fato jurídico: Plano da validade*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, § 5º, pp. 12-14). A dissertação, porém, em razão de seu limitado escopo, não abordará os três planos distintamente, limitando-se a analisar o plano da validade com especial destaque à nulidade, e alguns aspectos do da eficácia.

<sup>40</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Léon; CHABAS, François. *Derecho Civil: Obligaciones*, t. 1. Tradução de Luis Andorno. Buenos Aires: Zavalia, 1997, p. 378.

<sup>41</sup> As nulidades são tratadas a partir do art. 786, sendo que os arts. 805 a 809 se referem às nulidades absolutas (ou manifestas) e os arts. 810 a 821 disciplinam as nulidades relativas (ou dependentes de julgamento). (FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: Esboço*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952, v. I, pp. 324-332).

<sup>42</sup> Martinho Garcez confirma que “o direito francez foi a fonte onde os illustres autores do Reg. 737 de 25 de Novembro de 1850 foram buscar não só a denominação de *nullidades de pleno direito* e *absolutas* e de *nullidades dependentes de rescisão* e *relativas*, como o contexto juridico d’essas nullidades, as suas causas, os seus effeitos e caractéres e o modo de serem ellasoppostas e apreciadas pelo juiz; por isso, a origem, para nós, das nullidades, a fonte que é preciso conhecermos a fundo, é o direito francez, que offerece vasta e copiosa mêsse, não só nos textos do codigo civil, como no direito costumeiro que o precedeu, nos trabalhos dos jurisconsultos do

A doutrina brasileira à época seguia esse entendimento, distinguindo as nulidades entre absolutas e relativas, conforme lecionava Antonio Joaquim Ribas:

Posto que nenhuma lei possa ser estabelecida sem utilidade publica, mas têm por fim directo e immediato defender e promover os interesses sociaes, e outras os interesses individuaes. No primeiro caso, ellas devem ser necessariamente cumpridas, e o acto que as viola, é considerado nullo, ou não existente. No segundo caso, se aquelles, cujos interesses ella protege, quizerem desistir dessa protecção e convierem na subsistencia do actoinfractordellas, poderá este ser considerado válido. D'aqui decorrem os seguintes corollarios: 1.º Que as nulidades da primeira especie são absolutas, e as da segunda relativas.<sup>43</sup>

Martinho Garcez propunha, ainda, a divisão entre nulidades de pleno direito e nulidades dependente de rescisão. As primeiras, segundo o autor, “ou nascem da violação das leis prohibitivas, promulgadas no interesse da ordem publica, porque aquillo que se faz contra a prohibição da lei é nullo, ainda que não esteja expressamente declarada a clausula annullatoria; ou nascem das leis constitutivas das formulas ou condições essenciaes aos actos que ellas instituem”<sup>44</sup>. A segunda, por sua vez, “dá-se quando no contracto, valido em apparencia, ha preterição de solemnidadesintrinsecas”<sup>45</sup>.

O Código Civil de 1916 não seguiu a sistemática da legislação anterior, identificando as espécies de invalidade apenas através das designações nulo e anulável (artigos 145 e 147), o que foi observado também pelo Código Civil de 2002 (artigos 166 e 171). Essa, aliás, é a estrutura que foi adotada pelo Código Civil italiano, de 1942, ao tratar da *nullità* e *annullabilità*, bem como pelo Código Civil português, de 1966, cujo artigo 285<sup>46</sup> regula as hipóteses de nulidade e anulabilidade do negócio jurídico.

---

seculoXVIII, e nas obras dos illustrescommentadores d'aquellecodigo [de Napoleão]” (GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1910, v. I, pp. 05-06). No mesmo sentido, Zeno Veloso ressalta que, por influência da literatura francesa e do Regulamento nº 737/1850, as designações nulidade absoluta e relativa se difundiram no direito brasileiro, mas não devem ser empregadas, sendo mais próprias e corretas as nomenclaturas nulidade e anulabilidade. E complementa dizendo que “aquelas outras, não só estão cientificamente ultrapassadas como se prestam a intermináveis confusões” (VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Op. cit., p. 28).

<sup>43</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1915, v. I, pp. 159-160.

<sup>44</sup> GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*, v. I. Op. cit., pp. 32-33.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>46</sup> Artigo 285º (Disposição geral) Na falta de regime especial, são aplicáveis à nulidade e à anulabilidade do negócio jurídico as disposições dos artigos subsequentes. E, segundo a doutrina portuguesa, “as expressões *nulidade* e *anulabilidade* correspondem às designações tradicionais de *nulidade absoluta* e *nulidade relativa*” (LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1967, v. I, p. 184). No mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão: “de *nulidade relativa* se falava anteriormente para significar a anulabilidade. Mas o código de 1966 consagrou a palavra ‘anulabilidade’ e a doutrina seguiu-o, pelo que aquela expressão ficou vaga” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. II, p. 318).

Apesar disso, ainda há na doutrina brasileira controvérsia acerca da nomenclatura que deve ser utilizada para as espécies de invalidade e seus respectivos âmbitos de aplicação.<sup>47</sup> Prevalece, porém, o entendimento defendido por Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Washington de Barros Monteiro, Pontes de Miranda, entre outros autores – e que será adotado na presente dissertação –, segundo o qual a classificação entre nulidade absoluta e nulidade relativa, abandonada pelos Códigos Civis de 1916 e de 2002, equivale à atual distinção entre nulidade e anulabilidade, de modo que o interesse público ou privado envolvido definiria a distinção entre as duas categorias.<sup>48</sup>

Não se pode deixar de registrar, porém, que outros respeitadíssimos doutrinadores defendem, ainda hoje, a existência da nulidade relativa como uma figura intermediária, distinta da nulidade (absoluta) e da anulabilidade. Sustenta-se que:

é a nulidade relativa um tipo de nulo que não é o absoluto. Ela entra em cena quando houver uma infração a norma de ordem pública, mas que se refira a interesses privados; só as pessoas titulares desses interesses é que podem pleitear em juízo a decretação da nulidade do negócio; finalmente, assim como os atos anuláveis, a nulidade relativa também é passível de sanção, podendo o negócio ser confirmado<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Caio Mario da Silva Pereira reconhece que a nomenclatura das invalidades ainda 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 *extunc*; enquanto a segunda pode ser alegada pelos participantes do negócio jurídico, e não levam à ineficácia total, pois que, produzindo efeitos *ex nunc*, respeitam as conseqüências do ato até o momento de sua decretação. Em construção análoga, o Regulamento nº 737, de 1850, arts. 683 e segs., distinguia as ‘nulidades de pleno direito’ das chamadas ‘nulidades dependentes de rescisão’, correspondentes estas últimas às nulidades relativas ou anulabilidades. 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*; negócio jurídico *anulável*.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, p. 631).

<sup>48</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 20. ed. Op. cit., 2012, p. 532; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, pp. 284-285; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. I, pp. 577-578; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p.309; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 8. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, v. I, p. 384; e VIANA, Marco Aurelio Sá. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 347. Pontes de Miranda tece ainda uma crítica às duas expressões: “A nulidade, diz-se, é absoluta; nulidade relativa é a anulabilidade. Devemos evitar os dois adjetivos ‘absoluta’ e ‘relativa’; porque, empregando-os em diferentes sentidos e baralhando a êsses, a cada momento, os juristas e juízes cometem êrros sem conta.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, t. IV, p. 94).

<sup>49</sup> GOZZO, Débora. *A ação de nulidade de venda a descendente*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 49. Confira-se, também, GONDIM FILHO, Joaquim Guedes Correa. Nulidade relativa. Op. cit., p. 142; e AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil*. Op. cit., pp. 526-527. Marcos Bernardes de Mello defende essa distinção, mas prefere falar em nulidades de *pleno iure* (nulidade absoluta) e *nulidades dependentes de alegação* (nulidade relativa) (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Op. cit., p. 63). Orlando Gomes, entretanto, afirma que essa distinção, em que a nulidade relativa “teria todos os caracteres da nulidade absoluta, menos seu reflexo processual”, seria contraditória, não se podendo admitir “um negócio produtivo de efeitos entre as partes e *improdutivo* exclusivamente em relação a certos terceiros, do agente contra os vícios que podem distorcê-la” (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 426).

Era o que se verificava na regra prevista no artigo 1.132 do Código Civil de 1916 que proibia a venda de ascendente para descendente sem a anuência de todos os descendentes. Tratava-se, teoricamente, de hipótese de nulidade. No entanto, a ação pertinente não cabia a qualquer interessado, podendo ser exercida apenas pelo interessado direto (descendente prejudicado). Além disso, o descendente poderia manifestar sua concordância após a celebração do contrato, confirmando o negócio jurídico, e o juiz não poderia reconhecer de ofício esse vício.<sup>50</sup>

Em razão dessa peculiaridade, que, segundo a doutrina, também estaria presente em alguns dispositivos do Código Civil de 2002, há quem defenda a existência dessa categoria mista, sendo uma nulidade com características excepcionais.<sup>51</sup> Na doutrina italiana, Emilio Betti chegou a criticar quem identificava a invalidade absoluta com a nulidade e a invalidade relativa com a anulabilidade.<sup>52</sup> No direito português, embora o Código Civil também tenha adotado a divisão entre nulidade e anulabilidade, a doutrina entende que não haveria óbices para o reconhecimento desse regime misto de invalidade.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Op. cit., p. 104.

<sup>51</sup> Leonardo Mattietto ressalta que “um exemplo de nulidade relativa está no art. 504 do Código Civil de 2002, que proíbe um condômino, na compra e venda, de vender a sua quota a um estranho se outro condômino a quiser. Embora a lei não se refira à nulidade, ou mesmo à anulabilidade, é certo que a consequência jurídica há de ser a primeira e não a segunda, por força do disposto no art. 166, VII” (MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Teoria da invalidade e princípio da conservação dos atos jurídicos*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003, p. 93). Francisco Amaral expõe que “a nulidade diz-se *absoluta* quando afeta a todos e pode ser alegada por qualquer interessado; e *relativa* quando afeta apenas determinadas pessoas, sendo que somente estas podem invocá-la. A nulidade relativa não se confunde com anulabilidade; a primeira é espécie de nulidade que só determinadas pessoas podem invocar. A segunda é sanção de grau inferior àquela. A nulidade absoluta é a regra, enquanto a figura da nulidade relativa é controversa na doutrina, não sendo de aceitação geral.” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil*. Op. cit., p. 526).

<sup>52</sup> “Não é exata a formulação corrente deste critério. Costuma identificar-se a invalidade absoluta com a nulidade e a relativa com a anulabilidade. Na terminologia, chegam até a confundir-se as duas locuções: anulabilidade e nulidade relativa. Ora não conseguimos ver porque a nulidade não possa ser relativa. Não há incompatibilidade lógica entre os dois conceitos; a relatividade das qualificações e situações jurídicas é um fenômeno que, atualmente, pode considerar-se firmado (...); por outro lado, uma situação que se verifica objetivamente, no sentido de que não está subordinada a uma iniciativa processual destinada a fazê-la valer, pode, todavia, verificar-se, perfeitamente, apenas em relação a determinados interessados, aos quais está circunscrita a legitimidade para requerer uma decisão de acerto por parte do juiz” (BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Campinas, SP: Servanda, 2008, pp. 674-675). Confira-se também ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 206.

<sup>53</sup> “O facto de a lei referir como categorias distintas e autónomas a *nulidade* e a *anulabilidade* não exclui a possibilidade de a lei fixar alguns regimes de *invalidade mista*, com traços do regime próprio da *nulidade* e outros característicos da *anulabilidade*: vide, por ex., o artigo 1939.º, n.ºs 1 e 2” (LIMA, Fernando Andrade Pires de *et al. Código Civil Anotado*. Op. cit., p. 185). “A lei, por vezes, afasta-se da simetria das construções para estabelecer invalidade de carácter misto (p. ex., art. 1939.º, n.ºs 1 e 2). Quebra, assim, a harmonia estética do sistema, mas configura soluções (*invalidades mistas*) mais adequadas aos interesses que constituem a matéria da respectiva regulamentação” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 610). “Concebe-se ainda, todavia – e é importante notá-lo –, que concorram num dado caso razões (interesses em jogo) que justifiquem o atribuir-se à nulidade correspondente um regime misto de nulidade absoluta e de nulidade relativa. De qualquer maneira a lei, *que tudo pode*, é livre para instituir um tal



A jurisprudência, por sua vez, não segue uma sistematização e continua a usar os termos nulidade absoluta e nulidade relativa como equivalentes à nulidade e à anulabilidade, não havendo um critério firme.<sup>54</sup>

Naturalmente, em razão dessa imprecisão terminológica – seja em relação à legislação, seja em relação ao conceito empregado pela doutrina –, muitos autores afirmam que a teoria das nulidades é uma das mais obscuras do direito civil. Por isso, em praticamente todos os textos sobre invalidade dos negócios jurídicos, é possível encontrar afirmações a respeito da complexidade da matéria no direito brasileiro, devido à ausência de uniformidade de entendimento. Valle Ferreira afirma, por exemplo, que “são por demais conhecidos os embaraços que se apresentam a um estudo mais completo das nulidades, e parece bem certo que tais dificuldades se agravam em consequência da opinião divergente dos autores”, que, na maioria das vezes, “se prendem a fatos de outros tempos, ou circunstâncias de outros lugares”<sup>55</sup>.

E a ausência de consenso na doutrina acaba por refletir nas legislações, conforme observa Caio Mário da Silva Pereira:

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.<sup>56</sup>

É por esse motivo que Antônio Junqueira de Azevedo, após reconhecer as dificuldades e inúmeras controvérsias relacionadas à teoria das nulidades, conclui que “o único ponto em que todos estão de acordo é que não há acordo a seu respeito”<sup>57</sup>. Afigura-se oportuna, assim, a

---

regime sempre que o entenda – mesmo que sem justificado motivo. No nosso direito não é impossível encontrar exemplos de nulidades mistas. Estas nulidades mistas ou híbridas são absolutas sob certos aspectos e relativas quanto a outros. Será um regime assimétrico, pouco harmonioso e elegante, sob o aspecto lógico ou formal; mas pode ser útil e acomodado às exigências da justiça.” (ANDRADE, Manuel António Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1966, v. I, p. 416). José Oliveira de Ascensão, por outro lado, discorda da existência desse terceiro grupo de invalidades: “Não nos parece que ocorram casos de invalidade mista. Dada a bipartição de núcleos operada, os vários casos são, ou de nulidade, ou de anulabilidade; e dentro de cada categoria, são de regime comum ou de regime especial. Não é necessária a introdução de mais esta figura.” Haveria, então, invalidades “atípicas” e “especiais” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Op. cit., pp. 325-326).

<sup>54</sup> Cita-se, dentre muitos, STJ, REsp nº 246.824/GO, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21.03.2002.

<sup>55</sup> FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. Op. cit., p. 22.

<sup>56</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 20. ed. Op. cit., p. 529.

<sup>57</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Op. cit., p. 25.

orientação de Zeno Veloso no sentido de que “todo cuidado deve ser tomado para que a confusão dos vocábulos não cause inexactidão dos conceitos e desordem nas idéias”<sup>58</sup>.

### 1.3 Características apontadas pela teoria clássica

Afirma-se que a nulidade “é o estado do negócio que ingressou no mundo jurídico descumprindo requisitos de validade considerados essenciais, de interesse social e de ordem pública”.<sup>59</sup> Em razão da relevância e gravidade da violação, o ordenamento jurídico estabelece uma reação com todo vigor, sendo a nulidade o grau máximo de invalidade.<sup>60</sup> As causas de nulidade estão vinculadas aos requisitos de validade previstos no art. 104<sup>61</sup> e às hipóteses do art. 166<sup>62</sup>, ambos do Código Civil. Podem surgir também em decorrência da inobservância de outras regras previstas na parte especial do Código e na legislação extravagante para negócios jurídicos específicos.

A anulabilidade, por sua vez, tem sido considerada a sanção de ordem privada, ditadas por razões de política legislativa, aplicada aos atos praticados em desobediência a normas que protegem certas pessoas e tutelam a vontade do agente contra vícios que podem distorcê-la.<sup>63</sup> As causas de anulabilidade estão previstas no art. 171<sup>64</sup> do Código Civil, além dos demais casos previstos expressamente em lei.

---

<sup>58</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Op. cit., p. 273. Martinho Garcez chegou a afirmar, em 1910, que “não ha no direito objectivomateria mais difficil e mais complexa do que a das nullidades, e d’ahi a impossibilidade, em que o jurista se vê, de traçar regras ou principiosgeraes” (GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*, v. I. Op. cit., p. 134).

<sup>59</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Op. cit., p. 35.

<sup>60</sup> Costuma-se afirmar também que a nulidade representa a reação da sociedade à violação de um interesse público juridicamente relevante: “Não raro o ato tem uma finalidade que colide com a ordem pública, ou que machuca a idéia de moral social ou de bons costumes. É um interesse público que é lesado; por conseguinte, a própria sociedade reage, e reage violentamente, fulminando de nulidade o ato que a vulnerou” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Op. cit., p. 285).

<sup>61</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>62</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

<sup>63</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Op. cit., p. 426. Pontes de Miranda, ao distinguir o ato nulo do anulável, também reconhece que as causas de invalidade decorrem da opção do legislador. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. IV. Op. cit., 1970, p. 30).

<sup>64</sup> Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

As características consideradas pelo ordenamento para distinguir essas espécies de invalidade tem influência direta da teoria clássica das nulidades que, segundo César Fiuza, “nada mais é do que a teoria das nulidades, formulada pelos romanistas e adotada pelos civilistas, principalmente franceses, com reflexos no *CodeNapoleón* e na legislação posterior de todos os ordenamentos de base romano-germânica”<sup>65</sup>.

Afirma a doutrina clássica, de uma maneira geral, que as nulidades, por estarem voltadas para a proteção de um interesse público, operam de pleno direito, não sendo, pois, necessária a intervenção judicial para serem reconhecidas.<sup>66</sup> Podem ser pronunciadas de ofício pelo juiz<sup>67</sup>, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer interessado (art. 168<sup>68</sup> do Código Civil), e a sentença que vier a ser proferida tem efeitos *extunc*<sup>69</sup>. As nulidades não produzem qualquer efeito, não convalidam pelo decurso do tempo e não admitem confirmação (art. 169<sup>70</sup> do Código Civil).

As anulabilidades, a seu turno, por envolverem interesses privados, somente podem ser decretadas pelo juiz mediante provocação das partes interessadas, não podendo ser

---

<sup>65</sup> FIUZA, César. Teoria das nulidades: em busca de novos horizontes. In: *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: Thomson IOB, 2005, v. I, pp. 261 e 272). A síntese dessas características clássicas também pode ser encontrada em VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. Op. cit., pp. 313-314; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Op. cit., p. 425; MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Teoria da invalidade e princípio da conservação dos atos jurídicos*. Op. cit., pp. 83-84; e Id., *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 344.

<sup>66</sup> Confira-se a opinião dos seguintes autores: “No caso de nulidade absoluta, sendo o acto insubsistente em Direito, deixa de produzir efeito independentemente de declaração judicial” (RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Op. cit., p. 508); “A nulidade de pleno direito é imediata; ella golpeia mortalmente o acto logo que elle é praticado e não permite em momento algum os seus efeitos” (GARCEZ, Martinho. *Nulidades dos actos jurídicos*, v. I. Op. cit., p. 81); “Operam ‘ipso iure’ ou ‘ipsa vi legis’. Não se torna necessário intentar uma acção ou emitir uma declaração nesse sentido, nem sequer uma sentença judicial prévia, e podem ser declaradas ‘ex officio’ pelo tribunal” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Op. cit., p. 611); e “La nulidad es un efecto que se produce *ipso jure* por el hecho mismo de la existencia del vicio. (...) Para hacer valer la nulidad no es necesaria una acción de nulidad” (VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil: Teoria General del Derecho Civil Aleman*. Buenos Aires: Depalma, 1947, v. II, t. I, pp. 310-311). No mesmo sentido: TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1965, p. 331. Serpa Lopes também entende ser desnecessário o ajuizamento de uma ação judicial para o reconhecimento da nulidade de pleno direito, “em que a vulneração da lei se apresente ostensiva, inequívoca, de pronto reconhecimento” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, v. I, pp. 453-454).

<sup>67</sup> A declaração de ofício pelo juiz é uma regra presente também nos Códigos Civis de diversos outros países: português (art. 286), italiano (art. 1.421), argentino (art. 1.047), chileno (art. 1.683), paraguaio (art. 359), peruano (art. 220) e uruaio (art. 1.561).

<sup>68</sup> Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

<sup>69</sup> Sobre esse ponto, confira-se, a título ilustrativo, o que dispõe o Código Civil paraguaio: “Art. 361.- La nulidad pronunciada por los jueces vuelven las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado, e impone a las partes la obligación de restituirse mutuamente todo lo que hubieren recibido en virtud de él, como si nunca hubiere existido, salvo las excepciones establecidas en este Código.”

<sup>70</sup> Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

conhecidas de ofício (art. 177<sup>71</sup> do Código Civil). Além disso, o negócio anulável produz efeitos até a decisão judicial, que opera, segundo parte da doutrina, com efeitos *ex nunc*<sup>72</sup>. É passível de convalidação expressa (art. 172<sup>73</sup> do Código Civil) por meio da vontade das partes, ou tácita pelo decurso de prazo decadencial (art. 178<sup>74</sup> do Código Civil).

A partir da identificação dessas características restaria ao intérprete, segundo a teoria clássica, definir se o vício incidente sobre o negócio jurídico seria hipótese de nulidade ou anulabilidade, já que todas as consequências daí decorrentes, especialmente o modo de atuar, seriam dadas pelas distinções acima. A praticidade na aplicação das regras e a facilidade no estudo do tema é que justificariam a busca por uma teoria geral das invalidades.<sup>75</sup>

No entanto, para ser considerada geral, uma teoria deve ter coerência em seus critérios, evitando a incidência de exceções. Caso contrário, ela perde a sua praticidade e deixa de ser didática, na medida em que, em vez de facilitar a compreensão da matéria, acaba alimentando confusões na solução do caso concreto.<sup>76</sup> É o que ocorre exatamente com a teoria clássica das nulidades, que vem sendo considerada um “reino das exceções”<sup>77</sup> pelo fato de os critérios acima enfrentarem diversas restrições, muitas delas contempladas na própria legislação civil,

---

<sup>71</sup> Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

<sup>72</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Op. cit., p. 507; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 20. ed. Op. cit., pp. 542-543; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil*. Op. cit., p. 542. No ordenamento jurídico argentino, há, inclusive, norma expressa neste sentido: “Art.1046.- Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendingrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.”

<sup>73</sup> Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

<sup>74</sup> Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar; II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

<sup>75</sup> MARQUES, Ricardo Luiz Pereira. Crítica à clássica teoria geral das invalidades no direito privado brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 41, jan./mar. 2008, p. 148.

<sup>76</sup> *Ibid.*, pp. 148-149. Complementa essa ideia, Marcos Bernardes de Mello: “uma teoria geral busca, a partir da realidade, enunciar princípios gerais que, harmonicamente estruturados, sintetizem a *essência* da instituição a que se refere, aplicando-se a todas as situações possíveis. A elaboração de uma teoria geral na área do direito, portanto, tem de partir da análise das normas do direito positivo e num processo gradativo de abstração chegar à enunciação de princípios tão gerais que a eles se ajustem todas as espécies que integram a instituição jurídica respectiva” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Op. cit., pp. 14-15).

<sup>77</sup> Acerca do crescimento da importância das exceções à teoria clássica das nulidades, confira-se Pietro Perlingieri: “É indicativa a radical mudança de postura realizada nos últimos anos em relação às patologias negociais. Da contraposição nítida entre as figuras de nulidade e de anulabilidade passou-se, pouco a pouco, a atribuir importância às exceções: assim, a nulidade não é apenas absoluta, mas relativa; não é apenas total, mas parcial; determinam-se, além disso, razões para derrogar a disciplina da anulabilidade”. (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., pp. 373-374).

refletindo um tratamento normativo completamente diferente daquele previsto pela teoria clássica.<sup>78</sup>

É por essa razão que os irmãos Mazeaud e Chabas concluem, ao final do capítulo em que tratam da nulidade dos contratos no direito francês, que a teoria das nulidades “deveria reconstruir-se sobre nuevas bases. Las dudas de la jurisprudencia prueban que los principios sobre los que reposa esta teoría ya no tienen vigencia. La distinción romana, justificada por razones de procedimiento, habría debido desaparecer con tales razones”<sup>79</sup>.

#### 1.4 Uma análise crítica dos pressupostos da teoria clássica

As características apontadas pela teoria clássica das nulidades decorrem de uma construção, ainda adotada hoje por muitos autores, baseada na taxatividade legal, isto é, num juízo valorativo apriorístico das hipóteses – em tese, imutáveis – previstas em lei, configurando a nulidade uma infração tão grave, violadora da ordem pública, que não se poderia admitir a produção de quaisquer efeitos (diretos ou indiretos) do negócio jurídico inválido.

Essa construção dogmática, porém, não consegue explicar de forma satisfatória por que a rigidez da teoria é flexibilizada em diversas hipóteses em que deve ser reconhecida a eficácia do negócio jurídico nulo, sob pena se produzirem injustiças tão severas quanto aquelas que a teoria pretende debelar.<sup>80</sup> Essa circunstância deu origem a algumas relevantes críticas por parte da doutrina mais moderna, revelando que as características apontadas acima para distinguir nulidade de anulabilidade não podem ser consideradas regras absolutas.

O primeiro aspecto que deve ser pontuado diz respeito ao fato de que a distinção entre nulidade e anulabilidade não se relaciona propriamente aos seus efeitos ou ao modo de operar,

---

<sup>78</sup> É por esse motivo que Orlando Gomes e Marcos Bernardes de Mello chegam a sustentar que as inúmeras exceções revelam a impossibilidade de se construir uma teoria geral das invalidades que possa traçar características essenciais comuns a todas as espécies de invalidade (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Op. cit., p. 15; e GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Op. cit., pp. 430-431).

<sup>79</sup> MAZEAUD, Henri *et al.* *Derecho Civil*. Op. cit., p. 400. Tradução livre: A teoria das nulidades “deveria reconstruir-se sobre novas bases. As dúvidas da jurisprudência provam que os princípios sobre os quais repousam essa teoria já não tem vigência. A distinção romana, justificada por razões procedimentais, deveria ter desaparecido com tais razões”.

<sup>80</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. *Invalidez do negócio jurídico em uma perspectiva funcional*. Op. cit., p. 357.

vinculando-se, na realidade, às causas ensejadoras de cada uma das espécies de invalidade.<sup>81</sup> Isso porque, embora a teoria clássica defenda que a declaração da nulidade produz efeitos *extunc* e a decretação da anulação produz efeitos *ex nunc*, é possível que haja na prática hipóteses de nulidade que não possam retornar ao estado anterior, o que é ratificado pelo disposto no art. 182<sup>82</sup> do Código Civil, ao prever que sendo possível retornar ao estado anterior, as partes “serão indenizadas com o equivalente”.

Diante dessas circunstâncias, tem-se afirmado em doutrina que as duas espécies se aproximam quanto ao principal efeito do reconhecimento da invalidade: tanto na declaração da nulidade, quanto na decretação da anulação, procurar-se-á restabelecer o estado anterior<sup>83</sup>, ou, não sendo isso possível, as partes serão indenizadas com o equivalente, na forma do art. 182 do Código Civil, que se aplica a ambas as espécies de invalidade.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Confira-se a esse respeito Valle Ferreira: “Atos nulos e atos anuláveis são igualmente imperfeitos, padecem de imperfeições, mais ou menos graves, mas o certo é que têm a mesma existência irregular e precária. Nesta matéria, em verdade, só se encontram dois conceitos antagônicos: validade e invalidade. O Código Civil [de 1916] (arts. 145 e 147) dispõe quanto aos casos de imperfeição e daquelas leis facilmente se vê que a diferença entre ato nulo e anulável apenas se encontra na causa da invalidade” (FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. Op. cit., p. 30). V. também: MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Teoria da invalidade e princípio da conservação dos atos jurídicos*. Op. cit., p. 84; e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 175.

<sup>82</sup> Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente. Essa regra, aliás, não é uma inovação do Código Civil de 2002, sendo uma reprodução do disposto no art. 158 do Código Civil de 1916, o qual, portanto, já previa uma uniformidade quanto à eficácia da declaração judicial em caso de nulidade e anulabilidade.

<sup>83</sup> O efeito retroativo da declaração de nulidade do negócio jurídico foi encampado pela doutrina clássica que entendia, inicialmente, que o negócio nulo se equipararia ao negócio inexistente, o que impossibilitaria a produção de qualquer efeito. Confira-se, a esse respeito, a lição dos irmãos Mazeaud e de François Chabas: “La nulidad opera retroactivamente. Se considera que el contrato nunca ha existido. El principio de la retroactividad domina los efectos de toda nulidad, sea ésta absoluta o relativa. La nulidad no se limita a evitar los efectos futuros del contrato, tal como lo hacen la rescisión o la resolución. La sentencia que constata la nulidad tiene un carácter declarativo, al reconocer una nulidad que siempre ha existido. El contrato nulo no ha nacido nunca y nunca ha comenzado a producir efectos. Hasta la sentencia sólo había una apariencia de contrato, que es destruida por ella, con lo cual ya nada subsiste del mismo.” (MAZEAUD, Henri *et al.* *Derecho Civil*. Op. cit., p. 417).

<sup>84</sup> Quanto à incidência do disposto no art. 182 (ou art. 158 do CC/1916) às hipóteses de nulidade e anulabilidade, confira-se, a título exemplificativo: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 161; BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. atual. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1959, v. I, p. 342; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Op. cit., p. 305; GAGLIANO, Pablo Stolze *et al.* *Novo curso de direito civil*. Op. cit., p. 396; MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Invalidade dos atos e negócios jurídicos*. Op. cit., p. 339; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*. Op. cit., p. 174. Zeno Veloso critica a redação do artigo 182 do Código Civil, expondo que “ao invés do vocábulo ‘anulado’, devia ter usado a palavra ‘invalidado’, para que não se pense que a regra nele contida se destina apenas aos negócios anuláveis que tenham sido anulados, quando, na verdade, ela se aplica a todos os casos em que o negócio seja invalidado: nulificado e anulado, como dissemos. Invalidação, portanto, tem um sentido amplo, abrange quaisquer circunstâncias em que o negócio apresenta desconformidade com a lei, contém vícios ou defeitos mais ou menos graves ou intensos, o que determina a nulidade ou a anulabilidade do mesmo e, respectivamente, a nulificação ou a anulação”. Observa, ainda, Zeno Veloso que “fica a salvo desta crítica o artigo 289, 1, do Código Civil português, que, exprimindo a mesma ideia, estabelece: ‘Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente’” (VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Op. cit., p. 150)

É por essa razão, portanto, que alguns autores já não consideram os efeitos da declaração judicial como uma distinção entre o reconhecimento da nulidade e da anulabilidade.<sup>85</sup> Afinal, se o negócio jurídico é invalidado, por ser nulo ou anulável, restabelece-se, sempre que possível, o estado anterior, atingindo o negócio na sua origem<sup>86</sup>, sendo certo que a eventual proteção do terceiro de boa-fé não compromete esse raciocínio ou obsta o reconhecimento da invalidade.<sup>87-88</sup>

---

<sup>85</sup> Valle Ferreira, um dos primeiros a propor uma análise crítica da teoria clássica das nulidades, já ensinava que “qualquer que seja a causa da invalidade, no fundo é sempre a mesma coisa, a mesma invalidade, e, em todos os casos, o vício é dirimente e contemporâneo da formação do ato, quer se trate de nulidade, quer de anulabilidade. Por este motivo bastante, uma vez pronunciada a invalidade, as duas causas invariavelmente se igualam quanto ao efeito essencial, que é o de apagar o ato desde o passado e para o futuro, tudo porque – convém salientar – também a nulidade relativa é absoluta em seus efeitos” (FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. Op. cit., p. 24). No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. IV. Op. cit., 1970, p. 61; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. I, p. 319; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Op. cit., p. 608; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Op. cit., p. 317; VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Op. cit., pp. 33, 73 e 266; MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Teoria da invalidade e princípio da conservação dos atos jurídicos*. Op. cit., p. 85); NERY JUNIOR, Nelson. Alienação do poder de controle em sociedades limitadas como compra e venda mercantil. Compra e venda entre ascendentes e descendentes. Nulidade e anulabilidade. Negócios indiretos, simulação e fraude à lei. Semelhanças e distinções entre as figuras. Negócios jurídicos com interpostas pessoas. Prescrição e decadência. Sua função e inexistência no caso concreto. Ações declaratórias, condenatórias e constitutivas e os critérios de determinação de sua extinção pelo decurso de prazo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan./mar. 2009, p. 315.

<sup>86</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Op. cit., pp. 33 e 73. É por essa similitude de efeitos que Valle Ferreira afirma que, “uma vez pronunciada a nulidade, não há qualquer diferença quanto a seus efeitos” em relação à anulabilidade. Ambos são igualmente imperfeitos, padecendo de vícios mais ou menos graves, mas o certo é que “têm a mesma existência irregular e precária” (FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. Op. cit., p. 22).

<sup>87</sup> MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Teoria da invalidade e princípio da conservação dos atos jurídicos*. Op. cit., p. 85. Sobre a limitação dos efeitos retroativos para a proteção do terceiro de boa-fé, Carlos Alberto da Mota Pinto leciona que “a retroactividade da nulidade e da anulação, levada às suas últimas consequências lógicas, conduziria à oponibilidade da destruição dos efeitos do negócio em face de terceiros. Essa solução que se entendia vigorar no direito anterior: as nulidades e anulabilidades operavam ‘in rem’ e não ‘in personam’. No actual Código Civil o problema da oponibilidade da nulidade e anulabilidade a terceiros foi resolvido de forma original, através de um sistema de compromisso entre os interesses que estão na base da invalidade e os interesses legítimos de terceiros e do tráfico. Em princípio, tais formas de invalidade são oponíveis a terceiros, salvo o caso especial da simulação, que é inoponível a terceiros de boa fé” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Op. cit., p. 617).

<sup>88</sup> Embora se afirme que o reconhecimento judicial da invalidade tem efeito *extunc*, é importante ressaltar que haverá casos em que alguns efeitos/consequências decorrentes de negócios nulos e anuláveis não poderão ser desfeitos, o que será analisado com detalhes mais adiante. Sobre esse aspecto, César Fiuza observa que “de fato, uma vez anulado o ato, procurar-se-á, sempre que possível, restabelecer o *status quo ante*, ou seja, a situação anterior a ele. A ação anulatória tem sempre caráter constitutivo negativo. O que se almeja, em quaisquer circunstâncias, é a invalidação do ato e de todos os seus efeitos, desde o momento em que se o realizou. O que ocorre, porém, é que alguns efeitos não podem ser anulados, seja por força de lógica, seja por força de conveniência social, ou pelos dois motivos” (FIUZA, César. *Teoria das nulidades*. Op. cit., pp. 276-277). Ricardo Luiz Pereira Marques vai além e adota uma posição mais extrema, defendendo que não é o caso de “estabelecer-se uma regra geral contrária, isto é, de que sempre a declaração das nulidades ou anulabilidades terá efeitos retroativos”, considerando que o próprio Código Civil “disciplina hipóteses de atos e negócios jurídicos que, mesmo eivados de nulidades reconhecidas em sentença, continuam a surtir eficácia, ou, ao menos, tem mantidos os efeitos gerados até então. Podem-se citar os exemplos do art. 1.597, II (que cuida da presunção de concepção na constância do casamento, e dos efeitos dela decorrentes, mantidos mesmo após a anulação do

Também tem sido objeto de críticas a expressão “nulidade de pleno direito”, ao se reconhecer que as invalidades exigem a declaração judicial para serem reconhecidas, não operando automaticamente.<sup>89</sup> Valle Ferreira, ao se deparar com a frequente referência na doutrina e na legislação à “nulidade de pleno direito”, afirmou que:

A expressão é simples resíduo verbal de sistemas há muito tempo superados e, desse modo, nos dias de hoje só pode perturbar, como freqüentemente ocorre. Não há nulidade de *pleno jure*, tudo porque, mesmo inquinado do vício mais grave, o ato quase sempre conserva uma aparência de regularidade, que só pode ser destruída por declaração do juiz<sup>90</sup>.

Assim, considerando que todas as espécies de invalidade dependem de pronunciamento judicial e, principalmente, que o ordenamento jurídico veda a autotutela, exigindo que a parte prejudicada se socorra do Poder Judiciário para buscar os seus direitos, não seria possível considerar a existência de uma espécie de invalidade que tivesse aplicação de “pleno direito”. Desse modo, a continuidade do uso dessa expressão pela doutrina e pela legislação<sup>91</sup>, segundo Leonardo Mattietto, “é inadequada, mais parecendo um exagero linguístico, porquanto a nulidade tratada nesses dispositivos não é de pleno direito, não opera automaticamente, mas, como qualquer invalidade, não pode prescindir de declaração judicial”<sup>92</sup>.

Outra regra invocada para diferenciar a nulidade da anulabilidade diz respeito à legitimidade para arguição do vício. Muitos autores sustentam com base no art. 168 do

casamento), bem como dos arts. 1.561 e 1.563, que regulamentam efeitos do casamento nulo” (MARQUES, Ricardo Luiz Pereira. *Crítica à clássica teoria geral das invalidades no direito privado brasileiro*. Op. cit., p. 152).

<sup>89</sup> O seu principal expoente no direito brasileiro foi Clóvis Beviláqua que utilizava essa designação para distingui-la da anulabilidade ou da nulidade dependente de rescisão (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1949, v. I, p. 436).

