

## Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis\*

Eduardo Nunes de SOUZA\*\*

*“E pur si muove!”*

– GALILEO GALILEI\*\*\*

**RESUMO:** O regime legal das invalidades negociais, longe de decorrer de mero arbítrio do legislador ou de alguma lei natural e imutável, origina-se de uma intensa preocupação com o controle valorativo dos efeitos jurídicos produzidos pela autonomia privada. Esse controle foi iniciado, em abstrato, pelo legislador, ao prever as causas de invalidade, e há de ser completado pelo julgador, levando em conta os interesses e valores incidentes sobre o caso concreto. Partindo dessas premissas, o presente artigo propõe a superação do pensamento exclusivamente estrutural na matéria, particularmente com o abandono dos planos de análise do negócio jurídico – a chamada escala ponteana – e com a flexibilização da separação rígida entre as categorias da nulidade e da anulabilidade. Ao final, sustenta-se a possibilidade de o julgador modular, diante do caso concreto, as consequências oriundas do regime legal das invalidades negociais a partir do prisma dos efeitos produzidos pelo ato.

**PALAVRAS-CHAVE:** Invalidade; nulidade; anulabilidade; ineficácia; negócio jurídico; análise funcional; direito civil-constitucional.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: a invalidade negocial como uma questão de eficácia; – 2. Por uma noção útil de eficácia: crítica aos planos de análise ponteanos; – 3. Crise da distinção rígida entre nulidade e anulabilidade sob a perspectiva do controle valorativo da eficácia; – 4. Proposta de método para a modulação de efeitos de negócios inválidos; – 5. Considerações finais; – 6. Referências bibliográficas.

**TITLE:** *A Functional View of the Invalidity of Legal Acts: Proposition towards the Modulation of Effects in Invalid Private Acts*

**ABSTRACT:** *The legal rules about the invalidity of legal acts, far from deriving from an arbitrary decision by the legislator or from some natural and unchangeable law, have their origin in an intense preoccupation on the evaluative control over legal effects produced by private autonomy. The legislator has initiated such a control, in abstract, as the law establishes the causes of invalidity, and the judge must complete it, taking into account all interests and values that may interfere with the concrete case. Based on such premises, this work proposes the overcoming of the exclusively structural thought in the subject, with the abandonment of the degrees of analysis of legal acts and the flexibilization of the strict separation between invalidity and revocability. This work also defends the possibility of judicial modulation of the consequences imposed by the legal rules about the invalidity of private acts, through the perspective of the effects produced by the act.*

---

\* Este artigo resulta da tese de doutoramento intitulada *Por uma perspectiva funcional das invalidades do negócio jurídico*, orientada pela Prof<sup>a</sup>. Maria Celina Bodin de Moraes e defendida pelo autor perante banca examinadora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em fevereiro de 2016. O autor agradece ao Prof. Rodrigo da Guia Silva pela imprescindível revisão crítica do texto original e pela sempre profícua reflexão conjunta, que tanto contribuíram para o aprimoramento deste trabalho.

\*\* Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Assessor jurídico junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *E-mail:* eduardo.souza@uerj.br.

\*\*\* Atribui-se a Galileu a frase “E, no entanto, ela se move!”, que teria sido pronunciada pelo cientista pisano (em referência ao movimento translato do planeta Terra) após sua renúncia ao heliocentrismo perante o Tribunal da Santa Inquisição em 1633.

**KEYWORDS:** *Invalidity; revocability; inefficacy; legal act; functional analysis; constitutionalized private law.*

**CONTENTS:** *1. Introduction: legal acts' invalidity as a matter of efficacy; – 2. Toward a useful notion of efficacy: critique of Pontes de Miranda's degrees of analysis; – 3. Crisis in the strict distinction between invalid and revocable acts under the perspective of the evaluative control of efficacy; – 4. Proposal of method for the modulation of legal acts' effects; – 5. Final remarks; – 6. References.*

**TITRE:** *Une relecture fonctionnelle des invalidités de l'acte juridique: proposition vers la modulation des effets des actes nuls e annullables*

**RÉSUMÉ:** *Le régime legal des invalidités de l'acte juridique, loin de découler d'un simple arbitre du législateur ou de quelque loi naturelle et imutable, a son origine dans une intense préoccupation à propos du jugement de valeur sur les effets produits par l'autonomie privée. Ce contrôle a été commencé par le législateur en abstrait, quand il a prévu les causes d'invalidité, et doit être complété par le juge, en considérant les intérêts et les valeurs incidents sur le cas concret. À partir de ces prémisses, cet étude propose qu'il faut surmonter la pensée purement structuraliste dans cette matière, particulièrement avec l'abandon des plans d'analyse de l'acte juridique et avec la flexibilisation de la separation rigide entre les catégories de la nullité et de l'annullabilité. À la fin, on soutien la possibilité de modulation des conséquences originées du régime legal des invalidités par le juge, devant chaque cas concret, à partir du prisme des effets produits par l'acte juridique.*

**MOTS-CLÉS:** *Invalidité; nullité absolue; nullité relative; annullabilité; acte juridique; analyse fonctionnelle; droit civil constitutionnalisé.*

**SOMMAIRE:** *1. Introduction: l'invalidit  comme une question d'efficacité; – 2. Vers une notion utile d'efficacité: critique des plans d'analyse de Pontes de Miranda; – 3. Crise de la distinction rigide entre nullit  et annullabilité sous la perspective du jugement de valeur des effets; – 4. Proposition de méthode pour la modulation des effets des actes juridiques; – 5. Considérations finales; – 6. R f rences.*

**TITOLO:** *Una prospettiva funzionale delle invalidit  del negozio giuridico: proposta verso la modulazione degli effetti dei negozi nulli e annullabili*

**RIASSUNTO:** *Il regime legale delle invalidit  negoziali, lontano di risultare di mero arbitrio del legislatore o di qualche legge naturale e immutevole, si origina di una intensa preoccupazione con il controllo valorativo degli effetti giuridici prodotti per l'autonomia privata. Questo controllo   stato iniziato, in astratto, per il legislatore, quando prevede le cause di invalidit , e deve essere completato per il giudice, considerando gli interessi ed i valori incidenti sul caso concreto. Sulla base di queste premesse, il presente lavoro propone il superamento del pensiero esclusivamente strutturale nel tema, particolarmente con il abbandono dei piani di analisi del negozio giuridico e con l'attenuazione della separazione rigida tra le categorie della nullit  e dell'annullabilit . Alla fine, il lavoro sostiene la possibilit  di il giudice modulare, davanti al caso concreto, le conseguenze derivanti dal regime legale delle invalidit  negoziali sulla base del prisma degli effetti prodotti dall'atto.*

**PAROLE-CHIAVE:** *Invalidit ; nullit ; annullabilit ; negozio giuridico; analisi funzionale; diritto civile-costituzionale.*

**SOMMARIO:** *1. Introduzione: l'invalidit  negoziale come una questione di efficacia; – 2. Per una nozione utile di efficacia: critica ai piani di analisi di Pontes de Miranda; – 3. Crise della distinzione rigida tra nullit  e annullabilit  sotto la prospettiva del controllo valorativo dell'efficacia; – 4. Proposta di metodo per la modulazione di effetti di negozi invalidi; – 5. Considerazioni finali; – 6. Riferenze.*

## 1. Introdução: a invalidade negocial como uma questão de eficácia

Deve-se a Pontes de Miranda a popularização de diversas construções dogmáticas indissociáveis da história do direito civil brasileiro. Dentre essas teorias, uma das mais festejadas consiste, provavelmente, nos planos de análise do negócio jurídico.<sup>1</sup> Trata-se de teoria de inegável interesse didático, herdeira de algumas raízes romanas, mas efetivamente forjada a partir do século XIX.<sup>2</sup> A construção, por vezes dita *escala ponteana* em referência ao autor, sustenta que os negócios deveriam primeiramente ter averiguada sua *existência* (a apresentação de elementos constitutivos essenciais) para que, em seguida, fosse possível analisar sua *validade* (aptidão para a produção de efeitos, pelo preenchimento de requisitos que qualificam tais elementos) e, depois, sua *eficácia* (ausência de óbices externos para a produção de efeitos).<sup>3</sup>

A prática jurisprudencial e as opções legislativas, contudo, distanciaram-se pouco a pouco de muitas das soluções propostas por essa teoria, no que foram seguidas (por vezes, até mesmo precedidas) pela doutrina. De fato, embora atraentes por sua aparente praticidade, os degraus da escala, cartesianos em sua precisão,<sup>4</sup> pareciam não explicar um sem-número de situações nas quais se mostrava razoável sustentar a eficácia (plena ou parcial) ou, diversamente, a ineficácia do negócio jurídico, ao arropio de maiores considerações quanto à sua existência ou validade. Submergiu-se, desse modo, em um oceano de exceções à regra, de soluções *ad hoc* propostas pelo legislador, pela doutrina ou pela jurisprudência à luz de *fattispecie* particulares, ao argumento de que disciplina

<sup>1</sup> Uma análise detalhada da contribuição de Pontes de Miranda é traçada por Jan Peter SCHMIDT: “[...] não há dúvidas quanto à influência de uma das mais conhecidas construções de Pontes de Miranda, isto é, de sua distinção rigorosa entre os três planos do negócio jurídico: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Ainda que o redator José Carlos Moreira Alves tivesse rejeitado a proposta de construir a parte geral do novo Código Civil de 2002 com base nessa tricotomia, em âmbito doutrinário ter-se-ia assistido ao enorme sucesso da construção ponteana. Nela se sustentam o estudo de Junqueira de Azevedo, que porta a tricotomia já no título, e a obra de Bernardes de Mello, que inclusive dedicou um Vol. próprio a cada plano. Mas também os manuais de direito civil da nova geração baseiam-se, praticamente todos, na tricotomia, ou pelo menos a reverenciam” (Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia ‘existência, validade e eficácia do negócio jurídico’. *Revista Fórum de Direito Civil*. Ano 3. N. 5. Belo Horizonte: Fórum, jan.-abr./2014, p. 137).

<sup>2</sup> Período em que começou a se difundir, pela obra de ZACHARIAE, a noção de negócios jurídicos inexistentes (*Le droit civil français*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: Auguste Durand, 1854, p. 166).

<sup>3</sup> Assim define PONTES DE MIRANDA: “Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não há de se afirmar nem de se negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, não há nada que possa ser válido ou inválido” (*Tratado de direito privado*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 6).

<sup>4</sup> A demonstrar o apreço da doutrina por tal facilidade didática, Antônio Junqueira de AZEVEDO: “o aparentemente insolúvel problema das nulidades está colocado de pernas para o ar. É preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isto, a inexistência, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas” (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25).

diversa violaria a lógica jurídica ou os próprios valores do sistema.<sup>5</sup> Diante das frequentes exceções, passou-se a afirmar que, se houvesse uma matéria capaz de pôr em xeque o caráter sistemático do direito civil, ela seria, provavelmente, a teoria das invalidades.<sup>6</sup>

Uma das prováveis causas desse descompasso consiste na aparente impermeabilidade da teoria dos planos negociais à análise funcional dos institutos jurídicos – pressuposto metodológico do projeto de reunificação e reconstrução do direito civil à luz da tábua axiológica constitucional.<sup>7</sup> Analisar qualquer categoria jurídica pelo prisma de sua função significa levar em consideração seu aspecto dinâmico, consubstanciado nos efeitos dela decorrentes e nos valores e interesses que justificam seu reconhecimento pelo ordenamento.<sup>8</sup> Contraditoriamente, a matéria que tem ao menos um terço de sua teoria construída em torno da “eficácia” dos atos (portanto, em tese, seu aspecto dinâmico) parece não ter recebido ainda uma análise funcional mais detida.

De fato, os planos de análise do negócio jurídico levam a extremos uma das mais marcantes características da teoria das nulidades,<sup>9</sup> seu real núcleo teórico: a natureza estática. Tradicionalmente, as invalidades costumam ser atreladas ao perfil estrutural do ato.<sup>10</sup> Eram previstas, em sua origem, sob um princípio de legalidade estrita,<sup>11</sup>

<sup>5</sup> A respeito do crescimento em importância das exceções à teoria clássica das invalidades, aduz Pietro PERLINGIERI: “É indicativa a radical mudança de postura realizada nos últimos anos em relação às patologias negociais. Da contraposição nítida entres as figuras de nulidade e 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 derogar a disciplina da anulabilidade” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 373-374).

<sup>6</sup> Sobre as dificuldades de sistematização da matéria, v. Caio Mário da Silva PEREIRA: “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” (*Instituições de direito civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: GEN, 2014, pp. 540-541). Observa, ainda, Francisco AMARAL que a construção teórica da invalidade negocial “ressente-se hoje da impossibilidade de uma perfeita sistematização” (*Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 510).

<sup>7</sup> A necessidade de uma análise funcional do direito civil é enfatizada por PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 358-359.

<sup>8</sup> A esse propósito, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, vol. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2013, item 1.

<sup>9</sup> O termo “teoria das nulidades” costuma ser empregado em sentido lato, para abranger todas as invalidades do negócio jurídico. A respeito, cf., dentre outros: AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 510; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., p. 540.

<sup>10</sup> Afirma-se, sobre a invalidade do negócio jurídico, “que a sua configuração vai prender-se à sua estrutura” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., p. 528).

<sup>11</sup> A exigência de previsão legal estrita da nulidade predominaria por muito tempo e seria apenas parcialmente superada com a admissão das chamadas *nulidades virtuais*, que continuam a exigir alguma previsão legal que as fundamente, como leciona Francesco GALGANO: “não se exige, que um contrato seja nulo, que a nulidade seja prevista pela lei como consequência da violação de uma norma imperativa; basta que uma norma imperativa tenha sido violada. [...] É a assim chamada nulidade virtual, que supera o antigo princípio da nulidade textual, segundo a máxima da mais antiga jurisprudência francesa: *pas de nullité sans texte*” (*Il negozio giuridico*. In CICÙ, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi; SCHLESINGER, Piero (Coord.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 267. Tradução livre).

taxativamente listadas por lei conforme faltassem certos requisitos à vontade, ao objeto ou à forma negociais. Esse mecanismo não abria margem à consideração de valores ou interesses no caso concreto, capazes de afetar os efeitos do ato. *Tertium non datur*: ou bem o negócio preenchia todos os requisitos e estava apto a produzir efeitos, ou lhe faltava algum requisito e se lhe negava eficácia. A popularidade da escala ponteano decorreu justamente da objetividade que lhe foi legada pela teoria das nulidades.

Em sua origem, porém, a invalidade negocial traduz grande preocupação valorativa.<sup>12</sup> Não por acaso, afirma-se ainda hoje que a nulidade consistiria em vício tão nocivo à ordem pública, que daí decorreria a mais severa das sanções que o ato poderia receber – sua completa ineficácia.<sup>13</sup> O ordenamento não poderia admitir a produção de efeitos por um ato frontalmente contrário a ele. Esse tipo de raciocínio foi seguido pelo legislador ao prever todas as causas de nulidade. Ponderou ele (logicamente, em abstrato)<sup>14</sup> os principais valores afetados pelo exercício da autonomia privada. Por vezes, ao perceber que certos atos, relativamente frequentes, violavam algum interesse relevante, previu uma vedação ao próprio conteúdo desses atos, criando tacitamente uma causa de nulidade. Em outras ocasiões, considerou que a melhor forma de tutela consistia em lançar mão de características do próprio ato como índices de conformidade ao sistema – a capacidade das partes, a licitude dos motivos declarados, a higidez da vontade. Como nem todos os atos comprometiam com a mesma gravidade a axiologia jurídica, graduou-lhes, ainda, a eficácia temporal, a oponibilidade contra certas pessoas e assim por diante.

Cristalizadas na estrutura da regra positivada, tais considerações resistem ao teste do tempo, na forma das tradicionais causas legais de nulidade. Auxiliam o processo de interpretação-aplicação do direito – que, do contrário, teria apenas a incidência direta dos princípios jurídicos sobre os elementos do caso concreto como *modus operandi*. De

<sup>12</sup> Como aduz Raffaele TOMMASINI, as nulidades operam como “índice do juízo de merecimento de tutela dos interesses programados pelas partes em relação aos valores perseguidos pela comunidade” (Nullità (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978, p. 876. Tradução livre).

<sup>13</sup> V., por todos, RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 285.

<sup>14</sup> Embora a noção de ponderação, muito difundida no direito constitucional brasileiro, diga respeito, em regra, à técnica que o julgador emprega na solução de casos concretos (para a doutrina constitucionalista, normalmente diante de *hard cases*; para o direito civil-constitucional, a rigor, durante o perene esforço de unificação hermenêutica do ordenamento), nada impede que se cogite também de uma ponderação em abstrato – realizada, por exemplo, pelo legislador. A respeito, aduz Ana Paula de BARCELLOS: “Na medida em que a ponderação vai sendo forjada em abstrato ou preventivamente, por meio da discussão de casos hipotéticos ou passados, o juiz terá balizas pré-fixadas quando se defrontar com casos reais. Esse conjunto de ideias conduz à formulação de dois momentos para a ponderação ou de duas modalidades de processo ponderativo, que podem ser denominadas ponderação preventiva ou abstrata e ponderação real e concreta” (*Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 146-147). Tal lição, de grande interesse para este estudo, apenas discrepa da ótica civil-constitucional na medida em que supõe que certos casos, ditos “simples”, poderiam ser resolvidos em abstrato e aplicados de forma substantiva ao caso concreto. Sobre o espaço de aplicação da subsunção e da ponderação no direito civil-constitucional, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito privado. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014.

fato, a aplicação da regra infraconstitucional à luz da axiologia do sistema é sempre preferível, quando possível, à aplicação direta desses princípios.<sup>15</sup> Porém, a exasperação do papel do texto legislado, promovida pela hermenêutica mais tradicional, baseada no raciocínio silogístico e na subsunção, consiste no efeito adverso da técnica legislativa regulamentar: o dispositivo legal, que poderia auxiliar o intérprete na individualização da normativa do caso concreto, acaba se tornando, em vez disso, sua clausura.

Com a teoria das nulidades não poderia ter sido diferente. Também nesse setor, sentiu o intérprete a necessidade de, libertando-se da rígida estrutura legal,<sup>16</sup> individualizar, para certos casos concretos, a normativa mais consentânea com os valores do ordenamento, diante de hipóteses para as quais o abstrato esquema legislado não apresentava soluções axiologicamente adequadas. Isso levou a doutrina a identificar casos em que a teoria das nulidades não explicava satisfatoriamente os efeitos que *deveriam* decorrer de alguns negócios inválidos, sob pena de se produzirem injustiças tão severas quanto aquelas que a lei pretendia evitar impondo sua ineficácia.<sup>17</sup> De fato, partindo do pressuposto de que o direito apenas se materializa à luz do caso concreto,<sup>18</sup> a ponderação abstrata feita pelo legislador jamais poderia figurar como parâmetro único para indicar quais efeitos seriam merecedores de tutela em cada negócio jurídico, constituindo tão somente o ponto de partida de uma análise que cabe, fundamentalmente, ao julgador.

Nesse cenário, têm-se admitido diversas hipóteses de eficácia de atos nulos no direito civil contemporâneo.<sup>19</sup> Em progressiva mitigação da sistemática geral, cada vez mais o intérprete parece partir dos efeitos negociais que pretende preservar ou suprimir para, em seguida, proceder à qualificação do vício, em um pensamento indutivo que, de modo

<sup>15</sup> Cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 589-590.

<sup>16</sup> “Percebe-se melhor que a lei não pode ter previsto tudo; reconhece-se o que há de artificial em certas construções; desconfia-se de certos procedimentos escolásticos, da lógica pura; busca-se fazer penetrar mais justiça, dar um lugar mais amplo ao bom senso no raciocínio jurídico. O direito se torna mais vivo: sob os institutos, busca-se ver a luta dos interesses, as relações tão complexas dos homens”; “tentativas mais ou menos vagas ou parciais se manifestam contra uma organização estrita demais da nulidade, no direito francês e no direito estrangeiro, na doutrina e na legislação – na jurisprudência sobretudo, que fornece em boa hora exemplos disso, porque está localizada mais próximo dos fatos cheios de nuances, das espécies tão diversas, dos obstáculos práticos ao absoluto dos princípios” (JAPIOT, René. *Des nullités en matière d’actes juridiques: essai d’une théorie nouvelle*. Paris: LGDJ, 1909, pp. 137-138. Tradução livre).

<sup>17</sup> Embora distante do juízo de merecimento de tutela proposto pela metodologia civil-constitucional, VALLE FERREIRA já aludia a valores juridicamente relevantes ao indicar o caráter “equitativo” dessa flexibilização das nulidades, “abrandadas por uma questão de oportunidade, quando o legislador, mais empenhado na composição dos interesses humanos, quis reduzir as consequências lógicas daquele princípio para, por motivo de utilidade pública, admitir a possibilidade de uma sanção mais ou menos enérgica, segundo a maior ou menor importância da norma então contrariada” (Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Ano XIV. N. 3. Belo Horizonte: out./1963, p. 30).

<sup>18</sup> Trata-se da noção de ordenamento do caso concreto proposta por PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 297.

<sup>19</sup> Processo que ocorreu, igualmente, em sistemas estrangeiros, como já relatava, no ordenamento italiano, PIGA, Emanuele. Nullità (in genere). In: D’AMELIO, Mariano (Coord.). *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. VIII. Torino: UTET, 1939, p. 1147.

geral, caracterizou a construção do já aludido “âmbito de exceções” na teoria das nulidades. Em uma palavra, o julgador parece regular a eficácia do ato, ou opta pela total ineficácia, e só depois busca a fundamentação nos planos de análise – o que logra fazer na maioria dos casos, como ser verá, mas nem sempre. Esse impulso desordenado, tão indesejável quanto compreensível, pode ser explicado a partir da tensão entre estrutura e função dos institutos jurídicos. Costuma-se afirmar que a função condiciona a estrutura,<sup>20</sup> de modo que a norma aplicável somente se identifica após a análise dos valores e interesses tangenciados por certo fato ou situação. Aplicado esse mecanismo à teoria das nulidades, constata-se que, por vezes, não há estrutura (regime legal típico da nulidade ou da anulabilidade) compatível com a análise funcional empreendida, isto é, capaz de apresentar soluções valorativamente satisfatórias para os efeitos do ato.<sup>21</sup>

Mostra-se, por outro lado, evidente a relevância (e também o sucesso, em boa parte dos casos) dos mecanismos previstos pelo legislador para a disciplina das invalidades. O que se constata é, apenas, sua insuficiência.<sup>22</sup> Vale dizer: a classificação dos atos inválidos como nulos ou anuláveis revela-se de grande valia para o intérprete, mas a disciplina legalmente prevista para tais categorias deve ser apenas o início do trajeto a ser percorrido pelo julgador, a quem incumbe interpretá-las e aplicá-las na unidade sistemático-teleológica do ordenamento.<sup>23</sup> O caminho, portanto, parece repousar não no abandono de tais categorias, muito menos na sua aplicação desordenada, mas na sua sistematização à luz de critérios funcionais, integrando-as a uma metodologia que parte do estudo da eficácia, e não da simples busca de vícios estruturais que inquinem o ato. O enfoque funcional permite, assim, explicar por que os efeitos de um ato em princípio inválido podem ser considerados, em concreto parcial ou totalmente admissíveis.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Leciona, a respeito, Pietro PERLINGIERI: “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*” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 118).

<sup>21</sup> Com efeito, René JAPIOT, um dos expoentes da teoria crítica das nulidades negociais na França, tecia severa crítica à doutrina clássica na matéria, ao denunciar sua artificialidade e desprezo pelo caso concreto: “O sistema clássico seduz por sua unidade, sua elegância, a harmonia das partes que o compõem, o belo encadeamento de suas deduções [...]. Mas ele tem sobretudo os defeitos de suas qualidades: ele apenas apresenta o regime das nulidades sob essa forma elegante e clara tomando por ponto de partida certas concepções nascidas da imaginação dos teóricos, e violentando as realidades objetivas para lhes atribuir uma simplicidade puramente artificial” (*Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., p. 156. Tradução livre).

