



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Prescrição na Teoria da Invalidade do Negócio Jurídico

Mario Assis Gonçalves Filho

Rio de Janeiro
2014

MARIO ASSIS GONÇALVES FILHO

A Prescrição na Teoria da Invalidez do Negócio Jurídico

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Néli L. C. Fetzner
Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2014

A PRESCRIÇÃO NA TEORIA DA INVALIDIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Mario Assis Gonçalves Filho

Graduado pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: O ordenamento jurídico consagra a Teoria da Invalidade, a qual visa regular as patologias do negócio jurídico e a produção de efeitos no mundo jurídico, sendo, desta forma, importante ferramenta para salvaguardar a segurança jurídica. Nessa toada, o instituto da prescrição, nos casos de nulidade do negócio jurídico, ganha contornos relevantes, na medida em que, igualmente, se coloca no Direito como importante instrumento de estabilização das relações, de modo a dar maior segurança jurídica à sociedade.

Palavras-chave: Direito Civil. Parte Geral. Novo Código Civil. Teoria da Invalidade. Prescrição. Decadência. Anulabilidade. Nulidade.

Sumário: Introdução. 1. Anulabilidade do negócio jurídico e suas características. 1.2. Prazo decadencial. 2. Nulidade do negócio jurídico e suas características. 2.1. Prazo prescricional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a Teoria da Invalidade do Negócio Jurídico no ordenamento jurídico pátrio, a qual compreende a nulidade e a anulabilidade e difere da inexistência e da ineficácia, planos distintivos na patologia do negócio jurídico. O objetivo do presente trabalho é diferenciar, de forma pormenorizada, os institutos que compõe a Teoria da Invalidade, ressaltando, outrossim, as divergências doutrinárias que permeiam o tema, notadamente no tocante à prescrição, porquanto a interpretação literal da norma, em determinados casos, pode causar excêntricas situações.

O tratamento da invalidade no direito brasileiro, ainda nos dias de hoje, permanece amplamente modelado nas lições sorvidas dos romanos. A Teoria da Invalidade é inspirada, pois, para quase toda a doutrina, nos subsídios históricos recebidos do direito romano.

Neste tema de invalidade dos atos jurídicos, o Código Civil respira o direito romano, uma vez que a distinção entre as espécies de invalidade remonta à antítese entre o *ius civile* e o *ius honorarium*, bem como pelo fato de as causas de invalidade já terem sido traçadas no direito romano.

Não obstante, a teoria das nulidades ainda é objeto de grande controvérsia doutrinária, notadamente no que tange à terminologia empregada, inclusive em matéria legislativa, e à questão da prescrição no seio dos negócios jurídicos nulos.

É possível perceber que, nos trabalhos de todos os que se aprofundaram no estudo do tema, a legislação não tem sido suficiente para dirimir todas as questões, não só por seu texto não ser completo, mas, também, à conta da imprecisão terminológica com que os termos são empregados.

Com efeito, a diferenciação entre as figuras da nulidade e da anulabilidade vem se aperfeiçoando com o passar do tempo. A doutrina brasileira, antes do advento do Código Civil de 1916, distinguia as nulidades absolutas das nulidades relativas.

Com o advento do Código Civil de 1916, houve uma divisão rígida e formal entre os atos nulos (artigo 145) e os atos anuláveis (artigo 147), estabelecendo as respectivas hipóteses. Não cogitou, entretanto, dos atos inexistentes, cuja aceitação pela doutrina, atualmente, ainda se conserva no plano das controvérsias.

No Código Civil de 1916, a prescrição no que toca à anulação dos negócios jurídicos nulos não foi objeto de maior digressão pelo legislador, havendo posicionamento no sentido de se atribuir o prazo prescricional geral de 20 (vinte) anos, e, ainda, de se reconhecer a imprescritibilidade em casos tais.

A mesma discussão permeia o tema atualmente, notadamente quando analisado o artigo 169, do Código Civil de 2002, o qual prescreve não convalescer o negócio jurídico pelo decurso de tempo, tampouco pela vontade das partes, apontando, *a priori*, no sentido da imprescritibilidade.