<sup>90</sup> FERREIRA, Valle. *Subsídios para o estudo das nulidades*. Op. cit., p. 22. A respeito da necessidade de pronunciamento judicial da invalidade, confira-se também Mazeaud e Chabas: “La nulidad, sea absoluta o relativa, debe ser declarada por el juez. En efecto, salvo casos excepcionales que son hipótesis de laboratorio, como el del contrato celebrado en broma – *jocandi causa* – un contrato, a pesar de ser nulo, presenta una apariencia de contrato válido. De aquí la necesidad de atacar judicialmente tanto la apariencia como la presunción de validez del acto, medida que retrotraerá sus efectos, a pesar de que los partidarios de la teoría de la inexistencia digan lo contrario, al momento en que estos actos comenzaron a tener la apariencia de válidos” (MAZEAUD, Henri *et al. Derecho Civil*. Op. cit., pp. 383-384). No mesmo sentido: VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Op. cit., pp. 152-153; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Op. cit., pp. 431-432; e DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Op. cit., p. 580. Esse também é o entendimento da jurisprudência: “Embora a lei classifique a irregularidade do ato jurídico, quer no plano do direito material, quer do processual, segundo a valoração ou ‘gravidade’ do vício que o acoima - ato nulo ou anulável -, vale ressaltar a imprescindibilidade da declaração judicial da sua invalidade.” (STJ, REsp nº 184.703/MS, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 09.03.1999).

<sup>91</sup> A despeito de não ter sido adotada pelos Códigos Civis (de 1916 e de 2002), a expressão “nulidade de pleno direito” é referida, por exemplo, no art. 214 da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), nos arts. 51 e 53 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e no art. 45 da Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato).

<sup>92</sup> MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Teoria da invalidade e princípio da conservação dos atos jurídicos*. Op. cit., p. 87.



Código Civil (que reproduz o disposto no art. 146 do Código Civil de 1916 e, de certo modo, também o art. 686, §§ 3º e 5º, do Regulamento nº 737/1850) que o defeito grave (nulidade), de interesse público, poderia ser suscitado por qualquer interessado, pelo Ministério Público e de ofício pelo juiz, enquanto o vício menos grave (anulabilidade), de interesse privado, somente poderia ser alegado pelas partes a quem o negócio aproveitasse. Sucede que essa disciplina não pode ser considerada uma regra absoluta, havendo hipóteses no próprio Código Civil em que a legitimidade para a alegação da nulidade será limitada. É o caso, por exemplo, das nulidades incidentes sobre os atos de alienação dos imóveis dos filhos praticados pelos pais, sem autorização judicial, que, de acordo com o parágrafo único do art. 1.691<sup>93</sup> do Código Civil, somente podem ser alegadas pelos filhos, herdeiros ou representantes legais. A legitimidade ampla para alegação das nulidades também tem sido limitada pela jurisprudência diante da peculiaridade de casos concretos.<sup>94</sup>

Como visto acima, a doutrina clássica também caracteriza a nulidade pela impossibilidade de convalidação, o que significa dizer que nem o ato de vontade das partes (ratificação ou confirmação) nem o decurso do tempo poderia convalidar o negócio jurídico. Para utilizar a expressão de Alberto Trabucchi, a nulidade seria um “defeito mortal”, a realçar impossibilidade de ressuscitar o negócio jurídico inválido.<sup>95</sup>

Isso se justificaria, na explicação de Antonio Joaquim Ribas, porque a validade de um ato deve ser verificada no momento em que é praticado. Se nesse momento o ato preenche todos os requisitos de validade, assim ele será considerado ainda que sobrevenham circunstâncias tornando-o defeituoso. Se, ao revés, o ato é nulo no momento em que é praticado, não se tornará jamais válido ainda que desapareçam as razões que levaram à nulidade, sendo aplicável ao caso a regra de Paulo, segundo a qual “*quod initio vitiosum est,*

<sup>93</sup> Art. 1.691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

Parágrafo único. Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo: I - os filhos; II - os herdeiros; III - o representante legal.

<sup>94</sup> “Ação ordinária de indenização por danos materiais. Inadimplemento contratual. Desequilíbrio contratual decorrente de abusividade. Inocorrência. Preço vil. Não verificação. (...). 1. A alegação de nulidade do pacto ante a ausência de preço sério não merece guarida, pois, de fato, é a própria recorrente que estabelece o custo dos serviços que fornece, portanto absolutamente credenciada a valorar tal prestação, sob pena de macular o conhecido brocardo jurídico ‘*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*’ (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza), verdadeiro princípio geral de direito. (...). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no REsp nº 479.746/RJ, 4ª T., Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª Região), j. 02.10.2008); e “Agravo regimental no recurso especial. Contrato de locação. Fiança sem outorga uxória. (...). 1. Tendo o fiador faltado com a verdade acerca do seu estado civil, não há como declarar a nulidade total da fiança, sob pena de beneficiá-lo com sua própria torpeza. (...). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no REsp nº 1.095.441/RS, 6ª T., Rel. Min. Og Fernandes, j. 17.05.2011). Outras hipóteses serão analisadas no item 2.2.2. desta dissertação.

<sup>95</sup> TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 45. ed. Pádova: CEDAM, 2012, p. 154.

*non potest tractu temporis convalescere*” (o que é vicioso de princípio não pode convalescer pelo decurso do tempo).<sup>96</sup>

Essa regra foi adotada expressamente pelo Código Civil 2002, prevendo o parágrafo único do art. 168 que a nulidade não pode ser suprida pelo juiz, ainda que haja requerimento expresso das partes, o qual é complementado pelo art. 169, ao dispor que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”<sup>97</sup>.

Nada impede, porém, que os interessados, de comum acordo, celebrem novamente o negócio, sem os defeitos do anterior, observando todas as prescrições legais.<sup>98</sup> Essa medida, é importante ressaltar, não corresponderá à confirmação do negócio nulo, mas à celebração de um novo negócio jurídico.<sup>99</sup> Emilio Betti, ao analisar o regime das nulidades no ordenamento italiano, afirma que “se o autor do negócio quer manter o arranjo de interesses que não pode ter vida mediante o negócio nulo, deve *renovar* o negócio (§ 31, *d*), não no sentido da

---

<sup>96</sup> Martinho Garcez também invoca a regra de Paulo e complementa expondo que o tempo não constitui um meio de estabelecer ou extinguir de pleno direito uma obrigação, razão pela qual o ato, uma vez nulo, não pode ser sanado. (GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*, v. I. Op. cit., p. 82)

<sup>97</sup> Há nos ordenamentos jurídicos estrangeiros regras que se assemelham e que se distanciam daquela prevista no Código Civil brasileiro. No direito italiano, por exemplo, o art. 1.422 do Código Civil dispõe que a ação visando à declaração de nulidade não está sujeita à prescrição, salvo os efeitos da usucapião e da prescrição das ações de repetição. O artigo seguinte prevê, por sua vez, que o contrato nulo não pode ser convalidado, se a lei não dispuser diversamente. O Código Civil paraguaio dispõe também que as ações de impugnação dos atos nulos não prescrevem (art. 658, a). O Código Civil peruano, embora estabeleça que a nulidade não é passível de confirmação (art. 220), dispõe que a respectiva ação prescreve em 10 anos (art. 2.001, 1). O Código Civil uruguaio, em sentido similar, determina que ação de nulidade prescreve em 30 anos (art. 1.561). O Código Civil chileno (art. 1.352) estabelece que às ações de nulidade se aplicam as regras referentes à prescrição. O Código Civil argentino estatui que se aplica o prazo de 10 anos às ações de nulidade (atos nulos ou anuláveis), caso não haja disposição específica com prazo menor (art. 4.023). Código Civil espanhol prevê prazo de 4 anos para a ação de nulidade (art. 1.301). O Código Civil mexicano, diferentemente, dispõe em seu art. 2.231 que a nulidade de um ato jurídico por falta de forma estabelecida em lei se extingue pela confirmação desse ato, feita na forma omitida. O art. 2.232, por sua vez, prevê que quando a falta da forma produz nulidade do ato, se a vontade das partes se apresenta firme, de maneira indiscutível, e não se trata de ato revogável, qualquer dos interessados pode exigir que o ato se outorgue na forma prescrita em lei.

<sup>98</sup> César Fiuza critica a regra segundo a qual os defeitos graves, que inquinam os atos e negócios nulos, não seriam convalidáveis, considerando que há hipóteses em que esses defeitos poderão ser reparados antes da sentença anulatória. Cita, como exemplo, o caso de “um menor, absolutamente incapaz [que] aluga um imóvel seu sem a interveniência de seu representante legal. O ato contém defeito grave, sendo dito, assim, ‘nulo de pleno direito’. Não poderia ser convalidado, segundo os clássicos. Ocorre que, tomando dele conhecimento, o representante legal, além de não fazer nada para anular o negócio, ainda assina o contrato, para evitar qualquer eventual discussão”. Em seguida, indaga o autor: “como dizer, neste caso, que o vício não foi reparado? Que o ato é defeituoso? A anulação desse contrato seria fundada em quê?” (FIUZA, César. *Teoria das nulidades*. Op. cit., p. 277). Embora se entenda que a referida regra não seja absoluta, o exemplo citado, com todo respeito às opiniões em contrário, não permite concluir que o negócio realizado pelo incapaz teria sido convalidado a partir da assinatura do contrato pelo representante legal do incapaz. Conforme se verá mais adiante, parece mais adequado considerar que há dois contratos: o primeiro, nulo, celebrado pelo incapaz, sem a anuência de seu representante legal; e o segundo, válido, celebrado pelo incapaz, com a anuência de seu representante legal. O primeiro, embora nulo, pode ter produzido efeitos que, diante de certas circunstâncias e a partir da incidência de determinados princípios, poderão ser preservados pelo ordenamento. A celebração do segundo não implicou, portanto, a convalidação do primeiro, embora as partes possam até convencionar que a eficácia do contrato válido teve início em momento anterior.

<sup>99</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. Op. cit., p. 165.

reprodução do anterior, mas no sentido de celebrá-lo *ex novo*, visto o conteúdo do negócio nulo não ter um valor preceptivo vinculante”<sup>100</sup>. Sendo um novo negócio, os efeitos operariam *ex nunc*.<sup>101</sup> Porém, como bem leciona Manuel Domingues de Andrade, ressalvado direito de terceiros, nada obsta que as partes no novo negócio estipulem que os seus efeitos devem ser contados a partir do momento anterior, em que foi celebrado o primeiro negócio.<sup>102</sup>

Pontes de Miranda, no entanto, critica a utilização da denominação “renovação”, já que “supõe negócio jurídico existente e não-nulo, que se renova”, preferindo, por essa razão, a denominação “repetição”.<sup>103</sup> Seguindo esse entendimento, Zeno Veloso expõe que “a repetição faz entrar no mundo jurídico um *novo* negócio, opera *ex nunc*, não tem efeito retrooperante, não faz renascer o negócio anterior, sendo este novo negócio autônomo com relação ao nulo, e tendo validade e eficácia daí para frente, a partir da data em que foi concluído, desprezando-se o tempo que passou entre a conclusão do negócio nulo e a celebração do novo negócio (repetição).”<sup>104</sup>

Além de insanável pela vontade das partes ou por determinação judicial, a doutrina clássica afirma que a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo, sendo, portanto, imprescritível, por maior que seja o tempo decorrido (*quod nullum est nullo lapsus temporis convallescere potest*). O pressuposto para essa imunidade aos efeitos do tempo, ou seja, para a alegada imprescritibilidade, portanto, é o dogma da ineficácia absoluta do negócio jurídico nulo.

<sup>100</sup> BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Op. cit., pp. 671-672

<sup>101</sup> Confira-se, a esse respeito, o seguinte julgado: “(...) Embora não sejam os negócios absolutamente nulos ratificáveis ou convalidáveis, isso não impede que sejam novamente realizados, com a correção da falha que fulminou o ato anterior, sendo indiferente que a nulidade primitiva tenha sido declarada judicialmente. Se as novas alterações contratuais reúnem todos os requisitos de validade do ato jurídico, possuem natureza de atos autônomos, pouco importando que contenham a expressão ‘ratificação’. IV - Na repetição da prática de atos de idêntico teor aos dos que foram declarados nulos, é vedada a concessão de efeitos *ex tunc*. Contudo, se isso ocorreu, é possível declarar sua nulidade apenas nesse aspecto, mantendo-se a sua eficácia para o futuro. Recurso parcialmente provido.” (STJ, REsp nº 685.573/RS, 3ª T. Rel. Min. Castro Filho, j. 02.06.2005).

<sup>102</sup> ANDRADE, Manuel António Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1983, v. II, p. 419. No mesmo sentido, Zeno Veloso: “Pensamos, todavia, que, mesmo se tratado de nulidade, nada impede que as partes, agindo de boa-fé, respeitados os direitos de terceiros, estabeleçam que o novo negócio é considerado como produzindo efeitos desde a data do negócio do negócio nulo anterior. Para valer entre os figurantes, sem molestar ou prejudicar quem quer que seja, este pacto, que dá efeito retroativo ao novo negócio, não é ilegal” (VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. Op. cit., p. 165). Confira-se também a lição dos irmãos Mazeaud e François Chabas: “Cuandoelacto está afectado por una nulidad absoluta, las partes no tienen más remedio que celebrar un nuevo contrato de conformidad com los requisitos legales. Pero este nuevo acto no será una confirmación del anterior, puesto que no hará revivir el contrato nulo sino que sólo tendrá efectos hacia el futuro.” (MAZEAUD, Henri *et al. Derecho Civil*. Op. cit., p. 396).

<sup>103</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. IV. Op. cit., 1970, pp. 72-73. Inspirado nos ensinamentos de Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello afirma que a nulidade formal é geralmente relevável e, em qualquer hipótese, “removível pela repetição (na nulidade) ou confirmação do ato (na anulabilidade)” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Op. cit., p. 75). V. também THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Op. cit., p. 526.

<sup>104</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. Op. cit., p. 165

Diz-se que é um dogma porque a doutrina clássica<sup>105</sup> e grande parte da jurisprudência costumam afirmar – como se fosse uma verdade absoluta, imutável – que o nulo, por decorrer da violação de normas que protegem o interesse público, nenhum efeito produz (*quod nullum est nullum producit effectum*) desde a sua origem, não possuindo qualquer força vinculante, ao passo que o ato anulável produz efeitos enquanto não for anulado. Essa regra, aliás, estava prevista expressamente o art. 686, §1º, do já referido Regulamento nº 737/1850<sup>106</sup>, que muito inspirou os autores clássicos, que jamais admitiram a possibilidade de os negócios jurídicos nulos produzirem efeitos.

Esse aspecto chegou a ser considerado um dos pontos mais relevantes no estudo da teoria das nulidades, de tal forma que, conforme noticia Rachel Schmiedel<sup>107</sup>, os clássicos definiam os negócios nulos como aqueles que não têm efeitos, transpondo o problema da invalidade para o plano da eficácia<sup>108</sup>, quando se sabe que os planos são distintos e independentes.<sup>109</sup>

A teoria, porém, não se enquadra perfeitamente na realidade. Afinal, o negócio nulo existe. É um ato que foi realizado, aparece no mundo jurídico, é um evento que se vê, se enxerga, determinando alguns efeitos que aparecem como verdadeiros e válidos, não só para

---

<sup>105</sup> GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*, v. I. Op. cit., p. 82; VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil*. Op. cit., p. 312; RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Op. cit., p. 508; BEVILAQUA, Clovis. Op. cit., p. 435; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 161; MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. I, p. 109; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Op. cit., pp. 610-611; e TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. Op. cit., p. 331.

<sup>106</sup> Art. 686, §1.º Os contratos em os quaes se dão as nulidades de pleno direito consideram-se nullos e não têm valor sendo produzidos para qualquer efeitojuridico ou official: aquelles porém em que intervêm nulidades dependentes da acção consideram-se annullaveis (arts. 678 e 828 Codigo), e produzem todo o seu effeitoemquanto não são annullados pela acção de rescisão.

<sup>107</sup> SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 56.

<sup>108</sup> Segundo Pontes de Miranda, “logo de comêço, em teoria geral do direito, e não só de direito privado, alguns juristas permitem que se identifiquem *nada* e *nulo*, inexistência e não validade, que o mesmo é dizerem que o negócio jurídico nulo não existe. A súbitas, enfrentam o problema dos negócios jurídicos nulos, ou dos atos jurídicos *stricto sensu* nulos, que têm alguns ou algum efeito, e caem na contradição mais gritante: se o nulo não existe e se há nulo com efeitos, há efeito do que não existe e, pois, do nada. A educação lógico-matemática e física do século XX repele tais imprecisões conceptuais. Certamente, a produção de efeitos pelo nulo não ocorre sempre, é rara; mas bastaria que, em algumas espécies, surtisse efeitos o negócio jurídico nulo, ou o ato jurídico *stricto sensu* nulo, para se ter de admitir que o ato jurídico nulo exista, seja.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. IV. Op. cit., 2012, pp. 69-70).

<sup>109</sup> Pontes de Miranda também ressalta que validade e eficácia são planos distintos e independentes, sendo certo que “a nulidade pode produzir ou não produzir ineficácia. Há atos anuláveis – e até nullos! – eficazes. A ineficácia não é, de modo nenhum, sinal de que o negócio jurídico seja nulo. Por outro lado, a nulidade não basta, em todos os casos, para se afirmar a ineficácia” (Ibid., p. 24). No mesmo sentido, Raquel Schmiedel: “A ineficácia do negócio jurídico não decorre, necessariamente, da defeituosidade do negócio, podendo o negócio jurídico valer e ainda assim ser ineficaz. Impossível, portanto, buscar-se na ineficácia o elemento que caracteriza, em definitivo, o negócio jurídico nulo”. (SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*. Op. cit., p. 57). Na doutrina italiana, Alberto Trabucchi também leciona que a invalidade e a ineficácia são planos distintos (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Op. cit., p. 156).

uma das partes – que não conhecia a razão pela qual o negócio é nulo –, como para terceiros.<sup>110</sup> Conforme alerta Zeno Veloso:

não se pode mascarar a realidade, nem a abstração teórica pode apagar as evidências que aparecem. Ou se vai considerar vazia e desocupada a casa, num rigor doutrinário e exacerbado logicismo, por ser nula a compra e venda, embora o insano mental interdito, que a adquiriu, esteja morando lá e na posse da mesma?<sup>111</sup>

Apesar de realizada ao arrepio da lei, a compra e venda da casa celebrada pelo incapaz existiu e, para alguns, pode ter produzido efeitos reais. A abstração teórica de uma regra formulada há séculos atrás, portanto, não pode se sobrepor à realidade, ignorando todas as consequências de uma relação que penetrou no mundo jurídico, embora deficitariamente.

Nesse contexto, os críticos da doutrina clássica afirmam que o antigo brocardo *quod nullum est, nullum producit effectum* não é absoluto, sendo certo que, excepcionalmente, o negócio nulo produz algum efeito, mas não o próprio ou típico, isto é, o que se esperava do negócio jurídico. Nesse sentido, Antônio Junqueira Azevedo observa que “às vezes, pode ocorrer que, por exceção, um negócio nulo produza efeitos jurídicos (são os chamados efeitos do nulo), embora nem sempre esses efeitos sejam os efeitos próprios, ou típicos”<sup>112</sup>. Zeno Veloso, por sua vez, utiliza a expressão “efeitos mínimos” para designar essas consequências decorrentes do negócio jurídico nulo<sup>113</sup>. Francisco Pereira de Bulhões de Carvalho, a seu turno, reconhece que “o ato nulo propriamente dito é suscetível pelo menos de efeito provisório”, sugerindo, ainda, que tais efeitos sejam identificados através de uma categoria própria denominada de “paranulidade”.<sup>114</sup>

Enzo Roppo, em lição que se aplica ao direito brasileiro, prefere tratar do tema como produção de efeitos diversos dos contratuais:

Costuma dizer-se que o contrato nulo ‘não produz qualquer efeito’. Tal é entendido apenas no sentido que ele não produz os efeitos contratuais (não realiza a operação) que as partes tinham em vista. Ele pode, no entanto, constituir o pressuposto material, de facto, para a produção de efeitos jurídicos diversos: pode, por exemplo, estar na base de um pedido de ressarcimento de danos de uma parte contra outra nos termos do art. 1338.º cód. civ.; ou então configurar, a cargo de uma parte, uma hipótese de crime (pense-se num contrato, nulo por inexistência ou ilicitude do objeto, que integre os elementos de uma burla).<sup>115</sup>

<sup>110</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. Op. cit., p. 153.

<sup>111</sup> Ibid., p. 150

<sup>112</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Op. cit., p. 49.

<sup>113</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. Op. cit., p. 146

<sup>114</sup> BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. Ineficácia. In: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, v. XXVII, pp. 46 e 164.

<sup>115</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Op. cit., p. 204.

Pouco importa o adjetivo que se atribua ao efeito, atípico, excepcional, mínimo, marginal ou secundário. Fato é que os negócios jurídicos nulos existem e, em determinadas circunstâncias, produzem efeitos jurídicos<sup>116</sup> que poderão merecer tutela do ordenamento, independentemente de a relação jurídica originária ser inválida. É, aliás, o entendimento que foi consagrado no enunciado nº 537 da VI Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, ao dispor que “a previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses mercedores de tutela”.

De fato, conforme já indicava Carvalho Santos<sup>117</sup>, é necessário reler a tese da ineficácia ampla da nulidade à luz dos valores e interesses envolvidos no caso concreto, tendo em vista que, embora o negócio nulo possa não produzir exatamente o efeito visado pelas partes, gera na prática outros efeitos e consequências que não podem ser ignorados pelo Direito, os quais, não raro, representam um interesse social, e por assim dizer público, de importância superior ao interesse também público que justifica a causa da nulidade.

Daí porque a doutrina mais atenta, como a de Gustavo Tepedino, afirma que “o negócio nulo, enquanto não tiver sua nulidade declarada, produz efeitos hígidos e não pode ser considerado nulo (*iuris et iure*)”<sup>118</sup>, sendo, portanto, fonte de direitos e obrigações. Entender-se de modo diverso equivaleria a considerar o negócio nulo como inexistente, o que jamais poderia ocorrer.

Esse entendimento não reflete uma mudança de paradigma ou uma reviravolta nas premissas que fundamentam a teoria das nulidades. Representa, apenas, a adequação das referidas premissas à realidade jurídico-social que inegavelmente sofre reflexos de negócios que ostentam a aparência de válidos, mas que, na prática, contêm determinado vício que

---

<sup>116</sup> A doutrina clássica entende que eventuais consectários decorrentes de negócios nulos são absolutamente excepcionais, ou até como não jurídicos, tratando-se na realidade de consequências perpetradas no mundo da natureza. É o que noticia Fábio de Oliveira Azevedo (*Direito Civil: Introdução e Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 383-385).

<sup>117</sup> CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, v. III, p. 255. No mesmo sentido, THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Op. cit., p. 525.

<sup>118</sup> TEPEDINO, Gustavo. Prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos. In: *Soluções Práticas de direito: pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. I, p. 583. Valle Ferreira também critica a ideia de que ato nulo nunca produziu efeitos. Para o autor, “além dos casos freqüentes e conhecidos de atos que, embora nulos, produzem seus efeitos, todos os atos permanecem, mesmo na hipótese de nulidade absoluta, até que a nulidade seja declarada”. Por isso, ele entende que o efeito retroativo da sentença está presente nas duas espécies de invalidade (FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. Op. cit., p. 24). Na França, esse também é o entendimento dos irmãos Mazeaud e Chabas, os quais ressaltam que um contrato, apesar de nulo, apresenta uma aparência e presunção de válido, até que a invalidade seja reconhecida judicialmente (MAZEAUD, Henri *et al.* *Derecho Civil*. Op. cit., pp. 383-384).

acarretaria sua nulidade. Dito diversamente, a ineficácia absoluta dos negócios jurídicos nulos é uma ficção jurídica, próxima do mundo do *dever ser*, o qual, segundo o Ministro Eros Grau, é aquele que “não existe, é uma abstração, nele não há nenhum sinal de vida, sorrisos, pranto, emoção”<sup>119</sup>.

Com efeito, a produção de efeitos decorrentes dos negócios jurídicos nulos é uma realidade da qual o intérprete não pode se afastar, tendo sido reconhecida, inclusive, pelo legislador em ao menos dois dispositivos do próprio Código Civil. O primeiro é o art. 1.561<sup>120</sup> que estabelece que o casamento putativo, contraído de boa-fé, produzirá todos os seus efeitos em relação aos cônjuges e filhos até o dia da prolação da sentença que reconhecer a invalidade (nulidade ou anulabilidade). O segundo exemplo está no já referido art. 182 que trata das consequências do reconhecimento da nulidade ou anulabilidade. Ao prever que as partes “serão indenizadas com o equivalente” se não for possível a restituição ao estado anterior o ordenamento está reconhecendo que outras relações jurídicas podem ter se formado a partir de um negócio posteriormente considerado nulo – *i. e.*, produzindo efeitos jurídicos – e, por conseguinte, protege a situação do terceiro de boa-fé, que não será atingido pela sentença que declara a nulidade. Assim, considerando que a aparência de validade acaba por ter efeitos regulares, como se válido fosse, o legislador considerou que a confiança dos terceiros de boa-fé merece proteção superior à que se pretendeu conferir ao interesse público consagrado como causa de nulidade.<sup>121</sup>

Também se pode pensar em diversas situações do cotidiano que, embora decorrentes de negócios nulos, produzem efeitos relevantes para o direito. É o caso da figura do comprador em contrato de compra e venda nulo – exceto se a nulidade decorrer de ilicitude do objeto – que será considerado possuidor de boa-fé quanto aos bens adquiridos<sup>122</sup>, ou ainda do contrato de compra e venda de um imóvel, também nulo, no qual foram realizadas acessões e benfeitorias pelo comprador que, de boa-fé, desconhecia a existência de vícios no negócio. Assim, ainda que se reconheça a nulidade neste caso, terá o adquirente, ao menos, o direito de

---

<sup>119</sup> GRAU, Eros Roberto. Prefácio da obra PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit. A propósito da abstração de que trata o aludido autor, é oportuno lembrar a crítica feita por César Fiuza à teoria clássica das nulidades que “se baseou na teoria das nulidades do Direito romano e esta, por sua vez, foi engendrada a partir de falsos pressupostos, oriundos de má leitura dos textos e da própria sistemática romana” (FIUZA, César. *Teoria das nulidades*. Op. cit., p. 277).

<sup>120</sup> Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

<sup>121</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127.

<sup>122</sup> Exemplo colhido da obra de MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Op. cit., p. 230.

retenção até a devolução do preço pago, o que implica reconhecer também que alguma eficácia o contrato nulo produziu.<sup>123</sup>

Há, ainda, a possibilidade de que o negócio, embora contenha defeito grave relativo à não observância de uma de suas condições de validade, produza os efeitos visados pelas partes, de fato e de direito – contrariando expressamente o posicionamento daqueles que defendem que os negócios nulos podem produzir somente efeitos secundários ou não queridos pelas partes. A esse respeito, César Fiuza cita o exemplo do menor absolutamente incapaz que aluga imóvel seu para um determinado inquilino, que, desconhecendo o vício de incapacidade, efetua normalmente o pagamento dos alugueis mensais. Não há dúvida de que a nulidade desse contrato poderá ser alegada pelo representante do incapaz, mas isso não faz com que se devolvam os alugueis já pagos – isto é, que sejam suprimidos os efeitos já produzidos pelo negócio. Como bem reconhece o referido civilista, “caso o menor tivesse que devolver os aluguéis, haveria enriquecimento ilícito por parte do inquilino que teria morado de graça, aproveitando-se, pois, da incapacidade do locador”. Em seguida, arremata que “fica, portanto, provado que, nem sempre, os atos ditos ‘nulo’ não produzem os efeitos que deveriam produzir”.<sup>124</sup>

Conclui-se, portanto, que a tese da ineficácia absoluta dos negócios nulos – premissa adotada pela teoriac clássica – constitui dogma questionável, tendo sido apresentados diversos exemplos extraídos de situações concretas envolvendo hipóteses de negócios nulos que poderão ter seus efeitos preservados pelo ordenamento. Isso demonstra que não há como se insistir em uma teoria geral que não leve em consideração as peculiaridades do caso concreto, limitando-se à taxatividade da lei, isto é, ao perfil estrutural do negócio jurídico.

---

<sup>123</sup> Ao analisar a teoria das nulidades na vigência do Código Civil de 1916, Francisco Pereira de Bulhões Carvalho cita outros exemplos de efeitos decorrentes de atos nulos: “a) atos nulos com sobrevivência de efeitos secundários diretos (por exemplo, prova da filiação resultante de casamento nulo); b) atos nulos com subsistência de efeitos secundários indiretos (por exemplo, o pagamento feito para fim ilícito, o qual não pode ser recobrado); c) atos nulos produzindo todos os efeitos permanentes, durante certo período de tempo (por exemplo, o casamento putativo); d) atos nulos que produzem todos os efeitos em relação a pessoas determinadas (por exemplo, os atos do herdeiro aparente ou do excluído); e) ato nulo ratificável (por exemplo, a tradição feita por não proprietário é ratificada, com efeito retroativo, se o alienante adquirir depois o domínio); f) atos nulos suscetíveis de fiança (art. 1488 do Código) ou não impugnáveis pela parte que tratar com incapaz (art. 83 do Código Civil e outros casos previstos no Código Civil).” (BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 164)

<sup>124</sup> FIUZA, César. Teoria das nulidades. Op. cit., p. 276.



## 2 UMA PROPOSTA DE CONTROLE FUNCIONAL DA INVALIDIDADE

Para que se possa explicar a influência do tempo (e, por conseguinte, da prescrição) sobre os efeitos decorrentes de negócios nulos é necessário demonstrar, preliminarmente, que a releitura da teoria das nulidades a partir das premissas metodológicas estabelecidas na Constituição da República – que considera, ao lado do controle genético (*i.e.*, estrutural), o controle funcional – pode ensejar a relativização do dogma relacionado à ineficácia absoluta dos negócios jurídicos nulos.

Assim, a partir de situações extraídas do cotidiano e reiteradamente analisadas pelos Tribunais do País, pretende-se demonstrar neste capítulo que o controle funcional da invalidade poderá ensejar uma eficácia diferenciada do negócio jurídico em relação àquela proposta por sua estrutura quando justificada por interesses mercedores de tutela. Uma vez comprovada essa circunstância, a presente dissertação caminhará para a análise da influência do tempo sobre os efeitos decorrentes dos negócios jurídicos nulos.

### 2.1 Do controle genético ao controle funcional: superação da perspectiva unicamente repressiva da nulidade. Necessidade de ponderação de valores e interesses

Como se pode demonstrar no capítulo anterior, as conclusões apontadas pela teoria clássica, além de partirem de premissas derivadas de um contexto histórico-social diverso, decorrem de uma leitura literal de dispositivos legais que reproduzem em seu texto regras consagradas antes da vigência do Código Civil de 1916. Revelou-se, ainda, que a disciplina da invalidade tem se prendido muito ao momento de formação do negócio jurídico, considerando a nulidade apenas como a sanção prevista pelo ordenamento ao descumprimento de regras de caráter cogente.

É necessário, entretanto, reler a disciplina da invalidade e interpretá-la à luz da nova ordem axiológica consagrada pela Constituição da República, considerando, ao lado do controle genético (estrutural), a possibilidade de se estabelecer um controle funcional das nulidades, que leve em consideração o seu aspecto dinâmico, isto é, os seus efeitos,

avaliando-se a sua conformidade com os valores e interesses que são merecedores de tutela segundo o ordenamento.<sup>125</sup>

Muito embora o ordenamento jurídico seja caracterizado por uma pluralidade de fontes – compostas por valores originados de diferentes épocas –, o direito civil vigente deve ser considerado expressão de um ordenamento unitário<sup>126</sup>, caracterizado sempre pela legalidade inspirada nos valores fundamentais da Constituição, cujo vértice é ocupado pela cláusula geral de tutela da pessoa humana. Essa alteração da tábua axiológica, imposta já pelos valores sociais presentes na Constituição da República (como o da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, adotadas como fundamento e objetivo da República, respectivamente, nos artigos 1º, III, e 3º, I, da CR), exige que a atividade hermenêutica leve em consideração as peculiaridades do caso concreto, evitando-se o mecanismo lógico-teórico da subsunção do fato concreto à norma abstrata, como se fosse uma simples operação matemática e neutra. A solução para cada controvérsia deve ser buscada nas regras e princípios mais adequados como se individuasse o ordenamento para o caso concreto.<sup>127</sup>

Esse entendimento, aliás, encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que reconhece a necessidade analisar os negócios jurídicos e os litígios que lhes são submetidos a partir da ordem axiológica e principiológica estabelecida na Constituição da República:

no atual estágio de desenvolvimento do direito, é inconcebível a análise encapsulada dos litígios, de forma estanque, como se os diversos ramos jurídicos pudessem ser compartimentados, não sofrendo, assim, ingerências do direito constitucional. Assim, não parece possível ao STJ analisar as demandas que lhe são submetidas sem considerar a própria CF, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Constituição. Nesse contexto, aumenta a responsabilidade do STJ em demandas que exijam solução transversal, interdisciplinar e que abranjam, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente.<sup>128</sup>

Essa perspectiva, adotada como alicerce do direito civil-constitucional, permite apresentar o ordenamento de modo unitário, ainda que complexo, como resultado do conjunto

<sup>125</sup> MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Teoria da invalidade e princípio da conservação dos atos jurídicos*. Op. cit., p. 154.

<sup>126</sup> “É indispensável conceber o ordenamento jurídico como uno e complexo, em que os princípios constitucionais exercem a função de valores guias e assumem um papel central na articulada pluralidade das fontes do direito, o que exclui que se possa configurar o sistema jurídico dividido em ramos autônomos ou em tantos microsistemas policêntricos, em categorias ou níveis normativos separados e não comunicáveis entre si” (PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. Op. cit., p. 02).

<sup>127</sup> Id., *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., p. 175.

<sup>128</sup> STJ, REsp nº 1.335.153-RJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013 – Informativo de jurisprudência nº 0527, de 09 de outubro de 2013.

das aplicações em uma postura sistemática<sup>129</sup>, direcionada a valorar o impacto de cada fato no sistema dos interesses e dos valores juridicamente relevantes, sabendo captar dentre eles os prevalentes para melhor aplicá-los. Permite também, através da atividade hermenêutica, superar a obsolescência das leis e dos códigos – que nem sempre acompanham, *pari passu*, as mudanças sociais –, alcançando soluções para os novos problemas e desafios.<sup>130</sup>

Assim, por ser o direito uma ciência viva, influenciado pelo cotidiano das pessoas, o seu estudo não pode ser limitado ao texto de dispositivos legais, devendo, ao revés, considerar o ordenamento jurídico como um todo, de modo a que se possa compreender os fenômenos jurídicos nos seus mais largos horizontes, inclusive o contexto histórico em que as regras previstas no Código foram inseridas.<sup>131</sup> Até porque, conforme leciona Eros Grau, texto é uma coisa, e norma é outra. O texto (dispositivo legal) é aquela regra geral que resulta da atuação do legislador em uma determinada época e contexto. A norma, por sua vez, é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito, considerando não apenas o texto legal, mas também os dados da realidade a que ela se aplica.<sup>132</sup> Nessa ordem de ideias, deve-se reexaminar a separação entre o *ser* e o *dever-ser*, a realidade e a norma, de tal modo que a teoria da norma jurídica pensada a partir dessa relação deve ser desenvolvida considerando problemas práticos. Afinal, “o trabalho de concretização é antes de tudo uma atividade de construção, não de descoberta. O operador não extrai a norma do texto, como se este previamente a contivesse. A norma não está no texto, mas é o resultado de sua

---

<sup>129</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., p. 210. “Qualquer instituto, matéria, etc., é sempre e somente o resultado hermenêutico de todo o direito positivo. A interpretação ou é sistemática (a trezentos e sessenta graus) ou não é interpretação. Os chamados sistemas parciais são, no mais das vezes, o resultado de uma primeira, provisória, abordagem, diante da qual o intérprete não pode se ater, especialmente, na presença de valores fundamentais destinados a funcionalizar cada ‘instituto’ e à luz dos quais é mister exprimir valorações de validade e de legitimidade” (Ibid., pp. 210-211).

<sup>130</sup> Nesse sentido, Eros Grau ressalta que a lei não é dinâmica, não sendo, portanto, capaz de captar todas as manifestações da realidade: “A interpretação opera a migração do caráter geral do texto normativo a sua aplicação particular. Isto é, opera a sua inserção na vida. Aristóteles dizia, na *Ética a Nicômano*, que o problema está em que a lei é geral e não pode captar todas as manifestações da realidade. Um problema gravíssimo, porque a realidade não para quieta, a realidade está em contínua transformação”. Daí surge a importância da atividade interpretativa que constitui “um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas, de textos, enunciados, preceitos, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo” (GRAU, Eros Roberto. *Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea*. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *Direito Civil Contemporâneo*. Op. cit., p. 284).

<sup>131</sup> Sobre o tema, confira-se PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., pp. 174-175; e MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. Op. cit., pp. 327-328.

<sup>132</sup> GRAU, Eros Roberto. *Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea*. Op. cit., pp. 283-284. E prossegue o autor: “A realidade é tanto parte da norma quanto o texto, de modo que nela estão presentes elementos do mundo da vida. O ordenamento jurídico é conformado pela realidade. Não é algo abstrato. Nós precisamos vencer a ideia de que os trabalhadores do direito – ou juristas, se quiserem chamá-lo de modo pretensioso; eu preferiria chamá-los de trabalhadores do direito – interpretam apenas textos, fora do mundo. Na verdade, eles trabalham com pedaços da realidade, não apenas com o mundo abstrato dos textos” (Ibid., p. 286). V. também TEPEDINO, Gustavo. *O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais*. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *Direito Civil Contemporâneo*. Op. cit., p. 361.

concretização, qual seja o desfecho do emprego dos métodos jurídicos”<sup>133</sup>. É necessário, assim, buscar o entendimento de cada ato no ambiente em que ele foi celebrado, isto é, no complexo de seus motivos e circunstâncias, bem como no contexto do próprio ordenamento jurídico que, para todos os fins, deve ser considerado unitário.