<sup>22</sup> Caio Mário da Silva PEREIRA reconhecia o valor da teoria clássica das nulidades, mas recomendava “bom senso” em sua aplicação: “se falta absoluto rigor à teoria clássica, nenhuma outra foi encontrada, estabelecida ou esboçada para substituí-la, e, pois, o que se deve ter presente é que os conceitos tradicionais ainda são e devem ter-se por constitutivos de um sistema conveniente. Tem dado bons resultados, bastando comedido e bom senso na sua aplicação” (*Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., pp. 541-542).

<sup>23</sup> A noção de ordenamento jurídico como um sistema teleológico-axiológico é esclarecida por CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., pp. 66 e ss.

<sup>24</sup> Ressalta 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”; assim, reforça-se a ideia “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” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 374-375).

Apreciando-se a concreta eficácia negocial, sem vinculações *a priori* com os esquemas abstratos e suas supostas exceções, torna-se possível identificar critérios para a valoração dos atos de autonomia, em consonância com os princípios fundamentais do sistema. Nesse sentido, as regras previstas em lei sobre nulidade e anulabilidade oferecem tão somente a presunção de que certa disciplina deva ser aplicada ao ato inválido – presunção esta que, na maior parte dos casos, não sofre alterações mesmo após a adequada interpretação e aplicação da disciplina legal à luz da axiologia do sistema.<sup>25</sup> Por outro lado, para que um ato inválido possa produzir efeitos dissonantes daqueles permitidos pela norma positiva, impõe-se ao intérprete ônus argumentativo muito mais intenso, a ser levado a cabo à luz do caso concreto, a partir de uma análise valorativa e funcional.<sup>26</sup> Como leciona 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>27</sup>

Em outras palavras, a identificação dos parâmetros de valoração da eficácia negocial pode conduzir à reordenação sistemática das invalidades sob o prisma funcional, oferecendo critérios ao julgador para a modulação dos efeitos negociais e restabelecendo a segurança jurídica perdida com o tratamento casuístico e fragmentado que se tem conferido ao tema. Cabe, portanto, à doutrina cumprir seu papel de orientação e sistematização do trabalho jurisprudencial,<sup>28</sup> arejando o tratamento estruturalista que ainda domina o tema.<sup>29</sup> Cumpre, assim, partindo-se dos casos de invalidade previstos em lei como indicadores iniciais desse juízo sobre os efeitos negociais, construir um sistema coerente e unitário, capaz de abarcar também os casos de eficácia que não se encaixam nos moldes rígidos da teoria tradicional – não como exceções, mas como parte de um mesmo conjunto de valores.

<sup>25</sup> Não se afirme, porém, que tal procedimento constitua ameaça à segurança jurídica. Esta, “longe de se ater ao texto legal isoladamente considerado, deve ser reconstruída na vinculação do magistrado ao ordenamento como um todo, incorporando, em cada decisão, devidamente fundamentada, os valores e princípios que definem a unidade do sistema” (TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de Código Civil e a abertura do olhar do civilista. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 49. Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar./2012, p. 103).

<sup>26</sup> Pietro PERLINGIERI ressalta a relevância do perfil da eficácia em matéria de invalidade: “nem sempre a violação da forma legal provoca a nulidade”; “do mesmo modo como a inderrogabilidade representa não o dado inicial, mas o resultado da interpretação, assim a determinação da sanção (nulidade – e diversa graduação das suas consequências –, anulabilidade ou ineficácia) é o resultado de uma atenta consideração dos valores e interesses envolvidos: 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” (*Perfis do direito civil*, cit., p. 291).

<sup>27</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 374.

<sup>28</sup> Sobre o papel da doutrina no sistema romano-germânico, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Professores ou juízes?. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

<sup>29</sup> Segundo PERLINGIERI, deve-se analisar o formalismo legal à luz dos interesses que ele garante: “A utilização da forma legal responde a uma política do direito que, tanto nas vicissitudes constitutivas quanto naquelas modificativas, regulamentares ou extintivas da relação, tende a garantir, tutelar e promover interesses mais merecedores de tutela; principalmente se respondem às exigências de sujeitos que no âmbito do sistema têm um estatuto de favor e em relação aos quais justifica-se ainda mais a atenção do legislador ordinário. Desse modo, não é suficiente constatar a existência ou a inexistência da forma, mas é necessário, também, perguntar-se a que serve” (*Perfis do direito civil*, cit., pp. 297-298).

## 2. Por uma noção útil de eficácia: crítica aos planos de análise ponteanos

O que se deve entender por *eficácia* do negócio jurídico? De modo geral, a expressão tem sido associada ao terceiro plano de análise da escala ponteano. O dito *plano da eficácia* entra em cena uma vez que o ato preencha todos os pressupostos de existência e atenda a todos os requisitos de validade.<sup>30</sup> Existente e válido, diz-se que o ato está apto a produzir efeitos; esse potencial de eficácia, porém, pode não se concretizar (ao menos de início), em particular se houver alguma cláusula que obste a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas pelo ato. Assim, o estudo do plano da eficácia é quase sempre reduzido à *não produção imediata* dos efeitos típicos pelo ato – de ordinário, em decorrência de uma condição suspensiva ou de um termo inicial.<sup>31</sup> Essa redução, justificada pela chamada “técnica de eliminação progressiva” (segundo a qual só passariam ao exame da eficácia os atos válidos, pois não interessariam ao plano da eficácia eventuais efeitos, imprevistos pelas partes, decorrentes de uma invalidade),<sup>32</sup> pouco contribui para esclarecer o tema. A noção de eficácia parece ser muito mais ampla.

De fato, as chamadas modalidades do negócio jurídico (condição, termo e encargo) não passam de elementos acidentais do ato, no âmbito da vetusta classificação que alude aos termos *essentialia*, *naturalia* e *accidentalia negotii*.<sup>33</sup> Isso significa que tais cláusulas

---

<sup>30</sup> Segundo Marcos Bernardes de MELLO, a constatação das muitas possibilidades de eficácia e ineficácia “levou Pontes de Miranda a propor a estruturação do mundo jurídico em três planos: da existência, da validade e da eficácia, nos quais se desenvolve a vida dos fatos jurídicos, consideradas todas as vicissitudes a que estão sujeitos. No plano da existência entram todos os fatos que recebem a incidência juridicizante da norma jurídica. Portanto, concretizado suficientemente o suporte fático, a norma jurídica que o prevê incide e lhe dá entrada no mundo jurídico no plano da existência, sem exceção. Em se tratando de atos jurídicos, *lato sensu*, estes passam para o plano da validade, onde será aferida a sua perfeição: se são válidos ou se são inválidos. Sendo válido, o ato jurídico passa ao plano da eficácia, onde, estando apto, produzirá seus efeitos específicos” (*Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17). Essa teoria também se difundiu na doutrina europeia em meados do século XX, quando o primeiro Vol. do *Tratado de direito privado* foi lançado. Na doutrina italiana, por exemplo, Renato SCOGNAMIGLIO já registrava, na primeira edição, de 1950, de seu *Contributo alla teoria del negozio giuridico* (Napoli: Jovene, 2008, p. 328) que predominava na doutrina a distinção entre inexistência, invalidade e ineficácia em sentido estrito.

<sup>31</sup> A condição suspensiva costuma ser tida como exemplo emblemático da ineficácia negocial pelos autores que adotam a doutrina ponteano (cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*, cit., p. 55; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, cit., p. 13). Em sentido contrário, porém, o próprio PONTES DE MIRANDA esclarece: “A ineficácia supõe que, a despeito da vontade que se manifestou e do conteúdo da manifestação, certo efeito ou efeitos não se deem. Ora, se houve condição, ou termo, há acontecimento do que se quis, ou do conteúdo do ato jurídico; de modo que não há ainda eficácia, porém não deixou de haver a eficácia do ato jurídico: tem ele a eficácia que havia de ter, menos a que depende do fato ou do tempo” (*Tratado de direito privado*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 70).

<sup>32</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*, cit., p. 63.

<sup>33</sup> Segundo Vicente RÁO, esse “antigo sistema de classificação dos componentes dos atos jurídicos parte da noção filosófica de elementos, ou seja, das partes que, em seu todo, formam ou constituem as coisas materiais, aplicando esta noção, analogicamente, às coisas imateriais. E os elementos distingue em essenciais (genéricos e específicos), naturais e acidentais. [...] Essenciais dos atos jurídicos são, pois, os elementos que os compõem, qualificam e distinguem dos demais atos [...]” (*Ato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 97). No ponto, leciona Salvatore PUGLIATTI que o conteúdo negocial pode estar discriminado com relação ao esquema típico do ato, cuja incompletude implica sua irrelevância jurídica (*elementos centrais* ou simplesmente *elementos*), ou apenas no que tange ao surgimento dos efeitos jurídicos que o direito confere ao ato (*elementos periféricos* ou *co-elementos*) (*I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1996, pp. 65-66).

podem ser acrescentadas ao conteúdo negocial pela vontade das partes, mas não integram o tipo legal ao qual o ato pode ser reconduzido.<sup>34</sup> A escolha, assim, de tais figuras como símbolo quase absoluto do chamado plano da eficácia revela-se, ao menos, reducionista,<sup>35</sup> em se considerando que tais elementos: i) não estão presentes em todos os negócios; ii) determinam apenas *como* ou *quando* os efeitos serão produzidos (mas não *quais* efeitos o serão);<sup>36</sup> e iii) não regulam necessariamente todos os efeitos negociais, podendo dirigir-se a apenas alguns deles. A condição e o termo, porém, acabam recebendo grande destaque por parte da doutrina, seja por representarem os instrumentos mais usuais para o controle da eficácia negocial no tempo, seja pelo papel que podem desempenhar para a promoção do interesse concreto das partes.<sup>37</sup>

A despeito da popularidade dos elementos acessórios na regulação da eficácia negocial, a teoria dos *essentialia* em nada se assemelha à escala ponteana. Trata-se de sistema engendrado pela escolástica medieval a partir de raízes romanas; associa-se, por isso mesmo, à lógica de tipicidade dos pactos.<sup>38</sup> No direito atual, em que predomina a atipicidade contratual, a teoria parece resistir, em grande parte, por força da tradição e, em certa medida, pelo suporte didático que oferece ao estudo dos contratos típicos. Com efeito, os chamados elementos essenciais e acessórios relacionam-se muito mais com a tipicidade do ato do que com seus pressupostos de existência ou fatores de eficácia,<sup>39</sup> ao

<sup>34</sup> Para RUGGIERO, elementos acidentais são aqueles “introduzidos pela vontade das partes (visto o negócio ser suscetível disso) e que tendem a modificar o tipo abstrato na espécie abstrata a que se dá vida. São em número infinito, mas há três que têm principalmente importância e merecem um estudo especial [...]: a condição, o termo e o modo” (*Instituições de direito civil*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2005, p. 321).

<sup>35</sup> Já nos debates sobre o Anteprojeto do atual Código Civil discutiu-se o problema. Nesse sentido, criticava Clóvis do COUTO E SILVA: “parece ser de toda conveniência que o sistema da parte geral atenda à divisão – existência, validade e eficácia, tal como é hoje sustentada por Pontes de Miranda [...] e Miguel Reale [...]. Assim, toda a teoria das nulidades e anulabilidades deveria estar organizada num capítulo que teria forçosamente a denominação ‘Da validade dos negócios jurídicos’. Por fim, seria por igual necessário abrir-se um capítulo para a condição, termo e encargo, o qual teria a denominação ‘Da eficácia dos negócios jurídicos’”. A esse entendimento contrapôs-se MOREIRA ALVES, redator da Parte Geral do Anteprojeto, por entender que as modalidades do negócio jurídico se encontravam bem situadas antes das invalidades negociais, já que consistiam em autolimitações voluntárias da eficácia negocial (portanto, inseparáveis do próprio conteúdo da manifestação de vontade), não dizendo respeito à patologia negocial (ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 42-44).

<sup>36</sup> Excepciona-se dessa afirmativa o *encargo*, que parece criar, nas liberalidades, verdadeiro dever juridicamente exigível, sendo, nesse sentido, responsável propriamente por um efeito (situação jurídica subjetiva) decorrente do ato. A respeito, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015, p. 18.

<sup>37</sup> Nesse sentido, “critica-se a denominação elementos ‘acidentais’, tendo em vista não se tratar de elementos de importância secundária, mas sim de elementos que podem perfeitamente assumir relevância crucial para o negócio jurídico *in concreto*” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37). Assim também AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*, cit., p. 38. Fala-se, por exemplo, em *termo essencial* nos casos em que já se sabe de antemão que determinada prestação não mais corresponderá ao interesse útil do credor após determinado marco temporal. Cf., a respeito, PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2014, pp. 638-639.

<sup>38</sup> Particularmente os elementos acidentais, que, segundo a doutrina especializada, já existiam no direito romano. Cf. CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 91 e ss.

<sup>39</sup> Segundo Emilio BETTI, “o critério da distinção entre *essentialia* e *naturalia negotii*, e a sua antítese com os *accidentalialia negotii*, refere-se somente ao tipo do negócio jurídico” (*Teoria do negócio jurídico*, cit., p. 267). Sobre a vinculação entre os elementos negociais e a identificação do tipo negocial, cf., dentre outros, FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 112.

passo que os elementos naturais não mantêm relação com qualquer dos três planos.<sup>40</sup> De mais a mais, a artificial distinção entre existência e validade era desconhecida do pragmático pensamento romano.<sup>41</sup>

Por evidente, a crítica é conhecida pela doutrina, que não restringe declaradamente o estudo do chamado plano da eficácia à simples previsão pelas partes de condição ou termo no regulamento de interesses. Afirma-se, ao menos nominalmente, que esse plano de análise trataria de todos os fatores *externos* ao contrato (ditos *fatores de eficácia*) que poderiam comprometer sua produção de efeitos (desde o evento futuro consistente na condição e no termo até causas as mais diversas de resolução superveniente).<sup>42</sup> Contudo, o enfoque doutrinário sobre o plano da eficácia acaba recaindo sobre elementos já existentes na estrutura do ato desde sua gênese – justamente, a condição e o termo – pelo simples fato de que o degrau imediatamente anterior da escala (a validade) também foi construído em torno da análise estrutural do ato no momento de sua celebração.<sup>43</sup>

A explicação para esse enfoque estruturalista é simples. Na teoria clássica, a invalidade decorre da inobservância de vedações ou requisitos previstos expressamente por lei.<sup>44</sup> Mesmo as ditas *nulidades virtuais*, vale dizer, aquelas que não foram cominadas por lei<sup>45</sup> (por oposição às *nulidades textuais*), referem-se a atos taxativamente vedados: pode

<sup>40</sup> Contudo, alguns autores os inserem no plano da eficácia, por entenderem que tais elementos “representam os efeitos não queridos ou superfluamente queridos pelas partes e, portanto, dizem respeito ao plano da eficácia” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, cit., p. 36).

<sup>41</sup> Segundo WETTER, o direito romano não aludia nem aos atos inexistentes, nem aos atos anuláveis, referindo-se a ambos como “ato inútil” (*inutilis*) (*Pandectes*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: LGDJ, 1909, p. 267). Há autores, como Emilio BETTI, que associam os elementos essenciais, não à existência, mas à validade: “é nulo o negócio que, por falta de algum elemento essencial correspondente à configuração exigida, seja inidôneo para dar vida àquela nova situação jurídica que o direito liga ao respectivo tipo legal, em conformidade com a função econômico-social que o caracteriza” (*Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, pp. 663-664). Porém, é provável que a associação bettiana se dê pelo fato de o autor equiparar os elementos essenciais à causa contratual (Ibid., p. 268), cuja ilicitude, no direito italiano, é hipótese de nulidade.

<sup>42</sup> Segundo Antonio Junqueira de AZEVEDO, “muitos negócios, para a produção de seus efeitos, necessitam dos fatores de eficácia, entendida a palavra *fatores* como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado” (*Negócio jurídico*, cit., p. 55). O autor cita como exemplos, além do implemento da condição suspensiva e do advento do termo inicial, a ratificação do ato do mandatário que age sem poderes pelo mandante, a necessidade de registro e de notificação do devedor acerca da cessão de crédito para que esta valha perante terceiros e perante o próprio cedido; a morte do testador, no testamento; dentre outros (Ibid., p. 57).

<sup>43</sup> A ideia de que condição e termo poderiam ser reputados fatores *externos* ao negócio se deve à polissemia dessas palavras, podendo-se utilizá-las tanto para designar cláusulas contratuais quanto os próprios eventos futuros aos quais elas se referem. Em matéria de condição, distinguem-se as noções de *condicio facti* e *condicio iuris* (FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano: ESI, 1941, p. 77).

<sup>44</sup> No direito italiano, por exemplo, afirma Guido ALPA: “o contrato e, de modo mais geral, o negócio [...] não é válido quando não responde aos requisitos indicados pela lei” (*Corso di diritto contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006, p. 120. Tradução livre). Cf., ainda, no direito francês, AUBRY e RAU: “nulidade é a invalidade ou a ineficácia de que um ato é atingido como contraventor de um comando ou de uma vedação da lei” (*Cours de droit civil français*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1869, p. 118. Tradução livre); e, no direito pátrio, Orlando GOMES: “Negócio nulo é o que se pratica com infração de preceito legal de ordem pública” (*Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 423).

<sup>45</sup> Ditas também não cominadas, ou, para PLANIOL e RIPERT, tácitas (*Traité élémentaire de droit civil*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: LGDJ, 1908, p. 129). O termo “virtuais” é empregado por AUBRY e RAU (*Cours de droit civil français*. Tome 1<sup>er</sup>, cit., p. 120), aos quais PLANIOL E RIPERT (o.l.u.c.) atribuem o uso da expressão.

faltar textualidade à consequência (isto é, à nulidade em si, que não foi prevista), mas não falta, em regra, textualidade à vedação do ato, que será nulo por infringi-la.<sup>46</sup> Isso significa que, na maior parte dos casos, as causas de invalidade correspondem a violações *estruturais* à ordem jurídica,<sup>47</sup> previstas *em abstrato* pelo legislador e alheias, portanto, ao momento (dinâmico) da real produção de efeitos. Assim, em geral, a identificação de nulidades sempre passou ao largo de uma análise funcional, atenta aos efeitos concretamente produzidos por atos específicos e sua valoração jurídica.<sup>48</sup> O raciocínio estrutural ainda apresentava a vantagem de permitir que as causas de invalidade fossem identificáveis pelas partes antes da celebração do ato e de qualquer produção de efeitos.<sup>49</sup>

Contudo, longe de significar uma impossibilidade absoluta de aplicação da análise funcional na matéria, a utilidade dessas constatações parece estar restrita atualmente à necessidade de se explicar a tradicional inadmissibilidade de *causas supervenientes de invalidade*.<sup>50</sup> De fato, se o ato surge válido, não se costuma admitir invalidade posterior,<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Nesse sentido, Caio Mário da Silva PEREIRA: “Nem sempre, contudo, [a nulidade] se acha declarada na própria lei. Às vezes, esta enuncia o princípio, imperativo ou proibitivo, cominando a pena específica ao transgressor, e, então, diz-se que a nulidade é expressa ou textual; outras vezes, a lei proíbe o ato ou estipula a sua validade na dependência de certos requisitos, e, se é ofendida, existe igualmente nulidade, que se dirá implícita ou virtual” (*Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., pp. 529-530). No entanto, prossegue o autor, pode-se afirmar que “toda nulidade há de provir da lei, expressa ou virtualmente” (Ibid.). Na doutrina francesa, aduziam AUBRY e RAU que as nulidades decorriam “*de l'esprit de la loi*”; em se tratando de leis atinentes à ordem pública ou aos bons costumes, o descumprimento de certo requisito sempre acarretaria nulidade, ao passo que, em leis dispendo sobre interesses privados, cumpriria investigar se a formalidade exigida era indispensável ao interesse pretendido (*Cours de droit civil français*. Tome 1<sup>er</sup>, cit., p. 120).

<sup>47</sup> MENEZES CORDEIRO considera a nulidade “uma falha estrutural do negócio” (*Tratado de direito civil*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2012, p. 924), a ressaltar sua vinculação ao perfil estático do ato.

<sup>48</sup> O distanciamento entre as causas de invalidade dos atos jurídicos e a análise funcional do direito, contudo, não é absoluto. É possível cogitar, por exemplo, de causas de nulidade apenas identificáveis por meio de interpretação sistemático-funcional do ordenamento. Para um exemplo atual, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016.

<sup>49</sup> Em outros termos, a técnica da invalidade foi concebida para ser facilmente apreensível pelas partes ao negociarem. Tal concepção não é de todo desvantajosa: evita-se, com ela, a expansão desordenada de causas de nulidade virtual baseada na análise funcional dos atos jurídicos – uma análise que seria muito mais útil se aplicada sobre a disciplina dos efeitos concretamente produzidos pelo ato. Assim, por mais que se leve em consideração a evolução do conceito de legalidade a partir da análise funcional do direito, as invalidades parecem apresentar limites inerentes para sua identificação que não podem ser totalmente superados.

<sup>50</sup> “Só há invalidades originárias. O negócio que nasce válido é válido para sempre. Pode extinguir-se, por qualquer causa, mas não se pode mais suscitar a questão da validade” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314). Nesse sentido: BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Vol. III. Milano: Giuffrè, 2000, p. 611. PONTES DE MIRANDA considerava a ideia da nulidade superveniente uma contradição em termos (*Tratado de direito privado*. Tomo IV, cit., p. 323). Cf., ainda: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Renovar*, vol. 25. Rio de Janeiro: Renovar, jan.-abr./2003, p. 102; MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 559.

<sup>51</sup> A doutrina italiana alude a exemplos de *nullità sopravvenute*, mas eles podem ser reconduzidos, em geral, à perda posterior de objeto do contrato (como a ineficácia da novação por “inexistência” da obrigação novada, nos termos do art. 1234 do Código Civil italiano) ou a algumas causas de ruptura ou caducidade do testamento (Cf. DONISI, Carmine. In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XXI. Milano: Giuffrè, 1967). Cogita-se, ainda, das chamadas *nullità sospese*, nas quais o objeto da prestação devida em decorrência do negócio jurídico é deixado a cargo de escolha de terceiro, que não realiza tal escolha. Nesse caso, porém, tem-se ponderado que seria mais adequado falar de formação incompleta da regra contratual do que de nulidade suspensa (PUTTI, Pietro Maria. Le nullità contrattuali. In LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Org.); ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Diritto civile*. Vol. III. Tomo II. Milano: Giuffrè, 2009, p. 925).

nem mesmo diante da superveniência de lei nova.<sup>52</sup> A hipótese será, então, de ineficácia superveniente, em decorrência da aplicação de outros institutos (pense-se na resolução contratual por excessiva onerosidade ou por inadimplemento absoluto, por exemplo).

Esse cenário dogmático acabou por restringir, na grande maioria das vezes, o sentido do termo “eficácia” a um âmbito que decorre, não da própria acepção da palavra, mas da construção histórica do plano da validade: o estudo da estrutura do ato no momento da celebração. Graças a essa herança, o chamado plano da eficácia permaneceu aprisionado pelos exemplos da condição e do termo, e alheio à multiplicidade de problemas de eficácia supervenientes à celebração do ato. Além disso, sustenta-se com frequência que os planos de análise como um todo, e o plano da eficácia em particular, destinam-se tão somente ao estudo dos efeitos *desejados* pelas partes, e não ao estudo global da eficácia.<sup>53</sup> Mais uma vez, porém, a semântica do termo “eficácia” não implica, *per se*, a distinção entre efeitos desejados ou indesejados<sup>54</sup> (ou, mais precisamente, efeitos *previstos* ou não pelas partes).<sup>55</sup> A rigor, se fosse possível distinguir rigidamente essas duas categorias, seria preciso falar em *eficácia convencional* e *eficácia legal* – ainda e sempre, eficácia.