Assim, pela interpretação literal do artigo, tem-se que a nulidade é imprescritível, sendo certo que, por maior que fosse o tempo decorrido, sempre seria possível atacar o negócio jurídico (*quod nullum est nullo, lapsu temporis convalescere potest* – O que é nulo não pode ganhar força com o decurso do tempo).

Há doutrina, contudo, que perfilha de entendimento diverso, sustentando não haver direitos patrimoniais imprescritíveis, aplicando-se, pois, o prazo prescricional geral de 10 (dez) anos, nos termos do artigo 205, do Código Civil.

Revela-se claramente a controvérsia que permeia o tema posto sob exame, divergindo a doutrina e jurisprudência, cabendo, portanto, aos operadores do direito a melhor interpretação da norma no caso concreto.

1. ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO E SUAS CARACTERÍSTICAS

O princípio norteador de toda a Teoria da Nulidade é o interesse público. Entretanto, tal princípio não subsiste na seara da anulabilidade, a qual consagra de forma evidente a mera conveniência das partes. Com efeito, o instituto da anulabilidade não tem o mesmo alcance da nulidade, nem traz o mesmo fundamento¹.

Enquanto a nulidade opera por força de lei, automaticamente, a anulabilidade opera quando impulsionada pela vontade das partes. Por se tratar de uma desconformidade com o ordenamento jurídico mais sutil e por tutelar prioritariamente interesses particulares, a

¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 546.

anulabilidade não permite a decretação *ex officio* do juiz, sendo legitimados apenas os interessados, nos termos do artigo 177, do Código Civil.

Interessados, neste caso, são aqueles que tenham interesse jurídico ligado diretamente ao negócio anulável, sendo certo que sua interpretação deve ser de forma restritiva, diferentemente da exegese imposta pelo artigo 168, do Código Civil.

A anulabilidade, pois, difere da nulidade pela diversidade de seus fundamentos ensejadores. Ou seja, na anulabilidade não há interesse público a ser tutelado de modo a reclamar uma intervenção estatal mais contundente, mas, sim, interesse estritamente particular dos sujeitos contratantes, direitos estes disponíveis.

Em casos de anulabilidade, como dito, o negócio jurídico não é perfeito e a afronta ao ordenamento jurídico é mais sutil, de maneira que se limita a criar para a parte um direito potestativo de anular o negócio, razão pela qual seus defeitos poderão ser sanados a pedido das partes (artigo 172), pelo suprimento de autorização (artigo 176) ou, ainda, pelo decurso do tempo (artigo 178 e 179).

Os efeitos da declaração da anulabilidade do negócio jurídico há muito são discutidos, notadamente quanto ao seu alcance. Regulando o tema, na seara da nulidade, temos que o artigo 182, do Código Civil, determina que, anulado o negócio (ou seja, negócio nulo), restituir-se-ão as partes ao *status quo ante*. A dúvida na doutrina se situava na possibilidade ou não de aplicação do citado artigo ao instituto da anulabilidade.

Nos casos de anulabilidade, respeitavam-se os fatos anteriores ao ato, de modo a impingir-lhe efeitos *ex nunc*. Atualmente, entretanto, prevalece o entendimento² da corrente que milita no sentido de defender a aplicação do referido artigo tanto aos atos nulos, quanto aos atos anuláveis. Assim, uma vez declarada a anulabilidade, desfar-se-ia o negócio com a

² MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, 2002, p. 328-329.

reposição das partes ao *status quo ante*, ou, não sendo isto possível, a indenização pelo equivalente.

As causas de anulabilidade, em geral, estão elencadas no artigo 171, do Código Civil, além, obviamente, dos casos expressamente declarados em lei. Com efeito, não faltam os elementos essenciais ao negócio jurídico anulável, sendo certo que as irregularidades presentes nestes negócios dizem respeito aos requisitos relativos ao elemento volitivo. Uma vez viciado por quaisquer das anomalias presentes na formação do processo volitivo, o negócio é anulável.

Sendo assim, estes defeitos não conduzem imediatamente à invalidade do negócio jurídico, uma vez que é facultado à parte interessada suscitá-los, por se tratar de interesses particulares. Em tais casos, não há interesse público suficiente para adentrar na esfera privada contra a vontade do sujeito envolvido no negócio defeituoso.