Daí decorre a crítica contínua ao raciocínio silogístico e ao mecanismo da subsunção da *fattispecie* concreta naquela abstrata e geral da norma, que por muito tempo marcou a aplicação da teoria das nulidades. A atividade interpretativa não é uma atividade mecânica, repetitiva dos textos contidos nos dispositivos legais, mas sim cultural, socialmente relevante e controlável, tendo em vista os princípios e valores do ordenamento jurídico considerado em sua totalidade e realidade histórica.<sup>134</sup>

A consciência de que a atividade interpretativa envolve necessariamente valores, que serão extraídos do caso concreto, além de revelar a superação da análise unicamente estrutural – dogmática por trás do positivismo jurídico que se preocupava com a composição/elementos dos institutos –, impõe seja priorizado, na análise dos negócios jurídicos, seu perfil funcional, seus efeitos, passando, assim, segundo Norberto Bobbio, do *como ele é* para o *para o que o direito serve*.<sup>135</sup>

Pietro Perlingieri reconhece que as situações jurídicas subjetivas apresentam dois aspectos distintos: o *estrutural*, que identifica a estruturação de poderes conferida ao seu titular, e o *funcional*, que explicita a finalidade prático-social a que a situação jurídica subjetiva se destina.<sup>136</sup> Esclarece, ainda, que o aspecto funcional é particularmente importante para a individuação da relevância, para a qualificação da situação, isto é, para a determinação da sua função no âmbito das relações sócio-jurídicas, tendo em vista que, “no ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade”.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Teoria da invalidade e princípio da conservação dos atos jurídicos*. Op. cit., p. 146.

<sup>134</sup> Como lembra Leonardo Mattietto, a ideia do direito como sistema aberto, desenvolvida por Canaris, revela que o conhecimento científico sobre o direito é sempre incompleto e que a própria ordem jurídica é modificável, ou, em termos mais precisos, está em mudança permanente (Ibid., p. 145).

<sup>135</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Op. cit., p. 53. A respeito da funcionalização dos negócios jurídicos, confira-se também KONDER, Carlos Nelson. *Causa do contrato x Função social do contrato*. Op. cit., pp. 33-34; e PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 94.

<sup>136</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 59-61.

<sup>137</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 107. No mesmo sentido, confira-se Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder: “hoje o perfil funcional é o mais relevante nessa distinção, pois utiliza o recorte fático para refletir sobre a específica função daquela situação no ordenamento jurídico, com todas circunstâncias que o caso determina, através de um profícuo diálogo entre a norma e a realidade, de modo que este é o ponto de partida para a qualificação da situação jurídica subjetiva. A ideia fundamental é que a

Dessa forma, como leciona Gustavo Tepedino, os poderes atribuídos ao titular do direito subjetivo e das situações jurídicas subjetivas serão definidos de acordo com a função desempenhada por cada situação jurídica. Os interesses individuais dos titulares só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. Assim, vincula-se “a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos).”<sup>138</sup>

Dessa forma, diante da complexidade e multiplicidade da realidade normativa, é necessário proceder à releitura do direito civil à luz da Constituição, funcionalizando as situações patrimoniais às existenciais, ou seja, privilegiando “os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”.<sup>139</sup>

É, portanto, nesse contexto que a teoria das nulidades deve ser analisada, considerando não apenas um dispositivo singular que trata da nulidade sob o perfil estático e estrutural – e que, por isso, não representa a realidade social –, mas o ordenamento jurídico por inteiro, de modo a individuar a normativa do caso concreto a partir dos princípios e valores consagrados pela Constituição da República.<sup>140</sup>

Seguindo-se esse raciocínio, a incidência da nulidade deixa de ser analisada unicamente sob sua perspectiva repressiva (estrutural), *i.e.*, como resposta do ordenamento à atividade desempenhada por sujeitos sem observância de requisitos de validade indicados como essenciais pela legislação, passando a ser considerada também sob o enfoque funcional,

---

função pode acompanhar as mudanças da sociedade, sendo portanto, um conceito contextual e socialmente construído” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices. Op. cit., p. 06).

<sup>138</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. Op. cit., p. 401.

<sup>139</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Op. cit., p. 23.

<sup>140</sup> Sobre a necessidade de releitura das regras referentes à teoria das nulidades reproduzidas no Código Civil de 2002, confira-se Ana Carolina Kliemann: “ainda que o texto de alguns dispositivos do Código anterior tenham sido compilados integralmente no novo Código, a aplicação da regra, ainda que inalterada a sua redação, deverá assumir novos contornos, de acordo com os valores que, embora já arraigados na ordem jurídica em geral, foram finalmente incorporados e positivados pelo Código Civil de 2002.” (KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, abr./jun. 2006, p. 05). Confira-se também Pietro Perlingieri: “Uma visão moderna, que queira analisar a realidade sem enclausurá-la em esquemas jurídico-formais, requer uma funcionalização dos institutos do direito civil que responda às escolhas de fundo operadas pelos Estados contemporâneos e, em particular, pelas suas Constituições. Dever do jurista, e especialmente do civilista, é ‘reler’ todo o sistema do código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais e comunitários, de forma a individuar uma nova ordem científica que não freie a aplicação do direito e seja mais aderente às escolhas de fundo da sociedade contemporânea. É necessário desancorar-se dos antigos dogmas, verificando sua relatividade e sua historicidade.” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., p. 137-138).

que será o responsável por definir a norma aplicável à situação concreta.<sup>141</sup> Dessa forma, quando houver a determinação da sanção – nulidade –, esta deverá decorrer de uma ponderação atenta de princípios, valores e interesses envolvidos no caso concreto, à luz da tábua axiológica estabelecida na Constituição da República, devendo ser rechaçada qualquer aplicação automática de dispositivos previstos em lei. Vale dizer que a sanção, para ser aplicada, deve estar plenamente justificada e acorde com o pretendido pelo ordenamento, entendido este de modo unitário, individuado no caso concreto e considerado sob o perfil estrutural e, principalmente, funcional.<sup>142</sup>

Confira-se, a esse respeito, o ensinamento de Pietro Perlingieri que, ao tratar das prescrições sobre as formas legais, propõe um exame axiológico e funcional para o reconhecimento da nulidade de modo a evitar que se crie uma não-justificada zona franca de sobrevivência de concepções da autonomia privada que não são mais conciliáveis com o atual ordenamento:

Em primeiro lugar, à pretensa excepcionalidade flanqueia-se, do mesmo modo rigidamente, a inderrogabilidade das prescrições sobre a forma. Isto significaria a automática nulidade de todo pacto contrário. Esta posição é criticável não apenas porque no âmbito da sanção de nulidade adverte-se uma gradação diversa das consequências em razão dos interesses violados e nem sempre, além dos mais, a violação da forma legal provoca a nulidade, mas, sobretudo, deve ser rejeitada porque inspirada em uma concepção mecanicista da norma inderrogável, à qual seria ínsita a nulidade. De fato, mais que – como é devido – interrogar-se sobre a finalidade e sobre o fundamento da norma no sistema dos valores, prefere-se partir da previsão da nulidade para identificar a inderrogabilidade; ao contrário, como a inderrogabilidade representa não o dado inicial, mas o resultado da interpretação, assim a determinação da sanção (nulidade – na variada gradação das suas consequências –, anulabilidade ou ineficácia) é o resultado de uma atenta consideração dos valores e interesses envolvidos. Isso porque a função da norma não se deduz da ‘sanção’ nulidade, mas é a nulidade que deve ser justificada com base na função (pré-individuada) da norma.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> “Na individuação da natureza dos institutos concorrem estrutura e função, mas é esta última, como síntese dos efeitos essenciais e característicos, produzidos ainda que de forma diferida, a tipificar a *fattispecie*” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., p. 118).

<sup>142</sup> Ao analisar a função desempenhada pelo direito, Norberto Bobbio ressalta que houve uma gradual transição da função meramente protetora-repressora do direito para uma função promocional, passando a atuar como meio de promoção de um determinado fim (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Op. cit., pp. 01-08). Essa perspectiva também é abordada por Pietro Perlingieri como algo positivo e necessário para a concretização das finalidades sociais: “As sistemáticas e as noções, na sua neutralidade valorativa aparente, são, na realidade, a sombra atrás da qual gerações de juristas, por vezes inconscientemente, contribuíram para o caráter estático e para a estabilidade de velhos valores, frustrando a função promocional do direito que constitui uma das refulscentes redescobertas de qualquer legislador, seja ele inovador, reformador ou revolucionário” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., p. 89).

<sup>143</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., p. 445. No mesmo sentido, Id., *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., pp. 290-291.

No mesmo sentido, a autora italiana Mariella Lamicela, ao analisar o conflito entre a regra contratual validamente aperfeiçoada e a superveniente alteração legislativa, que dispõe sobre a invalidade de determinadas estipulações contratuais, reconhece a necessidade de se proceder à leitura funcional da nulidade:

La ricorrenza della figura dell'invalidità, nella specie della nullità, sempre più spesso è presentata dalla dottrina come un fenomeno logicamente scisso e normativamente indipendente dall'accertamento di un vizio genetico dell'atto. La nullità assume piuttosto i tratti di uno strumento multifunzionale di intervento e governo autoritativo del vincolo negoziale e del relativo rapporto. La nullità non è più solo strumento indefettibile di primazia dell'interesse pubblico sugli interessi particolari perseguiti dalle parti contraenti nell'esercizio della autonomia contrattuale; spesso, si dice, essa mira a realizzare il diverso obiettivo della tutela di un interesse particolare (24), come nel caso delle nullità sancite a favore del cliente rispettivamente all'art. 127 della l. n. 385/1993 (T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia) e all'art. 23 della l. n. 58/1998 (T.U. dell'intermediazione finanziaria) (25). In tali ipotesi la sua azionabilità non è più generale ma limitata al solo contraente a favore del quale è disposta, senza che ciò d'altra parte comporti esitazioni sulla qualificazione del tipo di invalidità (26). La nullità non è più sempre conseguenza immediata della violazione di una norma inderogabile: accade che la sua ricorrenza sia subordinata alla deroga *in peius* degli standard legislativi fissati, ovvero alla valutazione della portata delle mutevoli conseguenze che nel tempo l'atto eventualmente invalido può produrre (27).<sup>144</sup>

Não se mostra compatível com a perspectiva funcional, portanto, a repetição às escuras das características clássicas das nulidades, consideradas por muito tempo como dogmas ou verdades absolutas, sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto. Como alerta Pietro Perlingieri, é necessário:

adequar as técnicas e as noções aos valores principais, evitando aceitar passivamente como válidas as práticas oficiais e as interpretações correntes. A cultura 'oficial' não se legitima a condicionar a atuação dos valores principais do ordenamento jurídico e a pôr-se em aberta violação da legalidade constitucional.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> LAMICELA, Mariella. *Lo 'ius superveniens' e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali: Il contratto tra controllo genetico e controllo funzionale*. Pádova: CEDAM, 2003, pp. 22-23. Tradução livre: "A incidência da figura da invalidade, na espécie nulidade, é apresentada mais frequentemente pela doutrina como um fenômeno separado e normativamente independente da avaliação de um vício genético do ato. A nulidade assume, ao invés, as características de um instrumento multifuncional de intervenção e controle de autoridade do vínculo negocial e da relação relativa. A nulidade não é mais somente instrumento indefectível da primazia do interesse público sobre os interesses particulares perseguidos pelas partes contratantes no exercício da autonomia contratual; frequentemente, se fala, que a nulidade tem como foco realizar o diferente objetivo da tutela de um interesse particular, como no caso da nulidade estabelecida a favor do cliente respectivamente no artigo 127 da lei nº 385/1993 (Texto Único das leis em matéria bancária e creditícia) e no artigo 23 da lei nº 58/1998 (Texto Único da intermediação financeira). Em tais hipóteses, a sua invocação não é mais geral, mas limitada ao único contratante em favor do qual foi estabelecida, sem que isso, por outro lado, traga hesitação sobre a qualificação do tipo de invalidade. A nulidade não é mais sempre consequência imediata da violação de uma norma inderrogável: acontece que a sua incidência possa ser subordinada à derrogação, *in pejus*, dos padrões legislativos fixados, ou, seja a avaliação da extensão das consequências que ao longo do tempo o ato, eventualmente inválido, pode produzir."

<sup>145</sup> PERLINGIERI, Pietro. *A doutrina do direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., p. 04.

Ainda no contexto da atividade interpretativa, observa-se que é bastante frequente a afirmação de que os negócios jurídicos nulos não produzem efeitos pelo fato de a nulidade representar a proteção de um interesse público, ou de uma norma cogente, ou de um imperativo de ordem pública, ao passo que a anulabilidade estaria vinculada somente à proteção de um interesse privado. Essa distinção parece estar trabalhada a partir de uma hierarquização na qual o interesse público seria posto acima do privado, sendo essa a justificativa para que se atribua apenas aos atos anuláveis a possibilidade de produção de efeitos. Seria mais uma forma de realçar a hierarquia supostamente existente entre as duas espécies de invalidade, bem como a gravidade da lesão a um interesse público. Ocorre que esse raciocínio parece fruto de uma concepção ideológica liberal que separava de forma absoluta, de maneira contraposta, os interesses públicos e privados – ou, os conceitos de ordem pública e autonomia privada.

A transformação dos valores sociais e do próprio papel do direito privado atraiu para a autonomia privada a incidência de valores que compõem a ordem pública, eliminando as fronteiras entre estas duas noções.<sup>146</sup> Afirma-se, nessa perspectiva, que o ordenamento atual está na dinâmica do interesse público e do interesse privado, “vistos, porém, não como termos separáveis ou necessariamente opostos”<sup>147</sup>. Assim, considerando que toda norma jurídica serve ao interesse coletivo e ao individual ao mesmo tempo – até porque aquele nada mais é do que a realização dos interesses individuais –, propugna Pietro Perlingieri a reconstrução do ordenamento “não em chave antagonista e separada dos interesses públicos e daqueles privados, mas, sim, em uma perspectiva que analise, a cada vez, a sua graduação ou hierarquia normativa, não somente em abstrato, mas, também, em relação à concreta ordem, atendendo às suas peculiaridades objetivas e subjetivas”<sup>148</sup>. Isso significa que a harmonia entre o interesse público e privado passa necessariamente pela identificação e ponderação entre os valores e princípios em conflito na situação concreta.<sup>149</sup>

Dessa forma, a perspectiva funcional, que leva em consideração os efeitos concretos do negócio, valorados (positiva ou negativamente) a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento, “permite explicar de modo mais satisfatório por que os efeitos de um mesmo ato inválido podem ser considerados, ora absoluta ou relativamente ilegítimos, ora

---

<sup>146</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 249.

<sup>147</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 284.

<sup>148</sup> Ibid., p. 285.

<sup>149</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. Op. cit., p. 119.



parcialmente admissíveis, ora plenamente reconhecidos”<sup>150</sup>. A análise da teoria das nulidades sem vinculações apriorísticas com sua esquematização abstrata e suas exceções viabiliza a identificação de parâmetros para o juízo de merecimento de tutela sobre os atos de autonomia privada, em consonância com os princípios fundamentais do ordenamento.

Conclui-se, assim, que, mesmo no campo das invalidades, notadamente no das nulidades – que por muito tempo “ficou estranha [a] qualquer consideração funcional e axiológica”<sup>151</sup> –, deve o intérprete extrair os valores do caso concreto e ponderá-los à luz do ordenamento, prestigiando “os que forem mais dignos de proteção, mais relevantes do ponto de vista do equilíbrio das relações sociais e mais úteis à preservação de uma organização solidária no campo das relações jurídicas”<sup>152</sup>. Ou seja, são os valores e interesses envolvidos na situação concreta que devem justificar, ou não, a declaração da nulidade e, por conseguinte, a preservação dos efeitos decorrentes, conforme prevê, aliás, o já referido enunciado nº 537 da VI Jornada de Direito Civil, organizado pelo Conselho da Justiça Federal, ao dispor que “a previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses mercedores de tutela”.

Nada impede, portanto, que o juiz, ao individuar a normativa do caso concreto a partir dos princípios e valores consagrados pela Constituição da República, prestigie a manutenção de certos negócios jurídicos nulos – ou apenas os seus efeitos – quando os efeitos produzidos representarem a realização de um interesse social mais relevante do que a causa que justifica a invalidade, a qual, lembre-se, não deve ser entendida apenas como estrutura repressiva, mas como instrumento funcionalizado.<sup>153</sup> Dito diversamente, a resposta negativa e repressiva

---

<sup>150</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. Op. cit., pp. 372-373.

<sup>151</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 289; e Id., *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., p. 443.

<sup>152</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. Op. cit., p. 132. No mesmo sentido, afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “é imperioso que a teoria da invalidade dos negócios jurídicos não se coloque distante das transformações que o Direito Civil vem sofrendo, devidamente humanizado e informado pelos valores e princípios da Constituição Federal de 1988” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*. Op. cit., p. 184).

<sup>153</sup> Acerca do controle funcional da invalidade, leciona Leonardo Mattietto: “esse novo desenho para um instituto tão tradicional como é a nulidade no direito civil, é justificável na medida em que, pensado como parte da ampla proteção que, a partir da Constituição, a ordem jurídica confere à pessoa, não pode ser entendido apenas como estrutura repressiva, mas como instrumento funcionalizado à tutela da pessoa humana, em cumprimento ao valor constitucionalmente definido de promoção da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade do ser humano” (MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Teoria da invalidade e princípio da conservação dos atos jurídicos*. Op. cit., p. 162). No mesmo sentido, sustenta Hamid Charaf Bdine Júnior que se determinados valores sociais forem mais dignos de tutela e mais úteis à preservação de uma organização solidária do que a regra que institui a nulidade e “forem prestigiados pela manutenção do contrato que o ordenamento relaciona entre os passíveis de nulidade, não se haverá de declarar a invalidade que, como sanção, deve ser justificada pela

(sanção) que o ordenamento normalmente daria à invalidade deve ser ponderada e refletida em conjunto com as demais respostas (tutelas) conferidas àquela situação concreta pelo ordenamento – este compreendido de modo complexo e unitário, e não limitado a um dispositivo singular da lei.<sup>154</sup>

As diversas espécies de invalidade previstas em lei, como registra Eduardo Nunes de Souza, passam a figurar como “elementos facilitadores da identificação da disciplina aplicável a cada ato negocial, indícios de ponderações previamente realizadas pelo legislador em direção a certa produção (ou cessação) de efeitos”, não obstante, no entanto, que a análise funcional conduza a diferentes soluções em relação à modulação dos efeitos do negócio jurídico<sup>155</sup>.

## 2.2 Busca de critérios para a ponderação

Considerando que o dogma da ineficácia absoluta dos negócios jurídicos nulos não pode ser relativizado de forma arbitrária, devendo, ao revés, se dar de forma segura e em sintonia com os princípios e valores consagrados pelo ordenamento, serão propostos a seguir alguns critérios – não exaustivos – que poderão servir como base para a ponderação a ser realizada no caso concreto, como decorrência da aplicação do controle funcional da invalidade.

Além disso, tais critérios têm por objetivo demonstrar que o próprio ordenamento relativiza o dogma da ineficácia absoluta dos negócios jurídicos nulos, preservando os efeitos produzidos em determinadas situações jurídicas quando justificados por interesses merecedores de tutela.

São quatro os critérios propostos na presente dissertação. Neste capítulo, porém, três serão objeto de análise meramente ilustrativa: (i) a preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais; (ii) a boa-fé objetiva como óbice à alegação das nulidades; e (iii) a

---

violação às mesmas finalidades indicadas” (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. Op. cit., p. 132).

<sup>154</sup> Como leciona Pietro Perlingieri: “Errôneo, portanto, é sustentar, ainda hoje, que a nulidade, como regra, é absoluta. Omite-se, de fato, que ela se tornou na maioria dos casos nulidade de proteção, de garantia; assim, não mais ‘qualquer um que tenha interesse’ é legitimado a fazer valer a nulidade, mas apenas aquele que é garantido pela nulidade (...) reforça a idéia de que a composição concreta de interesses exige, também sob o perfil patológico, uma disciplina que se deduz não da mera recondução ao tipo, mas da peculiaridade do caso” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., pp. 374-375).

<sup>155</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. *Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional*. Op. cit., p. 375.

função social do contrato como fundamento para o princípio da conservação dos negócios jurídicos. O quarto critério, que consiste na influência do tempo sobre os efeitos produzidos pelos negócios nulos, será analisado no capítulo seguinte.

Teve-se o cuidado de extrair esses critérios de situações reiteradamente enfrentadas pela doutrina e jurisprudência, comprovando, assim, que não se tratam de casos excepcionais, de ocorrência esporádica. São, na realidade, situações que envolvem alguma espécie de nulidade – considerada pela doutrina clássica de “absoluta” – e cuja solução passou, de alguma forma, pela ponderação dos interesses e valores envolvidos no caso concreto, corroborando, assim, ainda que implicitamente, a proposta de controle funcional da invalidade.

### 2.2.1 A preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais: o caso da “adoção à brasileira”

A construção de uma dogmática do direito privado, com o conteúdo axiológico de que se tratou acima – baseada em uma perspectiva funcional das situações jurídicas –, passa necessariamente pela diferenciação da tutela das situações patrimoniais e existenciais, já que estão fundadas em lógicas absolutamente distintas.<sup>156</sup> Essa diversidade valorativa, como observa Gustavo Tepedino, deve preceder, como premissa metodológica, à atividade interpretativa. Nesse sentido, o fato de a pessoa humana figurar no centro do ordenamento jurídico impõe que as situações patrimoniais sejam funcionalizadas às existenciais, privilegiando, especificamente, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva.<sup>157</sup>

Afinal, como se viu anteriormente, a Constituição de 1988 elevou a pessoa humana e sua dignidade ao patamar de fundamento da República (art. 1º, inciso III, CR), o que acarretou uma mudança de paradigmas do Código Civil de 2002, que passou privilegiar a

---

<sup>156</sup> “De um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos (...). No ordenamento dito privatístico encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 106).

<sup>157</sup> TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. Op. cit., pp. 364-365; e Id., Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Op. cit., p. 23.

socialidade e a eticidade nas relações jurídicas, em contraposição à patrimonialidade e individualidade que figuravam como alicerces do Código Civil de 1916.<sup>158</sup> Impôs, assim, uma releitura de todos os institutos tradicionais de direito civil, positivados na legislação ordinária, de acordo com as novas diretrizes humanistas estabelecidas pela Constituição, através de um processo que vem sendo identificado como “despatrimonialização do direito civil”<sup>159</sup>.<sup>160</sup>

Essa perspectiva exige que seja conferido um tratamento diferenciado às situações existenciais em comparação com as patrimoniais. Não se trata, porém, de aumentar ou reduzir os instrumentos de proteção das situações patrimoniais, mas, conforme leciona Pietro Perlingieri, “é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil (...) com uma tutela qualitativamente diversa”<sup>161</sup>. É por essa razão que se afirma no âmbito da constitucionalização do direito civil a existência de “verdadeira preeminência, *a priori*, da tutela das situações jurídicas extrapatrimoniais (ou existenciais) em comparação com as situações patrimoniais, em virtude da atuação dos princípios constitucionais”<sup>162</sup>.

A preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais constitui, assim, relevante critério que deve ser considerado pelo intérprete no momento da construção da norma para o caso concreto, exercendo papel importante também no controle funcional da invalidade.

De fato, a jurisprudência revela que tal critério tem sido utilizado pelos Tribunais como base para a ponderação, tendo sido invocado para relativizar o dogma da ineficácia

---

<sup>158</sup> Sobre o tema, confira-se REALE, Miguel. O Código Civil após um ano de vigência. In: GOZZO, Débora; ALVES, José Carlos Moreira; REALE, Miguel. (Coord.). *Principais controvérsias no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 03-06.

<sup>159</sup> Para Pietro Perlingieri, “com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 33).

<sup>160</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices. Op. cit., p. 05.

<sup>161</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 34. Sobre essa mudança “qualitativa”, v., ainda, pp. 54 e 276.

<sup>162</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices. Op. cit., p. 05. É, aliás, o que leciona Pietro Perlingieri: “A jurisprudência dos valores constitui, sim, a natural continuação da jurisprudência dos interesses, mas com maiores aberturas para com as exigências de reconstrução de um sistema de ‘Direito Civil Constitucional’, enquanto idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas últimas, em atuação dos princípios constitucionais, uma indiscutida preeminência.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 32). No mesmo sentido, Leonardo Mattietto: “A perspectiva que privilegia as situações subjetivas existenciais do ser humano, preconizada pelo direito civil constitucional, revela-se, logo, ainda mais interessante, na medida em que, decorrendo da cláusula geral de tutela da personalidade humana, prevista na Constituição, coloca-se em nível superior no ordenamento, vocacionada a proteger a pessoa, qualquer que seja a sua participação em uma relação jurídica” (MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Teoria da invalidade e princípio da conservação dos atos jurídicos*. Op. cit., p. 160).

absoluta dos negócios jurídicos nulos, preservando os efeitos produzidos em determinadas situações jurídicas.

É o que ocorre, por exemplo, com a “adoção à brasileira”<sup>163</sup> que tem parte de um registro de nascimento falso, portanto – como diriam a doutrina clássica – “absolutamente nulo”, o qual, no entanto, segundo entendimento pacífico da jurisprudência e da doutrina atuais, pode ter os seus efeitos preservados para a proteção dos interesses da pessoa que foi adotada.

Essa situação retrata uma prática muito comum no Brasil em que, na maioria dos casos, o companheiro de uma mulher perfilha o seu filho, simplesmente registrando a criança como se fosse seu descendente.<sup>164</sup> O adotante pretende com esse ato o mesmo resultado que obteria com a adoção legal, ou seja, trazer para o seu lar, na qualidade de filho, pessoa que muitas vezes lhe é estranha, porém, sem que tenha que observar todos os trâmites do processo judicial de adoção.<sup>165</sup>

O problema surge, na maioria dos casos, quando o vínculo afetivo do casal é rompido e, diante da obrigatoriedade de arcar com alimentos em favor do filho (adotado), o pai busca a desconstituição do registro, alegando que a informação nele constante não corresponde à verdade. Ou, ainda, quando o adotante falece e seus filhos biológicos, objetivando garantir para si uma maior participação na herança, impugnam a relação de parentesco daquele que foi “adotado à brasileira”. Em uma ou outra hipótese, a parte que pretende desconstituir o registro alega a nulidade do ato, considerando que a informação quanto à paternidade seria falsa e que a adoção não teria observado a forma prescrita em lei – que exige autorização judicial para tanto.

A jurisprudência, em um primeiro momento, influenciada pela concepção biológica da filiação, em que os pais “jurídicos” eram os pais “naturais” ou biológicos, admitia a

---

<sup>163</sup> Segundo a Ministra Nancy Andrighi, a adoção à brasileira “caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor” (STJ, REsp nº 833.712/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.05.2007). Esse procedimento, a rigor, caracterizaria a hipótese de crime regulada pelo art. 242 do Código Penal (inserido no capítulo que trata sobre os “Crimes contra o Estado de Filiação”), o qual estabelece o seguinte: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena”.

<sup>164</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 496.

<sup>165</sup> GOZZO, Débora. A anulação do registro na adoção “à brasileira” e a dignidade do adotado. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 5, n. 5, jan./dez. 2005, p. 14.

declaração da nulidade do registro civil de nascimento quando se provava que a declaração efetivada não refletia a verdade.<sup>166</sup>

A doutrina também caminhava nesse sentido, conforme lecionava Caio Mario da Silva Pereira:

Na paternidade reconhecida, o pai concede um *status* ao filho, que o seja biologicamente. Em contendo o ato uma proclamação de paternidade que não corresponde à realidade (o pai reconhece como seu um filho que o não é), o reconhecimento, embora formalmente perfeito, e até inspirado em pia causa, não pode produzir o efeito querido, e será anulado por falsidade ideológica, em se provando a inverdade da declaração.<sup>167</sup>

Posteriormente, a partir da contestação da paternidade biológica e da valorização do afeto como elemento importante para identificação do vínculo de filiação, a doutrina e a jurisprudência mudaram de entendimento. Reconhecendo a voluntariedade do ato, praticado de forma espontânea, e considerando a perspectiva da paternidade socioafetiva<sup>168</sup>, passou-se a não admitir a anulação do registro de nascimento e, por conseguinte, a desconstituição da relação de parentesco derivada da “adoção à brasileira”, não obstante tratar-se de um ato nulo. Assim, não tendo havido vício de vontade, não seria cabível a invalidação do registro, na medida em que o próprio Código Civil dispõe em seu art. 1.604 que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. Ainda que o referido dispositivo legal ressalve a possibilidade de anulação por “erro” ou “falsidade”, a jurisprudência não tem aceito a invocação da falsidade do registro por quem tenha sido o autor do delito ou a alegação de erro sem que tenha prova inequívoca do vício.<sup>169</sup>

Isso porque, uma vez concretizados os elementos subjacentes à paternidade socioafetiva, está consolidada a relação de filiação, que não pode ser desfeita por

---

<sup>166</sup> Apenas a título exemplificativo, confirmam-se os seguintes julgados: TJRJ, Apelação Cível nº 0001132-59.2001.8.19.0000, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Roldão Gomes, j. 12.06.2001; TJRJ, Apelação Cível nº 0009802-23.2000.8.19.0000, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Wany Couto, j. 20.03.2001; TJRJ, Apelação Cível nº 0004592-25.1999.8.19.0000, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Mário Guaraci Rangel, j. 30.11.1999.

<sup>167</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 100.

<sup>168</sup> Conforme demonstra João Baptista Villela, em seu artigo sobre a “desbiologização da paternidade”, o aspecto biológico cede espaço ao comportamento social, de modo que a paternidade passa a ser reconhecida pelo amor que se dedica ao bem da criança, sendo a paternidade um fato cultural: “A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação”. (VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 76, n. 271, jul./set. 1980, p. 45).

<sup>169</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Op. cit., pp. 496-497.

circunstâncias fáticas supervenientes. A constituição do estado de filiação implica a construção de uma identidade para o ser humano apontado como filho, de modo que a tutela da personalidade veda tal dissolução. Essa é a posição defendida em doutrina por Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>170</sup>, Silmara Chinellato<sup>171</sup>, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk<sup>172</sup>, bem como por Roberto Paulino de Albuquerque Júnior<sup>173</sup>.

Nessa mesma linha, a jurisprudência, ao apreciar casos envolvendo a adoção à brasileira, tem se posicionado no sentido de rejeitar a impugnação do ato de registro efetuado anteriormente, deduzida pelo pai ou pelos herdeiros do adotante, quando se alega a cessação de vínculo concreto ou a nulidade/falsidade do registro em razão da diversidade da origem genética. As decisões fundamentam-se, principalmente, (i) na proteção do melhor interesse da criança; (ii) no fato de que o estado de filiação constituído não pode ser desfeito (não se trata de direito disponível); (iii) na prévia noção de que “a filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança”<sup>174</sup>; e (iv) na vedação ao *venire contra factum proprium*. Somente é admitido que o adotante busque a nulidade do registro de nascimento “quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado”<sup>175</sup> ou na hipótese de vício de consentimento.<sup>176</sup>

---

<sup>170</sup> “Toda vez que um estado de filiação estiver constituído na convivência familiar duradoura, com a decorrente paternidade socioafetiva consolidada, esta não poderá ser impugnada nem contraditada”, razão pela qual “a investigação de paternidade só é cabível quando não houver paternidade, nunca para desfazê-la”. Em seguida, complementa que a investigação ou reconhecimento judicial da paternidade tem por objetivo assegurar pai a quem não o tem, ou seja, na hipótese de genitor biológico que se negou a assumir a paternidade. Portanto, é incabível nas hipóteses de existência de estados de filiação não-biológica protegidos pelo direito: adoção, inseminação artificial heteróloga e posse de estado de filiação. É totalmente incabível para constituir paternidade desconstituindo a existente (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 339, jan. 2006, pp. 48 e 53).

<sup>171</sup> “Ser pai não pode ser aceito como estado variável, segundo o seu animus e/ou segundo estágio ou estádio de relacionamento com a mãe”; “a paternidade não é roupa que se veste e desveste por simples vontade”. (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. XVIII, pp. 63 e 66).

<sup>172</sup> “O real sentido do vínculo parental não é oferecido pela genética, mas pela expressão social e afetiva que emerge dos fatos. Vale dizer: consolidado um vínculo parental socioafetivo, somente a inequívoca aniquilação de seus pressupostos, aliada aos interesses existenciais legítimos dos integrantes da relação parental, pode fazer com que esse vínculo ceda passo a um dado biológico”. (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Parentesco parabiológico. Fraternidade socioafetiva. Possibilidade jurídica. Efeitos que podem ensejar. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 388, nov./dez. 2006, p. 270).

<sup>173</sup> ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre, v. 8, n. 39, dez./jun. 2006, pp. 72 e 75.

<sup>174</sup> STJ, REsp nº 450.566/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.05.2011.

<sup>175</sup> STJ, REsp nº 1.088.157/PB, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, j. 23.06.2009.

<sup>176</sup> STJ, REsp nº 878.941/DF, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.08.2007; STJ, REsp nº 234.833/MG, 4ª T., Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 25.09.2007; STJ, REsp nº 1.000.356/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.05.2010; STJ, REsp nº 1.259.460/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2012; TJRJ, Apelação Cível nº 004108-15.2006.8.19.0210, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Zelia Maria Machado, j. 01.11.2011; TJSP, Apelação

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Massami Uyeda, teve a oportunidade de apreciar um caso em que uma mulher ajuizou ação declaratória de nulidade de registro civil de nascimento contra a filha que havia sido adotada à brasileira por seu ex-marido, já falecido. Apesar de terem decorridos 38 (trinta e oito) anos de afeto, a viúva sustentava, basicamente, que seu ex-marido declarou falsamente a paternidade da filha, devendo, portanto, ser reconhecida a nulidade do sobredito ato registral que, segundo a autora, não poderia convalidar pelo decurso de tempo.

Embora tenha verificado que a adoção, neste caso, não observou o regular procedimento previsto na legislação civil, assumindo o adotante inclusive o risco de eventualmente responder criminalmente pelo ato, considerou o Superior Tribunal de Justiça que a invalidade dos atos jurídicos que refletem no estado das pessoas não pode ser tratada da mesma maneira daquela que eventualmente pode eivar os demais atos da vida civil, na medida em que aqueles geram efeitos que não se circunscrevem à esfera meramente patrimonial. Diante dessas circunstâncias, teve o Ministro Relator que ponderar os efeitos decorrentes de um ato manifestamente nulo com os valores existenciais envolvidos no caso concreto, nos seguintes termos:

É dizer, em outras palavras, que, apesar de não corresponder à verdade real, a posse do estado de filho, gera uma aparência de modo a fazer com que todos manifestem a crença em uma realidade que, na verdade, não existe, mas nem por isso merece ficar à margem da tutela jurídica, notadamente diante do fato de que se formam laços afetivos entre o registrando e o registrado, vínculos estes que muitas vezes são até mais fortes do que os sanguíneos.

(...)

Da mesma forma, a reflexão sobre a possibilidade de o pai-adotante pleitear a nulidade do registro de nascimento deve levar em conta esses dois valores em rota de colisão (ilegalidade da adoção à moda brasileira, de um lado, e, de outro, repercussão dessa prática na formação e desenvolvimento do adotado).

Com essas ponderações, em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado.

Após formado o liame sócio-afetivo, não poderá o pai-adotante desconstruir a posse do estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade sócio-afetiva.<sup>177</sup>

Ao individuar a normativa do caso concreto, portanto, o Superior Tribunal de Justiça considerou que, embora a hipótese envolvesse a nulidade de um registro de nascimento, o nobilíssimo fim ostentado pela adoção representava a realização de um interesse social mais relevante do que a causa por trás da invalidade, o que justificou a manutenção da situação e de

---

Cível nº 0349061-39.2009.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 30.09.2009; e TJDF, Apelação Cível nº 2007.04.1.005041-4, 5ª Turma Cível, Rel. Des. Dácio Vieira, j. 17.12.2008.

<sup>177</sup> STJ, REsp nº 1.088.157/PB, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, j. 23.06.2009.



todos os seus efeitos. Dessa forma, a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça privilegia as situações existenciais, cujo objetivo é a tutela da pessoa humana qualquer que seja a natureza da relação jurídica em que esteja inserida.

Esse entendimento também foi aplicado pela Ministra Nancy Andrighi num caso em que uma mulher ajuizou ação em face de sua irmã, objetivando a anulação de seu registro de nascimento, tendo em vista que a sua mãe, já falecida, havia declarado falsamente que sua irmã, quando ainda era recém-nascida, também seria filha dela. Alegou, em síntese, que o registro seria nulo, já que o objeto seria ilícito e que a adoção não se revestiu da forma prescrita em lei.<sup>178</sup>

Considerando que houve reconhecimento espontâneo da maternidade e que não foi comprovada a existência de qualquer vício de consentimento por parte da mãe, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, entendeu a Ministra que:

inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.

Em seguida, ressaltou:

Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

Dessa forma, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que, embora a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria prevista na legislação, há que se preponderar, em hipóteses como a presente, “a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé”. Ou seja, na ponderação dos interesses, princípios e valores envolvidos, entendeu-se

---

<sup>178</sup> STJ, REsp nº 1.000.356/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.05.2010.

que o princípio do maior interesse da criança, neste caso, deve prevalecer sobre os interesses que subjazem a causa da nulidade e que eventualmente justificariam a imposição desta sanção com o retorno da situação ao estado anterior.

No âmbito dos Tribunais Estaduais também é possível encontrar julgados atribuindo maior importância ao interesse da criança (que, neste caso, é existencial), como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, do que ao interesse que justificaria a nulidade do registro de nascimento da criança adotada à brasileira, como consectário da declaração falsa.