Avançando-se um pouco mais na crítica, tampouco se depreende da semântica ordinária do termo *eficácia* que se esteja fazendo referência apenas à *maneira* como os efeitos são produzidos (por exemplo, com a suspensão de sua aquisição ou exercício em razão de condição ou termo), e não também a *quais* efeitos são produzidos<sup>56</sup> (i.e., quais situações

---

<sup>52</sup> Nem mesmo pela superveniência de lei nova pode o negócio válido ser reputado inválido, ante a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI da CF). É nesse sentido que as disposições finais do Código Civil, ao regularem possíveis problemas de direito intertemporal, distinguem entre a disciplina da validade dos atos anteriores à entrada em vigor do Código e a disciplina dos efeitos desses atos (art. 2.035). Cogita-se, particularmente na doutrina italiana, de hipóteses de *nullità sopravvenuta* pela mudança na lei; considera-se, porém, que a nulidade opera *ex nunc*, com o mesmo resultado prático do Código Civil brasileiro (GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Napoli: ESI, 2015, p. 998). Aliás, mesmo os autores que admitem a eficácia retroativa de lei nova afirmam que, por já estar “exaurido” o ato, a lei nova incidirá sobre seus efeitos, e não sobre a validade (DONISI, Carmine. In tema di *nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, cit., p. 783). Nessa ótica, “a ineficácia derivante da invalidade sucessiva é uma vicissitude resolutive, vez que tem como título fato sucessivo ao aperfeiçoamento e eficácia do contrato” (BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. Vol. III, cit., p. 611. Tradução livre). Refuta-se, ainda, a reprivatização (*reviviscenza*) de cláusulas contratuais nulas por força da ab-rogação posterior da norma invalidante (GAZZONI, Francesco. *Ibid.*).

<sup>53</sup> Segundo Antonio Junqueira de AZEVEDO, “o terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão somente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos” (*Negócio jurídico*, cit., p. 49).

<sup>54</sup> Destaca San Tiago DANTAS a polissemia do termo *eficácia* afirmando ser esta “a matéria da confusão de termos” (*Programa de direito civil: teoria geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 284).

<sup>55</sup> A noção de desejo ou intento das partes como caracterizadora do negócio e da declaração de vontade negocial recebe diversas críticas da doutrina, em grande medida relacionadas à controvérsia quanto a ser a vontade individual ou o próprio ordenamento a fonte dos efeitos jurídicos. A respeito, cf. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 48-50. Nesse sentido, na doutrina alemã, Karl LARENZ, ao tratar da ineficácia negocial, alude a “efeitos aos quais se dirige” o ato, evitando assim critérios subjetivos (*Derecho civil: Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 624).

<sup>56</sup> A própria doutrina adepta da teoria ponteana admite que o termo “eficácia”, sem maiores especificações, abrange também os “efeitos próprios e finais dos fatos jurídicos” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, cit., p. 45).

jurídicas subjetivas são criadas, modificadas ou extintas pelo ato).<sup>57</sup> Ao contrário, entende-se que a eficácia negocial abarca, em princípio, as duas noções, o que se poderia designar como *eficácia em sentido lato*.<sup>58</sup> Caso se pretenda fazer alusão tão somente à maneira como se produzem os efeitos, seria preciso aludir a um *sentido estrito* de eficácia. Ainda assim, no interior desse sentido particular, caberia cogitar de, pelo menos, três aspectos: i) a eficácia delimitada no tempo; ii) a eficácia total ou parcial do ato; e iii) a eficácia pertinente apenas às partes ou também a terceiros.<sup>59</sup> Muitas outras facetas da criação, modificação ou extinção de situações jurídicas ainda poderiam ser elencadas, conforme o interesse da investigação, mas essas três parecem ser as mais usuais e servem a ilustrar a polivalência do termo *eficácia*, mesmo no sentido estrito ora proposto.<sup>60</sup>

A perspectiva ora apresentada permite superar algumas outras incompreensões relativas à (in)eficácia. Em primeiro lugar, como a extinção de situações jurídicas também se considera um tipo de eficácia negocial,<sup>61</sup> conclui-se que o desfazimento de um ato pelo implemento de condição resolutiva ou advento de termo final é também uma *eficácia* sua. Em outros termos, a extinção de situações jurídicas não é antônima da eficácia; por *ineficácia* deve-se entender apenas a (em princípio, hipotética) completa ausência de repercussão no mundo jurídico.<sup>62</sup> Além disso, o controle da eficácia no tempo, embora possa abranger, teoricamente, todos os efeitos negociais, dificilmente o faz. A ideia de que um ato, apenas por estar sujeito a condição suspensiva não implementada, possa passar de forma absolutamente inerte pelo sistema, além de pouco realista, parece não

<sup>57</sup> Sobre as situações jurídicas subjetivas como efeitos dos fatos jurídicos, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos*, cit., Introdução.

<sup>58</sup> Esta não é, porém, a praxe doutrinária, que costuma cogitar da *eficácia* (ou *ineficácia*) *em sentido lato* para tratar da não produção de efeitos em decorrência de invalidade e da *eficácia* (ou *ineficácia*) *em sentido estrito* para tratar da não produção de efeitos em decorrência de fatores originários ou supervenientes alheios à validade (cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III, cit., p. 33; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*, cit., p. 65). Na doutrina portuguesa, MENEZES CORDEIRO afirma: “A ineficácia em sentido estrito traduz a situação do negócio jurídico que, não tendo, em si, vícios, não produza, todavia, todos os seus efeitos, por força de fatores extrínsecos. As ineficácias deste tipo só surgem nos casos específicos, previstos pela lei” (*Tratado de direito civil*. Vol. II, cit., p. 931). No mesmo sentido, cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Vol. II, cit., p. 308.

<sup>59</sup> Em classificação similar, NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 419.

<sup>60</sup> Ilustrativamente, MENEZES CORDEIRO alude, ainda, à fundamental classificação da eficácia como constitutiva, transmissiva, modificativa ou extintiva de situações jurídicas (*Tratado de direito civil*. Vol. II, cit., p. 78). Na doutrina brasileira, Marcos Bernardes de MELLO amplia drasticamente o rol de formas de eficácia, acrescentando-lhe classificações como eficácia definitiva, resolúvel ou intermística, eficácia plena e limitada, eficácia *ex nunc*, *ex tunc* e mista, eficácia instantânea, sucessiva e protraída e assim por diante (*Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, cit., p. 52).

<sup>61</sup> MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1957, p. 446.

<sup>62</sup> Afirma-se, nesse sentido, que o negócio (particularmente o contrato) tem eficácia constitutiva em sentido amplo, abrangendo também a desconstitutiva: “a eficácia do contrato é comumente entendida como constitutiva em sentido lato: com esta última expressão, quer-se abranger não apenas a criação, mas também a modificação e a extinção de uma situação jurídica subjetiva” (SIRENA, Pietro. *Effetti e vincolo*. In: COSTANZA, Maria (Coord.). Vol. III: *Effetti*. In: ROPPO, Vincenzo. (Org.). *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 8. Tradução livre). Em sentido diverso, coerentemente com a teoria dos planos de análise, PONTES DE MIRANDA afirmava que “a ineficácia do negócio jurídico não se confunde com indiferença, ou falta de consequência” (*Tratado de direito privado*. Tomo V, cit., p. 70). Neste último sentido, no direito italiano, cf. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2013, p. 158.

se coadunar com a perspectiva civil-constitucional, segundo a qual todos os atos humanos são dotados de alguma relevância jurídica.<sup>63</sup> Portanto, a regulação dos efeitos no tempo será, em regra, parcial (ainda que diga respeito aos principais efeitos do ato).<sup>64</sup>

Em segundo lugar, as considerações até agora desenvolvidas permitem traçar uma importante correlação entre validade e eficácia. Todas as questões de eficácia acima exemplificadas correspondem a problemas resolvidos de formas distintas nos casos de nulidade ou de anulabilidade. A declaração de nulidade ou a anulação de um ato viciado serão totais ou apenas parciais? Quem poderá suscitá-las: apenas as partes ou também terceiros? Podem os efeitos do negócio inválido ser mantidos para alguma das partes ou para terceiros, a despeito da invalidade? E de que forma o desfazimento desses efeitos será delimitado no tempo? Será retroativo? Em caso afirmativo, até quando retroagirá? São questões como essas que o sistema legal das invalidades busca solucionar. No início deste estudo intentou-se demonstrar que a *ratio essendi* da invalidade negocial consiste no controle valorativo dos efeitos do ato (relacionando-se, assim, com sua eficácia em sentido lato). Mas a invalidade também é um problema de eficácia por este outro motivo: sua verificação traz o problema de se decidir em que medida ocorrerão a produção ou a desconstituição dos efeitos (ou seja, como ocorrerá sua eficácia em sentido estrito).<sup>65</sup>

Nessa perspectiva, seria possível questionar se, a rigor, as invalidades negociais não diriam respeito, mais propriamente, à *ineficácia* do que à eficácia do ato. Contudo, como se sabe, mesmo atos nulos podem produzir alguns efeitos, ao passo que, na terminologia ora defendida, o termo “ineficácia” se reserva à *completa ausência de repercussão jurídica* – hipótese quase exclusivamente teórica, já que a simples realização do ato pode suscitar aparência de validade suficiente para criar efeitos (ou expectativas) juridicamente relevantes, com que o intérprete terá de lidar ao conhecer da invalidade.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 640.

<sup>64</sup> A respeito, pondera Jan Peter SCHMIDT: “[...] é difícil imaginar um negócio jurídico nulo privado de qualquer efeito. É normal que a sanção da invalidade produza algum reflexo, mediato ou imediato, numa outra área do direito” (Vida e obra de Pontes de Miranda em uma perspectiva alemã, cit.).

<sup>65</sup> Não por acaso, no direito alemão, em que o BGB faz alusão tanto ao adjetivo “nulo” (*nichtig*) quanto ao adjetivo “ineficaz” (*unwirksam*), a doutrina evoluiria para considerá-los sinônimos. Conforme leciona Jan Peter SCHMIDT, “rapidamente se tornaria majoritária a posição que sustentava a indefinição quanto aos conceitos de ‘*nichtig*’ (nulo) e de ‘*unwirksam*’ (ineficaz) no BGB, circunstância que impunha seu tratamento como sinônimos. Como consequência disso, desapareceu a distinção entre ‘*Ungültigkeit*’ e ‘*Unwirksamkeit*’, tendo-se estabelecido a segunda pouco a pouco como única categoria geral. ‘*Unwirksamkeit*’ corresponde à ineficácia em sentido amplo, que inclui tanto os casos da invalidade, como os da ineficácia simples. Mas como a terminologia do BGB geralmente é ignorada, não se faz uma distinção clara entre as diversas causas da ineficácia. Em vez disso, põe-se o foco nos diferentes tipos desta, que seriam dados pela ineficácia inicial, pela ineficácia posterior, pela ineficácia parcial, pela ineficácia relativa e pela ineficácia pendente” (Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã, cit.).

<sup>66</sup> Segundo a lição de René JAPIOT: “o ato, por nulo que seja, poderá ter uma existência aparente que, de forma vã, a teoria pretendia desconhecer; ele terá algo, não será o nada. Essas aparências desempenham [...] um papel importante, quer se trate de organizar sua destruição, quer se trate, ao contrário, de assegurar seu respeito” (*Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., pp. 169-170. Tradução livre).

Tal constatação ainda permite pôr em xeque o chamado plano da existência, âmbito por excelência de atos supostamente fadados à total ausência de repercussão jurídica. Trata-se de verdadeira ficção jurídica,<sup>67</sup> desenvolvida à sombra da teoria das nulidades<sup>68</sup> como forma mais flexível de condenar à ineficácia certos atos que, *a priori*, seriam válidos.<sup>69</sup> Diante de uma teoria das nulidades formalista, criou-se um novo fundamento para negar efeitos a atos que, embora rejeitados pela *communis opinio*, não eram vedados por lei.<sup>70</sup> É tempo, porém, de repensar tal escolha. A análise funcional da invalidade parece responder com vantagem às necessidades valorativas do intérprete. Não há, no plano funcional, diversidade de fins entre inexistência e invalidade: ambas tratam da regulação valorativa da eficácia negocial.<sup>71</sup> E tanto é assim que todos os atos ainda reputados como inexistentes podem ser reconduzidos a causas de invalidade, quase sempre pela ilicitude do objeto ou pela violação da forma prescrita.<sup>72</sup> Em suma, os ditos atos inexistentes, na verdade, nada mais são do que atos nulos.<sup>73</sup> A noção de inexistência não apenas se mostra despicienda como ainda remete a um inadequado juízo naturalístico, não jurídico.<sup>74</sup>

<sup>67</sup> Caio Mário da Silva PEREIRA critica a noção de inexistência: “[...] há quem defenda a sua desnecessidade ou declare a distinção mera sutileza bizantina, e quem se plante até na recusa aos seus méritos científicos, raciocinando que a própria expressão *ato inexistente* não passa de uma *contradictio in adiectio*, por ver que o ato pressupõe a existência de algo” (*Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., p. 542). Parte da doutrina, porém, rejeita a inexistência apenas para conferir idêntico teor à nulidade. Por exemplo, GARCEZ, Martinho. *Das nulidades dos atos jurídicos*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 14; ESPÍNOLA, Eduardo. *Manual do Código Civil brasileiro*. Vol. III, parte IV. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1932, p. 146.

<sup>68</sup> Admite Clóvis BEVILÁQUA que “a transição entre o ato nulo e o inexistente é suave; desliza a mente de um para o outro como que insensivelmente”; acaba, porém, por distingui-los: “o primeiro sofre de um vício essencial, que o desorganiza e desfaz: é um enfermo condenado à morte; o outro não tem existência jurídica; será, quando muito, a sombra de um ato, que se desvanece” (*Teoria geral do direito civil*, cit., pp. 258-259).

<sup>69</sup> Essa flexibilidade é registrada por PLANIOL e RIPERT, que relatam terem os autores ficado “felizes de nela encontrar um meio de sair do embaraço e de anular casamentos sem texto” (*Traité élémentaire de droit civil*. Tome 1<sup>er</sup>, cit., p. 134). Com efeito, a teoria dos atos inexistentes prescinde de previsão legal, podendo ser aplicada, por exemplo, em matérias que não admitem as nulidades virtuais, como o casamento; nem depende, tampouco, de declaração judicial, embora se admita provimento judicial com o fulcro de se desfazer mera aparência de ato (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., p. 544).

<sup>70</sup> Considera-se que o grande fautor da noção de inexistência foi o jurista alemão Zachariae, que pretendia com ela resolver três problemas: os casamentos celebrados entre pessoas do mesmo sexo, sem o consentimento de alguma das partes ou sem seguir a forma legal. Não havia, porém, nulidade textual cominada para tais casos, e o direito francês, objeto de estudo do autor, exigia a previsão expressa da causa de nulidade nessa matéria (ZACHARIAE, K. S. *Le droit civil français*, cit., p. 166). Chega a ser irônico que, para evitar a nulidade não textual, tenha-se recorrido a toda uma categoria não prevista em lei.

<sup>71</sup> O crescimento da teoria da inexistência acabou absorvendo casos que antes eram tratados como nulidades. O processo, observado na França por JAPIOT, logo resultou em previsões legais de inexistência que, de outra forma, seriam tidas como causas de nulidade (*Des nullités en matière d'actes juridiques*, cit., pp. 124-125).

<sup>72</sup> Assim entende Orlando GOMES: “A teoria da inexistência é tida como construção inútil. A falta do objeto pode ser considerada causa de nulidade, e a da vontade, até de anulabilidade. Não obstante, muitos lhe reconhecem grande utilidade prática” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 422). Conclui o autor: “A lei não pode admitir a categoria dos negócios jurídicos inexistentes porque, sendo simples fatos sem ressonância jurídica, logicamente, deles não deve ocupar-se” (o.l.u.c.). No mesmo sentido, Silvio RODRIGUES, qualifica a inexistência como inexata, inútil e inconveniente (*Direito civil*. Vol. I, cit., pp. 291-292).

<sup>73</sup> Sustenta, por exemplo, MENEZES CORDEIRO que “os pretensos casos de inexistência jurídica são, pois, casos de nulidade, sob pena de gravíssimas injustiças, enquadradas por puros conceitualismos” (*Tratado de direito civil*. Vol. II, cit., p. 929).

<sup>74</sup> A noção de um ato inexistente revela-se contraditória com a própria natureza deontológica da ciência jurídica, à qual não assiste reconhecer a existência do fato material, mas sim atribuir ou negar efeitos jurídicos a ele. De fato, os autores que reconhecem a inexistência acabam por aplicar ao Direito a lógica das ciências naturais: “Uma lei natural preside à formação dos corpos, tanto no mundo físico quanto no mundo jurídico. [...] Ora, para que o ato jurídico se forme e possa ter existência, é preciso que ele reúna um certo número de elementos orgânicos e vitais” (GARCEZ, Martinho. *Das nulidades dos atos jurídicos*, cit., p. 13).

Como se percebe, os chamados planos da existência e da validade têm mais a dizer sobre a eficácia negocial do que o próprio plano da eficácia.<sup>75</sup> A contradição parece decorrer do fato de que a escala ponteana constrói cada um de seus degraus em ordem crescente, de uma análise mais restrita para uma análise mais abrangente, o que acaba resultando em que o último degrau (a eficácia) possa, a rigor, resumir todos os anteriores em si mesmo. O que seria a virtude<sup>76</sup> dos planos de análise (o fato de um plano pressupor os atributos do anterior) acaba, na prática, gerando a contradição.<sup>77</sup> A análise da eficácia, por outro lado, é bem mais complexa do que a escala ponteana sugere: o raciocínio do intérprete precisa transitar entre a validade abstrata e a valoração dos efeitos concretos, em uma argumentação de mão dupla (ínsita à análise funcional) que ainda admite a possibilidade de, a despeito da invalidade, o ato produzir alguns efeitos, previstos ou não pelas partes.

Os planos de análise foram concebidos para o direito civil tradicional, fundado no pensamento subsuntivo, para o qual faz sentido investigar separadamente a previsão legal de invalidade e, depois, a produção de efeitos. Em perspectiva civil-constitucional, atenta à influência mútua entre fato e norma e à necessidade de se aplicar o ordenamento de forma sistemática, congregada com os elementos do caso concreto, compreende-se que mesmo atos inválidos podem vir a gerar diversas situações subjetivas que demandam tratamento jurídico. A ênfase se desloca para o perfil da eficácia: apenas por meio de uma análise dinâmica é possível realizar um juízo de valor completo sobre o ato e, assim, obter respostas para problemas que, não raro, o legislador não poderia prever em abstrato.<sup>78</sup>

A escala ponteana resultaria um pouco menos artificial se no plano da eficácia figurasse apenas a (in)eficácia superveniente, não decorrente de quaisquer fatores originários do ato (que pertenceriam ao plano da validade). Essa perspectiva já foi cogitada por alguns

---

<sup>75</sup> Nessa direção, Salvatore PUGLIATTI descreve a validade como a decisão sobre a manutenção ou o desaparecimento de efeitos produzidos: “Ao perfil da eficácia se reportam os assim chamados requisitos de validade, aos quais não interessam a existência jurídica do negócio nem o surgimento dos efeitos jurídicos, mas unicamente a duração de tais efeitos, já que esses são destinados a desaparecer mediante a impugnação de quem é pela lei legitimado a isso” (*I fatti giuridici*, cit., p. 66. Tradução livre).

<sup>76</sup> Antonio Junqueira de AZEVEDO sustentava que, a partir do exame do negócio em seus três planos, “torna-se simples dizer quando ele inexistente, quando não vale e quando é ineficaz (ineficácia em sentido restrito)”, o que afastaria, cada vez mais, a confusão conceitual na matéria (*Negócio jurídico*, cit., p. 63).

<sup>77</sup> Provavelmente por reconhecer esse descompasso, a própria doutrina ponteana sustenta a independência entre validade e eficácia, em contrariedade frontal à técnica da eliminação progressiva. Assim, ao mesmo tempo em que se afirma que a invalidade é “a mais importante das causas de ineficácia”, sustenta-se que, “em geral, o que é nulo é ineficaz, mas nem sempre. [...] Ser, valer e ser eficaz, em verdade, são situações distintas e inconfundíveis, em que se podem encontrar os fatos jurídicos. [...] Em geral, o ato jurídico precisa ser válido para ser eficaz; não, contudo, essencialmente” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, cit., pp. 75-76). Reconhece Junqueira de AZEVEDO que a possibilidade de que atos inválidos passem ao plano da eficácia constitui “um ‘furo’ na técnica de eliminação com que os negócios são tratados”, mas afirma ser esta a “exceção que confirma a regra” (*Negócio jurídico*, cit., p. 64).

<sup>78</sup> Vale registrar a advertência de MENEZES CORDEIRO: “O ponto de partida para o estudo dogmático do Direito civil há de, em quaisquer circunstâncias, ser constituído pela eficácia jurídica e não por normas ou fontes” (*Tratado de direito civil*. Vol. II, cit., p. 78).

autores, que optam por designar como *ineficácia em sentido lato* todas as causas de não produção de efeitos e como *ineficácia em sentido estrito* apenas causas externas ao ato ou posteriores à sua celebração.<sup>79</sup> A inadequação terminológica, porém, permaneceria: como o reconhecimento da invalidade acaba por afetar os efeitos do ato, a validade continua sendo uma questão de eficácia, do início ao fim. Como se percebe, a lógica que conduziu à divisão entre validade e eficácia mostra-se útil para outras investigações, como o estudo das vicissitudes supervenientes da eficácia,<sup>80</sup> mas resulta contraditória se o interesse do jurista se volta ao controle valorativo dos efeitos a que tende o ato.

A doutrina dos planos de análise busca congrega, em formulação unitária, um juízo valorativo sobre efeitos negociais originários (materializados nos planos da existência e da validade) e diversas causas de diferimento ou impedimento desses efeitos, genéticas ou supervenientes (o plano da eficácia). Tal escolha teórica apenas intensifica a confusão conceitual que predomina nessas matérias, e o intérprete que pretende beneficiar-se da facilidade didática do modelo acaba, com isso, por relegar a validade a um plano estático e dissociado dos efeitos negociais.<sup>81</sup> Na prática, assim, o itinerário hermenêutico a ser seguido, ainda que parta da perspectiva estática da escala (ou, o que é preferível, se adotar apenas o sistema positivado), há de considerar a análise dinâmica do ato, não podendo o jurista, conformado com a comodidade da norma legal, deixar de investigar a concreta valoração dos efeitos a que tende o ato concretamente analisado – e que podem ter sido produzidos (ou criado, ao menos, legítima confiança quanto à sua produção).<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Na doutrina italiana, Barbara MARUCCI designa como *ineficácia em sentido amplo* a “síntese de todas as *fattispecie* nas quais se reconhece a inidoneidade do negócio a produzir os efeitos jurídicos tipicamente responsáveis pela sua função”. Segundo a autora, é usual se distinguem os casos em que a *ineficácia* deriva da invalidade daqueles que representam a chamada *ineficácia em sentido estrito*: “Esta última compreende todas as *fattispecie* nas quais um elemento externo impede que o negócio, por vontade das partes ou da lei, produza os efeitos finais próprios a ele; a *ineficácia em sentido estrito* diz respeito ao momento eficaional [*effettuale*], sendo o negócio ineficaz, nesse caso, um negócio válido. A distinção tradicional entre invalidade e *ineficácia* vem, portanto, a fundar-se sobre o caráter intrínseco do vício que dá lugar à primeira, de frente à natureza extrínseca do elemento impeditivo da *eficácia*, na segunda” (*Invalidità e inefficacia dell’atto giuridico. Rassegna di diritto civile. A. 33, n. 1. Napoli: ESI, 2012, p. 87. Tradução livre*).

<sup>80</sup> Assim, por exemplo, Antonio Junqueira de AZEVEDO, embora pareça enfatizar a *eficácia originária*, alerta para o fato de que também existem problemas de *ineficácia superveniente* (*Negócio jurídico*, cit., p. 65). O autor considera a resolução contratual um caso do que chama *ineficácia stricto sensu* (*Ibid.*, p. 61).