Confira-se, nesse sentido, a ementa do acórdão dos embargos infringentes nº 0006112-20.1999.8.19.0000, julgado pelo 9º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, ao reconhecer a “adoção à brasileira”, manteve a conclusão do voto majoritário (proferido no julgamento da apelação cível), impedindo a anulação do registro de nascimento que, embora contivesse uma informação falsa, refletia a verdadeira paternidade socioafetiva, tendo permanecido isolado o voto minoritário que acolhia a pretensão autoral para declarar a nulidade do registro:

Embargos Infringentes. Direito de Família. Impugnação de legitimidade de filiação em assento de nascimento, por não veracidade da declaração ali constante em relação à maternidade. Ação proposta quase cinquenta anos após à efetuação do registro, e por ocasião de requerimento, pela ré, de interdição da autora. Casal de companheiros, cuja união durou mais de trinta anos, tendo criado a menor desde os três meses de idade e aos doze anos, no ano de 1950, foi ela registrada como filha, pelo varão, já falecido. Acórdão majoritário que acolhe a ocorrência da denominada ‘adoção à brasileira’ ou simulada, bem como a não veracidade da declaração quanto à sua geração, mas reconhece manifestação de vontade para estabelecer vínculo de parentesco cuja natureza nem mesmo a inobservância dos ritos legais poderia descaracterizar. Voto isolado sustentando a nulidade do registro, por se tratar de questão de ordem pública, disciplinada por normas cogentes, não caracterizada a adoção por ausência do formalismo necessário. Peculiaridade excepcional da hipótese, demonstrando a prova produzida a posse do estado de filiação por tempo imemorial, bem como a anuência da autora à denominada adoção simulada, cujo formalismo cede diante da então menoridade do registrado/adotado, não merecendo o impedimento à adoção existente à época dos fatos se sobrepor à realidade fática ocorrida. Manutenção do v. acórdão embargado. Embargos Infringentes desprovidos.<sup>179</sup>

De fato, não se pode conferir ao “adotante” ou aos seus herdeiros o direito de desconstituir o vínculo de parentesco através do reconhecimento da nulidade do registro de nascimento daquele que foi “adotado à brasileira” simplesmente porque os motivos que levaram à adoção teriam desaparecido. A relação que se constrói com o tempo e que se consolida a partir da constituição do vínculo socioafetivo entre adotante e adotado não pode

---

<sup>179</sup> TJRJ, Embargos Infringentes nº 0006112-20.1999.8.19.0000, 9º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Maria Inês Gaspar, j. 29.06.2000.

ser desfeita pela vontade do adotante ou de terceiros. O prejuízo à identidade e à personalidade do adotado seria evidente, justificando a atuação do ordenamento para proteger o vínculo parental formado a partir do afeto, afastando, assim, os eventuais efeitos decorrentes da inobservância de regras formais e que levariam à nulidade.<sup>180</sup>

Em síntese: embora a nulidade represente a sanção prevista pelo ordenamento à violação de regras cogentes, a sua incidência com as respectivas consequências deve ser ponderada em cada caso concreto, levando em consideração todos os valores e interesses envolvidos, devendo ser preservados aqueles que estiverem em maior consonância com tábua axiológica da Constituição da República.

No caso da “adoção à brasileira”, como se viu, o interesse de quem quer anular o registro de nascimento, ainda que respaldado em uma nulidade, não pode ser colocado à frente do interesse de quem foi adotado e que, na grande maioria dos casos, sequer concorreu para que a adoção se desse de forma informal e irregular. A funcionalização das situações existenciais às patrimoniais pode impedir a anulação do registro de nascimento, preservando a identidade do adotado e a manutenção do vínculo socioafetivo que se constituiu ao longo do tempo.

Esse entendimento, porém, pode não se aplicar quando é o filho (adotado) que deseja investigar a paternidade, vindicando estado contrário ao que lhe é atribuído em sua certidão de nascimento, ainda que já constituído o estado de filiação. Afinal, por ser ele o maior interessado, poderá se valer da existência de erro ou falsidade para pleitear a anulação do registro de nascimento e/ou a investigação de paternidade contra o pai biológico.<sup>181</sup>

Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o

---

<sup>180</sup> “Inquestionável a vontade de quem assim age em assumir a paternidade, não podendo ser aceito arrependimento posterior. Imperativo prestigiar a posse de estado de filho de que desfruta o registrado, na medida em que se configurou a filiação socioafetiva.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Op. cit., p. 497).

<sup>181</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo e Maria Berenice Dias entendem que o filho tem direito a conhecer sua identidade, o que, entretanto, não implicará a substituição daquele que exerceu a função de pai pelo genitor, de modo que a alteração do registro já constituído não seria permitida (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ*. Op. cit., pp. 48 e 53; e DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Op. cit., pp. 401-403). Gustavo Tepedino, por sua vez, afirma que a origem genética deve ser buscada apenas quando as circunstâncias do caso concreto indicarem que essa medida atende ao princípio-chave do melhor interesse da criança. (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional*. In: *Temas de direito civil*. Op. cit., pp. 473-518). Sobre a imprescritibilidade da pretensão do filho de ver reconhecida a sua origem genética, confira-se o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a jurisprudência do STJ (STJ, REsp nº 807.849/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.03.2010; STJ, REsp nº 939.818/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.10.2010; e STJ, AgRg no Ag nº 1.138.467/MG, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17.11.2011).

filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva”. Em seguida, conclui que:

no caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de ‘erro ou falsidade’ (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de ‘adoção à brasileira’, significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei.<sup>182</sup>

Em outro acórdão, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que não se pode deixar de tutelar a pretensão da filha que deseja conhecer a sua origem genética, não obstante tenha sido acolhida em um lar “adotivo” e usufruído de uma relação socioafetiva. Embora já consolidada tal relação e a filha tenha sido registrada pelos pais socioafetivos, a situação em análise não poderia ser enquadrada como “adoção à brasileira” com as suas respectivas consequências porque o registro deveria ser “espontâneo(s) e não derivado de arranjos”, razão pela qual prevaleceu o direito ao reconhecimento do vínculo biológico com todos os seus conseqüências.

Nesse caso, a mãe trabalhava na casa do pai biológico, integrante de tradicional família do Sul do País, e foi obrigada a entregar a criança a um casal que a registrou como se filha fosse. Aos cinquenta anos de idade, tomando conhecimento de sua real história, a filha ajuizou ação de investigação de paternidade, a qual foi julgada procedente por ter o exame de DNA indicado uma probabilidade de 99,97% do investigado ser o pai biológico. A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, reestabelecendo a sentença que havia sido reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entendeu que, pelas peculiaridades do caso, a filha não pode ser penalizada pela “ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto”. Confira-se relevante trecho do acórdão:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercar o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. (...) Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar ‘adotivo’ e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a

---

<sup>182</sup> STJ, REsp 1.167.993/RS, 4ª T., Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 18.12.2012.

idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.<sup>183</sup>

Essa situação lembra também o conhecido “caso Pedrinho” que foi sequestrado ainda na maternidade por uma pessoa que o registrou como filho. Após a condenação da mãe registral pelo crime cometido, optou o filho pelo reconhecimento da paternidade biológica, desconstituindo-se, assim, a socioafetiva.<sup>184</sup>

Outro exemplo que corrobora a preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais é o caso do casamento putativo que, contraído de boa-fé, produzirá efeitos em relação aos cônjuges e filhos, conforme preveem os arts. 1.561 e 1.617 do Código Civil. Trata-se, portanto, de uma hipótese, consagrada pelo ordenamento, em que um interesse existencial irá impor limites à declaração da nulidade, em razão dos efeitos que a situação inválida produziu. Como bem destaca Luiz Edson Fachin, ao comentar o art. 1.617 do Código Civil, a sua “a interpretação finalística (...) coloca o interesse da filiação acima do juízo de conformidade legal (que sustenta o campo jurídico da validade).”<sup>185</sup>

Note-se, ainda, que a necessidade de tutela dos interesses (existenciais) dos filhos é tão marcante que o próprio legislador dispôs no § 2º do art. 1.561 que a manutenção dos efeitos do casamento (nulo ou anulável) em relação aos filhos se manterá independentemente da boa-fé dos cônjuges. É o que leciona também a doutrina:

O casamento putativo é aquele em que, mesmo incidente causa de invalidade, efetivamente sancionada como nulidade ou anulabilidade, ressalvados estarão os efeitos produzidos em favor do cônjuge de boa-fé. A sentença de nulidade ou anulação produzirá, nesse caso, efeitos *ex nunc*. A não-retroação dos efeitos da nulidade ou da anulação preservará os direitos adquiridos pelo cônjuge de boa-fé no curso do casamento, bem como servirá de proteção à prole. A manutenção dos efeitos do casamento em relação aos filhos, na verdade, independe da boa-fé dos cônjuges, consoante comando que se extrai do § 2º do art. 1.561. Tal proteção aos filhos, como é evidente, não possui, hoje, o mesmo sentido que lhe era atribuído originariamente pelo Código Civil de 1916, com relação à manutenção de sua situação jurídica de filiação legítima.<sup>186</sup>

A lei, por meio de uma ficção e tendo em vista a boa-fé dos contratantes ou de um deles, vai atribuir ao casamento anulável, e mesmo nulo, os efeitos do casamento válido, até a data da sentença que o invalidou. Presta, assim, o legislador

<sup>183</sup> STJ, REsp nº 833.712/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.05.2007.

<sup>184</sup> Como registrou José Dilvanir da Costa, “pode ocorrer, eventualmente, que a filiação biológica identifique uma criança arrebatada criminosamente de seus pais, inclusive em maternidade, causando-lhes sofrimento e angústia, como no rumuroso ‘caso Pedrinho’ em que o próprio filho optou pela paternidade biológica, com cobertura legal” (DA COSTA, Dilvanir José. *Filiação jurídica, biológica e socioafetiva. Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 45, n. 180, out./dez. 2008, p. 89).

<sup>185</sup> FACHIN, Luiz Edson. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. XVIII, p. 147.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 190.

homenagem à boa-fé dos contraentes, não só os protegendo, como também aos filhos oriundos dessa ligação.<sup>187</sup>

De tudo o que se expôs acima, observa-se que a tutela conferida pelo ordenamento irá variar de acordo com os interesses e valores previstos no caso concreto, podendo concluir tanto pela impossibilidade de desconstituição de um ato inválido (como, por exemplo, um registro falso de nascimento), quanto pela possibilidade de seu reconhecimento, com a sua plena desconstituição. A solução mais justa e merecedora de tutela, naturalmente, será aquela que privilegiar a concretização dos interesses existenciais, em consonância com os princípios e valores consagrados pela Constituição da República, em especial o da dignidade da pessoa humana.

A análise dos julgados demonstra que a jurisprudência atual tem caminhado no sentido de corroborar a perspectiva preconizada pelo direito civil-constitucional no que se refere à necessária funcionalização das situações patrimoniais às existenciais, “reconhecendo a estas últimas, em uma concretização dos princípios constitucionais, uma indiscutida preeminência”<sup>188 189</sup>.

Naturalmente, a conclusão adotada nos exemplos analisados acima poderá ser estendida para outros casos similares de nulidade, sendo possível que o magistrado, ao individuar a normativa do caso concreto, conclua que os interesses existenciais atendidos por determinado negócio jurídico justifique a sua integral conservação ou apenas de certos efeitos, impedindo-se o desfazimento do negócio jurídico desde a sua origem.

---

<sup>187</sup> RODRIGUES, Sílvio. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. XVII, p. 113.

<sup>188</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., p. 119.

<sup>189</sup> É importante registrar que a preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais constitui uma premissa do direito civil-constitucional e um critério que deve orientar a atuação do intérprete nos casos envolvendo nulidades de atos e negócios jurídicos. Não se trata, porém, de uma regra absoluta, já que é possível encontrar situações em que prevalecerá o interesse patrimonial, embora também estejam presentes interesses existenciais. É o caso, por exemplo, reiteradamente enfrentado pela jurisprudência, de idosos com estado de saúde debilitado que deixam de efetuar o pagamento do aluguel do imóvel onde residem e invocam essa circunstância, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito constitucional à moradia para impedir a retomada do imóvel. Os Tribunais, no entanto, entendem que se trata de direito disponível e de questão eminentemente patrimonial, de modo que as questões existenciais não os eximem do adimplemento de suas obrigações. Confira-se, nesse sentido, a seguinte ementa: “Agravo interno nos autos da apelação cível. Despejo por falta de pagamento. Revelia. Procedência do pedido. Pessoa idosa. Direito disponível. Questão eminentemente patrimonial. Direito fundamental social à moradia que não pode ser invocado diante do inadimplemento das obrigações locatícias. Fato de a locatária ser idosa que não a exime do adimplemento dos alugueres contratualmente avençados. Inocorrência de comprovação de justa causa apta a afastar a revelia. Agravante que não logrou trazer qualquer elemento diverso daqueles alegados na apelação cível. Manutenção da decisão monocrática. Desprovimento do recurso.” (TJRJ, Apelação Cível nº 0002277-14.2012.8.19.0050, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo de Azevedo Paiva, j. 21.05.2013). No mesmo sentido, TJRJ, Apelação Cível nº 0071096-26.2007.8.19.0002, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Cerqueira, j. 23.11.2011.

A determinação da sanção (nulidade), portanto, não deve ser uma decorrência lógica ou automática da não observância de um dispositivo de lei, mas, como ressalta Pietro Perlingieri, deve ser “resultado de uma atenta consideração dos valores e interesses envolvidos”, de modo que “a função da norma não se extrai da ‘sanção’ nulidade, mas é a nulidade que deve ser justificada com base na função (pré-individuada) da norma”<sup>190</sup>.

De fato, o que irá nortear o juízo de merecimento de tutela é a função que cada situação jurídica realiza, devendo ser privilegiada aquela que concretizar os objetivos constitucionais, prioritariamente as situações existenciais, cujo objetivo é “realização direta da dignidade, conforme as próprias aspirações, valores e *modus vivendi*; enfim, têm como função imanente a livre realização da personalidade, segundo o próprio projeto de vida que a pessoa construiu para si”<sup>191</sup>.

### 2.2.2 A boa-fé objetiva como óbice à alegação de nulidades

O segundo critério que deve ser considerado pelo intérprete no momento de analisar as consequências do reconhecimento da nulidade, principalmente em situações envolvendo interesses patrimoniais, está relacionado ao princípio da boa-fé objetiva que, a partir de sua função limitadora, consagra a proibição de comportamentos contraditórios, podendo incidir num caso concreto para impedir a alegação de nulidade pela parte que deu causa ao vício ou dele pretende se beneficiar, mantendo a eficácia (total ou parcial) do negócio inválido.

O art. 168 do Código Civil de 2002 estabelece que as nulidades “podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir”. E seu parágrafo único dispõe que “as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

O dispositivo acima reproduz, com poucas alterações, a regra prevista no art. 146 do Código Civil de 1916 e também algumas referências do Regulamento nº 737/1850<sup>192</sup>,

---

<sup>190</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., p. 445. No mesmo sentido, Id., *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., pp. 290-291.

<sup>191</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices. Op. cit., p. 08.

<sup>192</sup> Confira-se o teor do art. 686, §5º: “A nulidade de pleno direito pôde ser allegada por todos aquelles que provarem o interesse na sua declaração: mas a nulidade dependente de rescisão só pôde ser proposta por acção

revelando que essa é uma característica clássica da nulidade, tendo sempre sido considerada como uma das principais distinções em relação à anulabilidade.

Essa regra se justificaria pelo fato de a nulidade estar relacionada à inobservância de normas de ordem pública, havendo, assim, um interesse geral, isto é, da sociedade como um todo, no reconhecimento desse vício, o que autorizaria a que qualquer interessado buscasse a sua declaração. Por outro lado, a anulabilidade, por constituir uma sanção de ordem privada, ditada por razões de política legislativa, só poderia ser alegada pelas pessoas a quem aproveitasse, nos prazos previstos em lei, não podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz, conforme dispõe expressamente o art. 177<sup>193</sup> do Código Civil.<sup>194</sup>

A regra prevista no art. 168, no entanto, não autoriza que “qualquer pessoa” busque no Judiciário o reconhecimento de uma nulidade. Conforme já registrava Pontes de Miranda, é necessário que a parte demonstre um interesse legítimo nessa pretensão: “estão legitimados os que têm interesse no afastamento do pretendido efeito, sejam contratantes, ou não, sucessores, ou simples atingidos pela eficácia que se pretende exista”<sup>195</sup>.

É de se imaginar que quem foi parte na relação negocial atingida pela nulidade sempre será o primeiro a ter interesse no pronunciamento da invalidade.<sup>196</sup> Ocorre que há situações em que o agente, conscientemente, pratica um ato nulo, não preenchendo requisitos que a lei considera essenciais para a sua validade, e depois pretende se valer desse vício para não cumprir a obrigação assumida.

No direito estrangeiro, há dispositivos que, a um só tempo, protegem as pessoas que de boa-fé confiaram na aparência do negócio jurídico e impedem a invocação, maliciosa, do vício pela parte que lhe tenha dado causa. O Código Civil chileno<sup>197</sup>, assim como o

competente pelas partes contratantes, sucessores e subrogados, ou pelos credores no caso do art. 828 do Código Comercial”.

<sup>193</sup> Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

<sup>194</sup> Segundo Orlando Gomes, anulabilidade é a sanção de ordem privada, ditadas por razões de política legislativa, aplicada aos atos praticados em desobediência a normas que protegem certas pessoas e tutelam a vontade do agente contra vícios que podem distorcê-la. (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Op. cit., p. 426).

<sup>195</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. IV. Op. cit., 1970, § 408, nº 5, pp. 207-208.

<sup>196</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Op. cit., p. 517.

<sup>197</sup> Art. 1683. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años.



argentino<sup>198</sup>, contém regra específica no sentido de que a nulidade pode ser alegada por todos que tenham interesse, exceto por aquele que tenha executado o ato ou celebrado o contrato sabendo ou devendo saber do vício que o invalidava.<sup>199</sup>

No direito brasileiro, apesar de não haver dispositivo similar aplicável a hipóteses de nulidade no âmbito do direito civil<sup>200</sup>, o entendimento de que esse vício não pode ser invocado pela parte que lhe tenha dado causa ou que tenha se beneficiado da celebração do negócio nulo vem sendo aplicado com fundamento no princípio da boa-fé objetiva e em outros princípios gerais como o da proibição de se valer da própria torpeza. Isso porque a conduta da parte que dá origem ou se beneficia do vício e depois invoca a sua existência para deixar de cumprir a obrigação constitui exemplo acadêmico de comportamento contraditório – *venire contra factum proprium* –, vedado pela teoria dos atos próprios, que encontra fundamento no próprio princípio da boa-fé objetiva e visa proteger as partes que legitimamente confiaram na estabilidade das relações jurídicas.<sup>201</sup>

Exemplo dessa hipótese foi analisado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça quando um devedor que assinou uma nota promissória por meio de imagem escaneada pretendia a declaração da nulidade do título, alegando que as normas cambiárias internacionais exigem que a assinatura seja de próprio punho. Apesar de a nota promissória não ter observado determinadas regras formais – o que, a rigor, caracterizaria a nulidade –, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a invocação dessa norma pelo devedor configura manifesto comportamento contraditório, não podendo levar ao reconhecimento da invalidade. Assim, realizando uma ponderação no caso concreto, ainda que implícita, entre o interesse público existente por trás da nulidade e o interesse decorrente da tutela da confiança, conclui-

<sup>198</sup> Art. 1.047. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.

<sup>199</sup> Em sentido similar, o Código Civil mexicano estabelece que, se ambas as partes procedem com dolo, nenhuma delas pode alegar a nulidade do ato ou pleitear indenização: “Artículo 1817.- Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones.”

<sup>200</sup> Embora a regra não tenha sido positivada no Brasil, Humberto Theodoro Junior entende que, “de certo modo, nosso Código segue essa orientação, quando, após executado o contrato nulo por ilicitude do objeto, veda a parte que agiu de má-fé a repetição do que pagou para conseguir seu propósito ilícito (art. 883). Malgrado a nulidade, os efeitos se mantêm contra a parte que, de má-fé, os provocou” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Op. cit., p. 520). Essa regra, no entanto, foi contemplada expressamente no art. 243 do Código de Processo Civil: “quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

<sup>201</sup> Para mais detalhes sobre a Teoria dos Atos Próprios, confira-se: SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Op. cit.; DICKSTEIN, Marcelo. *A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: Surrectio e Suppressio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e o Enunciado nº 362, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

se que o título deveria ser considerado válido e eficaz ao menos em relação àquelas partes (credor e devedor).<sup>202</sup>

Analisando situação similar em parecer específico sobre o tema, Anderson Schreiber concluiu que a alegação de nulidade de garantia, emitida pela sociedade devedora, sob o fundamento de inobservância de regras prevista em seu próprio estatuto social, configura *venire contra factum proprium*, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro:

Ainda que a garantia fosse inválida, a alegação de nulidade pela Sociedade Alpha não pode ser admitida, por se afigurar contrária ao seu comportamento anterior. De fato, a Sociedade Alpha não apenas deixou de impugnar a garantia emitida, beneficiando-se de seus frutos por vários anos, mas também praticou diversos atos incompatíveis com a alegação de invalidade, como a apresentação de proposta para repactuação das condições de pagamento da dívida originada da garantia, reconhecendo, assim, a plena validade e eficácia do ato. Neste cenário, a atual alegação de um vício formal da garantia não pode ser admitida à luz do direito brasileiro por ser contrária à boa-fé objetiva e ao princípio que veda *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório)<sup>203</sup>

A doutrina e a jurisprudência portuguesas também registram a incidência do *nemopotest venire contra factum proprium* para impedir a alegação de nulidades formais pelas partes que tenham cumprido espontaneamente contratos nulos. Essa é a lição de Menezes Cordeiro:

O Direito requer, contudo, em setores delimitados, formas específicas, normalmente solenes, para a dimanação de declarações negociais. Quando a forma prescrita não seja assumida nas declarações das partes, o Direito nega-lhe, salvo raras exceções, o reconhecimento jurídico, cominando a nulidade. (...) Não obstante as apregoadas justificações da forma legal, quando prescrita – a reflexão das partes, a facilidade de prova e a publicidade – o seu desrespeito não condita, nos níveis ético, psicológico e social, a reprovação enérgica que o Direito lhe conecta. As mesmas razões extra-jurídicas que se viu militarem no sentido da proibição do *venire contra factum*

---

<sup>202</sup> Confira-se a ementa do julgado: “Recurso Especial. Direito cambiário. Ação declaratória de nulidade de título de crédito. Nota promissória. Assinatura escaneada. Descabimento. invocação do vício por quem o deu causa. Ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Aplicação da teoria dos atos próprios sintetizada nos brocardos latinos ‘tu quoque’ e ‘venire contra factum proprium’. 1. A assinatura de próprio punho do emitente é requisito de existência e validade de nota promissória. 2. Possibilidade de criação, mediante lei, de outras formas de assinatura, conforme ressalva do Brasil à Lei Uniforme de Genebra. 3. Inexistência de lei dispondo sobre a validade da assinatura escaneada no Direito brasileiro. 4. Caso concreto, porém, em que a assinatura irregular escaneada foi aposta pelo próprio emitente. 5. Vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa. 6. Aplicação da ‘teoria dos atos próprios’, como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos ‘tu quoque’ e ‘venire contra factum proprium’, segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. Recurso Especial desprovido.” (STJ, REsp nº 1.192.678/PR, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.11.2012). No mesmo sentido, REsp nº 681.856/RS, 4ª T., Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 12.06.2007).

<sup>203</sup> SCHREIBER, Anderson. *Venire contra factum proprium* e interpretação de estatuto social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, out./dez. 2009, p. 222.

*proprium* incitam, na sociedade, ao cumprimento dos negócios livremente celebrados, ainda que sem observância da forma legal.<sup>204</sup>

Magna Mendonça Fernandes, em monografia específica sobre “O *Venire contra factum proprium* e a obrigação de contratar e de aceitar o contrato nulo”, também ressalta que “*oveniresurge* como limitação à própria consequência de nulidade ou invalidade do negócio”.<sup>205</sup> A autora cita diversos exemplos, dentre os quais se destaca o do beneficiário de serviços que, para se eximir ao pagamento da respectiva contraprestação, vem invocar a nulidade decorrente de um suposto exercício ilícito de atividade advocatícia por parte da entidade prestadora. Nestas situações, “a proibição do *venire* permite ter como válidos negócios em que o direito negava, por irregularidade ou nulidade por falta da requerida forma, essa validade”.<sup>206</sup> Essa hipótese foi analisada também pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal que decidiu, em 30 de janeiro de 2003, que tal situação configuraria um abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*.<sup>207</sup>

A jurisprudência portuguesa ressalta, ainda, que a invocação da proibição da adoção de comportamento contraditório “não pode redundar, com subversão do escopo das exigências de forma, em mero instrumento de convalidação de negócios que a lei declara inválidos”. Deve, assim, ser aplicada em casos excepcionais, ponderados casuisticamente, nas situações em que a violação à boa-fé se mostre mais grave do que o descumprimento da regra prevista na legislação e que levaria ao reconhecimento da nulidade.<sup>208</sup>

E essa ponderação, de fato, foi realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.192.678/PR, acima referido, que, após analisar o comportamento das partes e as circunstâncias concretas, afastou o rigor de certa formalidade prevista na legislação cambiária, prevalecendo na hipótese o interesse subjacente ao princípio da boa-fé objetiva. Afinal, constatou-se (i) que a devedora se comportou durante muito tempo

<sup>204</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 771.

<sup>205</sup> FERNANDES, Magda Mendonça. *O venire contra factum proprium: obrigação de contratar e de aceitar o contrato nulo*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 45.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>207</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (“STJ-PT”), processo nº 482/02. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12 out.2013.

<sup>208</sup> STJ-PT, Processo 349/06.8TBOAZ.P1.S1, 1ª Secção, Rel. Alves Velho, j. 28.02.2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0e322888b903d9f5802579b80035dce2?OpenDocument&Highlight=0,nulidade,venire>>. Acesso em: 23 out.2013. Sobre a possibilidade de relativização das nulidades formais diante do comportamento das partes, Anderson Schreiber ressalta que: “A natureza puramente formal do suposto vício reforça a necessidade de aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* ao caso concreto, como instrumento de atenuação do formalismo jurídico, de modo a privilegiar os comportamentos concretamente adotados pelos envolvidos em detrimento de solenidades exigidas para certos atos que, a despeito da exigência, surtem efeitos na realidade fática.” (SCHREIBER, Anderson. *Venire contra factum proprium e interpretação de estatuto social*. Op. cit., p. 216).

como se os títulos fossem válidos, não tendo jamais questionado a sua higidez; (ii) a prolongada omissão da devedora que somente veio impugnar a validade dos títulos quando foi demandada pelo credor, embora tenha tido diversas oportunidade de fazê-lo; (iii) o caráter meramente formal do vício alegado pela devedora; e (iv) que, independentemente de ser um vício formal, a devedora foi beneficiada com a emissão dos títulos. Assim, a conduta precedente da parte devedora, que sempre se comportou como se os títulos fossem válidos, beneficiando-se, ainda, do ato, justificou a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, na sua função limitadora do exercício de direitos, para impedir a alegação de nulidade.

É importante registrar que essa decisão não é inédita, estando em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Estaduais, que tem sido rigorosa ao rejeitar a alegação de nulidade por quem tenha dado causa ao vício ou tenha dele se beneficiado.

Em julgamento realizado em 1996, o Superior Tribunal de Justiça considerou inadmissível o comportamento de uma mulher que, depois de se beneficiar por longo tempo de contrato de promessa de compra e venda de imóvel celebrado pelo marido, questionou a validade do ajuste por ausência de outorga uxória. Apesar da ausência da assinatura da mulher, entendeu o Min. Ruy Rosado de Aguiar, relator do recurso, que o sistema jurídico deveria ser interpretado de modo a preservar o princípio da boa-fé objetiva que, em determinadas situações, se sobrepõe às exigências de certas formalidades previstas na legislação. Confira-se, nesse sentido, trecho do voto:

(...) considero o longo tempo decorrido desde quando celebrada a venda mais de 17 anos, durante o qual os promissários compradores exerceram a posse manda e pacífica do bem, sem qualquer oposição dos recorridos, que assim tacitamente confirmaram o negócio feito, do qual receberam metade do preço no ato, e a outra metade através da ação consignatória promovida pelos compradores. É inacreditável que durante todos esses anos, não houvesse qualquer impugnação da mulher interessada, o que somente aconteceu depois de proposta a ação de consignação. O motivo real, aliás, está reconhecido da própria petição inicial apresentada pelos ora recorridos: 'a virago recusava-se à anuência visto o aforamento da consignatória' (fl. 23). Houve, portanto, de parte dela, um arrependimento, não falta de real consentimento com o negócio realizado.

Para ter o comportamento da mulher como relevante, lembro a importância da doutrina sobre os atos próprios. O Direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente (Menezes Cordeiro, Da Boa-Fé no Direito Civil, 11/742). Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior.

No caso dos autos, os recorridos se apegam à falta formal da assinatura da mulher no instrumento do contrato. Mas deve prevalecer a atuação anterior, quando ela atuou em juízo e reconheceu expressamente aquele contrato e lhe atribuiu eficácia, permitindo a incidência do disposto no art. 132 do CC, que foi examinado no r.

acórdão recorrido. Não me parece relevante o fato de ter sido praticado através de procurador, pois presume-se tivesse ele poderes para requerer aquela denúncia. Sobre isso, convém registrar que, na presente ação, a mulher voltou a afirmar, através de seu procurador, que a negativa somente aconteceu por causa da ação consignatória.

O sistema jurídico nacional, a meu juízo, deve ser interpretado e aplicado de tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com princípios éticos, inspiradores do sistema.<sup>209</sup>

Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, agora de 1998, foi aplicado o mesmo entendimento para impedir a pretensão do Município de Limeira, situado no Estado de São Paulo, que, após celebrar contratos de promessa de compra e venda de lotes integrantes de uma gleba de sua propriedade, ajuizou ação visando à anulação dos contratos “porque o parcelamento não está regularizado, faltando-se o devido registro”. Considerando que cabe ao próprio município aprovar o parcelamento do solo, entendeu o STJ que o vício decorrente da irregularidade do loteamento não poderia ser invocado pela municipalidade, configurando manifesto comportamento contraditório. Confira-se a ementa do julgado:

LOTEAMENTO. MUNICÍPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ. ATOS PRÓPRIOS.

- Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei 6.766/79.

- A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento.

Recurso não conhecido.<sup>210</sup>

Mais recentemente, decidiu o STJ que não pode a parte contratante, que deixou de observar determinada regra durante a celebração do distrato, invocar posteriormente a existência do vício para impugnar a validade do instrumento, por constituir afronta ao princípio da boa-fé objetiva. No caso concreto, as partes ajustaram que a pactuação deveria ser por escrito, no entanto, ao realizar o distrato, uma das partes se recusou a apor a sua assinatura no documento e, posteriormente, pretendeu se valer da ausência da própria assinatura para impugnar a validade da avença, tudo com o objetivo de manter o contrato que

---

<sup>209</sup> STJ, REsp nº 95.539/SP, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 03.09.1996.

<sup>210</sup> STJ, REsp nº 141.879/SP, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.03.1998.

fora rompido, com a não devolução de valores desembolsados, contrariamente ao que previa o distrato.<sup>211</sup>

Constatou-se, ainda, que a difusão conceitual do princípio da boa-fé objetiva para além do direito civil tem feito com que outras áreas do direito recorram a esse parâmetro de eticidade para impedir a alegação de nulidade pela parte que lhe tenha dado causa. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, esse entendimento foi aplicado no âmbito do processo civil (i) ao devedor/executado que indicou um imóvel à penhora e depois alegou a nulidade da indicação sob o argumento de que seria bem de família;<sup>212</sup> e (ii) à parte que alegou cerceamento de defesa por inobservância de requerimento de publicação de intimação em nome de advogado específico, mas que atendeu a diversas intimações realizadas de modo diverso daquela pleiteada<sup>213</sup>.

Também se encontrou alguns julgados que impediram a alegação de nulidade no âmbito do processo penal, sendo oportuno destacar trecho do acórdão relatado pela Min. Maria Thereza de Assis Moura:

a pretensão de invalidação do feito, porquanto seria possível ao paciente mudar a versão já apresentada, em razão da exclusão de corrêu, mostra-se na contramão da boa-fé objetiva. O princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, destaca-se da vedação do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamentos contraditórios). Assim, diante de uma conduta sinuosa, não é dado reconhecer-se a nulidade.<sup>214</sup>

Fora da esfera do Superior Tribunal de Justiça foram identificados diversos julgados que impediram alegações de nulidade quando as pretensões se confrontavam com o princípio da boa-fé objetiva.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, considerou inadmissível a alegação de nulidade de cessão de direitos hereditários, celebrada por instrumento particular – ou seja, em desacordo com o disposto no artigo 1.793 do Código

<sup>211</sup> STJ, REsp nº 1.040.606/ES, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24.04.2012.

<sup>212</sup> STJ, REsp nº 1.365.418/SP, 4ª T., Rel. Ministro Marco Buzzi, j. 04.04.2013. No mesmo sentido: “Se a parte, na qualidade de garante, dá bem seu em garantia de cumprimento de contrato de alienação fiduciária ciente do ônus que assumia, porque advogada devidamente inscrita nos quadros da OAB, não pode postular-lhe a nulidade posteriormente em homenagem ao princípio segundo o qual a ninguém é dado agir contraditoriamente, frustrando expectativa do credor e atentando contra a boa-fé objetiva.” (STJ, AgRg no REsp nº 1.110.839/PE, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.03.2012).

<sup>213</sup> “Evidenciado o comportamento processual contraditório da parte, pode-se, em caráter excepcional, afastar a tese de nulidade por inobservância do pedido de publicação de intimação unicamente em nome de determinado advogado, sobretudo quando o interessado comparece aos autos e atende as diversas intimações realizadas de modo diverso daquele pleiteado.” (STJ, RMS nº 33.204/RJ, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, j. 02.04.2013).

<sup>214</sup> STJ, HC nº 1.75.217/BA, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 06.06.2013.

Civil –, pela parte que se comportou durante longo período como se o negócio fosse válido, beneficiando-se de todos os seus efeitos. Interpretando a regra prevista na legislação civil à luz do princípio da boa-fé objetiva, decidiu o TJRJ que o comportamento da parte que invocou o vício seria contraditório com sua conduta anterior, o que justifica o não reconhecimento do vício suscitado, conforme se extrai da ementa a seguir transcrita:

(...) Ação de anulação de negócio jurídico. Cessão de direitos hereditários. Instrumento particular. Interpretação sistemática dos artigos 166, IV e 1793 do CC. A questão a ser discutida é a validade ou não da cessão de direitos hereditários através de instrumento particular. O Código Civil atual passou a dispor que o direito à sucessão pode ser objeto de cessão por escritura pública, com precisão que não existia no direito brasileiro. A princípio, portanto, correta a afirmativa de ausência de preenchimento de formalidade legal se o negócio é realizado por instrumento particular. Entretanto, os artigos 166, inciso IV e 1793, caput e § 2º do Código Civil devem ser interpretados em conjunto com as demais normas de nosso ordenamento jurídico, sob pena de burlar aos princípios da probidade e da boa-fé. O único fundamento do requerimento de nulidade do negócio jurídico é o vício de forma. Em nenhum momento o autor alegou existência de vício de consentimento, manifestou intenção de devolver os valores recebidos em virtude da cessão de direitos ou comprovou a existência de efetivo prejuízo. Viola a razoabilidade permitir que alguém se beneficie de negócio jurídico enquanto este lhe convém e requeira a declaração de sua nulidade quando este não mais for conveniente. Tal conduta viola a boa-fé objetiva e segurança jurídica, bem como o instituto do *nemo potest venire contra factum proprium*. Tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, em especial o efetivo recebimento do preço contratado, o requerimento de nulidade após aproximadamente 5 (cinco) anos da conclusão do negócio, em nítida conduta que viola a proibição de comportamento contraditório, e a ausência de prejuízo, deve prevalecer a cessão de direitos ainda que realizada por instrumento particular. Precedentes STJ e TJERJ. Ademais, deve-se aplicar, analogicamente, ao caso o artigo 243 do CPC. Ora, se o negócio jurídico que se pretende anular por vício de forma foi firmado pelo autor em benefício do réu, à época menor, recebendo o recorrente o preço pela cessão realizada, não pode esse se beneficiar de nulidade a qual deu causa. É a incidência do princípio que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Recurso que se nega o provimento.<sup>215</sup>

Em outro caso, decidiu o TJRJ que configura violação ao princípio da boa-fé objetiva – *venire contra factum proprium* – a pretensão do fiador que se declarou solteiro no contrato de locação a fim de que fosse reconhecida a nulidade do instrumento por falta de outorga uxória.<sup>216</sup> Também foi repreendido o comportamento da administração pública estadual que, após se beneficiar da prestação do serviço de locação de bens móveis, alegou a nulidade da

<sup>215</sup> TJRJ, Apelação Cível nº 0004453-26.2009.8.19.0064, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Mario Assis Gonçalves, j. 13.11.2012. No mesmo sentido: TJRJ, Apelação Cível nº 0015942-91.2005.8.19.0002, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Mario Assis Gonçalves, j. 25.10.2012.

<sup>216</sup> “(...) Fiador que se declarou solteiro não pode imputar nulidade ao contrato por falta de outorga uxória; proibição do *venire contra factum proprium*. 6. É cabível penhora de bem de família no caso de fiança em contrato de locação; regra que não se afasta nos casos em que o fiador seja maior de sessenta e cinco anos. 7. Íntegro o contrato de fiança, responde o fiador pela dívida deixada em aberto pelo afiançado, como reconheceu o julgado singular. 8. Recursos aos quais se nega seguimento, na forma do art. 557, caput, do CPC.” (TJRJ, Apelação Cível nº 0008092-45.2008.8.19.0207, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Foch Lemos, j. 04.07.2011).

relação contratual para eximir-se do pagamento respectivo com fundamento na ausência de processo licitatório prévio.<sup>217</sup>

Menciona-se, por fim, relevante julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul envolvendo atos praticados por um absolutamente incapaz. Em 2005, foi decretada a interdição de P.R.F.R., com incapacidade total para os atos da vida civil, considerando que ele seria portador de “episódio depressivo grave com sintomas psicóticos”. Apesar da interdição, ele realizou diversas operações bancárias junto ao Banco BMG S.A.. Entre os anos de 2005 e 2007, ele contraiu empréstimos, os quais foram devidamente adimplidos. Posteriormente, entre os anos de 2008 e 2009, ele contraiu três novos empréstimos e celebrou contrato de cartão de crédito com a instituição financeira. O interditado, porém, representado por sua curadora – e esposa –, apesar de ter recebido da instituição financeira os valores contratados, resolveu ajuizar ação declaratória de inexistência de dívida, com fundamento na nulidade dos contratos por ele celebrados e, por conseguinte, dos descontos que incidiam de forma consignada sobre seus rendimentos, tudo sob o fundamento na própria incapacidade (que ensejaria nulidade).

Em primeira instância, a ação foi julgada procedente considerando que “os empréstimos pactuados pelo autor após a data da averbação da sentença no Ofício do Registro – 10-11-2005 –, são nulos em virtude da interdição, devidamente comprovada”, tendo destacado, ainda, que “a parte não detinha, à época da celebração do contrato, capacidade civil para prática do referido ato e tampouco estava representado por responsável, porque é sua a assinatura aposta nos referidos documentos”.

Além de declarar a nulidade dos contratos, a sentença condenou a instituição financeira a pagar ao autor os valores disponibilizados a título de empréstimo, sob a seguinte justificativa:

ao proceder e deferir empréstimo ao autor, incapacitado para os atos da vida civil, foi negligente. Deveria, ter comprovado que os valores disponibilizados ao autor, foram utilizados em benefício do próprio incapaz e revertido em seu favor e, não o

---

<sup>217</sup> Nesse sentido, “ainda que a relação contratual seja inválida, não pode a administração se eximir do pagamento se o serviço foi efetivamente prestado e os bens não devolvidos. a alegação de nulidade da avença se mostra verdadeiro *venire contra factum proprium* aplicável também nas relações contratuais de cunho administrativo.” (TJRJ, Apelação em Reexame Necessário nº 0093413-55.2006.8.19.0001, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Inês da Trindade, j. 05.12.2013). O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também já decidiu que “Aquele que contrata e se beneficia de contratação não pode, posteriormente, sustentar a nulidade do pacto firmado (*venire contra factum proprium*)” (TJPR, Apelação Cível nº 370079-2, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Gabardo, j. 26.09.2007).



tendo feito, deverá devolver os valores pagos pelo autor, responsabilizando-se, assim, pela concessão de um crédito a absolutamente incapaz<sup>218</sup>.

Em segunda instância, a 20ª Câmara Cível do TJRS, apesar de ter reconhecido que a “existência dos negócios efetivados por absolutamente incapaz devem ser considerados nulos, com base no disposto no art. 166 do CC”, considerou que a relação existente entre as partes deve ser analisada à luz do que determina o princípio da boa-fé objetiva. Isso porque foi constatado que a curadora, responsável por administrar os negócios do curatelado, embora tivesse conhecimento dos empréstimos contratados pelo curatelado, nenhuma medida tomou para evita-los, nem sequer comunicou a instituição financeira sobre a decretação da interdição. Diante dessas circunstâncias – inércia da curadora e benefício do curatelado –, entendeu o TJRS que a decretação da nulidade com o retorno das partes ao estado anterior poderia possibilitar o enriquecimento sem causa do autor. Assim, acompanhando inclusive o parecer do Ministério Público, deu-se parcial provimento ao recurso de apelação para reconhecer a invalidade dos contratos celebrados após a interdição do autor, com o cancelamento definitivo dos descontos, garantindo-se à instituição financeira, porém, o recebimento dos valores depositados em conta do autor, com devido abatimento dos já recebidos.<sup>219</sup>

Neste caso, considerou-se contraditória a pretensão da curadora, na qualidade de representante do curatelado, de ver reconhecida a nulidade dos contratos celebrados com a instituição financeira, quando se observa que ela se “manteve inerte por longo tempo, sem ter tomado nenhuma medida adequada a fim de evitar os alegados vícios”. Isso, porém, não

---

<sup>218</sup> TJRS, Processo nº 1.10.0008107-0: Sentença proferida em 12.01.2011 pelo juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre.

<sup>219</sup> Confirma-se a ementa do julgado: “Apelação cível. Ação anulatória. Negócio jurídico. Incapaz. Curatela. A existência dos negócios efetivados por absolutamente incapaz devem ser considerados nulos, com base no disposto no art. 166 do CC. Estando o vício da nulidade a afetar a existência do próprio negócio jurídico, os efeitos produzidos são *extunc*, ou seja como se nunca tivesse ocorrido. Por outro lado, tinha a curadora o dever de comunicar ao Banco a interdição de seu marido quando teve conhecimento da primeira contratação. Isso não ocorreu. Incide, na espécie, a lei civil, que autoriza a apreciação da questão com base na boa-fé objetiva, princípio inserido no novo Código Civil (art. 422). O contratante pressupõe a boa-fé do outro e firma um pacto que esteja de acordo com o princípio da justiça contratual, observando o ordenamento jurídico pátrio onde vige o princípio que veda o *venire contra factum proprium* (comportamento contraditório), na medida em que este viola o princípio da boa-fé objetiva. É preciso dar adequada solução à lide, sob pena de possibilitar o enriquecimento injustificado do autor, em ofensa ao art. 884 do Código Civil. Sucumbência redimensionada. Deram parcial provimento. Unânime.” (TJRS, Apelação Cível nº 70042914945, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Rubem Duarte, j. 18.04.2012). No mesmo sentido: “Apelação cível. Negócios jurídicos bancários. Ação declaratória de nulidade de contratos. Contratante declarado incapaz. Inércia da curadora. Conivência. Considerando a inércia da curadora frente aos diversos contratos de mútuo havidos entre as partes, todos posteriores à interdição, com pagamento das prestações mensais mediante desconto em folha, não há falar em nulidade do único contrato em aberto. Negado provimento ao recurso.” (TJRS, Apelação Cível nº 70014811137, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 08.02.2007).

impediu o reconhecimento da nulidade, mas implicou a limitação dos efeitos decorrentes do desfazimento dos contratos.

O raciocínio empregado nos julgados acima, a rigor, se assemelha com aquele consagrado no art. 105 do Código Civil para as hipóteses de anulabilidades, ao dispor que “a incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos co-interessados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum”, e no art. 180, ao determinar que “o menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior”. Embora tratem de hipóteses de anulabilidade, esses dispositivos demonstram que o próprio legislador entendeu que, em determinadas situações, o vício não poderá ser suscitado pelo devedor como justificativa para eximir-se do cumprimento de sua obrigação.

Outro exemplo que demonstra a preocupação do legislador foi consagrado no art. 243 do Código de Processo Civil, ao dispor que, “quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

Há quem sustente, porém, a impossibilidade de aplicação da proibição de comportamento contraditório para essas hipóteses, entendendo que o autor do ato nulo pode alegar o vício a qualquer tempo nas hipóteses em que a nulidade tiver sido estabelecida em favor do interesse público ou do próprio autor do ato inválido. É o que já defendia Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho: “o autor de um acto eivado de nullidade absoluta pódearguil-a; porque o seu interesse particular coincide com o interesse geral ou de ordem publica, que determinou a existência da nullidade”<sup>220</sup>.

Esse raciocínio parte da premissa de que a nulidade, por representar a proteção de um interesse público, de uma norma cogente ou de um imperativo de ordem pública, afastaria soberanamente a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium*. Conforme ressalta Anderson Schreiber, essa exclusão parece estar trabalhada a partir de uma concepção ideológica liberal que separava de forma absoluta e de maneira contraposta os interesses públicos e privados – ou os conceitos de ordem pública e autonomia privada. Assim, situando-se a nulidade no âmbito da ordem pública e sendo a proibição do comportamento

---

<sup>220</sup> COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Quando se póde contravir o proprio facto? *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, a. 1, n. 1, set. 1893, p. 36.

contraditório um princípio incidente sobre a autonomia privada, essas ideias não poderiam ser ponderadas, na medida em que pertenceriam a universos opostos e incomunicáveis.<sup>221</sup>

No entanto, como já dito anteriormente, a transformação dos valores sociais e do próprio papel do direito privado atraiu para a autonomia privada a incidência de valores que compõem a ordem pública, eliminando as fronteiras entre estas duas noções.<sup>222</sup> Conforme leciona Gustavo Tepedino, a releitura do direito civil a partir dos princípios e valores previstos na Constituição da República “revela processo de profunda transformação social, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública”<sup>223</sup>.

Nessa perspectiva, o ordenamento atual está na dinâmica do interesse público e do interesse privado, “vistos, porém, não como termos separáveis ou necessariamente opostos”<sup>224</sup>. Isso significa que a harmonia entre o interesse público e privado passa necessariamente pela identificação e ponderação entre os valores e princípios em conflito na situação concreta.<sup>225</sup>

Dessa forma, considerando que a proibição do comportamento contraditório expressa também um interesse público de aplicação cogente<sup>226</sup>, consubstanciado na boa-fé objetiva e na tutela da confiança – ambos de matriz constitucional<sup>227</sup> –, não remanescem óbices à sua incidência a hipóteses de nulidade, impedindo a invocação do vício por quem lhe tenha dado causa ou tenha se beneficiado do negócio nulo, dependendo, naturalmente, das circunstâncias do caso concreto.

E é importante esclarecer que o impedimento à alegação de nulidade, ao contrário do que sustenta parte da doutrina, não teria o condão de tornar “válido o acto formalmente nulo,

---

<sup>221</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Op. cit., p. 260. Esse raciocínio, aliás, parece ter sido adotado pelo Min. Ricardo Villas Boas Cueva no julgamento do recurso especial nº 1.192.678/PR, já acima referido, quando, em seu voto vencido, enalteceu a “importância extraordinária do aspecto formal na validade dos títulos de crédito” e concluiu pela necessidade de se julgar procedente a ação declaratória de nulidade das notas promissórias, embora essa impugnação tenha sido apresentada pela parte que deu causa ao vício (STJ, REsp nº 1.192.678/PR, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.11.2012).

<sup>222</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Op. cit., pp. 249 e 260.

<sup>223</sup> TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, abr./jun. 2000 – editorial.

<sup>224</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 284.

<sup>225</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. Op. cit., p. 119.

<sup>226</sup> Sobre a aplicação cogente da boa-fé e a sua inclusão na ideia de ordem pública, confira-se: ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1933, v. I, t. II, p. 19; LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. I, p. 145; e SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Op. cit., p. 261. Reconhecendo a premissa de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é de ordem absoluta, não podendo servir de fundamento para atos ilegais e arbitrários, vide STJ, REsp nº 300.116/SP, 1ª T., Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 06.11.2001.

<sup>227</sup> SCHREIBER, Anderson. *Venire contra factum proprium* e interpretação de estatuto social. Op. cit., p. 210.

como sanção do acto abusivo”<sup>228</sup>. Melhor seria concluir que implica apenas a relativização da regra prevista no art. 168 do Código Civil, excluindo a legitimidade da parte que deu causa ao vício ou que do contrato se beneficiou. Essa, aliás, a posição defendida por Zeno Veloso:

Não é que o negócio deixe de ser nulo. Trata-se, apenas, de restringir ou limitar a possibilidade de argüir esta nulidade à parte que deu causa à nulidade, sobretudo nos casos de nulidade por defeito de forma<sup>229</sup>.

Essa conclusão afigura-se mais adequada por produzir efeitos apenas entre as partes que participaram do negócio jurídico, resguardando a legitimidade de eventuais terceiros, não vinculados ao comportamento inicial, que poderão eventualmente demonstrar interesse jurídico no reconhecimento da nulidade.

### 2.2.3 A função social do contrato como fundamento para o princípio da conservação dos negócios jurídicos

A possibilidade de se realizar um controle funcional permite aliar o tema das invalidades com a função social do contrato e dos demais atos jurídicos. Em razão do limitado escopo da presente dissertação, não se pretende aqui discorrer sobre o conteúdo e controvérsias envolvendo o referido princípio. No entanto, não se poderia deixar de registrar que a função social do contrato constitui outro relevante critério que deve ser considerado na atividade hermenêutica voltada à análise de hipóteses envolvendo nulidades.

Embora positivada no art. 421 do Código Civil, a função social do contrato está claramente informada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social da livre iniciativa, da igualdade substancial e da solidariedade social, impondo às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais

---

<sup>228</sup> FERNANDES, Magda Mendonça. *O venire contra factum proprium*. Op. cit., p. 51.

<sup>229</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. Op. cit., p. 158. Humberto Theodoro Junior ressalta que “de qualquer maneira, o que se deve indagar para concluir, ou não, pela ilegitimidade do causador da nulidade para argui-la, é se lhe corresponde o interesse jurídico necessário. Se o reconhecimento da nulidade nenhum proveito prático lhe proporcionará, o caso é de falta de interesse, como a qualquer outra pessoa” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Op. cit., p. 520).

socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.<sup>230</sup>

Confira-se, a esse respeito, a lição de Antônio Junqueira de Azevedo:

A idéia de *função social do contrato* está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o *valor social da livre iniciativa* (art. 1.º, inc. IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro<sup>231</sup>.

Isso significa que os negócios jurídicos não podem ser interpretados como um instrumento de satisfação dos contratantes considerando apenas os seus interesses individuais, mas sim em função da realização das finalidades designadas pela ordem jurídica como relevantes.<sup>232</sup> Ou seja, o princípio da função social representa a necessidade de os negócios jurídicos promoverem um fim que seja merecedor de tutela à luz do ordenamento.

Nesse contexto, a função social do contrato tem sido apontada pela doutrina<sup>233</sup> e pela jurisprudência<sup>234</sup> como fundamento para o princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos – consagrado no Código Civil através dos institutos da ratificação dos negócios anuláveis no art. 172<sup>235</sup>, da conversão dos negócios nulos no art. 170<sup>236</sup> e da redução dos

<sup>230</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *Temas de Direito Civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 19-20. No mesmo sentido, Pietro Perlingieri: “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 121). Confira-se, também, o Enunciado nº 23 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

<sup>231</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, abr. 1998, p. 116.

<sup>232</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 228. V. KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico. Op. cit., p. 10.

<sup>233</sup> Nesse sentido, confira-se KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico. Op. cit., p. 12.

<sup>234</sup> A jurisprudência também reconhece que a função social do contrato impõe que se busque, sempre que possível, a preservação dos negócios jurídicos: “Em razão da função social dos contratos, deve-se sempre zelar pela preservação dos mesmos, sendo certo que a declaração de nulidade do mesmo se encontra como última opção ao julgador, buscando, num primeiro momento, a manutenção da manifestação de vontades anteriormente manifestada pelas partes”. (TJRJ, Apelação Cível nº 0104025-13.2010.8.19.0001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 26.09.2013).

<sup>235</sup> Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

<sup>236</sup> Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

negócios parcialmente nulos no art. 184<sup>237</sup> –, o qual representa a moderna tendência de se buscar, sempre que possível, a preservação dos negócios (anuláveis e nulos) e seus efeitos, de modo a proteger as pessoas que de boa-fé confiaram na estabilidade e segurança das relações jurídicas.<sup>238</sup>

Esta tendência de procurar preservar o negócio, apesar de suas irregularidades, integra o núcleo do princípio da conservação, o qual, segundo Raquel Schmiedel:

se faz presente seja na análise da suficiência ou não do suporte fático negocial, desde sua entrada no universo dos valores jurídicos (plano de existência), seja na aferição de defeitos que lhe subtraíam a idoneidade para permanecer no âmbito jurídico (plano da validade), seja, ainda, na constatação de sua capacidade de gerar efeitos negociais (plano da eficácia)<sup>239</sup>.

No mesmo sentido, afirma Antônio Junqueira Azevedo:

Tanto o legislador quando o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, *devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia – , o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente*. O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil. A utilidade de cada negócio poderá ser econômica ou social, mas a verdade é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a categoria negócio jurídico, sua utilidade passa a ser jurídica, visto vez que somente em cada negócio concreto é que adquire existência a categoria negócio jurídico. Não fosse assim e esta permaneceria sendo sempre algo abstrato e irrealizado. Obviamente, não foi para isso que o ordenamento jurídico a criou. O princípio da conservação, portanto, é a consequência necessária do fato de o

---

<sup>237</sup> Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

<sup>238</sup> A importância do princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos é reconhecida pela jurisprudência. Confira-se exemplificativamente: “(...) 1.- A ordem jurídica é harmônica com os interesses individuais e do desenvolvimento econômico-social. Ela não fulmina completamente os atos que lhe são desconformes em qualquer extensão. A teoria dos negócios jurídicos, amplamente informada pelo princípio da conservação dos seus efeitos, estabelece que até mesmo as normas cogentes destinam-se a ordenar e coordenar a prática dos atos necessários ao convívio social, respeitados os negócios jurídicos realizados. Deve-se preferir a interpretação que evita a anulação completa do ato praticado, optando-se pela sua redução e recondução aos parâmetros da legalidade. 2.- O Código Civil vigente não apenas traz uma série de regras legais inspiradas no princípio da conservação dos atos jurídicos, como ainda estabelece, cláusula geral celebrando essa mesma orientação (artigo 184) que, por sinal, já existia desde o Código anterior (artigo 153) (...)” (STJ, REsp nº 1.106.625/PR, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.08.2011).

<sup>239</sup> SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*. Op. cit., p. 41.

ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto.<sup>240</sup>

Na doutrina italiana, leciona Alberto Trabucchi que “o fato de que existam negócios eficazes, não obstante a sua irregularidade, demonstra que o direito procura evitar, no que for possível, a nulidades dos mesmos”<sup>241</sup>. Reconhece, ainda, que existe uma tendência legislativa, econômica e socialmente útil, de se conservar a eficácia dos atos jurídicos, assumindo o referido princípio especial relevância como critério de interpretação dos contratos.<sup>242</sup>

De fato, o princípio da conservação justifica-se em virtude da natureza e da função que o negócio jurídico representa<sup>243</sup>, isto é, da relevância dele para o ordenamento jurídico, sendo certo que, em alguns casos, poderá exigir do intérprete que afaste a possibilidade de reconhecimento do negócio nulo com a desconstituição de todos os seus efeitos.<sup>244</sup> Assim, embora a invalidação dos negócios jurídicos seja considerada uma reação do ordenamento ao descumprimento de uma regra considerada cogente, é certo que “o interesse social na manutenção dos efeitos das manifestações de vontade – que despertam nos contratantes e em terceiros a convicção de sua idoneidade – justifica que se busque, sempre que possível, evitar a subtração da eficácia do negócio celebrado”<sup>245</sup>.

Nessa ordem de ideias, o referido princípio também constitui critério inequivocamente relevante para a análise do merecimento de tutela dos negócios jurídicos, incidindo, assim, na situação concreta como fundamento ora para justificar a preservação de negócios nulos, desde que envolvam valores e interesses sociais dignos de proteção, ora para retirar a eficácia de negócios que tenham observado todos os requisitos de validade previstos em lei, mas que deixaram de atender aos fins sociais impostos pela função social do contrato.

---

<sup>240</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Op. cit., pp. 66-67. V. também SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*. Op. cit., p. 46.

<sup>241</sup> TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Op. cit., p. 155.

<sup>242</sup> *Ibid.*, pp. 155-156.

<sup>243</sup> Raquel Schmiedel reconhece que “o princípio da conservação justifica-se em virtude da natureza e da função que o negócio representa”. E complementa: “por meio do negócio, a ordem jurídica atende à sua função dinâmica, que é a de colocar à disposição dos indivíduos os mecanismos necessários à livre circulação de bens e serviços, sob a chancela da mesma ordem jurídica”. Em seguida, ao comentar a ideia de utilidade do negócio jurídico desenvolvida por Antônio Junqueira Azevedo, afirma a autora que “esta utilidade do negócio está, evidentemente, vinculada à função social que ele possui, como instrumento que é de relações de cooperação que, entre os indivíduos, são indispensáveis à coesão e à vitalidade do organismo social” (SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*. Op. cit., pp. 44 e 46).

<sup>244</sup> KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico. Op. cit., p. 13. No mesmo sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que “é patente a necessidade de se romper com a ideia de que o ato ou negócio inválido não possa produzir efeitos, haja vista o reconhecimento do princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos pelo direito brasileiro.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*. Op. cit., p. 184).

<sup>245</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. Op. cit., p. 106.

Dito em outros termos, o juízo de merecimento de tutela das situações jurídicas está diretamente relacionado à análise de seu perfil funcional, que exige a avaliação dos interesses e valores envolvidos – promovendo determinados fins<sup>246</sup> –, e não apenas daquele estrutural, que marcou o tratamento conferido pela teoria clássica à disciplina da invalidade. Desse modo, é possível que um negócio jurídico válido que descumpra a sua função social deixe de receber a tutela do ordenamento. Por outro lado, um negócio nulo pode ser preservado pelo mesmo ordenamento se os efeitos dele decorrentes representarem a realização de um fim social mais relevante do que a causa por trás da nulidade.

A importância da análise dos valores e interesses envolvidos no caso concreto para a definição da eficácia do negócio jurídico é realçada por Carlos Nelson Konder:

A consequência da proteção aos interesses da coletividade pode ser não apenas a privação de efeitos dos negócios que afrontam tais interesses, mas também a conservação ou o tratamento jurídico diferenciado de um contrato que tenha grande repercussão no atendimento de um interesse socialmente relevante (...). Os efeitos aqui cominados, seja no tocante à privação de eficácia por incompatibilidade com interesses metaindividuais, seja no tocante ao tratamento diferenciado por atendimento àqueles interesses, só são determinados em virtude da comparação da finalidade daquele contrato individualizado com relação aos interesses coletivos.<sup>247</sup>

Esse raciocínio, aliás, é empregado constantemente pela jurisprudência nos casos de mutuários beneficiários do Sistema Financeiro da Habitação que, descumprindo o disposto no art. 1º da Lei nº 8.004/90<sup>248</sup>, cedem os contratos a terceiros sem o consentimento do agente financeiro. Não obstante haja uma previsão legal no sentido de que a anuência é obrigatória, há precedentes jurisprudenciais reconhecendo que o interesse social existente por trás dos denominados “contratos de gaveta” justificaria a imposição de limites à declaração da invalidade.

Confira-se, nesse sentido, a ementa do acórdão julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO SEM A ANUÊNCIA DO AGENTE FINANCEIRO. VALIDADE. 1. A aquisição da casa própria transcende os limites

<sup>246</sup> Ana Carolina Kliemann afirma que o reconhecimento da compreensão do direito em perspectiva promocional traz restrições à invalidação do negócio jurídico. (KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico. Op. cit., pp. 12 e 21).

<sup>247</sup> KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x Função social do contrato. Op. cit., pp. 68-69.

<sup>248</sup> Art. 1º O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei. Parágrafo único. A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financiadora. (Redação dada pela Lei nº 10.150, de 2000)



de um anseio puramente individual, revestindo-se de interesse social e tornando-se meta de governo e valor prestigiado pelo ordenamento jurídico vigente. Por isso as cláusulas do contrato de financiamento para a aquisição da casa própria são ditadas muito mais pelas normas que regem o sistema financeiro da habitação, do que pela vontade das partes. 2. Na interpretação da cláusula contratual que proíbe a transferência do financiamento sem o prévio e expresso consentimento do agente financeiro, mais do que a literalidade pactuada, haverá de se prestigiar a vontade da lei. Quando o sistema jurídico e político do Estado se direciona no sentido de favorecer e incentivar a aquisição da casa própria, com recursos captados em todos os segmentos da sociedade, a vontade da lei emerge de maneira evidente, indicando que o agente financeiro, que executa a política habitacional, só pode negar a transferência, se a cessão dos direitos e obrigações do contrato de financiamento, por alguma forma, vier a frustrar os objetivos da referida política. Em outras palavras, se a transferência do contrato de financiamento satisfizer as exigências legais então vigentes, o agente financeiro não poderá opor-se à alienação, nem à cessão do mútuo, pois o consentimento previsto no contrato não se constitui em faculdade a ser arbitrariamente exercida pelo agente financeiro, mas em verdadeiro e irrecusável dever a ser cumprido sempre que o cessionário preencher as condições da lei. 3. Uma vez que o pretendente à casa própria preencha os requisitos legais e regulamentares exigidos para a concessão do financiamento, o art. 1º da Lei nº 8.004/90 garante-lhe o direito de assumir o saldo devedor da operação, tal como se acha contabilizado, e impõe à instituição financiadora a obrigação de intervir e anuir na transferência do contrato de financiamento, sem nenhuma repactuação. 4. Apelação provida.<sup>249</sup>

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou no sentido relativizar a exigência prevista no art. 1º da Lei nº 8.004/90, considerando válida a transferência de imóvel financiado, efetivada sem a anuência do agente financeiro, tendo em vista que se tratava de situação consolidada no tempo com integral adimplemento das obrigações contratuais. Não havendo, portanto, qualquer prejuízo para o agente financeiro, inexistia justificativa para se impor a observância de uma formalidade que não beneficiaria nenhuma das partes. Veja-se, por oportuno, a ementa do julgado:

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE FINANCIAMENTO. NÃO INTERVENÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO. 'CONTRATO DE GAVETA'. PAGAMENTO INTEGRAL DO MÚTUO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA PELO LAPSO TEMPORAL. 1. Se a transferência de imóvel financiado apesar de efetivada sem consentimento do agente financeiro consolidou-se com o integral pagamento das 180 prestações pactuadas, não faz sentido declarar sua nulidade. 2. Em tal circunstância, os agentes financeiros, que se mantiveram inertes, enquanto durou o financiamento, carecem de interesse jurídico, para resistirem à formalização de transferência.<sup>250</sup>

Embora não se desconheça a mudança desse entendimento do Superior Tribunal de Justiça – que passou a considerar necessária a interveniência do agente financeiro para a

<sup>249</sup> TRF4, Apelação Cível nº 97.04.34589-5, 4ª T., Rel. Des. Fed. Zuudi Sakakihara, j. 28.11.2000. Confirma-se, também: STJ, REsp nº 627.424/PR, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.03.2007.

<sup>250</sup> STJ, REsp nº 355.771/RS, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18.11.2003. No mesmo sentido: STJ, REsp nº 710.577/SC, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.04.2005; e TRF4, Apelação Cível nº 5007988-62.2011.404.7110, 4ª T., Rel. p/ acórdão Des. Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 23.07.2013.

validade da cessão do contrato de mútuo hipotecário, em razão da natureza peculiar desses negócios que envolvem, paralelamente ao interesse das partes, interesse público inerente ao Sistema Financeiro da Habitação<sup>251</sup> –, essas decisões já revelam que, em casos específicos, os interesses e valores envolvidos poderão justificar a eficácia do negócio inválido.

A função social do contrato também tem sido invocada como fundamento para limitar os efeitos da invalidação de determinados negócios jurídicos em casos em que a retroatividade da sentença de nulidade prejudicaria terceiros de boa-fé, que, muitas vezes, empregaram suas economias para a conclusão de negócios sem saber que a relação jurídica que lhes estava sendo transmitida, aparentemente robusta, firme e boa, era deficiente e precária, trazendo um vício de origem.<sup>252</sup>

Nesse contexto, Alberto Trabucchi, ao tratar da *tutela dell'affidamento*, sustenta que as exigências da vida impõem uma aplicação mais humana e menos rígida dos princípios. Assim, no Direito moderno, aprecia-se o fato de que também criar aparências de realidade contratual, ou permitir que estas se criem, implica o nascimento de situações que, como consequência imediata, não devem prejudicar os que, no mundo negocial, confiam nessas aparências. A proteção da confiança – e, por conseguinte, da boa-fé – baseia-se, especialmente, nessa valoração objetiva das situações, quando o interessado tinha motivos para fiar-se nas aparências.<sup>253</sup>

Seguindo esse raciocínio, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu que a declaração de nulidade com o retorno ao estado anterior pode se mostrar, em determinadas situações, em confronto com outros valores e interesses merecedores de tutela pelo ordenamento, como é o caso do terceiro de boa-fé, o que justifica a busca por soluções menos onerosas às partes. No caso concreto, foi ajuizada uma ação declaratória de nulidade de negócio jurídico, visando ao reconhecimento da invalidade e ineficácia de alienação feita pelo ex-marido da autora, no curso do casamento, de um terreno, considerando que o vendedor havia utilizado uma procuração com assinatura falsa da esposa.<sup>254</sup>

A sentença em primeira instância, considerando a falsificação da assinatura da esposa, declarou a nulidade e ineficácia da procuração, da alienação do imóvel e também do respectivo registro na matrícula imobiliária. Em segunda instância, porém, constatando a existência de uma cadeia de sucessivos compradores de boa-fé e que o terreno sofrera

---

<sup>251</sup> STJ, REsp nº 783.389/RO, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 21.05.2008.

<sup>252</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Op. cit., pp. 342-343.

<sup>253</sup> TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Op. cit., pp. 163-164.

<sup>254</sup> TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0014143-60.2001.8.26.0001, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 24.05.2012.

significativas transformações posteriores, já que passara a integrar edifício de apartamentos, entendeu-se que o retorno ao estado anterior configuraria solução excessivamente gravosa para as partes e, principalmente, aos terceiros de boa-fé.

Assim, realizando uma análise funcional – que impõe a verificação das peculiaridades do caso concreto, bem como os valores e interesses em jogo –, concluiu-se, com fundamento na segurança jurídica e na função social, que deveria ser reconhecida a eficácia do negócio nulo, condenando-se o cônjuge alienante ao pagamento de indenização por perdas e danos. Confirmam-se, por oportuno, os seguintes trechos do acórdão:

na prática, verifica-se que a sentença que simplesmente reconheceu a nulidade dos negócios realizados não resolve satisfatoriamente a situação dos envolvidos e comporta adequação para que obtenha maior utilidade na solução do conflito.

(...)

Dessa forma, simplesmente reconhecer o vício dos negócios negando-lhes efeitos é uma alternativa que, não só ignora a situação fática consolidada, a segurança jurídica e a função social da propriedade, comotambém que acaba se afigurando solução muito mais onerosa à autora que teve o consentimento simulado.

Para que se ordene o retorno da fração ideal dos bens ao patrimônio do casal é necessário que o julgamento seja anulado e se promova a citação de todos os terceiros envolvidos nas posteriores transmissões da propriedade. Ademais, deveriam ser reconhecidos os direitos dos sucessivos adquirentes e não se poderia ainda negar a condenação à indenização pelas acessões e benfeitorias promovidas, já que à época em que havia propriedade do casal não existiria o prédio de apartamentos já erigido. A restituição ao estado anterior, portanto, envolve percurso mais complexo e ressarcimentosque podem ter valor superior ao da fração que corresponderia à autora.

Note-se que os atos nulos retroagem para atingir direitos de terceiros quando esses direitos foram constituídos em fase posterior ao reconhecimento da nulidade, quando os terceiros se vinculam à coisa por intermédio de relações gratuitas ou quando agem de má-fé.

(...)

É razoável admitir desvios ao princípio da retroatividade *extunc* do ato nulo para preservar direitos de terceiros de boa-fé e, no caso, existem motivos de sobra para fazê-lo, diante da divisibilidade do ato e dos registros posteriores que foram efetuados no cartório imobiliário e que outorgam segurança jurídica a ser preservada.

(...)

Nesse contexto, a solução mais adequada é a do reconhecimento do vício do negócio, mas com responsabilização do réu pelas perdas e danos equivalentes ao prejuízo sofrido pela mulher.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, considerando as repercussões sociais e jurídicas que poderiam decorrer da declaração da nulidade de uma dação em pagamento, concluiu que deveriam ser limitados os efeitos do reconhecimento da invalidade com objetivo de tutelar os interesses dos terceiros de boa-fé:

Não faz sentido prejudicar o terceiro de boa-fé (diligente, sério e cuidadoso) que, em confiança e com as necessárias cautelas, adquiriu um direito cuja perfeita

regularidade era evidente. A prevalecer tal ideia, tal situação importaria verdadeiro caos, em total instabilidade nas relações sociais, especialmente nos negócios de compra e venda. Por isso, a sentença que declara a nulidade de ato jurídico, ainda que tenha como consequência restabelecer a situação ao *status quo ante*, deve preservar o interesse dos terceiros que adquiriram de boa-fé o imóvel em discussão. Restituição de valores e aplicação da correção monetária e juros legais.

(...) Em vista da impossibilidade de devolução dos bens dado em pagamento de forma irregular, visando preservar interesses de terceiros de boa-fé, mostra-se plausível que a parte responsável seja condenada na restituição de valores equivalentes ao imóvel, na importância constante da escritura pública, acrescido de correção monetária a partir da data do evento lesivo, qual seja, a época em que fora firmado o negócio jurídico maculado.<sup>255</sup>

Não há dúvidas, portanto, de que os negócios jurídicos não poderão ser aproveitados quando “contrariarem interesses públicos prevalecentes, normas de ordem pública e boa-fé, ou, enfim, quando o interesse protegido revelar-se superior – em nome dos interesses sociais objeto da disciplina jurídica”<sup>256</sup>. Mas, por outro lado, quando o desfazimento do negócio jurídico, ou de seus efeitos, se mostrar prejudicial aos interesses e valores consagrados no ordenamento jurídico – este considerado a partir da legalidade constitucional – a rigidez normativa deverá ser relativizada, impondo-se a manutenção da situação anterior.

E essa perspectiva, como se disse anteriormente, não reflete uma reviravolta nas premissas que fundamentam a teoria das nulidades. Representa, apenas, a adequação das referidas premissas à sistemática adotada pelo ordenamento jurídico vigente, que exige do intérprete que leve em consideração as peculiaridades de cada caso concreto, buscando a solução para a controvérsia nas regras e princípios mais adequados, a partir da ordem axiológica consagrada pela Constituição da República.

### 2.3 Os resultados da ponderação: o controle funcional em sua realidade prática

Demonstrou-se nos itens anteriores que o controle funcional da invalidade exige a ponderação entre o interesse existente por trás da nulidade e o interesse social decorrente dos efeitos produzidos pelo negócio nulo, devendo prevalecer aquele que representar a realização de um fim social merecedor de tutela de acordo com os princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico. E, conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes, essa ponderação deve ter como referência os valores previstos na Constituição da República, já que “os princípios constitucionais, assegurada a hierarquia das normas, são os mais relevantes,

<sup>255</sup> TJGO, Apelação Cível nº 145188-4/192, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Eduardo de Sousa, j. 30.03.2010.

<sup>256</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. Op. cit., p. 149.

configurando os valores que devem estar presentes em cada interpretação-aplicação de regras ou de princípios setoriais”<sup>257</sup>.

Assim, embora cada disciplina jurídica conte com um número significativo de princípios, devido à dimensão dos ordenamentos da atualidade, todos eles devem realizar os mesmos valores quando de sua aplicação ao caso concreto, ou seja, aqueles previstos na tábua axiológica da Constituição, a qual exerce o papel unificador de todo o sistema através de um processo de “constitucionalização”. Especificamente em relação ao direito civil, esse processo impõe a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas os quais devem ser reunidos e ponderados no âmbito do princípio maior de proteção à dignidade da pessoa humana.<sup>258</sup>

O raciocínio desenvolvido até aqui permite chegar a pelo menos duas conclusões. A primeira é no sentido de que a perspectiva funcional da teoria das nulidades implica, necessariamente, a releitura das regras previstas no Código Civil de 2002 – que reproduz parte significativa do texto de dispositivos legais do Código Civil de 1916, que consagram paradigmas defendidos pela doutrina clássica –, devendo, assim, assumir novos contornos de acordo com os valores espriados pela Constituição da República e já incorporado pela legislação vigente em partes relevantes.<sup>259</sup> Afinal, como afirma Zeno Veloso:

Um Direito justo, um Direito vivo – e não aquele amortilhado na dureza de regras axiomáticas, muitas delas ultrapassadas – é o que não se acorrenta à frígida rigidez dogmática e atende, ao contrário, aos valores éticos e morais, ao princípio da probidade, considerando o bem comum, a vida real e concreta das pessoas<sup>260</sup>.

Não se pretende com isso que as regras que tratam das espécies de invalidade previstas na legislação sejam abandonadas. Elas, apenas, devem ser inseridas em um novo contexto, figurando como elementos facilitadores da identificação da disciplina aplicável a cada ato negocial, isto é, como “indícios de ponderações previamente realizadas pelo legislador em

---

<sup>257</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. *Civilística.com: Revista Eletrônica de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 2. n. 1, pp. 01-04, jan./mar. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/utilidade-principios/>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>258</sup> Ibid. Defendendo a aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, confira-se: PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. Cit., p. 589; TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. Op. Cit., pp. 11-12; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 239; e SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 36, out./dez. 2000, p. 68.

<sup>259</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. Cit., pp. 137-138; e KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico. Op. Cit., p. 05.

<sup>260</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Op. Cit., p. 358.

direção a certa produção (ou cessação) de efeitos, sem, porém, obstar que a análise funcional do negócio conduza a soluções distintas quanto à modulação de sua eficácia”<sup>261</sup>.

A segunda conclusão alcançada é a de que não é possível estabelecer uma regra prevendo as consequências de cada situação, já que não se sabe de antemão qual será o interesse merecedor de tutela naquele caso específico. A solução para cada controvérsia deverá ser construída pelo juiz levando em consideração as peculiaridades de cada caso concreto, amparando-se a decisão nas regras e princípios mais adequados, a partir da tábua axiológica consagrada na Constituição da República.<sup>262</sup> Conforme registra Pietro Perlingieri, “os interesses individuados, deduzidos no contrato ou a eles coligados, são diversos, de maneira que as patologias contratuais são obrigadas a se conformar a tais interesses. Os ‘remédios’ devem ser adequados aos interesses”<sup>263</sup>.