<sup>81</sup> Conforme já se observou, a escala ponteana “tem caráter meramente descritivo, e não prescritivo. Ela nos ajuda no entendimento das regras, mas não nos explica o seu fundamento. Por que alguns defeitos conduzem à nulidade do negócio jurídico e outros somente à anulabilidade? Por que em algumas situações o negócio jurídico produz efeitos apesar da sua nulidade? A tricotomia de Pontes de Miranda não é capaz de dar as respostas, e também não pretende fazê-lo. Somente uma jurisprudência de conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) se atreveria ‘deduzir’ da tricotomia soluções para casos concretos” (SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda, cit.). Prossegue o autor: “Não importa se a causa da *ineficácia* é a inexistência, a invalidade ou a *ineficácia* simples. Nem as partes de um processo, nem tampouco o juiz querem saber se o contrato ou o testamento objeto da controvérsia é ‘existente’ ou ‘válido’. Eles estão apenas interessados nas consequências jurídicas. Sob esse ponto de vista, os planos de existência e validade deveriam ser no máximo subcategorias dentro do plano da *eficácia*, e não gozar de autonomia ao lado dele” (*Ibid.*).

<sup>82</sup> Na síntese de JAPIOT, a aparência “pode fazer nascer no espírito dos interessados essa ideia da existência do ato em seu conjunto, como título suscetível de produção de efeitos mais tangíveis, como fonte considerada independente de suas consequências” (*Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., p. 172. Tradução livre).

### 3. Crise da distinção rígida entre nulidade e anulabilidade sob a perspectiva do controle valorativo da eficácia

A distinção entre nulidade e anulabilidade revela-se do maior interesse, muito mais do que os planos de análise do negócio, porque, ao contrário destes, a bipartição das invalidades negociais foi expressamente adotada pelo legislador brasileiro.<sup>83</sup> Bastante difundida em doutrina é a afirmativa de que a diferença primordial entre as duas categorias residiria no interesse que visam a tutelar. Nesse sentido, a *ratio* das causas de nulidade consistiria na proteção de interesses socialmente relevantes, ao passo que a anulabilidade voltar-se-ia à tutela de interesses privados das partes.<sup>84</sup> Eminentemente funcional, essa diferença também se manifesta no plano estrutural, ainda que a fronteira entre as categorias não se revele tão intransponível quanto a doutrina costuma sugerir.

Em primeiro lugar, o fato de as nulidades constituírem, em princípio, matéria de “ordem pública” conduziu à admissibilidade de sua previsão não textual pela lei (as nulidades virtuais).<sup>85</sup> De fato, como todo ato violador de preceitos de ordem pública podia ser considerado inapto à produção de efeitos jurídicos, concluiu-se que bastava a existência da vedação normativa, ainda que esta não cominasse a nulidade como consequência, para que restasse verificada a nulidade, sem que se ferisse o princípio segundo o qual a invalidade não se presume.<sup>86</sup> Adverte, porém, a doutrina que a nulidade virtual apenas estará estabelecida caso a norma que estabelece a vedação legal já não comine uma sanção específica para o ato vedado.<sup>87</sup> Tal entendimento foi reproduzido pelo próprio legislador no art. 166, VII do Código Civil (fundamento legal da admissão das nulidades

<sup>83</sup> Evitaram-se, aqui, as controversas expressões “nulidade absoluta” e “relativa”, não adotadas pelo Código Civil. Seu uso por autores nacionais decorre, em linhas gerais, da influência estrangeira, particularmente francesa. Registra Caio Mário da Silva PEREIRA que, para alguns, os termos correspondem à nulidade e à anulabilidade, mas que outros entendem ser “relativa” a nulidade que não pode ser alegada por terceiro (*Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., pp. 540-541). Remata o autor: “No sistema do Código Civil, portanto, o vocábulo nulidade já por si tem o sentido de absoluto [...]; a expressão nulidade relativa deve dar lugar à anulabilidade” (Ibid., p. 531). Crítica análoga é formulada por Orlando GOMES, que conclui: “Assiste razão aos que consideram contraditória essa figura” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 426).

<sup>84</sup> Afirma Clóvis BEVILÁQUA: “Essa reação é mais enérgica, a nulidade é de pleno direito, e o ato é nulo, quando ofende princípios básicos da ordem jurídica, garantidores dos mais valiosos interesses da coletividade. É mais atenuada a reação, a nulidade é sanável e o ato é apenas anulável, quando os preceitos violados se destinam, mais particularmente, a proteger interesses individuais” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 410). Particularmente sobre a anulabilidade, cf. PLANIOL e RIPERT: “A simples anulação é uma medida de proteção de uma pessoa determinada. Seja um incapaz que a lei queira proteger contra sua própria inexperiência, seja uma pessoa que tenha sido enganada ou coagida, ou que incorreu em um erro fortuito. Esse motivo muito especial explica todos os caracteres que são próprios a essa nulidade” (*Traité élémentaire de droit civil*. Tome 1<sup>er</sup>, cit., p. 132. Tradução livre).

<sup>85</sup> Conclui CARIOTA FERRARA: “já que a invalidade virtual ocorre especialmente e seguramente no caso de contraste entre o conteúdo do negócio com normas imperativas e, assim, inderrogáveis, nada pode haver senão nulidade” (*Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: ESI, 2011, p. 334. Tradução livre).

<sup>86</sup> Cf. MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol. I, cit., p. 615.

<sup>87</sup> Assim, por exemplo, na doutrina francesa já se entendia que as normas imperativas não ensejavam, normalmente, nulidades virtuais quando cominavam outras consequências para sua violação (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Tome 1<sup>er</sup>, cit., p. 130).

virtuais), mas merece ser lido *cum grano salis*. Não parece razoável supor que a lei, sempre que prevê uma consequência para o agente, pretende, em silêncio eloquente, preservar a integralidade dos efeitos produzidos pelo ato.<sup>88</sup> Ao que parece, o sentido da dicção legal é o de que haverá nulidade caso a norma que veda o ato realizado não disponha no sentido de se preservarem seus efeitos.<sup>89</sup> Impõe-se, assim, investigar o fim perseguido pela norma.<sup>90</sup> Do mesmo modo, a previsão de nulidade para certos atos não impede que eles produzam outras consequências não desejadas pelas partes.<sup>91</sup>

Ao vincular a existência das nulidades virtuais à ausência de sanção específica para a violação da norma, o legislador ainda contribui para uma segunda interpretação preocupante: a de que a invalidade negocial seria uma *sanção*. Contra essa concepção sempre se insurgiu autorizada doutrina, com o fundamento de que a ideia de sanção deveria significar uma consequência negativa, o que destoa da *ratio* das invalidades.<sup>92</sup>

<sup>88</sup> A exigência de que a norma que fundamenta a nulidade virtual não tenha previsto qualquer outra sanção é vista com perplexidade por parte da doutrina, que considera que tal requisito “ficou sem sentido. Se a lei o declara nulo, impõe a nulidade como sanção. Se proíbe a prática do ato, ele já é nulo, por contrariedade à lei proibitiva, dispensando obviamente que a lei que o proíbe mencione a nulidade como sanção” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., p. 531). O Código Civil italiano, em seu art. 1.418, é mais preciso ao dispor, apenas, “*salvo che la legge disponga diversamente*”, o que se interpreta na perspectiva funcional de que não haverá nulidade virtual apenas se a tutela dos interesses envolvidos pela norma tiver recebido “remédio mais cômputo” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 566). A esse propósito, relata Giovanni PERLINGIERI que, “no direito europeu dos contratos, é frequente que o legislador estabeleça apenas qual é o interesse jurídico protegido, deixando depois ao intérprete a tarefa de escolher, entre dois ou mais remédios compatíveis, aquele mais adequado”. A natureza imperativa de uma norma “não comporta necessariamente a nulidade (virtual mas também textual)” (*Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. Napoli: ESI, 2015, p. 86. Tradução livre).

<sup>89</sup> Assim, por exemplo, quando o art. 308 estabelece que “o pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito”, implicitamente determina que a nulidade virtual do pagamento apenas ocorrerá nas hipóteses em que tiverem sido previstas soluções diversas (*in casu*, a validade pela ratificação ou pelo aproveitamento total ou parcial pelo credor). Como observa Orlando GOMES, “a determinação das nulidades virtuais não é fácil, porque inexistente critério de ordem geral que permita reconhecer todos os casos nos quais houve a intenção de sancionar a transgressão com essa pena” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 424).

<sup>90</sup> Pondera José de Oliveira ASCENSÃO que o efeito da nulidade virtual em face da violação de um comando legal “não pode ser generalizadamente aceito. Basta pensar que em certos casos isso teria como resultado sacrificar o sujeito que a lei visa justamente proteger. [...] Será pelo sentido do preceito que se tira a consequência, o que não torna taxativas as conclusões” (*Direito civil*. Vol. II, cit., p. 315). Assim também já se direcionava a doutrina tradicional italiana, ao afirmar que a nulidade virtual se depreenderia “da função da norma” (MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol. I, cit., p. 615). No direito brasileiro, Francisco de Bulhões CARVALHO entendia que “a lei pode cominar uma pena contra a violação duma proibição legal, sem que isso importe em lhe ser aplicável também a sanção de nulidade conforme a natureza do dispositivo” (*Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 192) e sugeria que o legislador adotasse a mesma solução do §134 do BGB, segundo o qual o negócio que contrariar disposição legal é nulo, se outra coisa não se deduzir da natureza da lei (o.l.u.c.).

<sup>91</sup> Exemplifica Giovanni PERLINGIERI: “a nulidade e o ressarcimento do dano podem configurar-se juntos, mas não se pode excluir a operatividade, alternativamente, da nulidade ou do ressarcimento, confirmando que em relação à peculiaridade do caso concreto [...] podem tanto verificar-se, alternativamente, remédios diversos (nulidade ou ressarcimento) quanto conviverem vários remédios (nulidade e ressarcimento)” (*Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 91).

<sup>92</sup> Segundo Herbert HART, no direito criminal, a violação de um dever acarreta uma consequência designada “sanção”. Mas há certos tipos de normas em que a analogia com essas ordens baseadas em ameaças penais é falha. “As regras jurídicas que definem os modos pelos quais se podem celebrar contratos, testamentos ou casamentos válidos [...] não impõem deveres ou obrigações. Em vez disso, facultam aos indivíduos dispositivos para a realização dos seus desejos, conferindo-lhes poderes jurídicos legais para criar, através de certos procedimentos especificados e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do quadro coercitivo do direito” (*O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, pp. 34-35).

Nesse sentido, já se afirmou que as nulidades apenas seriam sanções jurídicas em um sentido particular, mais direcionado à eficácia do ato do que à penalização do agente.<sup>93</sup> A noção das invalidades como sanções, porém, é bastante difundida na doutrina, que considera a não produção de efeitos uma consequência indesejável para o agente.<sup>94</sup> Mais ainda, a noção de nulidade como sanção assume com frequência um sentido punitivo dos agentes, muito embora não pressuponha qualquer critério subjetivo de imputabilidade.<sup>95</sup> Por outro lado, não é rara a afirmação de que a “sanção” seria dirigida *ao próprio ato*,<sup>96</sup> o que apenas se coaduna com a noção lata de “sanção” como consequência jurídica.<sup>97</sup>

De todo modo, para a presente análise, relevante é frisar que se reconhece amplamente a existência de causas virtuais de nulidade. Nesse sentido, o art. 166, VII do Código Civil prevê que as nulidades podem ser previstas “taxativamente” (*rectius*, expressamente) ou estar implícitas em vedações legais. A anulabilidade, por sua vez, decorre sempre de expressa cominação legal,<sup>98</sup> vislumbrando-se a nulidade como critério residual para os casos em que o legislador, tendo vedado certo ato, não atribuiu a ele o caráter de (meramente) anulável.<sup>99</sup> A explicação lógica está no fundamento das causas de anulabilidade, associadas ao interesse das partes: a rigor, como não se podem prever quantos são esses possíveis interesses no caso concreto, foi preciso que a lei mencionasse taxativamente alguns deles – em linhas gerais, a partir da higidez da declaração de vontade (defeitos negociais) e à qualidade jurídica da vontade (incapacidade relativa).

<sup>93</sup> Nesse sentido, pondera Norberto BOBBIO, um tipo de sanção consiste em fazer com que o agente violador da norma não alcance o fim pretendido, como ocorre nas normas que estabelecem o modo de cumprimento de um ato juridicamente válido (como boa parte das normas sobre contratos e testamentos): “se não sigo a modalidade prescrita, não atinjo o fim de realizar um ato juridicamente válido, e a sanção consiste precisamente no desaparecimento do fim” (*Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001, pp. 118-119).

<sup>94</sup> Sustenta, por exemplo, Marcos Bernardes de MELLO que “é irrelevante para descaracterizar a sanção jurídica a circunstância de que a pena não importe um ônus ou uma obrigação para o infrator, mas seja constituída pela frustração de um objetivo que persegue, exatamente por ser contrário ao direito. O que caracteriza a punição é a consequência desvantajosa imposta àquele que viola a ordem jurídica, seja esta consequência a morte, a prisão, a obrigação de indenizar, a perda de direitos ou apenas a frustração de um fim almejado” (*Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57).

<sup>95</sup> Como anota PERLINGIERI, “a nulidade por si parece idônea não tanto a reprimir quanto simplesmente desencorajar certas composições de interesses” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 399).

<sup>96</sup> Afirma, por exemplo, Orlando GOMES: “A invalidade é a sanção imposta pela lei ao negócio praticado em desobediência ao que prescreve, ou no qual é defeituosa a vontade do agente. No Direito Penal, a violação da lei pune-se com a pena; no Direito Civil, com a nulidade [...]. Na ordem civil, o melhor modo de reprimir as infrações é [...] frustrar o ato, privando-o de eficácia” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 423. Grifou-se).

<sup>97</sup> Leciona José Carlos BARBOSA MOREIRA: “por sanção, com efeito, designa-se na linguagem jurídica a consequência prefixada para a inobservância de um preceito” (*Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 74). Na doutrina francesa, René JAPIOT ressalta a natureza sancionatória das nulidades, como remédios aplicáveis aos efeitos do ato e proporcionais à sua valoração. Trata-se, portanto, de normas secundárias: “A nulidade é uma sanção; ela apenas tem por utilidade e por razão de ser assegurar a observância da regra que ela sanciona, e, caso ela seja desconsiderada, reparar o melhor possível essa violação preservando contra as consequências dela os interesses que a regra violada estava destinada a proteger. [...] É preciso ver a nulidade apenas como um acessório das regras jurídicas” (*Des nullités en matière d'actes juridiques*, cit., pp. 166-167. Tradução livre).

<sup>98</sup> Cf. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 164.

<sup>99</sup> Assim entende CARIOTA FERRARA, segundo o qual “onde não tenha sido sancionado com precisão o tipo de invalidade, deve-se propender pela nulidade, que é a espécie normal de invalidade” (*Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 334. Tradução livre).

Como toda qualificação excessivamente rígida, a distinção entre nulidade e anulabilidade não é isenta de críticas. De uma parte, a própria noção de “ordem pública” nessa matéria é pouco desenvolvida pela doutrina,<sup>100</sup> sob a provável influência dos autores clássicos que, tendo escrito os primeiros comentários ao Código Civil de 1916, confiavam em uma noção de moral coletiva e consenso social que hoje traduz abstração insustentável.<sup>101</sup> O uso mais frequente da expressão em sede de nulidade costuma equipará-la às normas cogentes.<sup>102</sup> Por outro lado, critica-se que o regime tradicional da nulidade nem sempre se mostra o veículo mais adequado para a promoção de interesses supraindividuais.<sup>103</sup> Do mesmo modo, cabe indagar se os interesses vinculados às causas de anulabilidade se abrem, de fato, à livre disposição das partes.<sup>104</sup> Interessa apenas às partes que o ato seja celebrado sem dolo ou coação? Por que apenas a proteção ao absolutamente incapaz seria de interesse coletivo, e não ao relativamente incapaz? A lesão e o estado de perigo dizem respeito apenas a interesses privados, apesar de se associarem à justiça contratual?<sup>105</sup> Tais críticas não são recentes, e a doutrina constata a dificuldade em se delimitarem com

---

<sup>100</sup> Em rara exceção a essa tendência, já se afirmou que “a ordem pública, parâmetro axiológico sobre o qual se verifica a validade do negócio, necessariamente exprime a relatividade histórica dos ordenamentos, portanto os valores proeminentes, os fundamentos ético-políticos e econômicos de uma dada sociedade espacialmente e temporalmente definida [...]. Assim, em uma leitura atual do quadro de valores traçado pela Carta constitucional [...], a prevalência do interesse público sobre a iniciativa privada, embora constitua um princípio imanente ao sistema, não o exaure. [...] Na lógica de mercado assume particular relevo o interesse (particular) a que o poder de autonomia contratual, no âmbito da liberdade de iniciativa econômica, seja exercido de modo efetivamente livre e consciente” (SPINA, Angela la. *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*. Milano: Giuffrè, 2012, pp. 60-61. Tradução livre).

<sup>101</sup> Segundo BAUMAN, vivemos “uma multidão de valores, normas e estilos de vida em competição, sem uma garantia firme e confiável de estarmos certos” (*Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 243).

<sup>102</sup> Ilustrativamente, Caio Mário da Silva PEREIRA afirma que, ao dispor sobre as nulidades, inspirou-se o legislador “no princípio do respeito à ordem pública, [...] na infração de leis que têm este caráter cogente” (*Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., p. 530). O recurso à expressão “ordem pública” ganhou grande impulso nos últimos anos na doutrina consumerista, para se fazer alusão ao caráter protetivo das nulidades previstas pelo CDC (cf. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./2009, p. 77).

<sup>103</sup> “A nulidade, não apenas e nem sempre, é direta a garantir uma utilidade superindividual, mas às vezes não representa nem mesmo a técnica mais adequada para realizar esse objetivo” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 399).

<sup>104</sup> A respeito, já se afirmou que a ordem pública, como instrumento funcional da tutela de interesses, “deve ser, por sua natureza, dúctil, capaz, portanto, de adaptar-se ao tipo de interesse tutelado e ao contexto no qual deve cumprir sua função. É bem possível que um determinado objetivo de tutela voltado a um interesse público seja perseguido por meio da tutela de um interesse marcadamente particular [...]” (SPINA, Angela la. *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., p. 60. Tradução livre).

<sup>105</sup> Nesses casos, inclusive, alguns autores afirmam que o termo técnico para o desfazimento do negócio não seria *anulação*, mas *rescisão* (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 430), a ressaltar a independência dessa categoria em relação aos vícios do consentimento. Tal entendimento, oriundo do direito consuetudinário francês, é difundido na doutrina italiana, segundo a qual a rescisão diria respeito à “violação de um critério de equidade” (MARUCCI, Barbara. *Invalidità e inefficacia dell'atto giuridico*, cit., p. 94) ou à “violação de um critério substancial de justiça real ou de equidade, mais do que a liberdade da vontade, a qual se tutela efetivamente, mas indiretamente” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 170-171. Tradução livre). Em resposta à crítica de Clóvis do COUTO E SILVA, que sustentava a adoção do termo “rescindível” em lugar de “anulável” em matéria de lesão e estado de perigo, o redator da Parte Geral do Anteprojeto do Código Civil de 2002, MOREIRA ALVES, afirmava: “Preferi, portanto, não introduzir no nosso direito essa distinção que surgiu na França por motivos históricos e em termos diversos dos atuais, que desapareceu depois da Revolução Francesa quando esses motivos feneceram, e que ressurgiu no Código Napoleão, passando daí a outros códigos” (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 61). A lesão e o estado de perigo, assim, no direito brasileiro, têm sido considerados figuras “vizinhas” aos vícios do consentimento (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. Vol. I, cit., p. 432).

precisão os interesses.<sup>106</sup> A própria dicotomia clássica entre público e privado encontra-se há muito mitigada,<sup>107</sup> mas a tese das naturezas diversas dos interesses sobrevive, talvez por oferecer a ilusão de uma explicação simples para os dois regimes legais da invalidade: apenas matérias de “ordem pública” ensejariam intervenção tão drástica sobre a autonomia ao ponto de se negarem por completo os efeitos do negócio jurídico, diferentemente do que ocorre na anulabilidade. Contemporaneamente, contudo, refuta-se tal concepção: não é a consequência jurídica (o grau de invalidade) que indica a relevância do interesse tutelado, mas o exato oposto: deve ser o interesse identificado em cada caso concreto a determinar o remédio adequado para a causa de invalidade.<sup>108</sup>

Uma das mais relevantes consequências dessa discussão consiste na regra de que as nulidades *não convalesceriam com o tempo*, ou, como se costuma dizer, com alguma atecnia, seriam *imprescritíveis*.<sup>109</sup> Ao propósito, afirma-se que o ato nulo, por violar interesses indisponíveis e de grande relevância, deve poder ser impugnado a qualquer tempo;<sup>110</sup> de outra parte, aduz-se que, se um ato nulo jamais produz efeitos, contrariaria a lógica se a constatação dessa ineficácia não pudesse ocorrer após certo prazo.<sup>111</sup> O Código Civil optou claramente pelo não convalhecimento das nulidades em seu art. 169.<sup>112</sup>

<sup>106</sup> A respeito, pondera Pietro PERLINGIERI: “A contraposição entre lesão de interesses gerais (sancionada com a nulidade) e lesão de interesses individuais (que leva à anulabilidade) é útil, mas simplista. A nulidade, além de ser posta para a tutela de interesses gerais, pode garantir também a tutela de interesses individuais (pense-se nas assim chamadas nulidades de proteção postas para a tutela do contraente fraco, as quais salvaguardam interesses individuais ou de categoria e, ao mesmo tempo, o interesse geral ao correto e leal funcionamento do mercado) (*Manuale di diritto civile*, cit., p. 563. Tradução livre). No mesmo sentido, reconhece Barbara MARUCCI, no direito italiano, a construção de um “sistema no qual a sanção da nulidade funcionalizada à realização de interesses individuais se põe como expressão de um princípio de ordem pública” (*Invalidità e inefficacia dell’atto giuridico*, cit., p. 102. Tradução livre).

<sup>107</sup> GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, n. 747, 1998.

<sup>108</sup> Segundo Pietro PERLINGIERI, apenas “após ter individuado os interesses em jogo e ter verificado o merecimento de tutela deles é possível perquirir o remédio adequado. De outro modo incorrer-se-ia no erro de cristalizar os direitos em torno da medida de proteção e de conferir relevância a eles apenas no momento patológico do prejuízo” (*Il ‘giusto rimedio’ nel diritto civile. Il giusto processo civile*. N. 1/2011. Napoli: ESI, 2011, p. 4. Tradução livre). Remata o autor: “Afirmar que a previsão de um remédio é medida da relevância jurídica de um interesse (*ubi remedium ibi ius*) não é uma operação lógico-jurídica diversa de afirmar que uma situação é merecedora de tutela apenas se qualificada pelo ordenamento como direito (*ubi ius ibi remedium*). Busca-se, sobretudo, a exigência de estender o âmbito de operatividade de cada instrumento remedial para além dos confins predefinidos pelo legislador” (*Ibid.*, pp. 6-7. Tradução livre).

<sup>109</sup> O termo “ação imprescritível” era criticado por Agnelo AMORIM, por se dirigir também a ações sujeitas à decadência; para o autor, seria mais adequado “ação perpétua” (Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, n. 300, 1960, p. 33). Assim também VELOSO, Zenó. *Invalidade do negócio jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 169.

<sup>110</sup> Nesse sentido, cf. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 205. No direito brasileiro: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. I, cit., p. 290.