Embora não se possa estabelecer aprioristicamente a conclusão que decorrerá da atividade hermenêutica, a análise dos critérios propostos acima e dos julgados que lhes serviram de fundamento permite afirmar que há pelo menos três possíveis resultados deste processo de ponderação.<sup>264</sup>

O primeiro resultado reflete a hipótese mais comum em que se declara a nulidade de um negócio, desconstituindo-se os efeitos desde a sua origem. Aqui o interesse subjacente à causa da nulidade representará, necessariamente, a concretização de valores mais relevantes

<sup>261</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidez do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. Op. Cit., p. 375.

<sup>262</sup> “Considerando que os valores constitucionais impõem plena atuação (cfr. *Retro*, cap. 2, § 9), compreende-se totalmente a necessidade, aqui manifestada, de não limitar a valoração do ato ao mero juízo de licitude e de requerer também um juízo de valor: não basta, portanto, em negativo, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, em positivo, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica dos valores, como coerente desenvolvimento de premissas sistemáticas colocadas no Texto Constitucional. O juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. Op. Cit., p. 92).

<sup>263</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. Cit., p. 374.

<sup>264</sup> Embora tratando da aplicação do *venire contra factum proprium* no âmbito das nulidades, Anderson Schreiber menciona essas três possíveis consequências como resultado da ponderação entre os interesses envolvidos no caso concreto: “Parece razoável, portanto, concluir que o *nemo potest venire contra factum proprium* é aplicável não somente aos casos de nulidade relativa, mas também aos de nulidade absoluta. Nesta última hipótese, contudo, fica a efetiva incidência do princípio a depender da ponderação, em concreto, entre o interesse público existente por trás da nulidade e o interesse, também público, na tutela da confiança e da solidariedade social. Dependendo do resultado desta ponderação, pode-se (i) declarar a nulidade do ato, desconstituindo seus efeitos; (ii) declarar a nulidade, mantendo seus efeitos pretéritos; ou (iii) inadmitir a declaração de nulidade, conservando o ato em sua plena eficácia” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Op. Cit., p. 258). Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, em sentido similar, ensina que existem três classificações para os atos que, apesar de declarados nulos, ainda produzem efeitos: (i) “atos nulos que produzem efeitos de ordem secundária de caráter definitivo, mesmo depois de declarada a nulidade”; (ii) “atos nulos que produzem todos os seus efeitos jurídicos durante um certo período de tempo, de sorte que a declaração da nulidade só opera a partir do dia do julgamento da nulidade e não retroage ao dia em que o ato foi praticado”; e (iii) atos nulos cuja nulidade não pode ser invocada contra determinada categoria de pessoas em relação às quais produzem **85omen as 85omentado8585as, como se 85oment válidos**” (BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. Ineficácia. Op. Cit., p. 48).

do que aquele que eventualmente justificaria a manutenção do negócio jurídico. É o que ocorre, por exemplo, quando um menor, absolutamente incapaz, aliena um imóvel seu sem estar devidamente representado por seu tutor. Nesse caso, todos os interesses convergem no sentido de se desconstituir o negócio com efeitos *extunc*.<sup>265</sup>

O segundo resultado que poderá decorrer da atividade hermenêutica é a declaração da nulidade do negócio jurídico, mantendo-se, porém, os efeitos até então produzidos. É o que se verifica na hipótese em que um menor, absolutamente incapaz, aluga imóvel seu para um determinado inquilino, que, desconhecendo o vício de incapacidade, efetua normalmente o pagamento dos alugueis mensais. Não há dúvida de que a nulidade desse contrato poderá ser alegada pelo representante do incapaz, mas isso não implica necessariamente a devolução dos alugueis já pagos – isto é, com que sejam suprimidos os efeitos já produzidos pelo negócio. Caso a declaração da nulidade tivesse sempre efeitos *extunc* – como sustenta doutrina clássica –, o menor teria que devolver os valores recebidos a título de aluguel, havendo o enriquecimento sem causa por parte do inquilino que teria morado gratuitamente no imóvel, aproveitando-se da incapacidade do locador. A aplicação da letra fria da lei (art. 166, inciso I, do Código Civil), que estabelece a nulidade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa absolutamente incapaz, contrariaria, neste caso, um dos valores mais nobres e protegidos pelo ordenamento, que é o instituto da capacidade. Ou seja, a regra prevista para tutelar os incapazes seria aplicada em manifesta contrariedade aos seus interesses, o que seria um verdadeiro contrassenso. Essas circunstâncias, portanto, justificariam a manutenção dos efeitos decorrentes do negócio nulo.<sup>266</sup>

O terceiro e último possível resultado será a rejeição da declaração de nulidade, conservando o negócio jurídico em sua plena eficácia. Essa hipótese foi retratada acima quando se analisou o caso da “adoção à brasileira”, que tem parte de um registro de nascimento falso, portanto nulo, o qual, no entanto, segundo entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência, tem os seus efeitos preservados, seja em virtude do melhor interesse da criança, seja pela sua consolidação no tempo. Aqui os interesses existenciais do adotado se sobrepõem à causa que levaria à declaração da nulidade, justificando a manutenção do ato com todos os seus efeitos. Também será inadmitida a declaração de

---

<sup>265</sup> Ainda que a nulidade seja declarada com efeitos *extunc*, é possível que no caso concreto não haja como restituir as partes ao estado anterior, incidindo à hipótese a regra prevista no art. 182 do Código Civil que prevê a indenização com o equivalente.

<sup>266</sup> Esse entendimento, aliás, foi consagrado no enunciado nº 537 da VI Jornada de Direito Civil, organizado pelo Conselho da Justiça Federal, ao dispor que “a previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses merecedores de tutela”.

nulidade, mantendo o negócio em sua plena eficácia, nos casos em que a parte que deu causa à invalidade invoca a existência do vício em seu benefício (normalmente, para deixar de cumprir a sua obrigação). A boa-fé objetiva, que traduz igualmente um interesse de ordem pública, atuará aqui para impedir o comportamento contraditório, *i.e.*, a pretensão de declaração de nulidade, muito embora o negócio seja inválido.

Em síntese: em um caso envolvendo a nulidade de um negócio jurídico poderá haver um conflito entre (i) as regras que determinam a declaração da nulidade com a desconstituição *ex tunc* e *erga omnes* do negócio e de todos os seus efeitos; e (ii) os princípios e valores que, eventualmente, tutelam os interesses subjacentes ao negócio jurídico defeituoso. Neste cenário, deverá o magistrado analisar cuidadosamente as circunstâncias do caso concreto e procurar a solução que melhor traduza os valores consagrados pelo ordenamento.

A análise do perfil funcional das invalidades torna clara, portanto, a possibilidade de o julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, definir os efeitos do reconhecimento judicial da nulidade, o que afasta a ideia de vícios de “pleno direito” (já que todas as invalidades demandam pronunciamento judicial para serem reconhecidas) e a crença na retroatividade ou irretroatividade *a priori* dos provimentos judiciais (substituída pela possibilidade de o julgador definir os efeitos à luz do caso concreto).<sup>267</sup>

Não se trata, evidentemente, de uma escolha arbitrária entre os princípios ou regras aplicáveis à espécie. A correção da ponderação, como leciona Maria Celina Bodin de Moraes, “dependerá da adequação seja dos acontecimentos escolhidos no âmbito da situação fática

---

<sup>267</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. Op. Cit., pp. 371-372. A noção de modulação de efeitos da declaração de invalidade de determinado ato foi tratada, primeiramente, em relação à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Como se sabe, a sentença que declara a inconstitucionalidade tem eficácia *ex tunc*, invalidando-se, por conseguinte, todos os atos praticados com base na lei ou ato normativo considerado inconstitucional. Há, porém, uma tendência praticamente universal para que o Tribunal Constitucional, diante de determinados requisitos, restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, negando, por exemplo, efeitos retroativos. No Brasil, a Lei Federal nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, prevê no art. 27 que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Essa regra revela que, diante de circunstâncias excepcionais e para atender a razões de segurança jurídica e/ou relevante interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos jurídicos da declaração de inconstitucionalidade. Isso significa que, muito embora a inconstitucionalidade seja o defeito mais grave existente no mundo jurídico, a segurança jurídica e interesses sociais podem justificar a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, preservando situações que foram legitimamente construídas a partir da aparência e presunção de constitucionalidade do ato normativo. Nesse contexto, sustenta a doutrina que esse raciocínio também seria aplicável à teoria das nulidades, justificando a modulação dos efeitos da declaração da invalidade. Zeno Veloso, ao tratar da proteção do terceiro de boa-fé, enfrenta a questão e indaga: “se esta atenuação dos dogmas e princípios tornou-se necessária e foi possível, tratando-se de lei inconstitucional, por que não estender a solução, presentes iguais motivos, as mesmas razões, para o caso do negócio jurídico inválido?” (VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Op. Cit., p. 362).



(sempre) complexa, seja do juízo de justificação da escolha desses fatos em relação ao ordenamento jurídico como um todo e, em especial, em relação à sua normativa fundante, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana”.<sup>268</sup> Cabe, assim, unicamente ao magistrado, quando da elaboração do relatório que integra a sentença, “contextualizar os fatos, dando-lhes a relevância que entende adequada de modo a tornar sua decisão o menos arbitrária e o mais racional possível.”<sup>269</sup> Isso significa que a atribuição de efeitos ao negócio nulo, divergindo do regime que lhe confere a norma positiva, exige a observância de ônus argumentativo muito mais intenso, a ser levado a cabo pelo julgador considerando as peculiaridades do caso concreto, a partir de uma análise valorativa do negócio.<sup>270</sup>

Essa perspectiva funcional, como demonstrado acima, ao conduzir a uma renovada sistematização da matéria a partir da identificação dos interesses e valores envolvidos no caso concreto – sem uma vinculação *a priori* com suas esquematizações abstratas e estruturais –, também permite explicar de modo mais satisfatório o motivo pelo quais os efeitos de um mesmo negócio inválido “podem ser considerados, ora absoluta ou relativamente ilegítimos, ora parcialmente admissíveis, ora plenamente reconhecidos”.<sup>271</sup>

A determinação da sanção (nulidade), portanto, não deve ser uma decorrência lógica ou automática da não observância de um dispositivo de lei, mas, como ressalta Pietro Perlingieri, deve ser “resultado de uma atenta consideração dos valores e interesses

---

<sup>268</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 609.

<sup>269</sup> *Ibid.*, p. 610.

<sup>270</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. *Op. Cit.*, p. 380. Confira-se, a título exemplificativo, trecho de um julgado que demonstra a ponderação realizada pelo Poder Judiciário em um caso concreto: “O Judiciário não deve, sob o argumento de reconhecimento de uma nulidade, determinar o retorno a uma situação igualmente não abrigada pela lei. Assim, a ponderação quanto ao que se mostra mais 88omentad no respeito ao princípio da segurança jurídica e à boa-fé, impõe-se reconhecer que a solução adotada em sentença é a mais adequada.” (TJDFT, Apelação Cível nº 20090111605945, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Leila Arlanch, j. 23.10.2013).

<sup>271</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. *Op. Cit.*, pp. 372-373. O enfoque funcional explica, desse modo, o que a doutrina costuma considerar como simples exceção. Confira-se exemplificativamente Antônio Junqueira Azevedo: “às vezes, pode ocorrer que, por exceção, um negócio nulo produza efeitos jurídicos (são os chamados efeitos do nulo), embora nem sempre esses efeitos sejam os efeitos próprios, ou típicos (...). (...) é inegável que os casos de efeitos do nulo são exceções no sistema de nulidade e como tais devem ser tratadas. Os efeitos do nulo não são, em sua maior parte, também como havíamos salientado, os efeitos do próprio ato (isto é, os efeitos manifestados como queridos), e, portanto, nesses casos, não se pode dizer que o negócio tenha passado para o plano da eficácia; todavia, ainda quando se trate de eficácia própria, tal e qual ocorre no casamento putativo e em algumas outras poucas hipóteses, temos, se pudermos expressar-nos assim, um ‘furo’ na técnica de eliminação com que os negócios são tratados; é a exceção que confirma a regra” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. *Op. Cit.*, p. 49).

envolvidos”, de modo que “a função da norma não se extrai da ‘sanção’ nulidade, mas é a nulidade que deve ser justificada com base na função (pré-individuada) da norma”<sup>272</sup>.

Ressalte-se, por fim, que os critérios propostos não são exaustivos. Devem ser considerados apenas como cânones, extraídos das premissas metodológicas adotadas pela Constituição da República, que servem para nortear a atividade hermenêutica. Naturalmente, há inúmeras situações complexas cuja solução não poderá ser extraída apenas da análise dos critérios acima, demandando um estudo aprofundado e específico do caso concreto.

---

<sup>272</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. Cit., p. 445. No mesmo sentido, Id., *Perfil do Direito Civil*. Op. Cit., pp. 290-291.

### 3 A PRESCRIÇÃO DAS PRETENSÕES RESULTANTES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS NULOS: O TEMPO COMO CRITÉRIO DE ESTABILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

#### 3.1 A influência do tempo sobre os efeitos produzidos pelos negócios jurídicos nulos: um confronto entre dois institutos que representam o interesse público

Não é novidade que o tempo exerce relevante papel na vida privada, na vida social e nas relações jurídicas, influenciando o nascimento, o exercício e a extinção de direitos e obrigações. Assim, pelo decurso do tempo (aliado às demais circunstâncias previstas em lei) pode-se adquirir uma propriedade privada ou qualquer outro direito real ou, ainda, ser privado do exercício de uma ação ou direito. Especificamente sobre este último ponto – a extinção de direitos e obrigações –, que interessa em particular ao presente capítulo, o transcurso tempo alia-se a direitos fundamentais e a determinados princípios e valores que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico, no sentido da dinamicidade do direito, para justificar a manutenção de determinadas situações jurídicas já consolidadas.<sup>273</sup>

Isso se justifica porque o ordenamento erigiu a segurança jurídica como valor de importância singular, aplicável a todas as áreas do direito, com o objetivo de evitar que dúvidas e incertezas pudessem afetar a estabilidade das relações sociais indefinidamente. Afirma-se em doutrina que é conveniente que exista um momento em que as situações

---

<sup>273</sup> Confira-se, nesse sentido, a ementa do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal que, diante das circunstâncias do caso concreto (notadamente o a existência de um longo lapso temporal entre a prática do ato impugnado e o julgamento da ação), invocou a segurança jurídica e proteção à confiança legítima para deixar de reconhecer a invalidade de determinados atos administrativos praticados sem o preenchimento dos requisitos legais: “Ato Administrativo. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc..” (STF, ACO nº 79/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 15.03.2012).

consolidadas não possam mais ser eliminadas do mundo jurídico. Caso contrário, vulnerar-se-ia a confiança dos cidadãos em uma ordem jurídica que lhes apresentam como certas e definitivas determinadas situações.<sup>274</sup> É o que decidiu o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

O tempo exerce importante influência sobre as relações jurídicas, garantindo sua estabilidade ao extinguir e criar direitos. Realmente, as relações jurídicas seriam impossíveis e inseguras se, em qualquer tempo, fosse lícito discutir fatos e atos ocorridos há mais de meio século.<sup>275</sup>

Esse raciocínio deveria se aplicar a todas as áreas do direito, inclusive à teoria das nulidades dos negócios jurídicos. Afinal, se o tempo, no âmbito do direito penal, por exemplo, é capaz de extinguir a punibilidade de um crime hediondo, por que também não consolidaria uma situação decorrente de um negócio inválido? Não é salutar, em qualquer atividade ou ramo do direito, que se possa existir dúvidas sobre a possibilidade de alteração de uma realidade que vigorou durante muito tempo. Até porque se sabe que “o tempo funciona como senhor da razão, cicatrizando as feridas da injustiça ou curando atos defeituosos, os quais passam por um período de maturação, até se tornarem intangíveis, trazendo a justiça e a paz social”<sup>276</sup>.

Ocorre que, na contramão desse raciocínio, o legislador, suprindo omissão do Código Civil de 1916, posicionou-se sobre um antigo debate envolvendo os civilistas em torno da perpetuidade do ato nulo, ao dispor no art. 169 que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”. Nesse sentido, ao dizer que o negócio nulo não se convalida com o tempo, o Código Civil seguiu o entendimento da teoria clássica que tem defendido que a nulidade é absolutamente ineficaz, insanável e, por isso, imprescritível, por maior que seja o tempo decorrido (*quod nullum est nullo lapsus temporis convalescere potest*), já que representaria a violação a um interesse de ordem pública. Assim, os negócios jurídicos nulos estariam imunes a qualquer influência do tempo, o que, por via de consequência, implicaria a possibilidade de se desfazer todos os efeitos decorrentes dos negócios inválidos, sendo considerados pela teoria clássica como imprescritíveis.

---

<sup>274</sup> KORESSAWA, Elayne da Silva Ramos Cantuária. *Controle jurisdicional da atividade administrativa: o decurso do tempo e suas implicações*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 188.

<sup>275</sup> TJSP, Apelação nº 0080668-66.1997.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cunha Cintra, j. 15.04.1999.

<sup>276</sup> KORESSAWA, Elayne da Silva Ramos Cantuária. *Controle jurisdicional da atividade administrativa*. Op. Cit., p. 22.

É necessário observar, no entanto, que a prescrição é um efeito do tempo responsável pela extinção da pretensão, a teor do art. 189 do Código Civil, sendo certo que o seu fundamento é a paz social e a segurança jurídica. Ou seja, também há um interesse de ordem pública no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, o que justifica o instituto da prescrição.<sup>277</sup> Confirma-se, nesse sentido, a lição de Caio Mario da Silva Pereira:

É, então, na paz social, na segurança da ordem jurídica que se deve buscar seu verdadeiro fundamento. O direito exige que o devedor cumpra o obrigado e permite ao sujeito ativo valer-se da sanção contra quem quer que vulnere o seu direito. Mas se ele se mantém inerte, por longo tempo, deixando que se constitua uma situação contrária ao seu direito, permitir que mais tarde reviva o passado é deixar em perpétua incerteza a vida social. Há, pois, um interesse de ordem pública no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição, em sentido genérico.<sup>278</sup>

Identifica-se, assim, um confronto entre dois institutos de igual relevância social e que tem como fundamento a ordem pública: a prescrição (paz social e segurança jurídica) e a nulidade (resguardo da ordem jurídica). Resta saber qual deles deve prevalecer diante de uma pretensão de reconhecimento da nulidade de determinado negócio jurídico, acompanhada da subtração dos efeitos dele decorrentes, após decurso de um período de tempo.

Há quem sustente que, após o transcurso de um lapso temporal significativo, a situação jurídica inválida seria estabilizada, desaparecendo o interesse público que poderia justificar a declaração da nulidade. Remanesceria, neste caso, interesse privado, o qual estaria sujeito aos efeitos do tempo. Esse foi o raciocínio adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em dois julgados em que se discutia a invalidade de atos praticados há muitos anos.

No primeiro caso, o autor da ação ajuizada em 2009 pretendia que fosse declarada a nulidade de uma doação de um imóvel rural realizada por seu avô paterno, ao seu pai e tios, em 4 de março de 1932. Na ocasião, entendeu o TJSP que, ainda que estivesse configurada hipótese de nulidade, não remanesceria interesse público na invalidação de um negócio

---

<sup>277</sup> “Tendo por fim extinguir as ações, ela [a prescrição] foi criada como medida de ordem pública, para que a instabilidade do direito não viesse a perpetuar-se, com sacrifício da harmonia social, que é a base fundamental do equilíbrio sobre que se assenta a ordem pública.” (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Daprescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 4. Ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 15). No mesmo sentido, Pontes de Miranda ensina que o instituto da prescrição “serve à segurança e à paz públicas” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. VI, 3. Ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 100). Confirma-se, ainda, AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 49, n. 300, out. 1960, p. 18.

<sup>278</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 20. Ed. Op. Cit., 2004, p. 684.

jurídico consolidado há oitenta anos, razão pela qual foi mantida a sentença que havia julgado extinto o processo, devido à consumação do prazo prescricional. Confirma-se a ementa do julgado:

Anulação. Negócio jurídico. Prescrição. Pretensão do autor à anulação de doação de imóvel rural feita por seu avô aos filhos dele. Ainda que existisse nulidade na doação, o que não se verificou, não haveria interesse público na anulação de negócio jurídico consolidado há oitenta anos. Neste caso, o interesse na anulação deixa de ser público e passa a ser privado, sujeito ao prazo prescricional. Tudo a fim de que sejam garantidas a paz social e a estabilidade das relações jurídicas. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso não provido.<sup>279</sup>

No segundo caso, a autora da ação ajuizada em 2011 objetivava a declaração da nulidade da venda de determinado imóvel realizada em 1985 por seu marido (falecido em 1989), tendo em vista que ele teria se intitulado separado na escritura apenas para que não fosse exigida a outorga uxória. Não obstante a controvérsia existente sobre a natureza do vício em questão, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que o extenso tempo decorrido (i) afastava o interesse público na declaração de nulidade, e (ii) relativizava o princípio da não convalidação do ato nulo, tendo concluído que a compra e venda não poderia mais ser questionada, conforme ementa a seguir reproduzida:

Cônjuge supérstite. Pretensão ao reconhecimento de invalidade de compra e venda realizada pelo falecido marido em 1.985. Ausência de outorga uxória. Impossibilidade. Causa de anulação. Decadência à luz do CC/02. Prescrição à luz do CC/16. Relativização do princípio da não convalidação do ato nulo. Mesmo que a situação dos autos fosse de nulidade, a compra e venda consolidou-se no tempo. 29 anos. Não há interesse público na anulação de negócio jurídico consolidado há tanto tempo. Estabilização das relações jurídicas. 1. Pretensão à anulação de negócio jurídico firmado pelo falecido marido da autora em 1.985. Ausência de outorga uxória. Causa de anulação. 2. Morte do marido da autora ocorrida em 1.989. Marco para início do prazo para o ajuizamento do pedido anulatório. Decadência à luz do CC/02. Prescrição de quatro anos à luz do CC/16. Improcedência do pedido. 3. Princípio da não convalidação do ato nulo. Relativização. Compra e venda consolidada no tempo. Negócio jurídico firmado há mais de 29 anos. Mesmo que presente causa de nulidade do negócio, o que não se verificou, não haveria interesse público na anulação de negócio jurídico consolidado há vinte e nove anos. O interesse na anulação deixa de ser público e passa a ser privado, sujeito ao prazo prescricional. Tudo a fim de que seja garantida a estabilidade das relações jurídicas. Improcedência do pedido mantida. Recurso não provido.<sup>280</sup>

Nestes casos, portanto, o magistrado, ao realizar a ponderação entre os interesses e valores envolvidos no caso concreto, considerou o tempo como critério decisivo, ao concluir

<sup>279</sup> TJSP, Apelação nº 0008591-23.2009.8.26.0070, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 04.09.2012.

<sup>280</sup> TJSP, Apelação nº 0020368-18.2011.8.26.0625, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 18.02.2014.

que a estabilização da relação jurídica por um longo decurso de tempo impediria a declaração da nulidade. Ou seja, o interesse existente por traz da consolidação da situação (segurança jurídica) representaria um interesse mais relevante no ordenamento do que aquele existente por trás da causa de nulidade.

A solução para confronto entre esses dois interesses – que, na prática, são dificilmente conciliáveis – caminha pela compreensão de que os fins de cada instituto não têm um valor absoluto. Se, por um lado, o interesse na conservação dos efeitos consolidados pelo decurso do tempo não pode justificar uma proibição absoluta e rígida da invalidação dos negócios nulos, por outro, o interesse na declaração da nulidade não pode constituir um óbice intransponível à conservação de efeitos produzidos pelo negócio inválido.

A necessidade de conciliar os valores e interesses envolvidos, afastando-se a aplicação mecânica e estrutural dos institutos, decorre da perspectiva funcional dos negócios jurídicos que, como se demonstrou acima, também incide sobre a teoria das nulidades, condicionando o reconhecimento do vício estrutural e de seus efeitos à prévia análise dos interesses e valores envolvidos no caso concreto. Ou seja, os critérios necessários para a investigação do juízo de merecimento de tutela do negócio jurídico devem decorrer dos efeitos concretos, valorados a partir da interpretação sistemática do ordenamento, e não apenas de regras estáticas que regulam os vícios estruturais do ato.

Naturalmente, essa perspectiva – que revela a superação da ideia de ineficácia absoluta dos negócios nulos – também altera a sistemática da prescrição, ou melhor, da influência do tempo sobre os efeitos decorrentes de negócios nulos, que deixa de ser extraída da leitura isolada de apenas um dispositivo legal, devendo ser considerada resultado de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Para que se possa chegar a uma solução que permita harmonizar os dois interesses em conflito, deve-se primeiramente analisar as diversas correntes que se formaram ao longo dos anos sobre o assunto. Como se poderá ver, trata-se de questão muito polêmica, que não foi resolvida no Código Civil de 1916, tampouco no Código Civil de 2002 e que tem sido objeto de preocupação, discussão e de estudo por parte de muitos doutrinadores nas últimas décadas, não estando, até hoje, pacificada.

É importante esclarecer que, embora se esteja tratando do tempo, genericamente, como critério a ser considerado pelo intérprete na investigação do juízo de merecimento de tutela de determinada situação jurídica envolvendo alguma hipótese de nulidade, a dissertação caminhará para a análise específica da prescrição, tendo em vista que essa questão é tratada pela doutrina sob esse prisma.

### 3.2 As quatro correntes envolvendo a relação entre a prescrição e as nulidades

Há quem entenda que após a vigência do Código Civil de 2002 deixou de haver qualquer dúvida quanto à imprescritibilidade das pretensões relacionadas a negócios nulos (e a seus efeitos), já que o art. 169 seria claro ao estabelecer a impossibilidade de convalidação pelo decurso do tempo.<sup>281</sup> No entanto, embora seja essa a redação do referido artigo, é possível constatar que o legislador mitigou em certas matérias o tratamento usualmente conferido à nulidade, contemplando prazos para o seu reconhecimento, o que permite concluir que a controvérsia não se encerrou. Exemplos dessa mitigação podem ser extraídos do art. 1.859<sup>282</sup>, que estabelece um prazo de cinco anos para impugnação da validade do testamento, do art. 206, § 3º, inciso VII<sup>283</sup>, que estabelece um prazo prescricional de três anos para determinadas pretensões por violação da lei, e do art. 48<sup>284</sup>, que prevê um prazo de três anos para anulação das deliberações coletivas tomadas por pessoas jurídicas, ainda que violem a lei ou eivadas de simulação ou fraude (hipóteses de nulidade, portanto).<sup>285</sup>

Diante dessas circunstâncias, não é unânime na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a nulidade resiste ao passar do tempo e que a ação para impugnar o negócio jurídico nulo seria perpétua, sobretudo porque, como se demonstrou acima, o

---

<sup>281</sup> Sílvio Venosa, embora tenha encampado a opinião de Caio Mário durante a vigência do Código Civil de 1916, no sentido de que o ato nulo prescrevia no prazo máximo estabelecido em lei, ou seja, 20 anos, mudou de opinião após a vigência do novo Código Civil, passou a defender o posicionamento de que o art. 169 seria “expresso em relação à imprescritibilidade do negócio jurídico”, concluindo que “não cabe mais a divagação doutrinária perante os termos peremptórios da nova lei”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Op. Cit.*, p. 502).

<sup>282</sup> Art. 1.859. Extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro.

<sup>283</sup> Art. 206. Prescreve: (...) §3º Em três anos: (...) VII– a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo: a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima; b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou 95omentado95 geral que dela deva tomar conhecimento; c) para os liquidantes, da primeira 95omentado95 semestral posterior à violação.

<sup>284</sup> Art. 48. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso. Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude.

<sup>285</sup> Embora sejam hipóteses que podem ter significativa repercussão sobre diversas pretensões e negócios jurídicos, a doutrina costuma considera-las como situações excepcionais. Confira-se a esse respeito: MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros; MONTEIRO, Ralpho Waldo de Barros; MONTEIRO, Ronaldo de Barros; MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, pp. 769-774; VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. XXI, p. 27; LEITE, Eduardo de Oliveira. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. XXI, p. 319.



pressuposto da ineficácia do negócio jurídico nulo está sujeito a certos temperamentos, podendo em alguns casos os efeitos produzidos serem preservados.

A partir de uma análise dos principais entendimentos sobre o tema, manifestados desde a vigência do Código Civil de 1916 até a atualidade, constatou-se a existência de ao menos quatro correntes tratando da relação entre as nulidades e a prescrição.

Um primeiro entendimento defende que a nulidade, por ser insanável e não convalidar com o decurso do tempo, seria imprescritível. Nesse sentido, lecionou San Tiago Dantas, na vigência do Código Civil de 1916, *in verbis*:

Finalmente, uma característica fundamental nas nulidades: é a sua imprescritibilidade. As nulidades não prescrevem jamais e isto se explica, pois que se trata de um ato que não se formou ou que, depois de se formar, se dissolveu completamente e que, portanto, não pode ter ação o tempo sobre ele, para lhe dar uma eficácia que ele não tenha. Por conseguinte, a qualquer tempo pode-se pedir a decretação da nulidade de um ato, sem indagar o tempo que decorreu da data desse ato<sup>286</sup>.

O civilista é acompanhado por diversos outros autores nacionais como Pontes de Miranda<sup>287</sup>, Martinho Garcez<sup>288</sup>, Antonio Joaquim Ribas<sup>289</sup>, João Franzen de Lima<sup>290</sup>, Sílvio Rodrigues<sup>291</sup>, Sílvio de Salvo Venosa<sup>292</sup>, Renan Lotufo<sup>293</sup>, Darcy Arruda Miranda<sup>294</sup>, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>295</sup>, e estrangeiros como Emilio Betti<sup>296</sup>, Manuel António Domingues de Andrade<sup>297</sup>, Andreas Von Tuhr<sup>298</sup>, Jorge Joaquín Llambías<sup>299</sup> e Santos Cifuentes<sup>300</sup>.

Esse entendimento também foi acolhido em alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que envolviam controvérsias sobre nulidades na vigência do Código Civil de 1916,

---

<sup>286</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. Ed. Rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 283-284.

<sup>287</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. IV. Op. Cit., 1970, pp. 20-21.

<sup>288</sup> GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*, v. I. Op. Cit., pp. 81-82.

<sup>289</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Op. Cit., pp. 159-162 e 508-510.

<sup>290</sup> LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. I, pp. 355-359.

<sup>291</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. Op. Cit., pp. 289-290.

<sup>292</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Op. cit., p. 502.

<sup>293</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. 2. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I, p. 470.

<sup>294</sup> MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil Brasileiro*. Op. Cit., p. 110.

<sup>295</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 537.

<sup>296</sup> BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Op. Cit., pp. 668-669.

<sup>297</sup> ANDRADE, Manuel António Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. II.. Op. Cit., p. 417.

<sup>298</sup> VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil*. Op. Cit., pp. 322-323.

<sup>299</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquim. *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot e Librería Histórica, 2009, p. 89.

<sup>300</sup> CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*. 2. Ed. Actual. Y amp. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 776.

e prevalece atualmente nos Tribunais Estaduais que têm aplicado um raciocínio puramente silogístico ao enfrentar o tema, no sentido de que “*se a controvérsia envolve nulidade, não há que se cogitar de prescrição*”, sendo comum a genérica referência ao art. 169 para ultrapassar o exame prejudicial.<sup>301</sup>

Contudo, ainda na vigência do Código Civil de 1916, essa primeira corrente já havia sido alvo de críticas doutrinárias, dando origem ao segundo entendimento sobre o tema: a ação de nulidade prescreve no prazo máximo previsto no Código, tal como defendido por Clóvis Beviláqua<sup>302</sup> ao comentar o art. 146 do referido diploma legal e por Carvalho Santos, que criticou enfaticamente o entendimento tradicional de que as situações decorrentes do negócio nulo não estariam sujeitas à prescrição. Para este último autor:

A nulidade não pode prescrever: *quod nullum est nullo lapso temporisconvalescerepotest*. Tal é a doutrina dominante no Direito estrangeiro. Mas não aceitável, a não ser que se equiparem os atos nulos aos atos inexistentes, porque somente os atos inexistentes é que ficam ao abrigo da prescrição, pois não existem e, não existindo, em qualquer tempo pode o fato ser alegado. Mas quanto à nulidade já o mesmo não acontece. Por isso que nada obsta a que a situação jurídica criada pelo ato nulo esteja ordinariamente consolidado por efeito da prescrição, se decorridos 30 anos<sup>303</sup> [que era o prazo prescricional máximo em vigor].

Essa é também a posição de Caio Mário da Silva Pereira, que defende que a vulnerabilidade do negócio jurídico nulo curva-se ao princípio da segurança jurídica, o qual inadmite a existência de direitos patrimoniais imprescritíveis, conforme se extrai da seguinte passagem de sua obra:

Ao dizer que o negócio jurídico nulo não convalesce pelo decurso do tempo, o novo 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: *quod nullum est nullo lapso temporisconvalescerepotest*. É frequente a sustentação deste princípio, tanto em doutrina estrangeira, quanto nacional. Os modernos, entretanto, depois de

---

<sup>301</sup> STJ, Resp nº 38.549/SP, 3ª T, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 08.06.2000. No mesmo sentido, STJ, Resp nº 89.768/RS, 3ª T., Rel. Min. Nilson Naves, j. 04.03.1999. Confira-se também TJRJ, Apelação nº 0181483-09.2010.8.19.0001, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Paes, j. 27.04.2011; TJRJ, Apelação nº 0046957-33.2006.8.19.0038, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Célia Meliga Pessoa, j. 18.03.2008; TJRS, Apelação nº 0509591-65.2013.8.21.7000, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 27.02.2014; TJRS, Apelação nº 0341902-93.2013.8.21.7000, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 18.09.2013; TJSC, Apelação nº 2012.032344-8, 3ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Saul Steil, j. 10.07.2012; TJPR, Apelação nº 1148179-7, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Denise Kruger Pereira, j. 02.04.2014; TJGO, Apelação nº 252845-55.2004.8.09.0132, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Fausto Moreira Diniz, j. 26.10.2010; TJDF, Apelação nº 0003563-60.2010.807.0008, 4ª Turma Cível, Rel. Des. Cruz Macedo, j. 19.12.2012; TJSP, Agravo de Instrumento nº 0147009-15.2013.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, j. 26.11.2013.

<sup>302</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. I. 8. Ed. Op. Cit., p. 435.

<sup>303</sup> CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código civil brasileiro interpretado*, v. III. 9. Ed. Op. Cit., pp. 255-256.

assentarem que a prescritebilidade é regra, e a imprescritebilidade, a exceção (v. nº 121, infra), 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 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 imprescriteíveis. 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 *tractutemporis*, e o perpétuo silêncio que se estende sobre os efeitos do negócio jurídico, também *tractutemporis*. E, do confronto entre duas normas, igualmente apoiadas no interesse da ordem pública, continuo sustentando que não há direitos imprescriteíveis, e, portanto, perante o novo Código, a declaração de nulidade prescreve em dez anos (art. 205).<sup>304</sup>

Como se vê, Caio Mário defende, mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, que as pretensões relacionadas a direitos patrimoniais decorrentes de negócios jurídicos nulos prescrevem no prazo máximo previsto no art. 205 (dez anos), ressaltando-se, apenas, as situações extrapatrimoniais, estas sim consideradas imprescriteíveis.

Esse entendimento prevaleceu nos Tribunais durante grande parte da vigência do Código Civil de 1916. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar caso envolvendo fraude à lei, embora tenha entendido que a hipótese era de nulidade, concluiu que incidiria ao caso o prazo prescricional de vinte anos, nos termos do art. 177 do Código de 1916.<sup>305</sup> A mesma Corte, através da súmula nº 494, dispôs que o prazo prescricional para o reconhecimento da nulidade de venda de ascendente para descendente, sem consentimento dos demais, seria de vinte anos.<sup>306</sup>

---

<sup>304</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 20. Ed. Op. Cit., pp. 634-635. Em seguida, assevera o autor que “a prescrição fulmina todos os direitos subjetivos patrimoniais, e, normalmente, estende-se aos efeitos patrimoniais de direitos imprescriteíveis, porque estes, como acima ficou explicado, não podem extinguir, o que não ocorre com as vantagens econômicas respectivas. Se é imprescriteível a ação de estado, como, por exemplo, a faculdade de obter o reconhecimento da filiação, prescreve, no entanto, o direito de reclamar uma herança, em consequência da procedência da ação de investigação de paternidade, e é por não terem feito uma distinção tão singela que numerosos escritores, não podendo recusar a prescrição ao efeito patrimonial, erroneamente concluem pela prescritebilidade daquela faculdade.” (Ibid., p. 689).

<sup>305</sup> “Promessas de compra e venda e de cessão com cláusula de arrependimento a termo. Simulação relativa como instrumento de fraude ao artigo 765 do Código Civil. – Se ocorreu simulação e o negócio jurídico dissimulado é o mútuo com garantia real com pacto comissório, não há que se pretender negativa de vigência dos artigos 1.140, 102 e 765 do Código Civil. – É pelo menos razoável – e isso porque se estriba em forte corrente doutrinária – a tese de que, quando a simulação é utilizada como instrumento para fraudar lei imperativa, prepondera a fraude à lei, não só no que diz respeito à sanção (nulidade), mas também no que concerne ao prazo de prescrição, que deixa de ser o aludido no artigo 178, par. 4., V, b, do Código Civil. – Dissídio de jurisprudência não comprovado. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, RE nº 88.442/RJ, 2ª T., Rel. Min. Moreira Alves, j. 13.12.1977).

<sup>306</sup> Súmula nº 494: “A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula 152.”