<sup>111</sup> Cf. DANTAS, F. C. de. *Programa de direito civil: teoria geral*. Vol. I, cit., pp. 282-283; GARCEZ, Martinho. *Das nulidades dos atos jurídicos*, cit., p. 61; FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 342. A explicação parece decorrer de uma confusão entre inexistência e nulidade: tão naturalístico é o juízo da inexistência, que não seria possível impedir seu reconhecimento a qualquer tempo. Ilustrativamente, CARVALHO SANTOS não admitia a imprescritibilidade da nulidade por entender que apenas atos inexistentes seriam imprescritíveis; por isso, aplicava aos nulos o prazo geral de prescrição (*Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, pp. 255-256).

<sup>112</sup> Segundo Gustavo TEPEDINO, “a regra, suprindo omissão legislativa, consagrou o entendimento que paulatinamente se consolidara em doutrina” (Prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos. *Soluções práticas de direito: pareceres*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 580).

A disposição, contudo, não pacificou viva discussão já travada sob a égide da lei anterior, omissa a respeito.<sup>113</sup> Ainda hoje, podem ser identificadas ao menos três correntes sobre o tema. De uma parte, afirma-se, em consonância com a norma, que a nulidade pode ser declarada a qualquer tempo.<sup>114</sup> De outra, sustenta-se que, a despeito da expressa dicção legal, o ato nulo deve convaler com o decurso do prazo geral decenal do art. 205 do Código Civil.<sup>115</sup> Finalmente, em posição intermediária, alguns autores defendem o não convalhecimento, mas admitem a prescrição contra a pretensão de desconstituir os efeitos do ato nulo:<sup>116</sup> adotam, para tanto, prazos específicos (de acordo com o conteúdo da situação jurídica a ser desconstituída) e, residualmente, o prazo geral.<sup>117</sup> A questão é delicada: a regra do não convalhecimento assume ares de verdadeiro dogma, insculpido na máxima latina *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalere*.<sup>118</sup>

Como se reconhece amplamente, a evolução social e tecnológica tem tornado a dinâmica negocial cada vez mais ágil, o que significa, em última análise, que a noção de segurança jurídica exige também uma estabilização mais célere dos efeitos negociais.<sup>119</sup> A ideia de uma invalidade qualquer que não convalença com o decurso do tempo e, portanto, possa

<sup>113</sup> Uma emenda ao projeto do Código Civil atual chegou a ser proposta durante o processo legislativo, para que o negócio nulo pudesse ser validado após o decurso de um prazo prescricional, mas foi rejeitada ao argumento de que a imprescritibilidade se aplica ao negócio nulo “desde o direito romano” e, ainda, sob a alegação de que, se a anulabilidade se sujeita à decadência, não se poderia falar em prescrição em matéria de nulidade (ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 148).

<sup>114</sup> Nesse sentido, v. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. I, cit., p. 289; LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 470.

<sup>115</sup> Caio Mário da Silva PEREIRA, por exemplo, pondera que, na questão da prescribibilidade da nulidade, colocam-se em conflito dois princípios, a saber, “o não convalhecimento do ato nulo *tractu temporis*, e o perpétuo silêncio que se estende sobre os efeitos do negócio jurídico, também *tractu temporis*. E, do confronto entre essas duas normas, igualmente apoiadas no interesse da ordem pública, continuo sustentando que não há direitos imprescritíveis, e, portanto, também perante o Código de 2002, a declaração de nulidade prescreve em dez anos” (*Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., pp. 531-532).

<sup>116</sup> A respeito, afirma-se que, para as ações declaratórias, como a de nulidade, “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 hão 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, como produto de sua execução, que pode sofrer os efeitos extintivos da prescrição, não a nulidade em si mesma” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. III. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 527-531). Nessa mesma direção, foi aprovado, na VI Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 2013, o Enunciado n. 536: “resultando do negócio jurídico nulo consequências patrimoniais capazes de ensejar pretensões, é possível, quanto a estas, a incidência da prescrição”.

<sup>117</sup> Nesse sentido: “[...] 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”; já “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” (TEPEDINO, Gustavo. *Prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos*, cit., pp. 582-583). E, ainda, VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*, cit., p. 178.

<sup>118</sup> WETTER, P. van. *Pandectes*, cit., p. 266.

<sup>119</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 27. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set./2009.

ser alegada mesmo décadas após a celebração do ato resulta cada vez mais anacrônica e criadora de insegurança.<sup>120</sup> Nesse sentido, a tutela da confiança parece ser uma primeira resposta possível para a regra positiva:<sup>121</sup> ainda que se repute imprescritível a pretensão ao reconhecimento da nulidade, o princípio da boa-fé objetiva pode restringir eventual impugnação disfuncional do ato inválido, por meio da figura da *suppressio*,<sup>122</sup> caso o decurso de longo lapso temporal, acompanhado de certas condutas daquele que pretende suscitar a invalidade, tenha sido capaz de criar legítima confiança de que o direito à declaração de nulidade não mais seria exercido. Além da oportuna remissão ao caso concreto para a definição do regime aplicável, essa solução parece ser mais compatível com a lei que o convalidamento pleno, em princípio factível apenas *de lege ferenda*.<sup>123</sup>

Indo mais além, a doutrina crítica da nulidade na França formulou arguta interpretação para a regra do não convalidamento. A partir do pressuposto de que a nulidade não tem em vista o vício negocial em si, mas sim os efeitos a serem desfeitos ou preservados, deslocou o foco da discussão para os interesses que levam as partes a pedir o reconhecimento da invalidade, a saber: i) o de prevenir litígios em que se pretendesse exigir a satisfação de direitos que decorreriam do ato caso ele não fosse nulo; ou ii) o de se desconstituírem efeitos concretamente produzidos, i.e., prestações que tenham sido espontaneamente executadas pelas partes, confiando na aparente validade do ato.<sup>124</sup>

<sup>120</sup> Um dos mais célebres partidários da crítica, afirma Caio Mário da Silva PEREIRA que “a prescritebidade é a regra, e a imprescritebidade, a exceção” no direito brasileiro. Pondera o autor: “alguns admitem que entre o interesse social do resguardo da ordem legal, contido na vulnerabilidade do negócio jurídico, constituído com infração de norma de ordem pública, e a paz social, também procurada pelo ordenamento jurídico, sobreleva esta última, e deve dar-se como suscetível de prescrição a faculdade de atingir o ato nulo. O princípio reza às testilhas com o artigo 189. Dispõe este que, violado o direito, nasce para o titular a pretensão, mas esta extingue-se nos prazos previstos no Código (arts. 205 e 206). Vale dizer: o direito pátrio, tal como vigorava no Código de 1916, não conhece direitos patrimoniais imprescriteveis. Sendo a prescrição instituída em benefício da paz social, não se compadece esta em que se ressuscite a pretensão, para fulminar o ato” (*Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., p. 532). No mesmo sentido, entendia Clóvis BEVILÁQUA que a nulidade “de pleno direito” necessariamente prescrevia no prazo geral, “porque nenhuma ação pessoal tem duração maior” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I, cit., p. 413).

<sup>121</sup> O entendimento de Orlando GOMES parece direcionar-se para uma semelhante solução. Segundo o autor, a imprescritebidade associada às nulidades seria um sinônimo da insanabilidade do ato nulo; em outras palavras, a nulidade seria alegável a qualquer tempo porque não pode ser sanada pelas partes nem suprida pelo juiz. No entanto, afirma o autor: “apesar de se afirmar que a nulidade não prescreve, podendo ser alegada a todo tempo, a verdade é que, pelo decurso do tempo, o ato nulo vem afinal a convalidar, ainda que por via oblíqua” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 432).

<sup>122</sup> Leciona MENEZES CORDEIRO: “Diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé. [...] O tempo sem exercício é eminentemente variável, consoante as circunstâncias, para que possa haver *suppressio*; o segundo fator – o dos indícios objetivos de que não haverá mais atuações – cuja necessidade é muito sublinhada, mas de conteúdo pouco explicitado, pode ter, na sua determinação, um papel fundamental” (*Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 797-811). Na doutrina brasileira, cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 648.

<sup>123</sup> Silvio VENOSA, por exemplo, sustentava o convalidamento antes do Código Civil de 2002, mas entende que tal posição não se sustenta diante da lei atual (*Direito civil*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2003, p. 576).

<sup>124</sup> Assim sustenta René JAPIOT: “a ação judicial só pode ser a ação preventiva tendente a fazer constatar o vício – ação que nós reconhecemos como facultativa e imprescritevel, – ou então a ação tendente a obter uma restituição de valor, ação nascida do fato da execução, ação real ou pessoal de direito comum, não começando jamais a prescrever antes da execução, e não já uma ação nomeada como *de nulidade* prescritevel a partir do dia da celebração” (*Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., pp. 887-888. Tradução livre).

Concluiu, assim, que, uma vez prescritas todas as pretensões de restituição ou satisfação de prestações negociais (contando-se os prazos, para cada pretensão, da data da celebração do negócio – caso não tenha havido execução – ou dos atos de execução), fenece o próprio interesse processual<sup>125</sup> no reconhecimento da nulidade.<sup>126</sup> A prescrição, assim, das possíveis pretensões relativas a efeitos do ato nulo afasta uma condição da ação de nulidade.<sup>127</sup> Essa posição destoa sutilmente da corrente intermediária antes mencionada, porque propõe, de modo mais radical, que o não convalidamento é um falso problema.<sup>128</sup> Prescritas todas as pretensões em torno dos efeitos do ato, relega-se o reconhecimento da nulidade a um espaço de esquecimento, no qual o ato ainda pode, em teoria, ser impugnado, mas não há qualquer interesse útil nessa providência.

De outra parte, o próprio codificador previu exceções à regra do não convalidamento. Em matéria de disposições de última vontade, o art. 1.859 estipula prazo de cinco anos para o reconhecimento de sua nulidade.<sup>129</sup> Alguns autores apenas reconhecem aí a derrogação da regra geral,<sup>130</sup> enquanto outros sustentam que, a despeito da decadência do direito de impugnação, ainda seria possível ao juiz conhecer de ofício da nulidade a qualquer tempo.<sup>131</sup> No direito de família, o art. 1.614 dispõe que o menor decai do direito de impugnar o reconhecimento de paternidade nulo quatro anos após sua maioridade.<sup>132</sup>

<sup>125</sup> O interesse processual, também designado interesse de agir, costuma ser caracterizado pela noção de utilidade, particularmente identificável a partir dos requisitos da necessidade do processo e da adequação do provimento postulado (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 310-311). Note-se, a esse propósito, que, embora a lei preveja que o interesse na declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica é bastante para que se possa postular em juízo (art. 19, II do CPC/2015), tal previsão não alcança a sentença que trata da invalidade – a qual, como se comentará adiante, tem natureza constitutiva e não meramente declaratória. Conforme esclarece Fredie DIDIER JR., as ações declaratórias não têm prazo porque não buscam a efetivação de qualquer direito (*Curso de direito processual civil*. Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 247). Assim, parece ser a noção de que a sentença de nulidade seria (exclusivamente) declaratória o principal motivo para a perpetuação da imprescritibilidade.

<sup>126</sup> O mesmo se pode dizer a respeito da alegação da nulidade em via de exceção.

<sup>127</sup> Embora insista na tese do não convalidamento da nulidade, sustenta Humberto THEODORO JÚNIOR: “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. [sic] Já então porque faltaria interesse para justificar a declaração de nulidade, porque esse reconhecimento não teria mais força para atingir as prestações realizadas e seladas pelo decurso da respectiva prescrição. [...] 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” (*Comentários ao Código Civil*. Vol. III. Tomo II, cit., p. 531).

<sup>128</sup> JAPIOT chega a afirmar que “Não existe uma ação de nulidade que não possa se extinguir em trinta anos, a contar da celebração” (*Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., p. 939). E remata: “uma prescrição consolidando separadamente as consequências realizadas pode ser concebida onde uma prescrição consolidando o ato em si seguindo a ideia clássica não se conceberia” (Ibid., p. 823. Tradução livre).

<sup>129</sup> Embora o dispositivo aluda à “invalidade”, entende-se majoritariamente que o prazo se dirige apenas à nulidade, já que, para as causas de anulabilidade, foi previsto prazo específico de quatro anos pelo art. 1.909, parágrafo único, do Código Civil (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 674; CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 817).

<sup>130</sup> Nesse sentido: VENOSA, Silvio de Salvo; GOZZO, Débora. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Teresa (Org.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 274-275.

<sup>131</sup> Nesse sentido: CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. *Direito das sucessões*, cit., p. 816.

<sup>132</sup> Muito embora o STJ entenda que o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente derroga essa norma e garante o caráter perpétuo da ação de estado (STJ, 4ª T., REsp. 605.047, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julg. 15.12.2009, publ. 11.2.2010).

Previu, ainda, o art. 48, parágrafo único o prazo decadencial de três anos para o pedido de anulação das decisões eivadas de vícios do consentimento tomadas pelos órgãos coletivos das pessoas jurídicas e, igualmente, para o reconhecimento da nulidade desses atos, quando realizados ao arripio da lei ou do estatuto, em simulação ou fraude. Tal previsão, reiterada pelo art. 206, §3º, VII, tem levado alguns autores a concluir que a chamada imprescritibilidade não é inerente à natureza das nulidades.<sup>133</sup>

No que tange aos negócios simplesmente anuláveis, previu expressamente o legislador seu convalhecimento pelo decurso do tempo (em quatro anos, caso se trate de defeito negocial ou incapacidade relativa, nos termos do art. 178 do Código Civil, e em dois anos, se não houver prazo específico, a teor do art. 179 do Código Civil).<sup>134</sup> Empregou, aliás, a melhor técnica ao estipular que tais prazos têm natureza decadencial, já que o pedido de anulação é direito potestativo da parte legitimada.<sup>135</sup> Via de regra, portanto, ao contrário da nulidade, a anulabilidade se destina ao convalhecimento caso o legitimado, dispondo de interesse (em tese) exclusivamente seu, não a alegar tempestivamente,<sup>136</sup> o que equivaleria a uma confirmação do ato.<sup>137</sup> É possível, porém, que a disciplina prevista em lei para a anulabilidade seja modificada em certos casos, por força de um juízo valorativo. Esse não parece ser, portanto, um critério infalível para apartar nulidade e anulabilidade.

A mesma constatação se aplica a outras distinções comumente traçadas entre as duas formas de invalidade: todas partem do pressuposto da diversidade de interesses tutelados pelas categorias, mas são igualmente flexíveis. Corolários lógicos do não convalhecimento das nulidades seriam, por exemplo, a *insanabilidade do ato nulo* pela vontade das partes e a *impossibilidade de suprimento* do vício pelo juiz.<sup>138</sup> Trata-se de características bastante tradicionais atribuídas aos atos nulos.<sup>139</sup> Desde a codificação anterior e até hoje, não se admite que o juiz supra a nulidade, nem mesmo a pedido das

<sup>133</sup> Nesse sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 237. Outra corrente busca compatibilizar, em parte, a previsão legal com a regra geral afirmando que o prazo se destina apenas ao desfazimento de efeitos patrimoniais do testamento, não se estendendo aos existenciais (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. IV, cit., p. 674).

<sup>134</sup> Prazos específicos são previstos pelo Código Civil, por exemplo, nos arts. 119, parágrafo único, 550 e 1.649.

<sup>135</sup> Cf., por todos, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Vol. II, cit., pp. 923-924.

<sup>136</sup> Pondera Enzo ROPPO a esse propósito: “Tratando-se, apenas, de proteger o interesse do incapaz, do errante, do enganado ou do ameaçado, só estes – ou, nos casos de incapacidade, o seu representante legal – são árbitros da sorte do contrato: só a eles cabe decidir se pedir ou não a anulação. Nada exclui, com efeito, que também o contrato concluído por um incapaz, ou por efeito de um vício da vontade, resulte, em concreto, conveniente para esta mesma parte, ou, pelo menos, seja, por esta, julgado como tal, ou, então, não haja, da sua parte, nenhum interesse em invalidá-lo” (*O contrato*, cit., p. 244).

<sup>137</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. I, cit., p. 302.

<sup>138</sup> Anota Orlando GOMES: “a prescrição é equiparada à confirmação. [...] Presume a lei que, se o interessado não agiu dentro de certo prazo, é porque reputou vantajoso o ato, mesmo defeituoso” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 428). Na doutrina francesa, JAPIOT relata que, para a doutrina clássica, a prescrição seria “uma confirmação tácita, ao menos presumida” (*Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., p. 816).

<sup>139</sup> Cf., por todos, MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol. I, cit., p. 616.

partes (art. 146, parágrafo único do Código revogado; art. 168, parágrafo único do Código em vigor). No que tange à confirmação do ato nulo, o Código Civil de 1916 afastava tal possibilidade por interpretação *a contrario sensu* da norma que a autorizava no ato anulável (art. 148), no que foi seguido expressamente pelo Código Civil atual (art. 169).

A *ratio* dessas regras continua sendo a da (in)disponibilidade do interesse tutelado.<sup>140</sup> A afirmação, porém, de que o ato nulo não pode ser sanado ignora a natureza do próprio ato jurídico de confirmação, admitido em caso de anulabilidade. A rigor, está-se diante de nova declaração de vontade,<sup>141</sup> em geral equivalente, na prática, à celebração de um novo ato desprovido do vício original. Assim também, em diversas hipóteses de nulidade, é possível perceber que a finalidade que as partes obteriam com uma “confirmação” pode ser alcançada pela simples celebração de novo ato, ainda que totalmente desvinculado do primeiro. Não se cogita, aqui, de uma novação do ato nulo (vedada pelo art. 367 do Código Civil), com eficácia *ex nunc*,<sup>142</sup> mas de ato retroativo equiparado à confirmação.<sup>143</sup> Em um contrato nulo por vício de forma, por exemplo, se as partes celebrarem novo ato com as mesmas condições e a forma adequada, e o executarem dentro do prazo previsto pelo anterior, não parece haver, quanto ao interesse das partes, diferença significativa.<sup>144</sup>

<sup>140</sup> Nada obsta, contudo, que as partes cumpram espontaneamente o conteúdo do ato nulo, tornando-o eficaz no plano prático, como ressalta PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*. Tomo IV, cit., p. 112).

<sup>141</sup> A respeito, afirma Orlando GOMES: “Negócio integrativo, a confirmação importa renúncia do interessado aos meios que lhe faculta a lei para anular o contrato. Seu efeito é, por conseguinte, o de curar a invalidade do negócio defeituoso. [...] Exige declaração de vontade, pelo que, em si, a confirmação é declaração negocial destinada a corrigir o defeito que marca o negócio anulável” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 429). Também atribuem à confirmação a natureza de negócio jurídico unilateral PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*. Tomo IV, cit., p. 345) e Marcos Bernardes de MELLO (*Teoria do fato jurídico: plano da validade*, cit., p. 242). Já MENEZES CORDEIRO o qualifica como ato unilateral consistente em “declaração de vontade não recipianda” (*Tratado de direito civil*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2012, p. 971).

<sup>142</sup> Pondera SERPA LOPES: “o ato realizado sem poderes existe desde época anterior à ratificação. A sua existência, porém, não passa de uma situação virtual, pois a sua vida depende do ato posterior da ratificação. Mas esta não realiza o ato, vivifica-o. A ratificação tem assim uma função complementar” (*Curso de direito civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 515). Assim, a novação extingue a obrigação, “ao passo que a ratificação não substitui a antiga obrigação, mas, pelo contrário, dá-lhe vida e o sustentáculo necessário para dela afastar os vícios de que padece: *confirmatio nihil dat novit*” (Ibid., p. 514).

<sup>143</sup> A suposta retroatividade da confirmação é posta em dúvida por MENEZES CORDEIRO: “a confirmação não tem, em rigor, eficácia retroativa. De fato, quando ela ocorra, o negócio será tratado como se, *ab initio*, fosse válido. Mas na falta de confirmação e a menos que sobreviesse uma anulação, o negócio sempre funcionaria, *ab initio*, como válido” (*Tratado de direito civil*. Vol. I, cit., p. 963). A relevância, portanto, da confirmação é a de estabilizar a eficácia negocial, já que provoca, como a execução espontânea do ato anulável, a extinção de todas as ações ou exceções de que dispusesse o devedor (art. 175 do Código Civil).

<sup>144</sup> A aproximação prática entre uma hipotética “confirmação” do ato nulo e a celebração de novo ato já foi reconhecida pelo STJ, ao apreciar caso de “ratificação” (isto é, de nova celebração) de alterações em contrato social cuja nulidade havia sido declarada em ação anterior (STJ, 3ª T., REsp. 685.573/RS, Rel. Min. Castro Filho, julg. 2.6.2005, publ. 15.8.2005). Conferiu-se, porém, utilidade prática à distinção, entendendo-se que, caso o novo ato celebrado pretendesse a produção de efeitos *ex tunc*, poderia ser declarada a invalidade parcial dessa eficácia retroativa, para que não se equiparasse, na prática, à confirmação do ato original. Tal entendimento remonta à antiga distinção, reconhecida por alguns autores à luz do Código Civil de 1916, entre ratificação – com efeitos *ex tunc* – e confirmação – com efeitos *ex nunc* (cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 406, em entendimento suprimido nas edições atualizadas da obra, já que o Código Civil de 2002 passou a aludir apenas à confirmação). Solução diversa é prevista pelo BGB em seu §141, 2, que autoriza a confirmação *ex tunc* do ato nulo. Também na doutrina italiana já se admitiu a retroatividade da confirmação de atos nulos, ressalvados, porém, interesses de terceiros (FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 340).

O exemplo singelo que se acaba de formular presta-se tão somente a demonstrar como a vedação à “confirmação” do ato nulo pode se revelar artificial diante do caso concreto, já que, em diversas situações, admitir-se-á um resultado prático muito semelhante ao da confirmação, mesmo diante de uma nulidade. Esse resultado não será obtido, por evidente, quando a data da celebração do ato for relevante para a determinação de seus efeitos, ou quando estiverem em jogo prestações acessórias relativas ao ato original;<sup>145</sup> mesmo esses aspectos, porém, podem acabar sendo compensados no novo negócio.<sup>146</sup> Poder-se-ia indicar como outra diferença entre a confirmação e a realização de novo ato no caso de nulidade o fato de essa segunda possibilidade depender de novo consenso entre as partes,<sup>147</sup> ao passo que a confirmação (admitida nos atos anuláveis) costuma ser um ato unilateral da parte a quem ela incumbe.<sup>148</sup> Se, porém, a parte cujo consentimento estava viciado ou faltava estaria disposta a “confirmar” unilateralmente o ato, não parece haver problema prático na ultimação desse objetivo de forma bilateral.

Desse modo, a principal diferença prática entre atos nulos e anuláveis parece estar na vedação ao suprimento judicial do vício, pois essa consequência da distinção não está relegada apenas ao interesse das partes. De fato, o suprimento judicial da anulabilidade, normalmente admitido se faltou a participação de pessoa que deveria intervir no ato (como o assistente em relação à maior parte dos atos de relativamente incapazes, os pais no casamento de menor de idade ou o cônjuge nos negócios que exigem a outorga uxória), torna-se de difícil aplicação nos atos nulos, diante da relevância dos valores normalmente envolvidos. O uso do verbo “suprir”, aliás, talvez decorra do fato de os casos de anulabilidade normalmente consistirem na falta ou vício de alguma declaração de vontade necessária para o aperfeiçoamento do ato – a rigor, é essa *vontade* que o juiz pode *suprir*, não a invalidade em si. Em caso de nulidade, que tutela interesses de maior monta, tal medida é de mais rara aplicação. Não se deve, porém, afastar essa possibilidade, pois a valoração dos efeitos no caso concreto pode assim autorizar.<sup>149</sup>

<sup>145</sup> Tais como juros de mora que tenham decorrido de eventual inadimplemento ou garantias que tenham sido prestadas pelo devedor ou por terceiro, que não se estenderão ao novo ato praticado.

<sup>146</sup> Por exemplo, pela estipulação de termo inicial mais curto que compense o interregno entre a celebração do ato nulo e a subsequente celebração do válido, ou a fixação de preço que abranja tanto a dívida principal quanto a acessória decorrentes do contrato nulo, ou a prestação de nova garantia.