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça também predominou o entendimento de que a pretensão de reconhecimento de nulidade prescrevia no prazo máximo do Código Civil, conforme se verifica do seguinte julgado que trata da venda de ascendente para descendente, sem interposta pessoa e sem a anuência dos demais descendentes:

Venda de ascendente a descendente. Nulidade. Prescrição. Quotas de sociedade comercial. A venda de ascendente a descendente, sem interposta pessoa, é nula; a pretensão prescreve em vinte anos, contado o prazo da data do ato. Inclui-se entre os atos proibidos a transferência de quotas sociais. Precedentes. Recurso conhecido e provido.<sup>307</sup>

Há, ainda, diversos julgados de Tribunais Estaduais seguindo esse entendimento, alguns dos quais aplicando o prazo máximo em situações que começaram durante a vigência do Código Civil de 1916, mas que foram impugnadas após janeiro de 2003, ou seja, quando o novo Código já estava em vigor.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, manteve sentença que havia julgado extinta ação ajuizada em maio de 2007, visando ao reconhecimento da nulidade de escritura pública de doação realizada em outubro de 1985, sem reserva de bens ao doador (o que configuraria hipótese de nulidade nos termos do art. 1.175 do Código Civil de 1916 e art. 548 do atual).<sup>308</sup> Na ocasião, embora a parte autora tenha sustentado que o “negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo e, portanto, imprescritível”, o TJSP entendeu que a hipótese em questão não se insere “naquelas em que se dá a imprescritibilidade da pretensão, porquanto o ato praticado surtiu plenamente os seus efeitos e garantiu ao donatário a titularidade dominial do imóvel objeto da liberalidade”. Assim, antes de concluir pela incidência da prescrição vintenária, considerou o Tribunal que:

---

<sup>307</sup> STJ, Resp nº 208.521/RS, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 06.12.1999. Esse entendimento foi aplicado também às seguintes situações: (i) nulidade de doação inoficiosa (STJ, Resp nº 151.935/RS, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.06.1998; STJ, Resp nº 10.300/SP, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 06.12.1999); (ii) nulidade de partilha sem a participação de herdeiro (STJ, Resp nº 68.644/BA, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 11.03.1997); (iii) nulidade de dissolução comercial (STJ, Resp nº 140.369/RS, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22.09.1998); (iv) nulidade decorrente de fraude à lei (STJ, Resp nº 115.768/SP, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19.02.2004); (v) nulidade de promessa de compra e venda de totalidade de imóvel por condômino (STJ, Resp nº 471.909/SP, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, j. 29.11.2002); e (vi) nulidade de compra e venda de bem com cláusula de inalienabilidade (STJ, Resp nº 297.117/RS, 4ª T., Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 28.08.2007). Em sentido contrário, considerando imprescritível a invalidação do negócio jurídico nulo: STJ, Resp nº 12.511/SP, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 08.10.1991; STJ, AgRg no Ag nº 84.867/PR, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27.08.1996; STJ, Resp nº 7.364/SP, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18.02.1997; STJ, Resp nº 38.549/SP, 3ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 08.06.2000.

<sup>308</sup> TJSP, Apelação nº 9158951-61.2008.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 10.03.2009.

No embate entre o interesse particular em ver reconhecida a nulidade do negócio jurídico e o interesse público, consistente na segurança das relações jurídicas, bem como a paz social dela decorrente, à toda evidência, deve prevalecer esta última. Trata-se, pois, de um mero corolário da supremacia do interesse público sobre o particular. Portanto, a faculdade da parte de obter o reconhecimento jurisdicional da nulidade de determinado ato jurídico é plenamente suscetível de prescrição, tal como se dá no presente caso.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao analisar situação envolvendo a nulidade de escritura de compra e venda de imóvel celebrada em meados de 1996, também reconheceu que se aplicaria o prazo prescricional máximo previsto no Código Civil de 1916 (20 anos). No entanto, considerando (i) a regra de direito intertemporal prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002; (ii) que até a entrada em vigor da nova legislação civil não havia transcorrido mais da metade do prazo vintenário; (iii) o prazo prescricional aplicável foi reduzido para 10 anos; e (iv) a ação foi ajuizada em julho de 2005, o Tribunal resolveu afastar o reconhecimento da prescrição no presente, apenas por entender que o prazo ainda não havia transcorrido por completo. Confira-se, por oportuno, trecho do acórdão:

Isto posto, nos termos dos arestos colacionados, em se tratando de ato nulo de pleno direito, nos termos do art. 145 do CC/1916, o prazo prescricional a ser aplicado é o de 20 (vinte) anos, nos termos do art. 177 do mesmo diploma legal. Todavia no presente caso, embora os atos impugnados tenham ocorrido sob a égide do Código Civilista de 1916, faz-se imperiosa a aplicação da regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/2002: (...) Já o Código Civil de 2002 reduziu o prazo de prescricional de 20 (vintes anos) para 10 (dez) anos, vide art. 205 do CodexInstrumentalis (...) Assim, nos termos do art. 2.028 do CC/2002, o prazo prescricional a ser aplicado é aquele compreendido no art. 205 do referido dispositivo legal, ou seja, de 10 (dez) anos, contados a partir de 12/01/2003 (publicação do CC/2002), haja vista não ter transcorrido mais da metade do prazo vintenário estipulado na lei anterior (CC/1916). (...) Desta forma, tem-se como prazo prescricional a ser aplicado ao caso em tela aquele de 10 (dez) anos previsto no art. 205 do CC/2002, contado a partir de 12/01/2003.<sup>309</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso igualmente reconheceu a incidência do prazo prescricional máximo à hipótese envolvendo a nulidade de doação realizada pelo Município de Rondonópolis no ano de 1983, a qual veio a ser impugnada somente em 1999 (pelo próprio Município). Embora o relator tenha afastado a incidência da prejudicial, entendendo que “por se tratar de ato viciado, por não ter seguido os procedimentos legais, não gera efeito, nem mesmo quanto ao decurso do tempo”, os demais Desembargadores

---

<sup>309</sup> TJSC, Apelação nº 2008.025022-1, 1ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Denise de Souza Luiz Francoski, j. 07.05.2013.

concluíram pela aplicabilidade do prazo prescricional, mantendo-se a sentença proferida em 1º grau, nos termos da ementa a seguir transcrita:

Declaratória de nulidade de ato jurídico - Doação de imóvel pelo Município - direito real - Aplicabilidade do artigo 177, CC/1916 - Ocorrência da prescrição. Tratando-se de direito real em ação postulada pelo município visando anular doação efetuada ao particular, deve ser aplicado o artigo 177 do CC/1916 vigente à época da propositura da ação. Decorrido mais de dezesseis anos contado da data da expedição da Carta de Doação e a propositura da ação declaratória de nulidade do ato jurídico, inegavelmente incide a prescrição.<sup>310</sup>

Após a vigência do Código Civil de 2002, que, como se demonstrou, inovou no tema ao tratar do não convalidamento do negócio jurídico nulo pelo decurso do tempo (art. 169), surgiram dois novos entendimentos que podem ser considerados variações dessa segunda corrente, principalmente do posicionamento defendido por Caio Mário da Silva Pereira. Para os autores que defendem esse novo entendimento, é necessário conjugar a natureza das ações, se declaratória, constitutiva ou condenatória – o que remete à tradicional classificação de Agnelo Amorim Filho<sup>311</sup> –, com a natureza dos efeitos decorrentes dos negócios jurídicos nulos, os quais, por sua vez, podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais. A partir dessas considerações, concluem que a pretensão meramente declaratória de reconhecimento da nulidade é, de fato, imprescritível, na forma do art. 169 do Código Civil, assim como as pretensões relacionadas a situações extrapatrimoniais, mas os efeitos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico nulo estão sempre sujeitos à prescrição.

A divergência existente entre os autores que defendem esse posicionamento limita-se ao prazo prescricional aplicável como regra. Nesse contexto, Leonardo Mattietto, em sua tese de doutorado acerca da teoria da invalidade e o princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, defende que a ação declaratória de nulidade seria imprescritível, mas as pretensões constitutiva e condenatória visando ao desfazimento do negócio jurídico nulo sujeitar-se-iam ao prazo prescricional máximo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil:

O problema da prescrição deve ser solucionado hodiernamente nos seguintes termos: a pretensão meramente declaratória de haver reconhecida a nulidade é imprescritível (CC2002, art. 169), mas ocorre a prescrição das pretensões constitutiva e condenatória envolvendo a reposição do estado anterior (CC2002, arts. 182 e 205), que se torna inviável ante a consolidação operada pelo decurso do tempo, pacificando-se a relação jurídica da qual poderia eclodir o litígio.

<sup>310</sup> TJMT, Apelação nº 0017850-12.2008.8.11.0000, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Sebastião de Moraes Filho, j. 28.05.2008.

<sup>311</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Op. Cit., pp. 07-37.

Essa consolidação, que o tempo opera, é expressão do *princípio da conservação* do ato jurídico, além de abastecer-se generosamente da ideia de boa-fé.<sup>312</sup>

Esse entendimento foi acolhido em um precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual se discutia a validade de cláusula contratual que permitia a cobrança de juros sobre as parcelas de imóvel adquirido ainda na planta, antes da entrega das chaves, bem como o prazo de que dispunha o comprador para reaver os valores pagos. Na ocasião, embora tenha considerado a cláusula nula, o Tribunal de Justiça concluiu que a pretensão de desconstituição dos efeitos patrimoniais decorrentes da sua observância estaria sujeita ao prazo prescricional máximo do Código Civil (dez anos), conforme se observa da ementa do julgado:

Direito Civil. Contrato de promessa de compra e venda e cessão de direitos de imóvel. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual que previa a incidência de juros remuneratórios sobre o total do preço e antes da entrega das chaves. Sentença de improcedência sob o fundamento de falta de provas. Prescrição. O prazo prescricional para haver os efeitos patrimoniais resultantes da nulidade de cláusula contratual é de 10 anos. Quanto ao mérito, entendimento recente da 4ª Turma do STJ (RESP 670117, Rel. Min. Luis Felipe Salomão) considerou irregular a cobrança de juros sobre as parcelas do imóvel adquirido ainda na planta, antes da entrega das chaves. No caso, resta indubitável que no preço das parcelas que se venceram antes da entrega das chaves o apelado incluiu juros, o que configurou abusividade, dando ensejo ao acolhimento de sua pretensão. Recurso provido.<sup>313</sup>

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao analisar a validade de doação de imóvel realizada por mandatária que não havia recebido poderes específicos para a prática desse ato, concluiu que “a ação declaratória de nulidade é imprescritível, mas os efeitos do ato jurídico (existente, porém nulo) sujeitam-se ao prazo prescricional máximo para as ações pessoais (CC/1916 177 – vinte anos – e CC/2002 205 – dez anos), em razão do princípio da segurança jurídica”.<sup>314</sup> Na ocasião, todos os

---

<sup>312</sup> MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *Teoria da invalidade e princípio da conservação dos atos jurídicos*. Op. Cit., pp. 102-103. Esse posicionamento parece ser acompanhado por Nelson Nery Jr. que, em parecer específico sobre controvérsia que envolvia a teoria das nulidades, sustentou que “sendo a ação de nulidade ação perpétua, não está sujeita nem à prescrição, nem à decadência, salvo hipóteses, estritíssimas, em que o preceito condenatório predomine sobre o declaratório, em que o prazo de prescrição é o de dez anos.” (NERY JUNIOR, Nelson. Alienação do poder de controle em sociedades limitadas como compra e venda mercantil. Op. Cit., p. 318).

<sup>313</sup> TJRJ, Apelação nº 0029383-95.2008.8.19.0209, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Luisa Cristina Bottrel Souza, j. 09.12.2010.

<sup>314</sup> Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado: “Apelação cível. Ação anulatória de doação. Prescrição. Inocorência. Invalidade do negócio jurídico. Mandato. Ausência de poderes da mandatária para doar o bem imóvel. Usucapião. Não reconhecimento. 1. A ação declaratória de nulidade é imprescritível, mas os efeitos do ato jurídico (existente, porém nulo) sujeitam-se ao prazo prescricional máximo para as ações pessoais (CC/1916 177 – vinte anos – e CC/2002 205 – dez anos), em razão do princípio da segurança jurídica. 2. Para haver doação de bem por meio de mandato, deve constar o poder expresso de doação e a indicação do donatário na procuração.

Desembargadores que integraram a turma julgadora foram categóricos em afirmar a aplicabilidade do prazo decenal previsto no art. 205 do Código Civil de 2002 (embora tenham concluído, ao final, que esse prazo ainda não havia se consumado):

Não há como se negar que o ato de doação realmente existiu e gerou efeitos concretos, embora se reconheça que esteja eivado de vício que impossibilite o reconhecimento de sua validade jurídica. (...) Portanto, o prazo prescricional a ser aplicado é o de dez anos, previsto no artigo 205, CC/2002, contados a partir da data entrada em vigor do novo Código Civil, qual seja, 10/01/2003.<sup>315</sup>

Ainda que se entenda que o ato nulo é passível de prescrição, ante a divergência doutrinária, no caso, não há que se falar na perda do direito de ação, haja vista que ainda não havia decorrido o prazo prescricional máximo admitido pela lei, ou seja, 10 (dez) anos (art. 205 c/c art. 2.028 do Código Civil).<sup>316</sup>

Nesse ponto vale esclarecer, conforme ressaltado pelo eminente Relator em seu douto voto, que, em que pese a ação declaratória de nulidade ser imprescritível, os efeitos daí decorrentes devem se sujeitar ao prazo prescricional máximo para as ações pessoais (prazo de 10 anos previsto no art. 205 do CC/2002), sob pena de patrocinar a insegurança jurídica.<sup>317</sup>

A quarta e última corrente, por sua vez, defende que a ação declaratória de nulidade seria imprescritível, mas a desconstituição dos efeitos patrimoniais decorrentes do ato nulo se sujeitaria aos prazos prescricionais específicos do Código Civil. A única distinção dessa corrente para a anterior, portanto, é que o prazo prescricional não seria, em regra, o geral previsto no art. 205, mas aqueles específicos do art. 206 ou nas demais disposições previstas em lei. O prazo decenal somente seria aplicável na hipótese de não haver prazo específico para o efeito que se pretenda debelar.

Esse é o entendimento de Gustavo Tepedino, que, em parecer específico sobre a “*prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos*”, sustentou que o prazo para a parte reaver valor pago em decorrência de cessão de créditos reconhecida como nula, *i.e.*, para desfazer os efeitos patrimoniais decorrentes de um negócio jurídico que veio a ser considerado nulo após as partes terem cumprido suas obrigações, seria o de dez anos, conforme o art. 205, por não haver previsão de prazo específico no art. 206, o qual, em regra, deve prevalecer. Confira-se elucidativo trecho do parecer:

---

3. Não constando na procuração o poder para doar o imóvel nem o donatário, é nula a doação feita pela mandatária. 4. O usucapião de bem imóvel somente é reconhecido por meio de ação própria, com dilação probatória para demonstrar a posse sem interrupção e que utilizou o apartamento para sua moradia ou de sua família, não podendo ser reconhecido em sede de ação anulatória. 5. Deu-se provimento ao apelo do autor para julgar procedente o pedido e anular a doação realizada.” (TJDFT, Apelação nº 0084451-81.2003.807.0001, 3ª Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Rocha, j. 28.05.2008).

<sup>315</sup> Trecho do voto do Relator Des. Sérgio Rocha.

<sup>316</sup> Trecho do voto do Revisor Des. Arlindo Mares.

<sup>317</sup> Trecho do voto do vogal Des. Mário-Zum Belmiro.



Assim sendo, os efeitos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico nulo não se sujeitam à prescrição. Com efeito, o art. 169 do CC/2002 deve ser interpretado no sentido de que os efeitos patrimoniais produzidos pelo contrato nulo, e que lesionam, portanto, direitos subjetivos, prescrevem no prazo geral de dez anos, nos termos do art. 205 do CC/2002, vez que o desfazimento da transferência patrimonial em razão de ato nulo (eficácia contratual que atinge situação jurídica subjetiva de quem confiou na higidez da causa contratual) não pode ser perseguido *ad eternum*, sob pena de sujeitar a contraparte à interminável insegurança e incerteza. Não havendo previsão de prazo prescricional específico para o efeito contratual que pretende debelar, aplica-se o prazo geral de dez anos.

(...) Do mesmo modo, a ação declaratória de nulidade, em si considerada, destinada a eliminar incertezas, pode ser proposta a qualquer tempo, embora após o decurso do prazo decenal não se possa mais desfazer os efeitos patrimoniais resultantes do negócio nulo.<sup>318</sup>

Esse também é o entendimento de Fábio de Oliveira Azevedo:

Pensamos que duas pretensões merecem ser diferenciadas: a pretensão declaratória e a condenatória. A pretensão visando à declaração de nulidade, diante da opção legislativa adotada, não pode estar sujeita a qualquer prazo, a não ser que se entenda como inconstitucional materialmente a regra do art. 169 do C.C./02, por incompatibilidade com o princípio da segurança jurídica previsto pelo art. 5º, caput, da Constituição da República. É o art. 169 do C.C./02 um dispositivo importante, especialmente no tocante às situações extrapatrimoniais. (...) Por outro lado, a pretensão condenatória em decorrência da prática de ato nulo, como a condenação em perdas e danos, ou a condenação à devolução de bens móveis, imóveis ou valores, ficaria sujeita aos prazos prescricionais.<sup>319</sup>

No mesmo sentido posicionam-se Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, para quem as eventuais pretensões condenatórias decorrentes da prática de um negócio jurídico nulo, como a condenação em perdas e danos ou a devolução de bens móveis, imóveis ou valores, ficariam sujeitas aos prazos prescricionais específicos do Código Civil:

Preferível, por isso, é o entendimento de que a *ação declaratória de nulidade realmente é imprescritível*, como, aliás, toda ação declaratória deve ser, mas os efeitos do ato jurídico – existente, porém nulo – sujeitam-se a prazo, que pode ser o prazo máximo prescricional para as pretensões pessoais (que, como se verá no capítulo próprio, foi reduzido pelo Novo Código Civil de 20 para 10 anos) ou, como na maior parte dos casos, tratando-se de demanda de reparação civil, o novo prazo de 3 anos (CC – 02, art. 206, §3º, V). Isso porque se a ação ajuizada for, do ponto de vista técnico, simplesmente declaratória, sua finalidade será apenas a de certificar uma situação jurídica da qual pende dúvida, o que jamais pode ser objeto de prescrição. Todavia, se a ação declaratória de nulidade for cumulada com pretensões condenatórias, como acontece na maioria dos casos de restituição dos efeitos pecuniários ou indenização correspondente, admitir-se a imprescritibilidade seria atentar contra a segurança das relações sociais. Neste caso, entendemos que prescreve sim a pretensão condenatória, uma vez que não é mais possível retornar ao estado de coisas anterior.

<sup>318</sup> TEPEDINO, Gustavo. Prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos. Op. Cit., pp. 582-583.

<sup>319</sup> AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil*. Op. Cit., pp. 395-396.

A evidente confusão nesta matéria parece-nos decorrente da imprecisão terminológica do CC-16 (no que foi seguido, na espécie, pelo CC-02) de não distinguir a inexistência do ato em relação à sua nulidade, o que leva diversos autores, nesse sentido, a prelecionar que a ‘nulidade absoluta, ora é imprescritível (nos casos de matrimônio nulo, menos a hipótese do art. 208), ora prescreve, mas dentro do prazo das ações pessoais’.

Por imperativo de segurança jurídica, melhor nos parece que se adote o critério da prescritibilidade da pretensão condenatória de perdas e danos ou restituição do que indevidamente se pagou, correspondente à nulidade reconhecida, uma vez que a situação consolidada ao longo de dez anos provavelmente já terá experimentado uma inequívoca aceitação social. Aliás, se a gravidade, no caso concreto, repudiasse a consciência social, que justificativa existiria para tão longo silêncio? Mais fácil crer que o ato já atingiu a sua finalidade, não havendo mais razão para desconsiderar os seus efeitos.

Em síntese: *a imprescritibilidade dirige-se, apenas, à declaração de nulidade absoluta do ato, não atingindo as eventuais pretensões condenatórias correspondentes.*<sup>320</sup>

Humberto Theodoro Junior, ao comentar o art. 169 do Código Civil, coaduna com o entendimento em questão, ao sustentar que, embora não haja prazo extintivo para as ações declaratórias, que se destinam a eliminar incerteza jurídica, “das situações que o negócio jurídico inválido cria podem perfeitamente decorrer *pretensões* que não de sofrer os efeitos naturais da prescrição (exemplo: restituição de bens ou preço, indenização de prejuízos, etc., as quais terão de submeter-se aos efeitos da prescrição)”<sup>321</sup>.

Esse posicionamento, aliás, foi acolhido pelos Tribunais de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, bem como do Distrito Federal e Territórios, que reconheceram a prescrição da pretensão condenatória (por incidência do prazo específico previsto no art. 206, §3º, inciso V, do Código Civil) que havia sido cumulada com pedido de declaração de nulidade de determinado negócio jurídico:

Apelação Cível - Ação de Nulidade de Ato Jurídico c/c Reparação Civil - Prescrição da Reparação Civil - Trienal - Ciência Inequívoca do Dano - Sentença Mantida - Negado Provimento Ao Recurso. Levando-se em conta que, entre a data da ciência

<sup>320</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze *et al.* *Novo curso de direito civil*. Op. Cit., pp. 390-391.

<sup>321</sup> O autor observa, ainda, que é necessário fazer uma distinção entre o negócio nulo jamais executado e os que foram executados, produzindo efeitos, uma vez que as situações merecerão tratamento prescricional diverso: “se o negócio nulo jamais foi executado, não há que se falar em prescrição nem decadência, visto que o que é nulo jamais teve vida para o direito. Assim, quando se vier a formular qualquer pretensão derivada do negócio inválido, será sempre possível ao devedor, ‘em qualquer tempo, opor a alegação de nulidade absoluta’ (...). Depois de consolidada a situação ulterior ao negócio, pela prescrição ou pelo usucapião, a tardinha ação de nulidade somente viria conturbar a paz nas relações jurídicas, suscitando indesejados prejuízos à certeza e segurança em torno de situações consolidadas pelo longo transcurso de tempo. Por isso é que mesmo sendo imprescritível a ação de nulidade, deve ter-se como não mais manejável a ação voltada para a declaração de nulidade, em tais circunstâncias.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Op. Cit., pp. 529-530.

inequívoca do dano e a data do ajuizamento da ação transcorreram mais de 3 anos, inarredável o reconhecimento da prescrição da pretensão à reparação civil.<sup>322</sup>

Apelação cível. Negócio jurídico. Simulação. Nulidade. Indenização. Prescrição. Comprovada nos autos a simulação do negócio jurídico entabulado entre as partes, impõe-se a declaração de sua nulidade com o conseqüente retorno ao *status quo ante*. Ultrapassado o prazo de três anos previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, encontra-se prescrita a pretensão de reparação civil.<sup>323</sup>

Assim, embora os Tribunais tenham reconhecido a nulidade em ambos os casos (no primeiro, por ter havido uma assinatura falsa no contrato, e, no segundo, por ter sido comprovada a existência de um negócio simulado), entendeu-se que as pretensões condenatórias decorrentes da prática de ato nulo, como a condenação em perdas e danos, por exemplo, estão sujeitas aos prazos prescricionais específicos do Código Civil.

Observe-se, por oportuno, que, apesar dessas duas últimas correntes sustentarem que a pretensão meramente declaratória é, em regra, imprescritível, há autores ressaltando que em algumas situações não haverá importância prática nessa distinção. Isso porque nos casos em que a ação declaratória estiver vinculada unicamente a uma pretensão de direito material prescrita (que envolva pretensões eminentemente patrimoniais), a princípio, não haveria interesse de agir na declaração da nulidade do negócio, pois a pretensão de fazê-la (condenatória) também estaria fulminada pela prescrição.<sup>324</sup>

É importante registrar, ainda, que alguns autores adotam uma posição intermediária em relação aos efeitos do tempo sobre os negócios nulos, razão pela qual não foram enquadrados dentre os posicionamentos apontados acima.

Francisco Amaral, por exemplo, embora afirme que o direito de propor a ação de nulidade é imprescritível, admite que “a situação criada pelo negócio jurídico nulo se possa convalidar pelo tempo decorrido, no prazo e na forma da lei”<sup>325</sup>.

Orlando Gomes, a seu turno, a despeito de afirmar que um dos caracteres da nulidade é a perpetuidade, no sentido de que os negócios nulos são insanáveis, reconhece que “os princípios clássicos que informam a *teoria das nulidades* estão abalados pela análise crítica, que se vem procedendo, de suas conseqüências, à luz do Direito Positivo”, concluindo que “a

<sup>322</sup> TJMS, Apelação nº 0063187-86.2011.8.12.0001, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 05.02.2013.

<sup>323</sup> TJDF, Apelação nº 0000391-47.2009.807.0008, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Natanael Caetano, j. 15.12.2010.

<sup>324</sup> Nesse sentido: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Op. Cit., p. 528; e AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil*. Op. Cit., p. 396.

<sup>325</sup> E complementa em seguida: “o negócio jurídico nulo não se convalida pelo decurso do tempo, o que não impede, porém, a usucapião (CC, arts. 1.238 e 1.242), e a prescritibilidade dos direitos pessoais eventualmente surgidos de um ato nulo, quando não declarada a nulidade”. (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil*. Op. Cit., p. 538).

verdade é que, pelo decurso do tempo, o ato nulo vem afinal a convalescer, ainda por via oblíqua”.<sup>326</sup>

### 3.3 O campo de incidência do art. 169 do Código Civil

Como se pode observar no item anterior, há diversas opiniões a respeito da interpretação que deve ser conferida ao artigo 169 do Código Civil de 2002. Muitos ainda se prendem à literalidade do dispositivo legal, que traduz o entendimento da doutrina clássica – que, lembre-se, consagrou-se em um contexto histórico diferente do atual –, para rejeitar qualquer influência do tempo sobre os negócios jurídicos nulos e/ou seus eventuais efeitos, defendendo, assim, a possibilidade que a nulidade seja reconhecida a qualquer tempo. Outros, por sua vez, considerando que a teoria das nulidades deve ser analisada em conjunto com outros valores consagrados pelo ordenamento, principalmente o da segurança jurídica, sustentam a impossibilidade de desfazimento de negócios jurídicos nulos, com a subtração de determinados efeitos produzidos, após o decurso de determinado lapso temporal.

Nota-se, assim, que há uma grande divergência entre os autores em relação à possibilidade de prescrição de pretensões relacionadas a negócios nulos, sendo certo que as premissas adotadas por quem defende a sua impossibilidade restringem-se à consideração de que tais negócios não produzem efeitos e, mais recentemente, que o Código Civil teria expressamente regulado essa consequência no artigo 169. Ou seja, o raciocínio desenvolvido para embasar a incompatibilidade entre a nulidade e a prescrição é de ordem lógico-conceitual, levando em consideração, tão somente, o perfil estático e estrutural dos institutos, à margem da realidade social.

A lei é o mecanismo ideal para solução dos conflitos em sociedade. Sabe-se, porém, que nem sempre o processo legislativo consegue acompanhar *pari passu* as mudanças sociais e apresentar soluções para os novos problemas e desafios. Nessa perspectiva, doutrina e jurisprudência exercem relevantíssimo papel na atividade hermenêutica, com o objetivo de superar a omissão ou obsolescência das leis.<sup>327</sup>

---

<sup>326</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Op. Cit., pp. 430 e 432.

<sup>327</sup> Sobre esse aspecto, Perlingieri afirma que “a confirmação da importância da normativa fundamental nas concretas relações jurídicas se deduz da análise de significativas orientações jurisprudenciais e doutrinárias” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. Cit., p. 582). Eros Grau, em artigo recente publicado no *Jornal O Globo*, em que faz um paralelo entre o Direito e a música, ressalta que a lei não é

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a omissão da legislação em relação à prescrição das pretensões relacionadas aos negócios jurídicos nulos foi suprida pela atividade doutrinária e, principalmente, pela construção jurisprudencial, que consagrou o entendimento no sentido de que os negócios jurídicos nulos estariam sujeitos à influência do tempo pela incidência da prescrição vintenária.<sup>328</sup>

O projeto do novo Código Civil, porém, objetivando suprir a omissão da legislação então em vigor, previu em seu art. 167 a regra estabelecida no atual art. 169, nos seguintes termos: “o negócio jurídico não é suscetível de ratificação, nem convalesce pelo decurso do tempo.”<sup>329</sup>

Ocorre que, por não refletir o entendimento jurisprudencial que prevalecia à época, a Ordem dos Advogados do Brasil (Seção de Pernambuco) apresentou uma emenda ao referido dispositivo, a qual foi subscrita pelo então Deputado Tancredo Neves, sustentando que não seria aconselhável que a nova legislação incluísse uma “inovação de grande alcance” para se filiar àquelas – como a da Alemanha – que não permitem o convalidamento do ato nulo pelo decurso do tempo, já que “o Brasil sempre se filiou à corrente oposta”. O autor chegou a defender que “é de toda a conveniência manter-se o esquema do Código Bevilacqua e, até mesmo, tornar expresso que o negócio nulo, se não é suscetível de ratificação, convalesce, todavia, pelo decurso do tempo”. Pela sua relevância, confira-se trecho significativo da fundamentação da emenda:

dinâmica, não sendo, portanto, capaz de captar todas as manifestações da realidade: “O Direito é alográfico. O texto normativo não se completa no quanto tenha escrito o legislador. Sua ‘completude’ somente é alcançada quando o sentido por ele expressado for produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. O sentido expressado pelo texto é distinto do texto. É a norma que resulta da interpretação. O intérprete ‘produz a norma’ a ser aplicada a certos fatos sem exceder o texto. A interpretação do Direito é mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular, em cada caso”. (GRAU, Eros Roberto. “A música e o Direito”. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/a-musica-o-direito-12465403>>. Acesso em: 18 mai.2014)

<sup>328</sup> STJ, REsp nº 68.644/BA, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 11.03.1997; STJ, REsp nº 151.935, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.06.1998; STJ, REsp nº 140.369/RS, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22.09.1998; STJ, REsp nº 208.521/RS, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 06.12.1999; e STJ, REsp nº 10.300/SP, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 06.12.1999.

<sup>329</sup> Embora o legislador brasileiro tenha optado por essa redação, à época, já existiam códigos que dispunham de modo diverso. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes dispositivos: art. 1.422 do Código Civil italiano: “L’azione per fardichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salviglieffettidell’usucapione (1158 e seguenti) e dellaprescrizionedelleazioni di ripetizione (2934 e seguenti)”; art. 1.304 do Código Civil francês: “Danstous les cas oùl’action en nullitéou en rescisiond’uneconventionn’estpaslimitée à un moindretemps par une loiparticulière, cetteaction dure cinqans.”; art. 1.304 do Código Civil belga: “Danstous les cas oùl’action en nullitéou en rescisiond’uneconventionn’estpaslimitée à un moindretemps par une loiparticulière, cetteaction dure dix ans.”; art. 1.683 do Código Civil chileno: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años.”; e o art. 2001.1 do Código Civil peruano: “Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: 1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.”

Trata-se, como bem verifica Vossa Senhoria, de uma inovação de grande alcance e que, se vier a ser aceita, deslocará a nossa legislação civil para o grupo das que, como a alemã, não possibilitam a convalidação do negócio nulo, pelo transcurso dos prazos prescricionais.

O Brasil sempre se filiou à corrente oposta, segundo a qual, embora nulo o ato jurídico, o decurso do tempo tem a faculdade de torná-lo válido, e isso, evidentemente, para evitar a insegurança das situações jurídicas. Assim o fez o projeto Bevilacqua, que continua a ser, com pequenas alterações que lhe poderiam ser introduzidas, um dos maiores monumentos da cultura jurídica do País. No regime desse Código, ainda plenamente vigente, o ato jurídico prescreve e produz todos os seus efeitos, ainda que nulo de início, decorridos os prazos que a lei estabelece para essa convalidação. E o Supremo Tribunal Federal tem, normativa e continuamente, adotado essa orientação, o que contribuiu decisivamente para a estabilidade das relações jurídicas no País.

(...)

Agora, quando se cuida outra vez de reformular a legislação civil, não é, decerto, aconselhável filiar essa nova legislação àquelas que não permitem o convalidamento do ato nulo pela prescrição. Antes, e dadas as peculiaridades do nosso País, é de toda a conveniência manter-se o esquema do Código Bevilacqua e, até mesmo, tornar expresso que o negócio nulo, se não é suscetível de ratificação, convalida, todavia, pelo decurso do tempo.<sup>330</sup>

Em seguida, alerta o autor da emenda para o risco de ser instaurada no País uma completa insegurança das situações jurídicas, caso seja alterado o entendimento que vigorou durante muito tempo no ordenamento jurídico brasileiro:

De fato, atente Vossa Senhoria para a grandeza territorial do Brasil e para o pouco desenvolvimento dos conhecimentos jurídicos do nosso povo em muitas e largas áreas da nossa Pátria, onde os negócios jurídicos eivados de vícios que os fulminam de nulidade proliferam dentro de um clima da maior boa-fé. Se, de repente, ao contrário daquilo que dispõe o atual Código, com a interpretação uniforme que sempre lhe tem dado o Supremo Tribunal Federal, os atos jurídicos ditos nulos passarem a não convalidar com o decorrer do tempo, teremos instaurada no País a completa insegurança das situações jurídicas.

Dir-se-á, talvez, que os negócios imobiliários, mais importantes e freqüentes em certas áreas, ainda que nulos, poder-se-ão valer do instituto do usucapião. Mas que dizer-se de outros negócios igualmente importantes e fundamentais para o desenvolvimento do País, como, por exemplo, o mercado de ações? E tantos e tantos outros, para os quais são exigidas formalidades que, se não cumpridas, os invalida, como, *verbi gratia*, a apresentação dos Certificados de Quitação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL).

Avulta, nesse particular, em um país com mais de oito mil quilômetros de orla marítima, o problema dos terrenos de marinha e seus acrescidos, os quais, de acordo com a legislação especial da União e do próprio Código Civil, sobre serem insuscetíveis de usucapião, são normalmente ocupados e aforados a terceiros. As mais belas regiões do litoral brasileiro e, por isso mesmo, as mais valorizadas, estão nessa situação, valendo citar as praias da Guanabara, de Salvador e do Recife, dentre tantas que se estendem continuamente, de sul a norte, atraindo as grandes empresas construtoras.

---

<sup>330</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012, v. II, p. 156. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/mlcc/pdf/mlcc\\_v2\\_ed1.pdf](http://www.senado.gov.br/publicacoes/mlcc/pdf/mlcc_v2_ed1.pdf)>. Acesso em 11 mai. 2014.

Se vier a vingar a pretendida modificação, no sentido de o decurso do tempo não convalidar o ato jurídico nulo, bem pode Vossa Senhoria avaliar a situação jurídica da grande maioria dos ocupantes e foreiros dos terrenos de marinha e acrescidos. Desatendidos que possam ser, nos procedimentos de ocupação e aforamento reconhecidos pela União Federal, quaisquer das formalidades sem as quais tais atos sejam considerados nulos, a situação desses ocupantes e foreiros será permanente e indefinidamente insegura, jamais sendo possível convalidar tais atos, embora, na quase totalidade dos casos, as formalidades essenciais que deixam de ser cumpridas o são com absoluta boa-fé por parte dos mesmos ocupantes e foreiros.

A adoção de semelhante norma, não é demais repetir, poderá estabelecer um verdadeiro caos no sistema jurídico brasileiro. Ela somente se pode entender em países de formação e crescimento muito mais antigos e, assim, de profunda estrutura jurídica, como o é a Alemanha. No Brasil, com apenas cento e cinquenta anos de vida independente e uma extensão territorial em termos de continente, ressentindo-se de uma formação jurídica ainda insuficiente para tutelar, a sua problemática, seria, data vênia, verdadeiro contra-senso impedir venha a ser o negócio jurídico nulo convalidado pelo decurso do tempo, o que sempre aconteceu desde o Brasil-Colônia e, com profunda sabedoria, o determinou o Código Civil de 1916.<sup>331</sup>

E conclui o autor sugerindo a inclusão no projeto do novo Código Civil de regra em sentido oposto à prevista no art. 167, ou seja, para reconhecer definitivamente que o ato nulo subsistirá após o decurso do prazo prescricional previsto em lei:

Daí porque tenho a honra de sugerir a Vossa Senhoria que, ao invés de declarar inválidos *ad aeternum* os atos jurídicos nulos, o artigo 171 do último anteprojeto – ou o novo artigo que resultar dos estudos a serem procedidos pela douta Comissão de Estudos Legislativos desse Ministério – discipline de outra forma o ato jurídico nulo, determinando expressamente que: ‘O negócio jurídico nulo não é suscetível de ratificação, devendo ser renovado. Na ausência dessa renovação, o ato nulo subsistirá e tornar-se-á plenamente válido, decorrido o prazo de prescrição fixado no artigo ..... deste Código.’

Em conseqüência dessa alteração, também deverá ser modificado o artigo 2012 do mesmo anteprojeto, que torna imprescritível a ação de petição de herança, ressalvando apenas o caso dos bens imóveis adquiridos por usucapião. Evidentemente, essa imprescritibilidade apresenta os mesmos defeitos, para o nosso País, de não se possibilitar a convalidação do ato nulo. Dar como imprescritível a ação de petição de herança implicará também em completa insegurança no que se refere aos bens havidos por sucessão, criando, inclusive, duas situações: a dos imóveis, que poderão ser adquiridos por usucapião, e a dos demais bens que, em nenhuma hipótese, poderão ser adquiridos pelo decurso do tempo.

Daí porque, complementando o raciocínio antes feito a respeito da convalidação do ato nulo, venho sugerir a essa douta Comissão seja o referido artigo 2012 – ou o seu correspondente no texto definitivo – assim redigido:

‘A ação de petição de herança prescreve em vinte anos contados da data da abertura da sucessão.’

Dessa forma ficará perfeitamente ajustado ao instituto do usucapião o tratamento dado ao acervo hereditário, estabelecendo-se a prescritibilidade da ação no prazo máximo que a lei, inclusive o anteprojeto ora em estudo, prevê para o usucapião.