<sup>147</sup> Comenta MENEZES CORDEIRO que “a ‘confirmação’ de atos nulos implica, sempre, uma concordância de ambas as partes, ainda que simplificada” (*Tratado de direito civil*. Vol. I, cit., p. 970). O autor cita como exemplo o §141 do BGB, que dispõe: “1. Se um negócio jurídico nulo for confirmado por aquele que o tenha proposto, a confirmação deve ser reputada novamente como proposta [...]” (Tradução livre).

<sup>148</sup> Cf., por todos, LOPES, M. M. de Serpa. *Curso de direito civil*. Vol. I, cit., p. 515.

<sup>149</sup> Por exemplo, seria possível cogitar da emancipação de filho menor realizada por apenas um dos genitores, quando ambos existirem e estiverem munidos do poder familiar, que se considera, em princípio, nula. Se, porém, restar verificado no caso concreto que a recusa de um dos genitores em conceder a emancipação convencional decorrer de mero espírito emulativo dirigido contra o outro genitor, em nada considerando o melhor interesse do emancipando (hipótese, portanto, de recusa abusiva), não seria de se afastar a possibilidade de o juiz suprir a vontade do genitor recalcitrante. Nesse sentido, por exemplo, RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2011, p. 209.

Outra distinção usual entre nulidade e anulabilidade consiste na *legitimidade para a sua arguição*. Em princípio, a legitimidade para arguir a nulidade é ampla, abrindo-se a qualquer pessoa e ao Ministério Público (art. 168, *caput* do Código Civil). Por outro lado, a arguição da anulabilidade é restrita aos “interessados” (art. 177, *caput* do Código Civil), quase sempre as próprias partes ou terceiro cuja anuência fosse necessária à validade do ato.<sup>150</sup> Aparentemente distintas, tais regras são mais próximas do que se supõe. Em primeiro lugar, não cabe, em verdade, a “qualquer” pessoa alegar a nulidade,<sup>151</sup> pois faltaria à maior parte das pessoas o interesse processual.<sup>152</sup> De fato, não se autoriza a um particular que não tenha sua esfera jurídica diretamente afetada pelo vício que se avoque o papel de tutelar em juízo os interesses resguardados pela nulidade. Em segundo lugar, há hipóteses de nulidade que não podem ser alegadas nem mesmo pelas partes.

Pense-se, por exemplo, nos negócios simulados, que são nulos por força do art. 167 do Código Civil. A despeito da natureza do vício, é recorrente em doutrina o alerta de que as partes, por terem anuído com a simulação, não podem, beneficiando-se da própria torpeza, arguir a invalidade em juízo.<sup>153</sup> À luz do Código Civil de 1916, aliás, a simulação era causa de anulabilidade, modelo mais adaptado à legitimidade restrita de alegação. Como se percebe desse exemplo, em muitos casos a determinação do tipo de invalidade acaba decorrendo muito mais das consequências que pretendia o legislador atribuir à *fattispecie* do que propriamente da natureza individual ou social do interesse tutelado.<sup>154</sup> Por isso, a mesma figura já recebeu duas qualificações distintas no direito brasileiro: aparentemente, buscou o Código atual reaproximar a simulação do caráter de ordem

<sup>150</sup> Segundo PLANIOL e RIPERT, na anulabilidade não basta a quem a alega o interesse jurídico, pois “é uma faculdade reservada pela lei seja ao incapaz, seja à pessoa de quem o consentimento tenha sido viciado” (*Traité élémentaire de droit civil*. Tome 1<sup>er</sup>, cit., p. 133. Tradução livre). Essa exclusividade também é a lógica das chamadas nulidades de proteção no direito italiano contemporâneo, que, como anota PERLINGIERI, são “acionáveis apenas por iniciativa da parte fraca” da relação (*Manuale di diritto civile*, cit., p. 568).

<sup>151</sup> Conforme analisa Orlando GOMES, “em verdade, a nulidade não é absoluta. Qualquer pessoa não pode argui-la. Somente aos interessados é lícito invocá-la a todo tempo. Quem não tenha interesse em seu procedimento não pode pedir ao juiz que a declare, e, sem essa declaração, a nulidade não passa de mera expectativa” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 432).

<sup>152</sup> “A legitimação geral às ações de nulidade não exige o agente de demonstrar a subsistência de um adequado interesse concreto de agir, já que a ação propriamente dita não é proponível em falta da prova da necessidade de recorrer ao juízo para evitar uma lesão atual do próprio direito e o consequente dano à própria esfera jurídica” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 563. Tradução livre).

<sup>153</sup> Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, que assim dispunha expressamente em seu art. 104, afirmava Homero PRATES que a opção legislativa “de negar a ação às próprias partes, na simulação fraudulenta” decorria de aplicação da máxima *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (*Atos simulados e atos em fraude da lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 176), entendimento mantido por alguns autores ainda atualmente (cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., p. 535).

<sup>154</sup> Neste ponto, vale transcrever a lição de Pietro PUTTI, segundo o qual a clareza da distinção entre nulidade e anulabilidade “se quebra já no interior do próprio quadro codicístico”, sempre que, “sob o perfil da nulidade, a legitimação à ação seja reservada a categorias bem individuadas de sujeitos, ou mesmo a uma só parte”. Explica o autor: “a anulabilidade apresenta características de tipicidade tais a permitir a imediata individuação dos sujeitos legitimados à ação de anulação, ao passo que a nulidade apresenta a esse respeito perfis de atipicidade, já que não permite isso, mas impõe ao intérprete primeiro individuar o interesse posto pelo legislador na base da norma, de forma a identificar, apenas sucessivamente a essa operação lógico-jurídica, o sujeito legitimado a agir” (*La nullità parziale*. Napoli: ESI, 2002, pp. 366-367. Tradução livre).

pública que parece justificá-la, mas sacrificou, assim, a compatibilidade buscada pela lei anterior com a disciplina de legitimidade restrita para arguição.<sup>155</sup>

Por sua vez, a afirmação de que as anulabilidades apenas podem ser alegadas por poucos interessados – aqueles cuja vontade faltou ou restou viciada no ato anulável – não é absoluta.<sup>156</sup> Tome-se por exemplo a fraude contra credores, caso de anulabilidade desde a codificação anterior. Os legitimados a manejar a ação pauliana não são os sujeitos que participaram do ato fraudulento, mas, ao revés, todo e qualquer credor do alienante que foi reduzido à insolvência ou teve sua insolvência agravada (art. 158 do Código Civil). Por tal razão, parte da doutrina chega a afirmar, à revelia da expressa disposição legal, que o ato não seria anulável, mas *relativamente ineficaz*,<sup>157</sup> isto é, inoponível contra pessoas específicas<sup>158</sup> (neste caso, os credores do alienante). Essa lógica também explicaria por que o bem alienado, se julgada procedente a ação pauliana, não retorna ao patrimônio deste último, revertendo em prol do acervo de credores.<sup>159</sup> Preferiu o codificador, porém, adotar a tese da anulabilidade, reproduzindo o descompasso teórico da lei anterior.<sup>160</sup>

Outras soluções legislativas diferenciadas poderiam ser citadas.<sup>161</sup> Como se depreende desses exemplos, com frequência o rol de legitimados à impugnação não decorre das regras gerais previstas para nulidade ou anulabilidade, mas sim de normas específicas ou da incidência de valores como a vedação ao benefício da própria torpeza.<sup>162</sup> Nesse

<sup>155</sup> Recebeu, por isso, crítica de parte da doutrina, diante da “incongruência de catalogar como nulo o negócio simulado, ressalvando entretanto o negócio dissimulado (art. 167, *caput*), bem como os direitos dos terceiros de boa-fé (art. 167, §2º). Aliás, o parágrafo segundo é bom subsídio para sustentar que os simuladores fraudulentos não têm a ação de anular o negócio jurídico simulado, tendo em vista que mesmo os terceiros somente terão ressalvados os seus direitos se estiverem de boa-fé, em face dos participantes do negócio jurídico” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., p. 536). Durante o processo legislativo, chegou-se a propor uma emenda ao projeto do Código para que se passasse a considerar a simulação causa de ineficácia relativa, mas a tese foi rejeitada sob a alegação de que não haveria mudança prática (cf. ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 147).

<sup>156</sup> Parte da doutrina afirma até mesmo, como Orlando GOMES, que “a anulabilidade pode ser absoluta, argüível por qualquer interessado” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 428).

<sup>157</sup> Nesse sentido, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. III. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 305-306.

<sup>158</sup> Nesse sentido, na doutrina alemã, cf. LARENZ, Karl. *Derecho civil: Parte General*, cit., p. 647.

<sup>159</sup> Sintetiza Caio Mário da Silva PEREIRA: “o efeito natural da anulação seria repor o bem no patrimônio do devedor ou cancelar a garantia especial concedida, de sorte que, retornando ao patrimônio do devedor, voltassem os credores a ter, sobre o bem restituído, o caráter de garantia genérica. O alienante seria compelido a repor o que houvesse recebido. Todavia, não foi esta a decisão do legislador. [...] Surgiu, assim, a híbrida figura prevista no art. 165 do Código Civil” (*Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., p. 454).

<sup>160</sup> Segundo Moreira ALVES, durante os trabalhos preparatórios do Anteprojeto do Código Civil atual, a tese da ineficácia relativa do ato fraudulento foi refutada ao argumento de que o sistema de 1916 “nunca deu motivo a problemas, nesse particular” (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 146).

<sup>161</sup> No caso do casamento anulável em decorrência de não ter um dos cônjuges atingido a idade núbil, podem pretender a anulação o próprio cônjuge e também seus representantes legais e ascendentes (art. 1.552 do Código Civil). Já a anulabilidade de disposição testamentária (por vício de consentimento, por exemplo) não é alegada, evidentemente, pelo próprio testador, mas sim por terceiros interessados (em regra, os herdeiros).

<sup>162</sup> Interessante exemplo de restrição à legitimidade é encontrado no art. 410º/3 do Código Civil português, que condiciona a legitimidade de um dos contratantes para alegação da invalidade decorrente da omissão de um requisito do ato a um comportamento culposo da outra parte. O exemplo é lembrado por CORDEIRO, Menezes. *Tratado de direito civil*. Vol. II, cit., p. 922.

sentido, a regra mais geral que parece ser possível enunciar é a de que será legitimado quem detiver interesse processual (e o Ministério Público, quando lhe couber intervir), e mesmo assim algum valor juridicamente relevante pode levar o julgador a concluir que, em concreto, não assistia a certa pessoa impugnar o ato.<sup>163</sup> Do ponto de vista do direito material, o direito à impugnação se abre, em princípio, tanto às partes quanto a terceiros, podendo ser modulado em um juízo valorativo sobre os efeitos produzidos.<sup>164</sup>

Finalmente, a distinção mais notória entre nulidade e anulabilidade consiste na noção de que a primeira *operaria de pleno direito*.<sup>165</sup> Assim, ao contrário do ato anulável, que produziria seus efeitos regulares antes da anulação judicial (art. 177, *caput* do Código Civil),<sup>166</sup> o ato nulo seria ineficaz *ab initio*. Tal concepção recebeu forte resistência de parte da doutrina,<sup>167</sup> atenta ao fato de que mesmo atos nulos costumam ensejar situações juridicamente relevantes<sup>168</sup> e até efeitos imprevistos pelas partes.<sup>169</sup> Sempre será preciso, portanto, que o juiz declare a nulidade para conferir segurança à relação: é a coisa julgada

<sup>163</sup> Essa chave de leitura é desenvolvida, por exemplo, por Pietro PUTTI, que atribui às nulidades uma índole eminentemente atípica, sobretudo no que tange ao rol de legitimados para sua arguição. Segundo o autor, a complexidade de fontes normativas reflete “um quadro econômico profundamente modificado, no qual a proteção da parte mais frágil não responde a exigências genéricas de equidade, mas é exigida para a manutenção de equilíbrios macroeconômicos precisos” (*La nullità parziale*, cit., p. 377. Tradução livre).

<sup>164</sup> Ilustrativamente, em caso concreto no qual uma sociedade anônima e a esposa de um dos sócios pretendiam a declaração de nulidade de contrato firmado por esse sócio com terceiro (na verdade, alegando a inexistência do negócio), entendeu o STJ que, apesar de a legitimação para arguir a nulidade ser ampla, nenhuma das recorrentes apresentava qualquer interesse na causa. O recurso, assim, não foi conhecido (STJ, 4ª T., REsp. 184.703, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 9.3.1999, publ. 21.6.1999).

<sup>165</sup> Na doutrina italiana, aduz Francesco MESSINEO: “a nulidade opera de direito: ela é apenas declarada” (*Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol. I, cit., p. 616). Note-se, porém, que não há consenso quanto ao sentido da expressão “de pleno direito”. Martinho GARCEZ, por exemplo, entendia que as nulidades deviam ser necessariamente pronunciadas pelo juiz, mas seriam “de pleno direito” porque não haveria discricionariedade para o julgador ao declará-las (*Das nulidades dos atos jurídicos*, cit., pp. 41-48).

<sup>166</sup> Tal característica justifica que a anulabilidade também seja referida como *nulidade dependente de rescisão*, como registram, dentre outros, VALLE FERREIRA (Subsídios para o estudo das nulidades, cit., p. 32) e Orlando GOMES (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 427).

<sup>167</sup> Assim já entendiam AUBRY e RAU: “toda nulidade deve, em regra geral, ser pronunciada por julgamento. A esse respeito, não há que distinguir entre os casos em que a lei se restringe a abrir contra um ato uma ação de nulidade, e aqueles em que ela declara ela mesma a nulidade, seja de uma maneira pura e simples, seja com a adição das palavras *de direito* ou *de pleno direito*. Os atos eivados de nulidade permanecem então eficazes enquanto a anulação não tenha sido pronunciada pelo juiz” (*Cours de droit civil français*. Tome 1<sup>er</sup>, cit., p. 122. Tradução livre). Nessa direção, PLANIOL e RIPERT aduzem que toda nulidade “supõe uma ação judicial” e “jamais leva à inexistência inicial do ato” (*Traité élémentaire de droit civil*. Tome 1<sup>er</sup>, cit., p. 126).

<sup>168</sup> Orlando GOMES mostra-se contundente: “Não é igualmente correta a tese de que a nulidade é imediata ou instantânea. O negócio nulo subsiste, se escapa à apreciação do juiz. Seja para pronunciá-la, declará-la ou decretá-la, a intervenção judicial é imprescindível. Enquanto não se faz sentir, o negócio aparentemente normal está produzindo efeitos” (*Introdução ao direito civil*, cit., pp. 431-432). Segundo VALLE FERREIRA, a “nulidade de pleno direito [...] é simples resíduo verbal de sistemas há muito tempo superados e assim na linguagem de hoje só pode perturbar, como frequentemente ocorre. Não há nulidade de *pleno iure*, tudo porque, mesmo inquinado do vício mais grave, o ato quase sempre conserva uma aparência de regularidade, que só pode ser destruída pela declaração do juiz. Esta presunção de regularidade, este respeito pelas aparências, é um dos grandes princípios da organização civil [...]” (Subsídios para o estudo das nulidades, cit., pp. 31-33). Assim também na jurisprudência (ilustrativamente: STJ, 4ª T., REsp. 184.703, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 9.3.1999, publ. 21.6.1999).

<sup>169</sup> “A designação de um negócio ineficaz em todos os aspectos e permanentemente como ‘nulo’ não deve induzir a estimar que tal negócio seja algo ‘não existente’. O negócio existe como ato realizado, isto é, como evento; apenas se lhe denegam os efeitos jurídicos a que se dirige. O ordenamento não pode converter em não acontecido o ato realizado como tal”, pois “sua realização pode ter efeitos jurídicos distintos daqueles pretendidos pelas partes com ele” (LARENZ, Karl. *Derecho civil*: Parte General, cit., p. 624. Tradução livre).

que reveste de definitividade a invalidade.<sup>170</sup> Além disso, a doutrina clássica francesa já criticava a operatividade *pleno iure* como forma ilegítima de autotutela,<sup>171</sup> sobretudo em face do direito germânico, que admite a anulação por simples declaração extrajudicial.<sup>172</sup>

A despeito, porém, das críticas que a atingiram, a tese da operatividade de pleno direito sempre se prestou a justificar uma outra questão: a suposta *natureza declaratória* da sentença que reconhecia a nulidade, por oposição à *natureza constitutiva* da sentença anulatória.<sup>173</sup> Essa distinção pode ser encontrada em mais de uma formulação na doutrina<sup>174</sup> e na própria lei, que, por exemplo, pacificou a possibilidade de que a nulidade seja conhecida *ex officio* (art. 168, parágrafo único do Código Civil),<sup>175</sup> diversamente da anulabilidade (art. 177, *caput* do Código Civil). Há dissenso, porém, sobre a eficácia das sentenças respectivas.<sup>176</sup> Para alguns autores, seria evidente que a primeira opera *ex tunc* e a segunda, *ex nunc*.<sup>177</sup> Porém, a opção legal é dúbia nesse ponto desde o Código Civil de 1916, cujo art. 158 foi substancialmente reproduzido pelo atual art. 182, que dispõe que, “anulado o negócio jurídico”, “restituir-se-ão as partes” ao estado anterior.

Como se percebe, o dispositivo prevê a eficácia *ex tunc* da sentença; seria, portanto, de se esperar que se referisse apenas à nulidade. A expressão “anulado”, porém, parece abranger também (ou até apenas) a anulabilidade. Diante da redação confusa do dispositivo, alguns autores conferem interpretação ampla ao art. 182 do Código Civil,

<sup>170</sup> Assim, em regra, “o que se declarou nulo, por decisão judicial irrecorrível, não pode ser posteriormente convertido, mediante nova sentença” (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Conversão do negócio jurídico. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011). Nesse sentido, cf. art. 508 do Código de Processo Civil de 2015.

<sup>171</sup> Cf. DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livro I, Título I, Seção V, art. 16; e, ainda, PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Tome 1<sup>er</sup>, cit., p. 124.

<sup>172</sup> Dispõe o §143, 1 do BGB: “A anulação ocorre através de declaração à contraparte” (Tradução livre).

<sup>173</sup> A negação da operatividade *pleno iure* não afastou, porém, para alguns autores, a eficácia *ex tunc* (cf. PAGE, Henri De. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Tome 1. Bruxelles: Émile Bruylant, 1948, p. 132).

<sup>174</sup> Por isso, alguns autores sustentam haver nulidades de pleno direito e outras dependentes de declaração judicial; muitas vezes, para eles, as primeiras são associadas (ou até equiparadas) à inexistência. Tais equívocos são atribuídos por VALLE FERREIRA à redação “confusa e imprecisa” do *Code Napoléon* e sua influência sobre o direito brasileiro (Subsídios para o estudo das nulidades, cit., p. 33). No mesmo sentido, cf. JAPIOT, René. *Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., p. 146. No Brasil, tornou-se alvo de célebre crítica o Decreto n. 737 de 1850, que usava os termos “nulo de pleno direito”, “nulo” e “nulo dependente de rescisão” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*, cit., pp. 259-262).

<sup>175</sup> Mesmo assim, na doutrina italiana, afirma-se que, quando “são esperadas outras ações que não pressupõem a validade, como aquelas de resolução, rescisão, anulação, o juiz não pode declarar a nulidade se esta não foi suscitada pela parte” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 564. Tradução livre). Tal entendimento se sustenta a despeito de o Código Civil italiano autorizar a cognoscibilidade de ofício da nulidade pelo juiz (art. 1.421), a exemplo do Código Civil brasileiro. A discussão abrange também a controvérsia quanto ao reconhecimento da nulidade constituir uma faculdade ou, diversamente, um dever para o juiz, já que o art. 1.421 do *Codice* usa o verbo “poder”, diversamente do art. 168 do Código brasileiro, que usa o verbo “dever” (a respeito, cf. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 161-163).

<sup>176</sup> Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil, cit., p. 76.

<sup>177</sup> Afirma, por exemplo, SERPA LOPES: “enquanto o ato nulo surge como se nunca houvera existido (*non valet*), sendo retroativos os efeitos da sentença que o decretar, operando *ex tunc*, o ato anulável, enquanto não decretada a anulabilidade por sentença, em ação própria ou reconvenção, continua portador de todos os efeitos como se válido fosse, e os do reconhecimento dessa eficácia só começam a partir do trânsito em julgado da sentença (*ex nunc*)” (*Curso de direito civil*. Vol. I, cit., p. 506).

reconhecendo efeitos retroativos à sentença em ambas as categorias.<sup>178</sup> Alega-se como justificativa para tanto não apenas o próprio texto legal, mas também uma série de hipóteses nas quais a conservação dos efeitos do ato anulável não se mostraria razoável;<sup>179</sup> destaca-se, por outro lado, a importância de se homologarem certos efeitos decorrentes da anulabilidade.<sup>180</sup> Nessa perspectiva, tanto as sentenças relativas à nulidade quanto à anulabilidade são também, em certa medida,<sup>181</sup> constitutivas;<sup>182</sup> há apenas uma gradação da invalidade entre tais categorias.<sup>183</sup> Supera-se, assim, a tese de que a nulidade operaria *pleno iure*: ao contrário, a relevância jurídica do ato nulo sempre se evidenciará quando o juiz for chamado a pronunciar o vício.<sup>184</sup> Em feliz alegoria, já se afirmou que “o Direito é como o rei Midas”: confere juridicidade a tudo aquilo que toca.<sup>185</sup>

Mitigadas as distinções fundamentais entre nulidade e anulabilidade, parece não restar outra conclusão senão a de que tais figuras não gozam de plena autonomia conceitual.<sup>186</sup> Parte da doutrina, aliás, chega a afirmar que se trata de uma única categoria.<sup>187</sup> Diante da expressa adoção da dicotomia pelo legislador, soa mais razoável entender que a distinção apenas subsiste no plano normativo, como proposta de modelo abstrato; a fronteira entre elas, porém, já é tênue na elaboração da lei e quase desaparece no trabalho do julgador em concreto. Tais constatações parecem suficientes para que se retorne, a seguir, à tese, já enunciada, sobre a influência mútua entre validade e eficácia.

<sup>178</sup> Conclui Silvio RODRIGUES: “as nulidades, quer a absoluta, quer a relativa, operam retroativamente, por expressa disposição da lei, atuando como se o ato malsinado jamais houvesse existido” (*Direito civil*. Vol. I, cit., p. 305). Cf., ainda, VALLE FERREIRA: “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”; “também a nulidade relativa é absoluta em seus efeitos” (Subsídios para o estudo das nulidades, cit., p. 33).

<sup>179</sup> Nesse sentido, a jurisprudência já chegou a reconhecer uma suposta causa de nulidade diante de ato inquinado de erro quanto à pessoa, diante da necessidade de desfazer os efeitos produzidos (TJSP, 32ª C.D.Priv., Ap. Civ. 9082193-80.2004.8.26.0000, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, julg. 26.8.2011, publ. 26.8.2011).

<sup>180</sup> Massimo BIANCA, por exemplo, afastando a noção de que o ato anulável seria válido antes da sentença, aduz que seria legítima a recusa, pela parte legitimada a impugná-lo, de executar o ato antes da anulação, pois esta poderia ter “eficácia retroativa” (*Diritto civile*. Vol. III, cit., p. 643). O direito brasileiro, porém, ao contrário do italiano, não admite a alegação da anulabilidade por via de exceção, mas apenas em ação própria ou reconvenção; por isso, segundo BARBOSA MOREIRA, o credor em ação de cobrança fundada em negócio meramente anulável poderá ter seu pedido provido (Invalidade e ineficácia do negócio jurídico, cit., p. 104).

<sup>181</sup> Não é demais destacar, como leciona BARBOSA MOREIRA, que toda sentença tem natureza ao menos parcialmente declaratória (Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil, cit., pp. 76-77).

<sup>182</sup> Segundo Agnelo AMORIM, embora as sentenças nas ações constitutivas produzam, normalmente, efeitos *ex nunc*, “não é contrária à sua natureza, e é até mesmo frequente, a produção de efeitos ‘ex tunc’” (Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, cit., p. 17).

<sup>183</sup> Interessante notar que idêntica conclusão é alcançada por KELSEN em matéria de validade de normas jurídicas (*Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 308).

<sup>184</sup> PUCCINI, Lapo. *Studi sulla nullità relativa*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 141.

<sup>185</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 308.

<sup>186</sup> Constata Orlando GOMES: “todos os caracteres da nulidade, através dos quais se procura e se pretende diferenciá-la da anulabilidade, não se apresentam com aquele particularismo necessário à sua função. O princípio capital a que deveria subordinar-se a matéria sofre tais exceções, que a sua incidência não pode ser elevada à condição de traço característico” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 432). Na doutrina italiana, leciona Pietro PUTTI que a nulidade pode ser, “caso a caso, prescritível, sanável, acionável apenas por quem nela tenha um interesse merecedor de proteção jurídica” (*La nullità parziale*, cit., p. 372. Tradução livre).

<sup>187</sup> Afirma, por exemplo, VALLE FERREIRA que “nulidade não se contrapõe a anulabilidade, porque não representam categorias diferentes” (Subsídios para o estudo das nulidades, cit., p. 30).

#### 4. Proposta de método para a modulação de efeitos de negócios inválidos

As críticas anteriores não são recentes, e parecem colocar em xeque a teoria clássica das invalidades.<sup>188</sup> Se, como se viu, não há distinção prática entre a chamada inexistência e a nulidade, as principais diferenças estruturais entre nulidade e anulabilidade, por sua vez, sofrem frequentes mitigações. Sob o prisma funcional, a crise apenas se agrava: não há diferença segura entre os interesses tutelados por essas categorias. E, se um possível refúgio para o intérprete poderia ser o fato de que todas elas podem ser reconduzidas ao gênero da *invalidade negocial*, esse aparente porto seguro situa-se no âmago de outro sistema em potencial colapso: os planos de análise negociais. Como se comentou, a escala ponteana tem por base a artificial separação entre validade e eficácia. Constata-se, porém, que todas as mencionadas espécies do gênero invalidade não passam de propostas para disciplinar problemas de eficácia negocial (em sentido estrito).

Soa despropositado, assim, buscar sistematicidade para o cenário fragmentado que se vem de descrever relegando-se o problema da eficácia apenas ao último plano. Não por acaso, invalidade e ineficácia estiveram por muito mais tempo reunidas do que apartadas no sistema romano-germânico. As fontes romanas são ambíguas no uso do termo *nullus*, problema que não foi resolvido pelos juristas medievais.<sup>189</sup> Os pandectistas retomaram o tema, em particular com Savigny e Windscheid, mas ainda então, a invalidade foi reputada parte da ineficácia.<sup>190</sup> A insistência nos planos estanques de análise parece, de fato, uma peculiaridade brasileira, herdada da obra ponteana.<sup>191</sup> De todo modo, as nulidades sempre ofereceram mais inseguranças do que certezas à doutrina civilista.<sup>192</sup>

<sup>188</sup> Como analisa Orlando GOMES, o movimento crítico das nulidades “mostra as inconseqüências e as falhas do sistema tradicional, mas não oferece, em troca, uma sistematização de princípios que represente construção doutrinária de conteúdo lógico apreciável. Vale, no entanto, como obra de esclarecimento, que serve, principalmente, para corrigir os excessos a que conduz o amor à abstração manifestado pelos partidários da teoria clássica” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 433). Na doutrina francesa, critica René JAPIOT que as dificuldades de reconstrução são o principal fator que tem garantido ao sistema clássico o sucesso duradouro (*Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., p. 156).

<sup>189</sup> Segundo Angela la SPINA, para a concepção romana, era estranha a noção de uma *fattispecie* destinada unicamente a ser qualificada como nula (*Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., p. 21).

<sup>190</sup> Relata Jan Peter SCHMIDT: “Savigny introduziu a categoria geral da ‘*Ungültigkeit*’. Literalmente, esta teria de ser traduzida como ‘invalidade’, mas seu significado não deve ser associado automaticamente aos planos de Pontes de Miranda. Porque Savigny entendia a ‘*Ungültigkeit*’ como a ‘negação da eficácia’ da relação jurídica, e distinguiu, dentro da ‘*Ungültigkeit*’, a ‘*Nichtigkeit*’ (nulidade) da ‘*Anfechtbarkeit*’ (anulabilidade). Nota-se, assim, que, à diferença de Pontes de Miranda, Savigny não fez uma diferenciação entre validade e eficácia. Tampouco separou o plano de existência [...] A sistemática de Savigny foi depois refinada por Bernhard Windscheid. Como Savigny, este empregou a categoria geral da ‘*Ungültigkeit*’, mas a distinguiu da ‘*Unwirksamkeit*’ (literalmente: ineficácia)” (Vida e obra de Pontes de Miranda, cit.).

<sup>191</sup> Cf. SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda em uma perspectiva alemã, cit., *passim*.

<sup>192</sup> Critica Orlando GOMES: “As tentativas de sistematização multiplicaram-se, concorrendo para a maior obscuridade da teoria que se procurava construir. Os conceitos fundamentais variam. O sentido das palavras não é uniforme. As classificações divergem. As categorias aumentam ou diminuem por efeito de insegurança conceitual. [...] O desentendimento é geral. A confusão de linguagem chega ao ponto de se tomar como sinônimas palavras de significados diferentes, a que os escritores emprestam acepções diversas. O que é nulo para um é inexistente ou anulável para outro, e assim por diante” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 431).

O tema é célebre pela dificuldade interpretativa e pela insuficiência das suas construções dogmáticas.<sup>193</sup> São usuais as críticas à sua difícil sistematização.<sup>194</sup> Em lição emblemática, por exemplo, Clóvis Beviláqua admitia que a falta de nitidez dos dispositivos legais e a ausência de princípios gerais na matéria davam a ela “um aspecto particularmente rebarbativo”.<sup>195</sup> Reconhece-se amplamente a crise conceitual, bastante fomentada por juízos valorativos formulados diante de certos casos concretos.<sup>196</sup>

Nesse diapasão, diversas espécies negociais, *a priori* nulas, tornaram-se tão frequentes, e seus efeitos começaram a parecer tão legítimos socialmente,<sup>197</sup> que a doutrina passou a defender sua eficácia plena. Um bom exemplo consiste em certos negócios corriqueiros de pequeno porte, celebrados por incapazes sem representação ou assistência – pense-se no contrato de transporte entre o menor e a concessionária de serviço público que opere determinada linha de ônibus ou de trem, ou na compra e venda que esse mesmo menor firma com o comerciante para adquirir bens de pequeno valor, tais como jornais, revistas, gêneros alimentícios etc.<sup>198</sup> A eficácia plena de tais atos se revela empiricamente inquestionável, não havendo dúvida de que a contraprestação é devida ao transportador ou ao comerciante; essa eficácia, porém, desafia frontalmente a teoria das invalidades.

A tentativa de negar natureza negocial a tais atos, ou de negar relevância aos atos ditos inexistentes, ou de mudar a qualificação legal da simulação, ou, ainda, de enquadrar a fraude contra credores como causa de mera “ineficácia relativa” reflete uma tendência, muito mais ampla, em que o intérprete e, por vezes, o próprio legislador, intuitivamente, investigam o regime jurídico mais compatível com a axiologia do sistema e com as peculiaridades do caso antes de qualificar a natureza do vício.<sup>199</sup> Semelhante tendência

<sup>193</sup> Também na doutrina italiana se constata que “o dado positivo, ora fragmentário, heterogêneo e no mais das vezes contraditório, induziu parte da doutrina a renunciar à sua sistematização. Falou-se, de fato, na desestruturação da nulidade” (SPINA, Angela la. *Destruzzazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., p. 72). Remata a autora: “A variedade e multiplicidade de hipóteses normativas previstas pelo atual ordenamento em matéria de nulidade comportam, de fato, inextricáveis nós de difícil superação, ao ponto de colocar em dúvida a própria possibilidade de organizá-los e reconduzi-los ao sistema” (Ibid., p. 85).

<sup>194</sup> Aduz VALLE FERREIRA que as dificuldades do tema se agravam pela divergência dos autores: “Estes, além de variarem na linguagem e na inteligência dos textos que examinam, quase sempre se prendem a fatos de outros tempos, ou a circunstâncias de outros lugares” (Subsídios para o estudo das nulidades, cit., p. 29).

<sup>195</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*, cit., pp. 254-255.

<sup>196</sup> Segundo VALLE FERREIRA, com efeito, na aplicação da teoria da nulidade, os juristas avaliam de modo diverso “os diferentes casos de equidade prática” (Subsídios para o estudo das nulidades, cit., p. 29).

<sup>197</sup> Admite-se, em geral, que as invalidades constituem uma reação social “violenta” a um ato que viola a ordem pública, a moral social ou os bons costumes (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. I, cit., p. 285).

<sup>198</sup> Trata-se dos *comportamentos socialmente típicos*, tese iniciada por Günther Haupt e desenvolvida por Karl Larenz que negava a natureza negocial a tais hipóteses, assim tentando resolver o problema gerado por sua eficácia. Pouco difundida, essa teoria precisou eventualmente admitir que tais atos, supostamente não negociais, ainda eram exercícios de autonomia privada (LARENZ, Karl. Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, 2006, p. 60).

<sup>199</sup> Na experiência italiana, já se relatou que a jurisprudência “individua em cada causa concreta de nulidade diferentes opções interpretativas relativamente ao regime de nulidade que lhes resulta aplicável e visto que o legislador [...] não hesita em construir normas e regimes de nulidade que deveriam ser considerados alternativos aos tradicionais” (PUTTI, Pietro. *La nullità parziale*, cit., pp. 371-372. Tradução livre).

parece culminar nos chamados “efeitos do ato nulo”.<sup>200</sup> De fato, os próprios adeptos da escala ponteana reconhecem que os atos nulos podem “ingressar no plano da eficácia” – o que Junqueira de Azevedo qualificou como um “furo” na técnica de eliminação progressiva, embora entendesse que se tratava de exceções a confirmar a regra.<sup>201</sup>

Os casos de eficácia de atos nulos são muitos,<sup>202</sup> particularmente quando se consideram também os efeitos que não foram pretendidos pelas partes.<sup>203</sup> Assim, por exemplo, uma dação em pagamento nula pode importar confissão de dívida para fins de interrupção da prescrição (art. 202, VI do Código Civil). O ato translático do domínio, ainda que nulo, serve como causa justificadora da posse.<sup>204</sup> Subsistem os deveres anexos de proteção a despeito da nulidade contratual.<sup>205</sup> O casamento nulo faz prova da filiação (art. 1.617 do Código Civil). O casamento putativo produz seus efeitos em prol dos filhos e dos cônjuges de boa-fé (art. 1.561 do Código Civil). O ato nulo pode, ainda, criar o dever de indenizar, se verificados os requisitos da responsabilidade civil<sup>206</sup> (apenas impropriamente alude o art. 182 do Código Civil à “indenização” como efeito normal da invalidação).<sup>207</sup> O motivo de tantas exceções raramente é explicitado, embora não seja difícil identificá-lo.

<sup>200</sup> Admite Junqueira de AZEVEDO: “pode ocorrer que, por exceção, um negócio nulo produza efeitos jurídicos (são os chamados efeitos do nulo)” (*Negócio jurídico*, cit., p. 49). E mesmo PONTES DE MIRANDA citava várias exceções: “negócios jurídicos nulos sanáveis ou ratificáveis; negócios jurídicos nulos de alegação relativa, e não pelo simples interessado; negócios jurídicos cuja nulidade não é decretável de ofício; negócios jurídicos nulos para cuja decretação de nulidade se precisa de ‘ação’ e, por vezes, de ‘ação ordinária’; negócios jurídicos nulos a que se fixou prazo [...] de prescrição, para ser pedida a decretação da nulidade; negócios jurídicos nulos, mas eficazes no todo ou em parte” (*Tratado de direito privado*. Tomo IV, cit., p. 83).

<sup>201</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*, cit., p. 64.

<sup>202</sup> Ao ponto de se ter aprovado, na VI Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 2013, o Enunciado n. 537, segundo o qual “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”.

<sup>203</sup> São exemplos aludidos por Orlando GOMES: “a) a prescrição se interrompe por citação nula; b) declaração feita em negócio nulo serve de começo de prova; c) o parentesco por afinidade sobrevive a casamento nulo. Alguns produzem efeitos secundários, como o instrumento público nulo, que vale como instrumento particular. Outros geram todos os seus efeitos, como o casamento putativo e os atos praticados pelo herdeiro aparente, pouco importando, nestes casos, que a ordem jurídica neutralize o princípio com o recurso técnico da boa-fé ou da máxima *error communis facit jus*. Intrinsecamente tais negócios são nulos; não deveriam suscitar qualquer efeito, e, no entanto, suscitam” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 431).

<sup>204</sup> Cf., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, cit., p. 540.

<sup>205</sup> Cf., com base na doutrina alemã, CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 618.

<sup>206</sup> Assim já reconheciam AUBRY e RAU (*Cours de droit civil français*. Tome 1<sup>er</sup>, cit., p. 123). Um exemplo parece estar previsto na disciplina da evicção (que pode ocorrer, dentre outras causas, pela nulidade do ato translativo): assiste ao evicto o direito à indenização pelos “prejuízos que diretamente resultarem da evicção” (art. 450, II do Código Civil), que não se confundem com a restituição do preço pago (art. 450, *caput*).

<sup>207</sup> A rigor, a natureza dos valores a serem restituídos com a invalidação do ato não destoa da pretensão restitutória decorrente, por exemplo, de resolução contratual por inadimplemento. Pode, por isso mesmo, essa restituição ser ou não cumulada com perdas e danos, como pode ser que nada precise ser restituído. Como leciona MENEZES CORDEIRO: “deve ser restituído tudo o que tiver sido prestado, ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente [...]. O dever de restituir é recíproco. A doutrina estrangeira já intentou, por via doutrinária, construir aqui um sinalagma, de modo a permitir a aplicação de institutos que garantam as posições das partes. A lei portuguesa solucionou, de modo expresso, o problema, no artigo 290º [...]. A nulidade ou a anulação de um negócio são, ainda, suscetíveis de causar danos ilícitos. Podem intervir institutos de responsabilidade civil e, designadamente, a *culpa in contrahendo*” (*Tratado de direito civil*. Vol. I, cit., pp. 936-938). A referência à *culpa in contrahendo* parece útil para se cogitar da possibilidade de indenização pelo interesse contratual positivo em decorrência da invalidação, o que já se reconhece em matéria de responsabilidade pré-contratual por ruptura imotivada das negociações.

Como se afirmou, a validade negocial é uma questão de eficácia não apenas porque consiste em mecanismo de controle valorativo da eficácia negocial, mas também porque visa a resolver qual tratamento deve ser conferido a problemas práticos que surgem em um juízo valorativo dessa eficácia. Como se sabe, a função pode e deve definir a estrutura. E, em todos esses casos, promove o intérprete justamente uma análise funcional, por vezes esbarrando na perplexidade de não reputar legítimas, em concreto, as soluções abstratamente previstas. Contudo, em vez de fundamentar o afastamento da regra geral na aplicação sistemática e valorativamente unitária do ordenamento, conforma-se em criar exceções, em tese assistemáticas e arbitrárias, ou, pior ainda, em criar qualificações ainda mais artificiais que a teoria clássica das nulidades, apenas para não desafiá-la.<sup>208</sup>

Nesse cenário, o tipo de invalidade do ato acaba se tornando secundário em relação à individuação da normativa aplicável aos seus efeitos. Já se afirmou, por exemplo, que a qualificação dos vícios do consentimento como causas de anulabilidade decorre de mera “política legislativa”.<sup>209</sup> A assunção de dívida realizada sem anuência do credor já foi tida tanto como inexistente<sup>210</sup> quanto como ineficaz.<sup>211</sup> A venda *a non domino* já recebeu todas as qualificações: inexistente,<sup>212</sup> nula,<sup>213</sup> anulável,<sup>214</sup> ineficaz<sup>215</sup> e até plenamente válida.<sup>216</sup> Os atos do mandatário sem poderes não apenas são desprovidos de legitimação perante terceiros como ainda constituem ilícitos contratuais perante o mandante; contudo, o art. 662 do Código Civil alude apenas à sua “ineficácia” contra o mandante, como se se tratasse apenas de atos à espera de fator ulterior de eficácia (a ratificação). Como se nota, a necessidade de se valorarem os efeitos combinada à excessiva rigidez do regime das invalidades contribuiu para a confusão conceitual e acabou por mitigar o caráter quase axiomático que se costumava conferir à qualificação legal de cada vício.<sup>217</sup>

<sup>208</sup> Já se ponderou que a crença em dois tipos de invalidade distintos consistiu em reação “à complexidade das figuras de ineficácia expressas por sistemas jurídicos que ignoravam a categoria lógico-jurídica do negócio jurídico e eram prisioneiros da casuística”: sistemas como o francês e o italiano, “extremamente dúcteis” na matéria, mas sem coerência teórica, acabaram “prisioneiros da necessidade de atribuir natureza excepcional à nulidade para evitar a expansão incontrolada” (PUTTI, Pietro. *La nullità parziale*, cit., p. 372).

<sup>209</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos defeitos do negócio jurídico no novo Código Civil, cit., p. 64.

<sup>210</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Vol. IV, cit., p. 185.

<sup>211</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: GEN, 2014, p. 370.

<sup>212</sup> TEPEDINO, Gustavo. Aquisição *a non domino* e os efeitos do tempo na cadeia de aquisição imobiliária. *Soluções práticas de direito: pareceres*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 511.

<sup>213</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 235. Este é o posicionamento adotado pelo sistema francês (art. 1.599 do *Code civil*).

<sup>214</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III, cit., p. 160.

<sup>215</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 274.

<sup>216</sup> Segundo PONTES DE MIRANDA, o ato seria plenamente válido, mas a impossibilidade posterior de se transferir a propriedade surtiria as mesmas consequências da impossibilidade do objeto. Segundo o autor, considerar inválida a hipótese “revela bem poucos conhecimentos jurídicos nos que a afirmam” (*Tratado de direito privado*. Tomo IV, cit., p. 88). Esta também é a solução proposta pela doutrina alemã (HEDEMANN, J. W. *Tratado de derecho civil*. Vol. III. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 241).

<sup>217</sup> Leciona MENEZES CORDEIRO quanto às exceções legais em matéria de confirmação de atos nulos e anuláveis: “Desde logo, as qualificações legais não são vinculativas para o intérprete-aplicador: apenas o regime é decisivo. [...] Em suma: nada disto é generalizável, cabendo, caso a caso, ver o seu exato campo de aplicação” (*Tratado de direito civil*. Vol. I, cit., p. 970).

Avançando-se mais um pouco na análise, o que dizer de um ato nulo caso se conclua que, valorados os interesses em concreto, sua eficácia plena deve ser preservada? A doutrina tradicional responderia, provavelmente, que se trata de *efeitos do ato nulo*.<sup>218</sup> Tal resposta, porém, parece refletir um esforço final de preservação da lógica dos planos de análise,<sup>219</sup> pelo que seria preferível reconhecer que há exceções à regra geral ou falhas na teoria do que admitir que validade e eficácia são indissociáveis.<sup>220</sup> Parece mais lógico, caso conclua o intérprete que os efeitos de certo ato concreto devem ser preservados, dizer que o ato será, ao menos funcionalmente, *válido*; a função deve definir a estrutura.

À luz de todas as considerações já realizadas, torna-se possível apresentar uma proposta inicial de método, com a finalidade de promover, a partir da perspectiva funcional sustentada, uma nova sistemática das invalidades negociais. Para tanto, uma primeira escolha metodológica relevante consiste em levar em consideração apenas as categorias previstas pelo legislador, isto é, o sistema binário da nulidade e anulabilidade. De fato, as hipóteses usualmente referidas como casos de inexistência podem ser reconduzidas sem grande dificuldade à categoria da nulidade e, no que tange a eventuais referências a causas de “simples ineficácia”, ou bem se estará diante de vício genético do ato (logo, de uma invalidade), ou bem se tratará de vicissitude superveniente à celebração do ato – portanto, alheia ao objeto deste estudo. Em matéria de problemas originais de eficácia negocial, assim, parece aconselhável ater-se ao campo da nulidade e da anulabilidade.

Feita tal escolha, coerentemente com o sistema normativo, como deve o intérprete se portar? A presente proposta encontra no sistema positivo um valioso ponto de partida para o processo hermenêutico, na medida em que as normas atinentes às invalidades

---

<sup>218</sup> Assim, por exemplo, Karl LARENZ, reconhece que a lei estabelece “algumas exceções” em que os atos nulos serão eficazes. Nesses casos, os defeitos formais do negócio não teriam sido recuperados (ao contrário do que ocorre, por exemplo, no ato anulável posteriormente confirmado pela pessoa legitimada), mas simplesmente a forma teria se tornado “desnecessária” (*Derecho civil: Parte General*, cit., p. 624).

<sup>219</sup> Como analisa Jan Peter SCHMIDT, seria melhor que a lei evitasse o termo “nulidade” ao optar pela eficácia de um ato. “É preciso, contudo, reconhecer que o legislador nunca será capaz de prever todas as situações em que será necessário reconhecer efeitos ao negócio nulo. Isso se explica pela ausência de uma teoria da nulidade que esclareça quando estamos diante de uma ineficácia total, ou, por outro lado, quando ela é somente parcial. Provavelmente essa teoria nunca será desenvolvida. [...] Não é uma coincidência que também Pontes de Miranda se torne lacônico a propósito deste assunto, que toca um ponto crucial da sua tricotomia. Por sinal, alguns autores da doutrina brasileira contemporânea caem em contradições, quando, por um lado, pretendem basear sua obra na tricotomia de Pontes de Miranda, e por outro, eliminam a distinção entre invalidade e ineficácia” (Vida e obra de Pontes de Miranda em uma perspectiva alemã, cit.).

<sup>220</sup> Com crítica semelhante, cf. PUTTI, Pietro. *La nullità parziale*, cit., p. 371, segundo o qual certas formas legais de invalidade “fogem, salvo se abusando da técnica lógica da regra e da exceção, da imposição bipolarística da nulidade-anulabilidade”, pois tais categorias “nunca foram dóceis instrumentos de um apriorístico esquema dogmático”, mas sim “expressões de um sistema, por clara escolha legislativa, atípico e aberto”. No mesmo sentido, Barbara MARUCCI questiona “como a doutrina fiel ao brocardo *quod nullum est, nullum producit effectum* tem justificado aquelas *fattispecie*, realmente, nulas mas igualmente produtoras de efeitos”; nessas hipóteses, “é evidente que o legislador preferiu recuperar o ato, ou atribuir eficácia jurídica a uma pactuação *contra ius*, do que aquiescer ao brocardo” (*Invalidità e inefficacia dell'atto giuridico*, cit., pp. 98-101. Tradução livre).

traduzem o resultado de uma ponderação prévia, realizada pelo legislador,<sup>221</sup> entre os interesses juridicamente relevantes normalmente tutelados por cada causa (textual ou virtual) de invalidade. Presume-se, assim, em princípio, que a espécie de invalidade indicada pela lei e suas respectivas consequências jurídicas traduzem a solução mais consentânea com o sistema para certa *fattispecie*. Ilustrativamente, no caso de ato praticado por menor sem representação ou assistência, presume-se, conforme a ponderação prévia do legislador, que nenhum efeito negocial de um ato nessas circunstâncias será, provavelmente, merecedor de tutela e que, por isso, o ato será nulo, com o conseqüente imperativo de se desconstituir qualquer eventual efeito produzido.