Dispositivo Referenciado do PL: caput do art. 167<sup>332</sup>

---

<sup>331</sup> Ibid., pp. 156-157.

<sup>332</sup> Ibid., p. 157.

A comissão revisora, através de pareceres elaborados pelos Deputados Brígido Tinoco e Ernani Satyro, rejeitou a emenda, considerando apenas que “desde o velho Direito Romano, negócio nulo não se valida com a injúria do tempo”, não havendo “razão de se argüir prescrição quando se cuida de nulidade”.<sup>333</sup>

Esse pensamento reflete, naturalmente, o entendimento defendido pela teoria clássica das nulidades que, como se viu, afasta a incidência da prescrição com base na premissa da ineficácia absoluta dos negócios jurídicos nulos.

Sucedede que, como se demonstrou anteriormente através de exemplos práticos e de dispositivos legais extraídos do próprio Código Civil, embora o negócio nulo possa não produzir exatamente o efeito visado pelas partes, pode gerar na prática outros efeitos e consequências que não podem ser ignorados pelo Direito, os quais, não raro, representam um interesse social, e por assim dizer público, de importância superior ao interesse também público que justifica a causa de nulidade. Por essa razão, a solução para o caso concreto não pode ser buscada a partir de um dispositivo singular de lei, como tem sido feito em relação ao artigo 169, o que resulta em uma análise limitada do fenômeno jurídico. A teoria das nulidades deve ser estudada a partir do ordenamento por inteiro, considerando a realidade jurídico-social sobre a qual incide, de modo a individuar a normativa do caso concreto a partir dos princípios e valores consagrados pela Constituição da República e já incorporados em partes relevantes do Código Civil.

Confira-se, a esse respeito, a lição de Pietro Perlingieri, que ressalta a impossibilidade de se buscar a solução para cada controvérsia considerando apenas o artigo de lei que parece resolvê-la, devendo ser analisado, ao revés, o ordenamento jurídico como um todo:

O nosso ordenamento é constituído também por leis e códigos que são expressão de uma ideologia e de uma visão do mundo diversa daquelas que caracterizam tanto a sociedade atual quanto a Constituição republicana. A questão da aplicabilidade das leis formadas na presença de valores diversos (o Código Civil de 1942 pertencia ao ordenamento fascista) resolve-se somente com a consciência de que o ordenamento jurídico é unitário. A solução a cada controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas à luz de todo o ordenamento, em particular dos seus princípios fundamentais, como escolhas de fundo que o caracterizam.<sup>334</sup>

No mesmo sentido, Leonardo Mattietto destaca a importância de o intérprete não se limitar à compreensão do direito a partir de único texto de lei, devendo levar em consideração

---

<sup>333</sup> Ibid., p. 158.

<sup>334</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Op. cit., pp. 174-175.



a realidade prática do fenômeno jurídico, bem como seus pressupostos históricos e doutrinários:

O estudioso da ciência jurídica, sob pena de limitar o seu horizonte de visão e pois alienar-se da realidade, não deve desprezar a compreensão do fenômeno jurídico nos seus mais largos horizontes, não imaginando que a lei possa ‘conter’ todo o direito. Muitas vezes, porém, os juristas vêem as leis como ‘se elas estabelecessem as únicas regras que à Razão seja possível conceber’. O direito é a vida mesma, a vida da sociedade, presente no cotidiano das pessoas, nos fatos grandes e pequenos, importantes e banais. Não é redutível a uma pura técnica, muito menos a uma técnica interpretativa limitada à exegese dos textos legais, mas se apresenta como uma realidade viva, para cuja compreensão é necessário respeitar todo o universo do saber humano. O direito ensinado nos livros (*law on the books*) nem sempre coincide com a prática do direito (*law in action*), mas esse distanciamento deve ser evitado. A análise do tema proposto, logo, deve considerar não apenas os textos legais, mas os seus pressupostos históricos e doutrinários, além de sopesar a experiência do direito comparado, a fim de que melhor se possa construir uma teoria da invalidade no direito brasileiro<sup>335</sup>.

Nesse contexto, a existência de um dispositivo que, além de não refletir o momento histórico-social contemporâneo, tenta de maneira simplista encerrar todas as controvérsias que pairam sobre a teoria das nulidades, não constitui óbice a que o juiz prestigie a manutenção de negócio jurídico nulo quando os efeitos produzidos representarem a realização de um interesse social mais relevante do que a causa que justifica a invalidade, que, lembre-se, não deve ser entendida apenas como estrutura repressiva, mas como instrumento funcionalizado.

Por essa razão é que se concorda com a posição defendida inicialmente por Caio Mario da Silva Pereira no sentido de que, do confronto entre dois princípios de igual relevância – o não convalidamento do ato nulo *tractu temporis* e o perpétuo silêncio que se estende sobre os efeitos do negócio jurídico, também *tractu temporis* –, deve prevalecer a segurança jurídica e a paz social decorrente da consolidação da situação ulterior ao negócio nulo, não sendo razoável considerar a existência de direitos patrimoniais imunes aos efeitos da prescrição.<sup>336</sup>

Assim, atualmente, melhor se insere nessa ordem de ideias a corrente acima indicada – que representa uma derivação do posicionamento de Caio Mário –, cujos principais expoentes são Gustavo Tepedino, Fabio de Oliveira Azevedo, Pablo StolzeGagliano, Rodolfo Pamplona

<sup>335</sup> MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. Op. cit., pp. 327-328.

<sup>336</sup> Nesse sentido, confira-se: “No embate entre o interesse particular em ver reconhecida a nulidade do negócio jurídico e o interesse público, consistente na segurança das relações jurídicas, bem como a paz social dela decorrente, à toda evidência, deve prevalecer esta última. Trata-se, pois, de um mero corolário da supremacia do interesse público sobre o particular. Portanto, a faculdade da parte de obter o reconhecimento jurisdicional da nulidade de determinado ato jurídico é plenamente suscetível de prescrição, tal como se dá no presente caso.” (TJSP, Apelação nº 9158951-61.2008.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 10.03.2009)

Filho e Humberto Theodoro, para quem o art. 169 deve ser interpretado no sentido de que os efeitos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico nulo, e que lesionam, portanto, direitos subjetivos, prescrevem de acordo com os prazos do Código Civil, sendo a regra prevista no art. 205 aplicável apenas na hipótese de não haver prazo específico para o efeito que se pretenda debelar. Não há justificativa para que se confira tratamento diferenciado às situações patrimoniais decorrentes de negócios nulos e aplicar-se como regra o prazo decenal, como defendido pela terceira corrente. A análise há de se limitar à pretensão de direito material relacionada (por exemplo, sendo uma pretensão de reparação civil, o prazo será de três anos), sendo irrelevante para esse fim a existência ou não de vício no negócio jurídico originário.

A prescritibilidade dos direitos patrimoniais decorrentes de negócios nulos, além de ser reconhecida pela doutrina<sup>337</sup> e jurisprudência<sup>338</sup>, foi consagrada no enunciado nº 536 aprovado pela VI Jornada de Direito Civil, organizado pelo Conselho da Justiça Federal, ao dispor que “resultando do negócio jurídico nulo consequências patrimoniais capazes de ensejar pretensões, é possível, quanto a estas, a incidência da prescrição.” Ao referido enunciado, interpretativo do art. 169 do Código Civil, foi atribuída a seguinte justificativa:

Parece preponderar na doutrina pátria, não sem discordância respeitável, o entendimento de que não há prescrição da pretensão ao reconhecimento de nulidade em negócio jurídico, embora os seus adeptos optem pela apresentação de fundamentos distintos. Nesse sentido, argumenta-se que a ação de nulidade é de natureza constitutiva e, quando não se encontra submetida a prazo decadencial específico, é imprescritível. Na direção contrária, sustenta-se que, quanto às nulidades, a ação manejável é a declaratória, insuscetível de prescrição ou decadência.

O tema, na seara pretoriana, ainda não recebeu tratamento uniforme, havendo precedentes tanto pela sujeição à prescrição com a aplicação do prazo geral, quanto pela imprescritibilidade.

<sup>337</sup> Confira-se, ainda, a lição de Câmara Leal extraída de sua obra específica sobre prescrição e decadência: “A prescrição, portanto, é o reconhecimento da modificação sofrida pelo direito do titular, em virtude de sua inércia durante um certo período de tempo. Logo, são prescritíveis todas as ações que têm por fim defender o direito do titular contra as modificações por ele sofridas em virtude de um fato posterior ao seu nascimento, atribuído a um ato ou omissão por parte de outrem. E esse fato, de que nasce a ação do titular, e o ponto de partida da inércia deste, do qual começa a correr a prescrição. Daí a prescritibilidade de todas as ações patrimoniais, quer reais quer pessoais, porque todas elas nascem de um fato, posterior ao direito, e cujo efeito é produzir uma modificação na situação anterior desse direito” (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Op. cit., p. 38).

<sup>338</sup> A esse respeito, confirmam-se os trechos dos seguintes julgados: “Como se sabe, a nulidade (absoluta, em terminologia em desuso) não convalida, podendo ser declarada a qualquer tempo, sendo que apenas os seus efeitos patrimoniais é que são atingidos pela prescrição.” (TJSP, Apelação nº 9070761-35.2002.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 22.09.2011); “A imprescritibilidade envolve as ações declaratórias, sendo que a sua abrangência não inclui as ações que tenham também cunho patrimonial, como é o caso dos autos.” (TJSP, Apelação nº 0033266-77.2004.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 28.11.2012); e “Não se pode afirmar, na espécie, que se trata de demanda imprescritível, como a que se verifica em casos de ações que versem sobre o estado das pessoas. Reveste-se, a pretensão inicial, essencialmente de natureza patrimonial.” (TJSP, Apelação nº 0032935-94.2003.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Elliot Akel, j. 27.10.2009).

A redação do art. 169 do Código Civil, ao explicitar que o negócio jurídico eivado de nulidade não subsiste pelo decurso do tempo, favorece a corrente da imprescritibilidade por qualquer dos raciocínios acima, principalmente diante do fato de que o art. 179, em complemento, somente estabelece o prazo genérico de decadência para as hipóteses de negócios anuláveis.

Considerada como premissa a imprescritibilidade, deve-se proceder à diferenciação entre o pleito tendente unicamente ao reconhecimento da invalidade dos efeitos patrimoniais dela decorrentes. Quanto a estes, não se pode desconhecer a possibilidade de surgimento de pretensão, de modo a tornar inelutável a incidência da prescrição.

É necessário, portanto, conjugar a natureza das ações, se declaratória, constitutiva ou condenatória, com a natureza dos efeitos que decorrem dos negócios jurídicos nulos executados, os quais, por sua vez, podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais. Assim, a pretensão meramente declaratória de reconhecimento da nulidade, destinada a eliminar incertezas e dúvidas<sup>339</sup>, é, de fato, imprescritível, na forma do art. 169, podendo ser proposta a qualquer tempo, embora após o decurso de determinado lapso temporal não se possa mais desfazer os efeitos patrimoniais resultantes do negócio nulo.<sup>340</sup>

---

<sup>339</sup> Quanto ao objeto das ações e, conseqüentemente, sentenças declaratórias, Agnelo Amorim Filho esclarece que: “as sentenças declaratórias não dão, não tiram, não proíbem, não permitem, não extinguem e nem modificam nada. Em resumo: não impõem prestações, nem sujeições, nem alteram, por qualquer forma, o mundo jurídico. Por força de uma sentença declaratória, no mundo jurídico nada entra, nada se altera, e dêle nada sai. As sentenças desta natureza, pura e simplesmente, proclamam a *certeza* a respeito do que já existe, ou não existe, no mundo jurídico. É exatamente o princípio consagrado no nosso Código de Processo Civil quando trata de tais ações” (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Op. cit., p. 25). Giuseppe Chiovenda leciona, ainda, que “há, todavia, ações imprescritíveis. Assim a ação de divisão de bens comuns, porque a comunhão não é um estado antijurídico, do qual se tenha de reclamar a consolidação com o decurso do tempo, senão um estado perfeitamente jurídico. Assim a ação para reclamar o estado legítimo (Cód. Civil, art. 177), e, em geral as ações de mera declaração, porquanto não se destinam a fazer cessar um estado de fato contrário, em sentido próprio, mas a *declarar* qual é o estado de fato conforme ao direito, fazendo cessar a propósito o estado de incerteza.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I, p. 31).

<sup>340</sup> Confira-se, nesse sentido, a lição de Humberto Theodoro Junior: “A nulidade sujeita-se à ação declaratória e, como tal, não sofre efeitos da prescrição. Só as ações condenatórias prescrevem (perde-se a pretensão de exigir a prestação não cumprida). As ações constitutivas sujeitam-se a decadência, e não a prescrição porque não veiculam pretensão, mas apenas exercitam a faculdade de criar situações jurídicas novas durante determinado espaço de tempo (direito potestativo). Para as declaratórias não há prazo extintivo, simplesmente porque se destinam a eliminar incerteza jurídica, e a incerteza não desaparece só pelo decurso do tempo. Mas, se é certo que a nulidade, em si, não pode se sujeitar aos efeitos da prescrição, das situações que o negócio jurídico inválido cria podem perfeitamente decorrer pretensões que não de sofrer os efeitos naturais da prescrição (exemplo: restituição de bens ou preço, indenização de prejuízos, etc., as quais terão de submeter-se aos efeitos da prescrição). (...) É a situação criada, portanto, posteriormente ao negócio nulo, com produto de sua execução, que pode sofrer os efeitos extintivos da prescrição, não a nulidade em si mesma. Prescrita a pretensão de desfazer a situação criada pelo cumprimento das prestações derivadas do negócio inválido, perde-se o direito de manejar a ação de nulidade. Já então porque faltaria interesse para justificar a declaração de nulidade, porque esse reconhecimento não teria mais força para atingir as prestações realizadas e selada pelo decurso da respectiva prescrição. Depois de consolidada a situação ulterior ao negócio, pela prescrição ou pelo usucapião, a tardinha ação de nulidade somente viria conturbar a paz nas relações jurídicas, suscitando indesejados prejuízos à certeza e segurança em torno de situações consolidadas pelo longo transcurso de tempo. Por isso é que mesmo sendo imprescritível a ação de nulidade, deve ter-se como não mais manejável a ação voltada para a declaração de

Do mesmo modo, são imprescritíveis as pretensões relacionadas a situações extrapatrimoniais, que dizem respeito especialmente à tutela da personalidade, ao *status personae* e às relações de família, ou seja, direitos inatos à própria pessoa humana, oponíveis *erga omnes* e que, por isso, não tem prazo para serem exercidos.<sup>341</sup> A jurisprudência, nesse particular, parece não apresentar divergência, ressaltando que “não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.”<sup>342</sup>

Como sintetiza Gustavo Tepedino *et al.*, ao comentar o art. 169 do Código Civil, as “pretensões patrimoniais se submetem ao período prescricional do Código Civil, ao passo que as consequências extrapatrimoniais (...) encontram-se protegidas pela dicção do artigo em exame.”<sup>343</sup>

Conclui-se, portanto, que o tempo figura também como relevante critério a ser considerado pelo intérprete na ponderação de interesses e valores a ser realizada no caso concreto a partir do controle funcional da invalidade. E, à luz das considerações acima, o decurso do tempo funciona como elemento de estabilização das relações jurídicas, ao impor limites temporais ao exercício de pretensões derivadas de negócios jurídicos nulos e que estejam vinculadas a interesses eminentemente patrimoniais. Essa limitação, porém, não encontra justificativa para ser aplicada às situações existenciais, cujo objetivo é a realização

nulidade, em tais circunstâncias” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Op. cit., pp. 527-531).

<sup>341</sup> A respeito da imprescritibilidade dos direitos da personalidade: “Cabe agora indagar quais os direitos sujeitos à prescrição, ou, inversamente, que direitos escapam a ela. E à pergunta é jurídico responder que a *prescritibilidade é a regra, a imprescritibilidade, a exceção*. A prescritibilidade alcança todos os direitos subjetivos patrimoniais de caráter privado. Escapam-lhe aos efeitos aqueles direito que se prendem imediatamente à personalidade ou ao estado das pessoas. Os direitos à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral não se sujeitam a qualquer prescrição, em razão de sua própria natureza. Imprescritíveis são, igualmente, os modos de ser peculiares dos indivíduos, como o estado de filiação, a qualidade da cidadania, a condição conjugal. Por maior que seja o tempo decorrido de inatividade do titular, nunca perecerão os direitos respectivos que sempre se poderão reclamar as ações próprias, uma vez que não é lícita a constituição de um estado que lhes seja contrário” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 20. ed. Op. cit., p. 687). “Quanto aos chamados direitos da personalidade, a imprescritibilidade é característica unânime apontada pela doutrina, a imprescritibilidade lhes acompanha em todas as suas formas, pelos mesmos motivos que cercam os direitos da personalidade. O titular de situação existencial sempre poderá invocá-la, mesmo que por longo tempo deixe de usá-la.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Op. cit., p. 147). Confira-se, ainda, Marcos Bernardes de Mello: “No que diz respeito à prescrição das pretensões e ações é necessário considerar, antes de tudo, que há delas imprescritíveis, como as que se referem aos direitos da personalidade e aos concernentes aos estados pessoais”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Op. cit., p. 236).

<sup>342</sup> STJ, REsp nº 816.209/RJ, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.04.2007. V. também: “Imprescritibilidade das ações declaratórias, especialmente no caso, em que estão em causa direitos da personalidade e direitos humanos” (TJSP, Apelação nº 0347718-08.2009.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rui Cascaldi, j. 14.08.2012).

<sup>343</sup> TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Op. cit., p. 320.

direta da dignidade da pessoa humana, ou seja, o livre exercício de sua personalidade, o que, naturalmente, não pode estar sujeito a prazo para ser exercido.

É nesse contexto, portanto, que deve ser compreendido o campo de incidência do art. 169 do Código Civil, isto é, a imprescritibilidade dos efeitos restringe-se à tutela das situações existenciais.

## CONCLUSÃO

A partir de pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial efetuadas para a elaboração da presente dissertação, podem ser apresentadas as seguintes conclusões:

1. Constatou-se que, de fato, a teoria das nulidades representa no direito civil um problema que, desde antes da vigência do Código Civil de 1916, tem desafiado os juristas a buscar uma solução harmônica e satisfatória. Esse desafio, contudo, tem enfrentado uma série de dificuldades tanto na legislação, que é incompleta e não segue um critério terminológico preciso, quanto na doutrina, que não alcançou um consenso, uma uniformidade, em relação aos conceitos, causas, efeitos e consequências dos atos nulos e anuláveis.

2. Insere-se nesse contexto de controvérsias a construção científica clássica no sentido de que a nulidade, por ser um vício insanável, fundamentado em razões de ordem pública, conduziria à completa invalidade do negócio jurídico por ela atingido, não produzindo nenhum efeito (*quod nullum est nullumproduciteffectum*) entre as partes contratantes e em relação a todos que pudessem depender do negócio caso considerado válido. A ineficácia absoluta, portanto, tem sido considerada como o pressuposto para o entendimento de que o negócio jurídico nulo estaria imune a qualquer influência do tempo, de modo que a invalidade poderia ser alegada a qualquer momento. Esse entendimento, segundo alguns doutrinadores, teria sido reforçado pelo Código Civil de 2002 que estabeleceu no art. 169 que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação nem convalesce pelo decurso do tempo”.

3. Apesar de ter se mostrado atraente durante muitos anos pela praticidade em sua aplicação – já que bastaria ao intérprete definir se o vício incidente sobre o negócio jurídico seria hipótese de nulidade ou anulabilidade que as consequências daí decorrentes, especialmente o modo de atuar, estariam pré-determinadas –, a teoria clássica não tem explicado de forma satisfatória por que a sua rigidez é flexibilizada em diversas situações em que ordenamento considera necessário o reconhecimento da eficácia (total ou parcial) do negócio jurídico nulo. Essa circunstância, isto é, a ausência de um critério firme e seguro, fez com que surgissem diversas exceções à teoria das nulidades, evidenciando a ausência de sistematização da matéria.

4. Constatou-se, assim, que as dificuldades dessa construção dogmática são derivadas, em grande parte, do fato de a sua disciplina ter ficado por longo tempo estranha a qualquer análise funcional, que representa o procedimento metodológico que tem sido responsável pela releitura do direito civil à luz da tábua axiológica da Constituição. Isso

porque as características apontadas pela teoria clássica das nulidades decorrem de uma construção, ainda adotada hoje por muitos autores, baseada na taxatividade legal, isto é, num juízo valorativo apriorístico e estrutural das hipóteses – em tese, imutáveis – previstas em lei, configurando a nulidade uma infração tão grave, violadora da ordem pública, que não se poderia admitir a produção de quaisquer efeitos (diretos ou indiretos) do negócio jurídico inválido. Verifica-se, desse modo, que o mecanismo empregado pela teoria clássica não permite a consideração de valores ou interesses do caso concreto, afastando qualquer hipótese de modulação dos efeitos negociais.

5. É necessário, portanto, reler o dogma da ineficácia absoluta das nulidades, tendo em vista que, embora o negócio nulo possa não produzir exatamente o efeito visado pelas partes, pode gerar na prática efeitos e consequências que não podem ser ignorados pelo Direito e que sofrem, naturalmente, os efeitos do tempo, como, por exemplo, o da prescrição. Esse entendimento não reflete uma mudança de paradigma ou uma reviravolta nas premissas que fundamentam a teoria das nulidades. Representa, apenas, a adequação das referidas premissas à realidade jurídico-social que, inegavelmente, sofre reflexos de negócios que ostentam a aparência de válidos, mas que, na prática, contêm determinado vício que acarretaria sua nulidade.

6. Assim, após analisar criticamente as conclusões apontadas pela teoria clássica, que, além de partirem de premissas derivadas de um contexto histórico-social diverso, decorrem de uma leitura isolada e literal de dispositivos legais que reproduzem em seu texto regras consagradas antes da vigência do Código Civil de 1916, demonstrou-se a necessidade de se realizar uma análise funcional da teoria das nulidades, a qual deverá ser relida e interpretada à luz da nova ordem axiológica consagrada pela Constituição da República.

7. Nesse contexto, a perspectiva funcional, que leva em consideração os efeitos concretos do negócio, valorados (positiva ou negativamente) a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento, permite explicar de forma mais satisfatória o motivo pelo qual os efeitos de um mesmo ato inválido podem ser considerados, ora inadmissíveis, ora parcialmente reconhecidos, ora plenamente tutelados. Permite explicar também por que o tempo (além de outros valores) pode constituir um critério relevante a justificar a manutenção de certos efeitos decorrentes de negócios jurídicos inválidos.

8. A análise da teoria das nulidades sem vinculações apriorísticas com sua esquematização abstrata e suas exceções viabiliza a identificação de parâmetros para o juízo de merecimento de tutela sobre os atos de autonomia privada, em consonância com os princípios fundamentais do ordenamento.

9. A incidência da nulidade deixa de ser analisada unicamente sob sua perspectiva repressiva (estrutural), *i.e.*, como resposta do ordenamento à atividade desempenhada por sujeitos sem observância de requisitos de validade indicados como essenciais pela legislação, passando a ser considerada também sob o enfoque funcional, que será o responsável por definir a norma aplicável à situação concreta. Dessa forma, quando houver a determinação da sanção – nulidade –, esta deverá decorrer de uma ponderação atenta de princípios, valores e interesses envolvidos no caso concreto, à luz da tábua axiológica estabelecida na Constituição da República, devendo ser rechaçada qualquer aplicação automática de dispositivos previstos em lei. Ou seja, a sanção, para ser aplicada, deve estar plenamente justificada e de acordo com o pretendido pelo ordenamento, entendido este de modo unitário, individuado no caso concreto e considerado ainda sob o perfil estrutural e, principalmente, funcional.

10. Constatou-se, assim, que nada impede que o juiz, ao individuar a normativa do caso concreto a partir dos princípios e valores consagrados pela Constituição da República, prestigie a manutenção de certos negócios jurídicos nulos – ou apenas os seus efeitos, total ou parcialmente – quando os efeitos produzidos representarem a realização de um interesse social mais relevante do que a causa que justifica a invalidade, a qual, frise-se, não deve ser entendida apenas como estrutura repressiva, mas como instrumento funcionalizado. Ou seja, a resposta negativa e repressiva (sanção) que o ordenamento normalmente daria à invalidade deve ser ponderada e refletida em conjunto com as demais respostas (tutelas) conferidas àquela situação concreta pelo ordenamento – este compreendido de modo complexo e unitário, e não limitado a um dispositivo singular da lei.

11. Nesse sentido, para que se pudesse explicar a influência do tempo sobre os efeitos decorrentes de negócios nulos, demonstrou-se no segundo capítulo, a partir de situações extraídas do cotidiano e reiteradamente analisadas pela jurisprudência, que o controle funcional da invalidade pode ensejar uma eficácia diferenciada do negócio jurídico em relação àquela proposta por sua estrutura quando justificada por interesses mercedores de tutela.

12. Com o objetivo de tentar auxiliar a tarefa inerente à ponderação dos interesses e valores envolvidos no caso concreto, como decorrência da aplicação do controle funcional, foram propostos alguns critérios extraídos de situações que envolviam alguma hipótese de nulidade e cuja solução corroborou, ainda que indiretamente, o raciocínio e a perspectiva da proposta de controle funcional da invalidade.



13. O primeiro critério consiste na preeminência das situações existenciais em relação às patrimoniais e teve como referência o exemplo da “adoção à brasileira”, que tem parte do registro de nascimento falso, portanto, nulo, o qual, no entanto, segundo entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência, pode ter os seus efeitos preservados em virtude do melhor interesse da criança. Entende-se que, embora a hipótese envolva a nulidade de um registro de nascimento, o nobilíssimo fim ostentado pela adoção representa a realização de um interesse social mais relevante do que a causa por trás da invalidade, o que pode justificar a manutenção da situação e de todos os seus efeitos.

14. O segundo critério consiste na aplicação do princípio boa-fé objetiva que, através de sua função limitativa, poderá atuar no sentido de proibir o comportamento contraditório da parte que deu causa à invalidade e, posteriormente, invoca a existência do vício em seu benefício. Trata-se, como a doutrina e a jurisprudência reiteradamente reconhecem, de comportamento contraditório – *venire contra factum proprium* – que deve ser obstado por violação ao princípio da boa-fé objetiva. Entende-se, nessas hipóteses, que o interesse decorrente da tutela da confiança se sobrepõe ao interesse existente por trás da nulidade, impedindo-se, por conseguinte, o reconhecimento da invalidade.

15. O terceiro critério é a função social do contrato como fundamento para o princípio da conservação do negócio jurídico nulo. Demonstrou-se que este princípio foi consagrado no Código Civil através dos institutos da ratificação dos negócios anuláveis no art. 172, da conversão dos negócios nulos no art. 170 e da redução dos negócios parcialmente nulos no art. 184, representando a moderna tendência de se buscar, sempre que possível, a preservação dos negócios (anuláveis e nulos) e seus efeitos, de modo a proteger as pessoas que de boa-fé confiaram na estabilidade e segurança das relações jurídicas. Desse modo, é possível que um negócio jurídico válido, que descumpra a sua função social, deixe de receber a tutela do ordenamento. Por outro lado, um negócio nulo pode ser preservado pelo mesmo ordenamento se os efeitos dele decorrentes representarem a realização de um fim social digno de proteção.

16. Assim, o controle funcional da invalidade exige a ponderação entre o interesse existente por trás da nulidade e o interesse social decorrente dos efeitos produzidos pelo negócio nulo, devendo prevalecer, como se demonstrou, aquele que representar a realização de um fim social merecedor de tutela no contexto da legalidade inspirada nos valores fundamentais da Constituição, sendo certo que, dependendo do resultado desta ponderação, pode-se (i) declarar a nulidade do ato, desconstituindo seus efeitos; (ii) declarar a nulidade,

mantendo seus efeitos pretéritos; ou (iii) inadmitir a declaração de nulidade, conservando o ato em sua plena eficácia.

17. Demonstrado que o dogma da eficácia pode ser relativizado a partir do controle funcional da invalidade, caminhou a dissertação para a análise da influência do tempo (através do instituto da prescrição) sobre pretensões envolvendo efeitos de negócios jurídicos nulos. Verificou-se que, nesta hipótese, há um confronto entre dois institutos de igual relevância social e que tem como fundamento a ordem pública: a prescrição (paz social e segurança jurídica) e a nulidade (resguardo da ordem jurídica).

18. Constatou-se que parte da doutrina entende que após a vigência do Código Civil de 2002 deixou de haver qualquer dúvida quanto ao tema, já que o art. 169 seria claro ao estabelecer a impossibilidade de convalidação do ato nulo. No entanto, embora seja essa a redação do referido artigo, foi possível verificar que o legislador mitigou em certas matérias o tratamento usualmente conferido à nulidade (cf. arts. 48, 206, §3º, inciso VII, e 1.859 do Código Civil), contemplando prazos para o seu reconhecimento, o que permite concluir que a controvérsia não se encerrou.

19. Diante dessas circunstâncias, não é unânime na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a nulidade resiste ao passar do tempo e que a ação para impugnar o negócio jurídico nulo seria perpétua, sobretudo porque, como se demonstrou, do negócio inválido podem decorrer efeitos que serão preservados pelo ordenamento. A partir de uma análise dos principais entendimentos sobre o tema, manifestados desde a vigência do Código Civil de 1916 até a atualidade, constatou-se ao menos quatro correntes sobre a prescrição dos atos nulos, cujos entendimentos podem ser resumidos da seguinte forma: (i) a nulidade, por ser insanável e não convalidar com o tempo, seria imprescritível; (ii) ação de nulidade prescreveria no prazo máximo previsto no Código Civil; (iii) a ação declaratória de nulidade seria imprescritível, mas a desconstituição dos efeitos do ato nulo se sujeitaria ao prazo prescricional máximo de dez anos previsto no art. 205; e (iv) a ação declaratória de nulidade seria imprescritível, mas a desconstituição dos efeitos do ato nulo se sujeitaria aos prazos prescricionais específicos previstos no Código Civil.

20. Após analisar a evolução desses entendimentos, a dissertação demonstrou que o posicionamento que melhor se coaduna com o controle funcional da invalidade é aquele segundo o qual o art. 169 do Código Civil deve ser interpretado no sentido de que os efeitos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico nulo, e que lesionam, portanto, direitos subjetivos, prescrevem de acordo com os prazos do Código Civil, sendo a regra prevista no

art. 205 aplicável apenas na hipótese de não haver prazo específico para o efeito que se pretenda debelar.

21. Por outro lado, são imprescritíveis as pretensões relacionadas a situações extrapatrimoniais, que dizem respeito especialmente à tutela da personalidade, ao *status personae* e às relações de família, ou seja, direitos inatos à própria pessoa humana, oponíveis *erga omnes* e que, por isso, não tem prazo para serem exercidos.

22. Conclui-se, assim, que o tempo figura também como relevante critério a ser considerado pelo intérprete na ponderação de interesses e valores a ser realizada no caso concreto a partir do controle funcional da invalidade. E, à luz das considerações aduzidas na dissertação, o decurso do tempo funciona como elemento de estabilização das relações jurídicas, ao impor limites temporais ao exercício de pretensões derivadas de negócios jurídicos nulos e que estejam vinculadas a interesses eminentemente patrimoniais.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre, v. 8, n. 39, p. 52-78, dez./jun. 2006.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como poder jurídico. In: ESTUDOS jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 286-313.

\_\_\_\_\_. Autonomia Privada. *Revista CEJ*, Brasília, v. 3, n. 9, p. 25-30, set./dez. 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito civil*: introdução. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 49, n. 300, p. 07-37, out. 1960.

ANDRADE, Manuel António. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1966. V. I.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1983.V.II.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. II.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr.1998.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Campinas, SP: Servanda, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1949.V. I.

\_\_\_\_\_. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. atual. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1959.V. I.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas, SP: Servanda, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri, SP: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. *Civilística.com: Revista Eletrônica de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 2. n. 1, p. 01-04, jan./mar. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/utilidade-principios/>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Honra, liberdade de expressão e ponderação. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 563-614.

BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. Ineficácia. In: REPERTÓRIO Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.V. XXVII.

\_\_\_\_\_. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.V. III.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.V. III.

CASTRO NEVES, José Roberto de. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.V. XVIII.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.V. I.

CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*. 2. ed. actual. y amp. Buenos Aires: Astrea, 2004.

COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Quando se pódecontravir o proprio factio? *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo,a. 1, n. 1, p. 33-43, set. 1893.

DA COSTA, Dilvanir José. Filiação jurídica, biológica e socioafetiva. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 45, n. 180, p. 83-100, out./dez. 2008.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DICKSTEIN, Marcelo. *A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: Surrectio e Suppressio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.V. I.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1933, v. I, t. II.

FACHIN, Luiz Edson. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. XVIII.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Parentesco parabiológico. Fraternidade socioafetiva. Possibilidade jurídica. Efeitos que podem ensejar. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 388, p. 259-273, nov./dez. 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Magda Mendonça. *O venire contra factum proprium: obrigação de contratar e de aceitar o contrato nulo*. Coimbra: Almedina, 2008.

FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 61, n. 205, p. 22-25, jan. 1964.

FIUZA, César. Teoria das nulidades: em busca de novos horizontes. In: *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 257-278.V. I.

FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: Esboço*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952.V. I.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 8. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, v. I.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006.

GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1896.

\_\_\_\_\_. *Nullidades dos actos jurídicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1910, v. I.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GONDIM FILHO, Joaquim Guedes Correa. Nulidade relativa. *Revista de Jurisprudência Brasileira*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 140, pp. 142-151, mai. 1940.

GOZZO, Débora. *A ação de nulidade de venda a descendente*. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. A anulação do registro na adoção “à brasileira” e a dignidade do adotado. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 5, n. 5, pp. 11-21, jan./dez. 2005.

GRAU, Eros Roberto. “A música e o Direito”. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/a-musica-o-direito-12465403>>. Acesso em: 18 mai.2014.

\_\_\_\_\_. Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 282-288.

KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, pp. 03-26, abr./jun. 2006.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x Função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, pp. 33-75, jul./set. 2010.

\_\_\_\_\_. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KORESSAWA, Elayne da Silva Ramos Cantuária. *Controle jurisdicional da atividade administrativa: o decurso do tempo e suas implicações*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

LAMICELA, Mariella. *Lo ‘ius superveniens’ e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali: Il contratto tra controllo genetico e controllo funzionale*. Pádova: CEDAM, 2003.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. I.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Daprescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LEITE, Eduardo de Oliveira. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. XXI.

LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1967, v. I.

LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. I.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquim. *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*. Buenos Aires: AbeledoPerrot e Librería Histórica, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 339, pp. 45-56, jan. 2006.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, v. I.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I.

MARQUES, Ricardo Luiz Pereira. Crítica à clássica teoria geral das invalidades no direito privado brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 41, pp. 145-155, jan./mar.2008.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 325-360.

\_\_\_\_\_. *Teoria da invalidade e princípio da conservação dos atos jurídicos*. 2003. 185f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Léon; CHABAS, François. *Derecho Civil: Obligaciones*. Tradução de Luis Andorno. Buenos Aires: Zavalia, 1997, t. I.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 307-324.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: Plano da validade*, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. I.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros; MONTEIRO, Ralpo Waldo de Barros; MONTEIRO, Ronaldo de Barros; MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Alienação do poder de controle em sociedades limitadas como compra e venda mercantil. Compra e venda entre ascendentes e descendentes. Nulidade e anulabilidade. Negócios indiretos, simulação e fraude à lei. Semelhanças e distinções entre as figuras. Negócios jurídicos com interpostas pessoas. Prescrição e decadência. Sua função e inexistência no caso concreto. Ações declaratórias, condenatórias e constitutivas e os critérios de determinação de sua extinção pelo decurso de prazo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, n. 37, pp. 273-319, jan./mar. 2009.



OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 24, n. 71, pp. 154-215, nov. 1997.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012, v. II. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/mlcc/pdf/mlcc\\_v2\\_ed1.pdf](http://www.senado.gov.br/publicacoes/mlcc/pdf/mlcc_v2_ed1.pdf)>. Acesso em 11 mai.2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. I.

\_\_\_\_\_. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo:Atlas, 2008, pp. 01-11.

\_\_\_\_\_. *Manuale di Diritto Civile*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

\_\_\_\_\_. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. IV.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, t. IV.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. VI.

REALE, Miguel. O Código Civil após um ano de vigência. In: GOZZO, Débora; ALVES, José Carlos Moreira; REALE, Miguel. (Coord.). *Principais controvérsias no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 01-08.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1915, v. I.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

\_\_\_\_\_. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. XVII.

ROLLAND, Louise. 'Quiditcontractuel, ditjuste.' (Fouillée) ... entrosipetitsbonds, à reculons. *McGill Law Journal*, Montreal, pp. 765-780, 2006.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 36, pp. 54-104, out./dez. 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1985.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Venire contra factum proprium e interpretação de estatuto social*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, pp. 209-224, out./dez. 2009.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidez do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pp. 353-383.

SOUZA, Sylvio Capanema de. Dos contratos no novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, pp. 90-99, out./dez. 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre a patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.) *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 03-24, v. III.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1965.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 473-518.

\_\_\_\_\_. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 03-20, t. II.

\_\_\_\_\_. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n.2, editorial, abr./jun. 2000.

\_\_\_\_\_. *Fato, ato, atividade e negócio jurídico* (no prelo) – obra cedida pelo autor.

\_\_\_\_\_. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 03-19, t. III.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 395-405.

\_\_\_\_\_. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 356-371.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 01-23.

\_\_\_\_\_. Prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos. In: *Soluções Práticas de direito: pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 573-592, v. I. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. I.

THEODORO JUNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. I.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 45. ed. Pádova: CEDAM, 2012.

VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*, v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. I.

VIANA, Marco Aurelio Sá. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 76, n. 271, pp. 45-51, jul./set. 1980.

VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil: Teoria General del Derecho Civil Aleman*. Buenos Aires: Depalma, 1947, v. II, t. I.