Em outros termos, identifica-se a necessidade de o julgador se manifestar a respeito da validade do ato pela simples correspondência entre uma causa (expressa ou virtual) de invalidade e as características do ato concretamente analisado. Não há, aqui, grande inovação em relação à teoria tradicional, simplesmente porque a técnica das nulidades, tal qual se configura no direito brasileiro, opera pelo confronto entre causas legalmente previstas e caracteres estruturais do ato – adaptando-se, na maioria das vezes, sem grande dificuldade ao raciocínio silogístico tradicional.<sup>222</sup> A presunção gerada pela causa abstratamente prevista de invalidade pode e deve funcionar como ponto de partida para o intérprete.<sup>223</sup> Contudo, essa presunção nunca será o bastante: há de ser posta à prova, à luz dos valores e interesses associados aos efeitos do ato concretamente considerado.<sup>224</sup>

Como se percebe, o método ora proposto pressupõe a compreensão de uma aparente contradição ínsita à matéria: a noção de validade traduz, em última análise, um juízo

---

<sup>221</sup> O legislador realiza, em abstrato, apenas uma “ponderação preventiva”, que oferece “parâmetros específicos para orientação do aplicador quando ele esteja diante dos casos concretos. Evidentemente, o aplicador estará livre para refazer a ponderação, considerando agora os elementos da hipótese real, toda vez que esses parâmetros não se mostrarem perfeitamente adequados. De toda sorte, caberá ao intérprete o ônus argumentativo de demonstrar por que o caso por ele examinado é substancialmente distinto” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., pp. 154-155). Nesse sentido, destaca Rodrigo da Guia SILVA a insuficiência da ponderação prévia realizada pelo legislador, constatando que “a afirmação abstrata da legitimidade de uma norma não assegura *ipso facto* a legitimidade dos efeitos que decorreriam da sua aplicação subsuntiva ao caso concreto” (Um olhar civil-constitucional sobre a ‘inconstitucionalidade no caso concreto’. *Revista de Direito Privado*, vol. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2017, p. 47).

<sup>222</sup> Como já se comentou, a superação do método subsuntivo propugnada pela escola civil-constitucional não implica a absoluta eliminação desse método, mas apenas destaca sua insuficiência como fundamento decisório, por mais clara pareça ser a hipótese em estudo. A respeito, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito privado, cit., item 1.

<sup>223</sup> Assim, por exemplo, VALLE FERREIRA, embora rejeite a distinção entre nulidade e anulabilidade, reconhece sua utilidade na orientação do intérprete: “a referida divisão tem irrecusável utilidade prática no processo de punir a infração da lei, porque orienta quanto aos modos de pronunciar a invalidade, à forma de alegá-la e às pessoas qualificadas para fazê-lo” (Subsídios para o estudo das nulidades, cit., p. 31).

<sup>224</sup> Nesse sentido, Hamid Charaf BDINE JÚNIOR propõe que “o que se tem em vista no campo das invalidades são os valores a tutelar. Prestigiam-se os que forem mais dignos de proteção, mais relevantes do ponto de vista do equilíbrio das relações jurídicas. Se tais valores forem prestigiados pela manutenção do contrato que o ordenamento relaciona entre os passíveis de nulidade, não se haverá de declarar a invalidade” (*Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131).

valorativo (portanto, funcional e dinâmico) realizado sobre os efeitos do ato, muito embora tal juízo apenas seja deflagrado por causas, textuais ou implícitas, previstas pela lei e manifestadas na estrutura (estática) do ato. A contradição, como se disse, é apenas aparente, e decorre da constatação de que a técnica das invalidades, embora tenha seu fundamento último no controle valorativo dos efeitos, opera, ordinariamente, por um mecanismo de controle de licitude, isto é, pela previsão expressa de vedações e permissões a serem observados no momento de celebração do ato.<sup>225</sup> Esse sistema já foi iniciado pelo legislador, que valorou abstratamente os potenciais efeitos de negócios com certas características, mas deve ser terminado pelo intérprete à luz do caso concreto.<sup>226</sup> Deve, portanto, o julgador investigar se existem, em concreto, interesses juridicamente relevantes cuja presença tornaria a solução proposta por lei para a eficácia do ato (presumidamente compatível com o sistema) ilegítima no caso.<sup>227</sup> Se assim concluir, não precisará forçar uma artificial requalificação da *fattispecie*.<sup>228</sup> A constatação de que o regime previsto em lei, se aplicado a certo caso concreto, produziria resultados contrários à ordem jurídica não traduz quebra de sistemática,<sup>229</sup> pois o ordenamento deve ser interpretado e aplicado em sua unidade lógica e axiológica, conjugada ao dado fático.

O intérprete, assim, tendo identificado a causa legal de invalidade, ao partir da presunção de legitimidade do regime proposto pelo legislador, deverá fundamentar adequadamente o porquê de ser aplicável ao caso concreto um regime diferenciado, modulando, assim, a eficácia negocial (no tempo, na amplitude dos efeitos, no alcance em relação às partes e a terceiros e assim por diante) em prol do equilíbrio dos interesses identificados naquele

<sup>225</sup> Essa contradição é reforçada pela tradicional perspectiva de que a nulidade residiria no ato, e não em seus efeitos, à qual René JAPIOT contrapõe a lição de que a invalidade não está *in actu*, mas sim *in personis*: “O legislador não trabalha com vistas a edificar construções teóricas: ele trabalha para os indivíduos cujas relações ele se propõe a regulamentar. Ele consagra a validade dos atos jurídicos tendo em vista a utilidade que esses atos proporcionam às pessoas” (*Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., p. 285. Tradução livre). Assim, a impugnação do ato não busca “um reconhecimento teórico da nulidade pela justiça”, mas sim de um resultado prático, “a supressão do fato objetivo que é a consequência do ato” (*Ibid.*, pp. 295-296).  
<sup>226</sup> Como destaca Pietro PUTTI, “A nulidade é o resultado de uma valoração primeiro política e depois judicial, a aplicação de uma consequência jurídica a uma determinada situação de fato e por isso é possível que a sua disciplina seja diversificada segundo as técnicas e os princípios que se podem extrair pela interpretação do fundamento das normas que a preveem” (*La nullità parziale*, cit., p. 373. Tradução livre).

<sup>227</sup> Cumpre, assim, “analisar atentamente o mal e suas causas a fim de conhecer o remédio a empregar, a fim de poder redigir a fórmula exata dos elementos que devem compô-lo. É preciso penetrar intimamente na finalidade dessas regras e de suas razões de ser: é preciso se perguntar o que quis o legislador, e por que o quis, quais são os interesses os quais ele tinha em mente defender [...]. Guiados por tais considerações, descobriremos as formas especiais que deverão revestir as nulidades, as regulamentações particulares que elas deverão receber” (JAPIOT, René. *Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., p. 167. Tradução livre).

<sup>228</sup> De fato, os atributos gerais da nulidade são apenas “instrumentos que o ordenamento utiliza do modo mais variado e nas mais articuladas combinações em função do tipo e da quantidade dos efeitos negados ou concedidos, com referência a uma classe ou grupo de hipóteses de nulidades, em tutela de determinados interesses” (SPINA, Angela la. *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., p. 91).

<sup>229</sup> Esta é a ponderação de Pietro PUTTI: se algumas nulidades “produzem efeitos, são inderrogáveis apenas a favor de uma parte, em geral comportam a eficácia parcial, não são sempre cognoscíveis de ofício, não são sempre insanáveis e imprescritíveis, isso não significa que sejam subversivas de um sistema porque, na verdade, também demonstram que este era, e é, o modo adequado de disciplinar os fenômenos da patologia contratual” (*La nullità parziale*, cit., pp. 373-374. Tradução livre).

caso específico.<sup>230</sup> Tais interesses apenas podem ser encontrados por meio de um juízo ponderado sobre os efeitos que decorrem do ato concretamente considerado e os interesses a eles associáveis.<sup>231</sup> Isso implica a compreensão de que nenhuma invalidade opera de pleno direito; todo ato humano é, por si só, juridicamente relevante e tende a produzir situações jurídicas. Ao identificar uma das causas legais de invalidade, é para esses efeitos concretamente produzidos que o julgador deverá lançar sua atenção, de modo a concluir se a eficácia proposta pelo regime legal se mostra adequada ao perfil dinâmico do ato.<sup>232</sup> Se não for o caso, é também a partir desse juízo valorativo que deverá ele fundamentar sua decisão quanto à modulação diferenciada da eficácia negocial.<sup>233</sup>

Como é intuitivo, o método ora proposto apenas esporadicamente conduzirá a soluções diversas das que se alcançariam pela simples aplicação subsuntiva do regime legal.<sup>234</sup> Na ótica civil-constitucional, porém, esse raciocínio complexo há de ser seguido em todos os casos, por se reconhecer que, por trás da suposta neutralidade do método subsuntivo aplicado a casos de aparente clareza interpretativa, esconde-se sempre uma escolha do intérprete, que há de ser fundamentada à luz do sistema.<sup>235</sup> De outra parte, apenas a interpretação unitária do ordenamento no caso concreto permite superar o aspecto fragmentário e excepcional da teoria das invalidades e recuperar sua sistematicidade.

---

<sup>230</sup> Sobre esse equilíbrio, leciona René JAPIOT: “Em face dos interesses da pessoa mais especialmente protegida pela nulidade, há interesses respeitáveis de outra pessoa, os interesses gerais de terceiros, os interesses da sociedade [...], que exigem que saibamos o que esperar sobre a validade ou a invalidade de um ato, sobre a anulação ou a confirmação, e que demandam por vezes uma organização da nulidade inspirada por outras considerações além do interesse e das comodidades da pessoa protegida” (*Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., pp. 176-177. Tradução livre).

<sup>231</sup> Orlando GOMES já reconhecia tanto o fundamento da validade na tutela de interesses juridicamente relevantes quanto a necessidade de se graduarem as consequências da invalidade à luz dos efeitos do ato: “Há que conhecer os interesses cuja defesa a lei quer tutelar. Esses interesses variam e atendem a solicitações diversas. São da sociedade, de terceiros ou da parte. A intensidade da sanção há de variar conseqüentemente. Para graduá-la, mister se faz levar em conta não o negócio em si mesmo, mas sim, seus efeitos jurídicos. [...] Será, portanto, na determinação da eficácia que se encontrará o critério para distinguir o negócio válido ou nulo. De certos negócios, deve-se ter o direito de prevenir ou suprimir os efeitos. A outros deve-se recusar eficácia plena ou parcial” (*Introdução ao direito civil*, cit., pp. 432-433).

<sup>232</sup> A necessidade para tal procedimento tem sido notada em doutrina, ainda que de forma pouco sistemática (como na criação de invalidades ditas “mistas”). Observa José de Oliveira ASCENSÃO que “as realidades não se subsumem, apenas se referem aos tipos, a que correspondem mais ou menos completamente. [...] Por isso, diremos definitivamente que a nulidade e a anulabilidade são institutos gerais, que se manifestam nas invalidades negociais. O seu regime aplica-se a estas, sempre que não houver razão para o afastar, pela índole da particular invalidade em causa” (*Direito civil: teoria geral*. Vol. II, cit., pp. 324-325).

<sup>233</sup> Em outros termos, sustenta-se, como Pietro PUTTI, que a nulidade “não é um estado natural do ato jurídico, mas [...] um instrumento de reação do ordenamento jurídico a comportamentos dos privados que destoam dos objetivos superiores pré-fixados pelo legislador. Nesse sentido se justifica a escolha de graduar os mecanismos de legitimação, de convalidação, de eficácia relativa; e nesse sentido se compreende também o caráter reativo e relativo da ação de nulidade como defesa nos confrontos de atos fenomenologicamente idôneos a produzirem efeitos jurídicos” (*La nullità parziale*, cit., p. 373. Tradução livre).

<sup>234</sup> Também René JAPIOT, com outros pressupostos, já defendia um novo método a despeito de se obterem, por vezes, as mesmas conclusões do sistema clássico: “mesmo então, a solução ganhará ao se desprender das teorias que a obscurecem, para ver restituída sua base real por uma análise mais íntima, com a força que ela extrairá da natureza das coisas [...]” (*Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., p. 165. Tradução livre).

<sup>235</sup> A esse propósito, destaca Humberto ÁVILA: “uma regra não pode ser superada sem que as razões de sua superação sejam exteriorizadas e possam, com isso, ser controladas” (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 147).

Na perspectiva ora proposta, a noção de validade como aptidão para a produção de efeitos jurídicos não se mostra inadequada, mas demanda uma especificação: a manifestação definitiva por parte da ordem jurídica acerca da validade negocial ocorre sempre *a posteriori*, no momento em que o julgador é chamado a se pronunciar acerca da compatibilidade dos efeitos a que tende o ato (muitos já produzidos concretamente a partir da celebração do mesmo) com a axiologia do sistema.<sup>236</sup> Entende-se, assim, a validade negocial, de modo mais preciso, como a aptidão para a chancela dos efeitos a que o ato se destina e que, com grande frequência, já foram concretamente produzidos antes que o julgador sobre eles se manifestasse – ou que, ao menos, eram objeto de uma confiança legítima quanto à sua produção, com a qual terá o intérprete de lidar caso conclua por restringir a eficácia negocial no caso concreto. Todas essas vicissitudes que podem advir à eficácia negocial, desde a modulação das consequências de uma invalidade até a (excepcional) modulação da eficácia de um ato formalmente válido consistem no momento mais importante do juízo de (in)validade, meramente iniciado com a previsão legislativa das causas de nulidade e anulabilidade.

A rigor, seria possível reservar a designação “juízo de validade” para a valoração abstrata realizada pela lei, e inserir a modulação judicial dos efeitos junto às vicissitudes supervenientes da (in)eficácia, sob a designação única de “juízo de eficácia”. Entretanto, deu-se preferência no presente estudo à caracterização do juízo de validade como um *processo*<sup>237</sup> que abrange tanto a valoração legislativa prévia quanto a valoração judicial posterior, por se entender que esta segunda etapa representa, na prática, uma verificação concreta da etapa anterior. Como as vicissitudes resolutivas e demais problemas de (in)eficácia superveniente também contam com previsões legais que devem ser valoradas em concreto pelo intérprete, este parece ser, de fato, o sistema mais coerente.

---

<sup>236</sup> Nesse sentido, afirma Angela la SPINA que o primeiro passo para uma investigação que pretenda identificar os atuais delineamentos do instituto é o de “superar definitivamente [...] aquela indicação abstratizante, simplificadora e, assim, deformadora segundo a qual tal estudo possa ser conduzido partindo-se da ideia tradicional de que a nulidade apresenta determinados ‘caracteres’ (ineficácia, absolutismo, insanabilidade, imprescritibilidade e relevabilidade de ofício). [...] Já se disse que a nulidade é um instrumento por meio do qual o ordenamento exerce o seu poder de controle sobre o correto exercício da autonomia privada; em particular, a nulidade integra um juízo de valor negativo que o ordenamento emite sobre um programa de interesses e de comportamentos que (na sua inteireza ou em parte) se ponha em contraste com os valores do sistema [...] e que, portanto, não seja admitido na fase conservativa e completa da juridicidade, a eficácia. À luz dessa indicação, torna-se então evidente que aqueles supra-elencados [caracteres] não individualizam características próprias reconduzíveis genericamente à nulidade; parecem mais qualidades específicas ou do objeto do juízo de desvalor que a nulidade integra e, isto é, do contrato, ou então peculiaridades da ação com a qual é deflagrado o procedimento que conduz à declaração da nulidade” (*Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., pp. 85-86).

<sup>237</sup> Segundo TORQUATO CASTRO, “a impossibilidade de saber com certeza se o nulo produz ou não categoricamente efeitos não decorre de um nó irresolúvel na teoria lógica que se possa aplicar ao direito, mas da permeabilidade do discurso fundante do direito face às distinções semânticas úteis, que atendem às premissas pragmáticas do decidir” (*A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 142). O diagnóstico do autor é preciso: conclui que a nulidade, “do ponto de vista sintático, terá de ser representada como um processo, não como um instante normativo” (Ibid., p. 134).

## 5. Considerações finais

Parece ser tempo de se superar, na perspectiva acima descrita, a teoria dos planos de análise do negócio jurídico: o chamado plano da existência revela-se despiendo, ao mesmo tempo em que a investigação da validade se confunde com a valoração dos efeitos negociais e a modulação da maneira pela qual tais efeitos são produzidos, o que priva de sentido qualquer formulação que separe as noções de validade e eficácia. Esse abandono da escala ponteana parece ocorrer em benefício da unidade do sistema e da própria disciplina legal das invalidades negociais, que apenas com grande dificuldade se encaixa nos degraus da escala. Trata-se, não é demais registrar, de teoria descartada pelo próprio redator do Anteprojeto do Código Civil brasileiro.<sup>238</sup> E até no direito tedesco, ao qual por vezes é creditada, a teoria não é reconhecida – nem pelo BGB, nem pela doutrina.<sup>239</sup>

Mesmo para o ensino jurídico, uma das preocupações do presente estudo, a atratividade didática dos planos de análise não compensa a criação de um problema suplementar para a compreensão da matéria pelo estudante, a saber, as contradições dessa teoria. Parece mais vantajoso, ao revés, apresentar simplesmente o regime previsto pelo legislador para as invalidades, com suas causas e consequências, como uma etapa do imprescindível controle valorativo da autonomia privada, ressaltando-se, por outro lado, a possibilidade de sua readequação (devidamente fundamentada) à axiologia do sistema diante de certos casos concretos. Tal raciocínio permite dispensar a dificuldade intermediária de compreensão do tema que o estudante enfrenta ao tentar compatibilizar o cartesianismo da escala ponteana com a nem sempre correspondente disciplina legal e, sobretudo, com a necessária análise dinâmica dos efeitos negociais concretamente considerados.

Para a implementação do método proposto, mostra-se oportuno o estudo das aparentes exceções adotadas pela doutrina e pela jurisprudência às regras gerais da invalidade, indagando-se quais valores juridicamente relevantes as justificam.<sup>240</sup> O mesmo se aplica

---

<sup>238</sup> Na redação da Parte Geral do Anteprojeto do Código Civil, MOREIRA ALVES evitou deliberadamente a adoção da escala ponteana, pois considerava uma “discrepância” que no capítulo sobre a validade negocial se tratasse apenas dos casos de invalidade e, em um suposto capítulo sobre a eficácia, não estivessem todos os aspectos da eficácia, mas apenas os impropriamente ditos elementos acidentais (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, cit., pp. 42-43). O autor refutava as críticas de Clóvis do COUTO E SILVA: a rigor, o que este último denominava como eficácia negocial correspondia à autolimitação voluntária dos efeitos do ato pelas partes, e não à patologia negocial (*Ibid.*, pp. 43-44).

<sup>239</sup> Jan Peter SCHMIDT diagnostica a impressão amplamente difundida de que a teoria dos planos de análise encontraria amparo no direito alemão: “os brasileiros tomam por evidente algo que os alemães mal conhecem, e ainda menos utilizam” (Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã, cit.). Prossegue o autor: “Desde Savigny, a doutrina alemã, tem preferido, por seu turno, trabalhar com um único plano, antes chamado ‘*Ungültigkeit*’, e hoje, de ‘*Unwirksamkeit*’. [...] Para a grande maioria dos juristas alemães, nulidade e ineficácia são, portanto, basicamente sinônimos” (*Ibid.*).

<sup>240</sup> No ponto, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, Capítulo 3.

aos regimes, tantas vezes ditos “excepcionais”, previstos pelo próprio legislador para certos casos particulares de invalidade; embora tais casos já estejam, em princípio, resolvidos de antemão pela norma específica, o estudo da *ratio* que orientou a elaboração desta não apenas contribui para sua interpretação e aplicação, como pode servir a orientar o julgador na valoração de outras hipóteses que, conquanto se relacionem com os mesmos valores, ainda não conseguiram ser apreendidas pelo processo legislativo. Incumbe à doutrina o papel de sistematizar, em cada uma dessas aparentes exceções, quais formas diferenciadas de eficácia de negócios inválidos têm sido propostas com base na incidência de quais valores juridicamente relevantes – oferecendo, assim, subsídios úteis ao hermenauta para a avaliação dos casos concretos que se lhe apresentam.

## 6. Referências bibliográficas

- ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMORIM, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, vol. 300. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./1960.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de droit civil français*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1869.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Vol. III. Milano: Giuffrè, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- \_\_\_\_\_. Professores ou juízes?. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.
- CANARIS, Carl-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CARVALHO, Francisco Bulhões de. *Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CASTRO JÚNIOR, Torquato. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*. São Paulo: Noeses, 2009.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil*. Vols. I e II. Coimbra: Almedina, 2012.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DOMAT, Jean. Les lois civiles dans leur ordre naturel. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 3, n. 2, jun.-dez./2014.
- DONISI, Carmine. In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XXI. Milano: Giuffrè, 1967.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Manual do Código Civil brasileiro*. Vol. III, parte IV. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1932.
- FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano: ESI, 1941.
- FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: ESI, 2011.
- FERREIRA, José Geinaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Ano XIV. N. 3. Belo Horizonte: out./1963.
- FLUME, Werner. *El negocio juridico*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. In CICÙ, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi; SCHLESINGER, Piero (Coord.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2002.
- GARCEZ, Martinho. *Das nulidades dos atos jurídicos*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Napoli: ESI, 2015.
- GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, n. 747. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de derecho civil*. Vol. III. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.
- JAPIOT, René. *Des nullités en matière d'actes juridiques: éssai d'une théorie nouvelle*. Paris: LGDJ, 1909.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- \_\_\_\_\_. Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, 2006.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

- \_\_\_\_\_. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MARUCCI, Barbara. Invalidità e inefficacia dell'atto giuridico. *Rassegna di diritto civile*. A. 33, n. 1. Napoli: ESI, 2012.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1957.
- MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./2009.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomos IV e V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Conversão do negócio jurídico. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Renovar*. N. 25. Rio de Janeiro: Renovar, jan.-abr./2003.
- \_\_\_\_\_. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PAGE, Henri De. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Tome 1. Bruxelles: Émile Bruylant, 1948.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vols. I, III e VI. Rio de Janeiro: GEN, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. Napoli: ESI, 2015.
- PERLINGIERI, Pietro. Il 'giusto rimedio' nel diritto civile. *Il giusto processo civile*. N. 1/2011. Napoli: ESI, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2014.
- \_\_\_\_\_. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PIGA, Emanuele. Nullità (in genere). In: D'AMELIO, Mariano (Coord.). *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. VIII. Torino: UTET, 1939.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: LGDJ, 1908.
- PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude da lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.
- PUCCHINI, Lapo. *Studi sulla nullità relativa*. Milano: Giuffrè, 1967.
- PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1996.
- PUTTI, Pietro Maria. *La nullità parziale*. Napoli: ESI, 2002.
- \_\_\_\_\_. Le nullità contrattuali. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Org.); ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Diritto civile*. Vol. III. Tomo II. Milano: Giuffrè, 2009.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2011.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- RUGGIERO, Roberto De. *Instituições de direito civil*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2005.

SANTOS, José Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

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

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Napoli: Jovene, 2008.

SIRENA, Pietro. Effetti e vincolo. In: COSTANZA, Maria (Coord.). Vol. III: Effetti. In: ROPPO, Vincenzo. (Org.). *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006.

SILVA, Rodrigo da Guia. Um olhar civil-constitucional sobre a ‘inconstitucionalidade no caso concreto’. *Revista de Direito Privado*, vol. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, vol. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2013.

\_\_\_\_\_. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito privado. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014.

\_\_\_\_\_. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016.

SPINA, Angela la. *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*. Milano: Giuffrè, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de Código Civil e a abertura do olhar do civilista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 49. Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar./2012.

\_\_\_\_\_. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 27. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set./2009.

\_\_\_\_\_. *Soluções práticas de direito: pareceres*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. III. Tomos I e II. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOMMASINI, Raffaele. Nullità (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2013.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo; GOZZO, Débora. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Teresa (Org.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WETTER, Polynice Alfred Henri Van. *Pandectes*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: LGDJ, 1909.

ZACHARIAE, Karl Salomo. *Le droit civil français*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: Auguste Durand, 1854.

civilistica.com

Recebido em: 28.02.2017  
Publicação a convite.

**Como citar:** SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/uma-releitura-funcional-das-invalidades/>>. Data de acesso.