A anulabilidade é sempre expressa, sendo vedado criar ato anulável por analogia ou interpretação extensiva. Tal exegese não apresente maiores dificuldades, uma vez que, diferentemente das nulidades, que podem não vir expressas no texto legal, as anulabilidades são taxativamente elencadas em lei.

Outro ponto merecedor de digressão é a forma de sanar os defeitos dos negócios anuláveis. Seus defeitos podem ser sanados a requerimento das partes (artigo 172), pelo suprimento de autorização (artigo 176), ou, ainda, pelo decurso de tempo (artigo 178 e 178).

A confirmação do ato, a requerimento das partes, ou, como parte da doutrina convencionou chamar de ratificação, vem disciplinado no artigo 172, do Código Civil, e define-se por fazer prevalecer pelo consentimento posterior o negócio firmado anteriormente, eliminando o vício de origem, tornando-o, assim, perfeito e conferindo-lhe validade. A ratificação é o ato pelo qual uma pessoa faz desaparecer os vícios dos quais se encontra

inquinada uma obrigação contra a qual era possível prover-se por via de nulidade ou de rescisão.

Embora o dispositivo em comento se refira à confirmação “pelas partes”, tal ato cabe única e exclusivamente a quem tinha o direito potestativo de anular o negócio, em verdade, o único interessado na confirmação³.

A ratificação consiste na retirada do negócio jurídico do vício que o inquina de anulável. Torna-se válido um ato que padece de defeitos do consentimento ou dos vícios a que é levada a vontade.

Entrementes, deve-se ponderar a existência de confirmação realizada pelas partes envolvidas na contratação. Trata-se da confirmação de negócios contendo perspectivas de vícios ou defeitos dos dois lados da relação, ou levada a efeito quando se procura reafirmar contratações não muito claras ou explícitas, com dúvidas sobre valores, obrigações, e o objeto, causando certa impressão de violações legais. Com a reafirmação do avençado, torna-se claro que os participantes realmente pretenderam aquilo que se encontra estabelecido. A confirmação é admitida, em casos tais, desde que não atingidos direitos de terceiros.

O gênero do instituto da confirmação (ratificação) subdivide-se em duas espécies: confirmação expressa e confirmação tácita. Como requisitos da confirmação expressa sagram-se a necessidade de referência sintética ao conteúdo da obrigação, a vontade expressa de ratificá-la, bem como reclama a observância da mesma forma legal necessária para o ato a ser confirmado. Ao revés, a confirmação tácita dispensa maiores formalidades, caracterizando-se no plano factual, pois quando, mesmo ciente do vício que inquinava o negócio, o devedor espontaneamente cumpre a obrigação dele resultante caracteriza-se a confirmação tácita.

A ratificação não tem efeito retroativo. Se o ato permanece válido é porque a lei já havia determinado que, enquanto não for anulado, o ato anulável produz seus efeitos. É,

³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 542.

portanto, a preexistência da obrigação que faz com que esta tenha eficácia desde seu início. A ratificação não tem, nem poderia ter, essa virtude, por ser de sua essência, mas, uma vez operada a confirmação, segue-se o efeito que vinha desde o início do avençado.

Requer o artigo 173, do Código Civil, a menção expressa do ato que se está confirmando ou admitindo. Equivale a inserir no conteúdo da declaração a menção do negócio que padecia do vício da anulabilidade, com a circunstância ou vício que o combalia, como a menoridade relativa, e que se está afirmando a sua validade, desistindo as partes de qualquer pretensão para anular. Sustenta-se, ainda, a necessidade de que o ato de confirmação observe a mesma forma legal necessária ao negócio jurídico confirmado.

Como dito, configura-se a confirmação tácita quando já verificado o adimplemento parcial, ou, se iniciado, avança a pessoa no cumprimento, ou se conclui o adimplemento. Decorre dos fatos a renúncia dos meios garantidos para anular a obrigação, com a transparente vontade de executar na sua integralidade o compromisso.

Nessa linha, o negócio jurídico anulável convalesce também pelo suprimento de autorização faltante à época da celebração do negócio. No ordenamento jurídico pátrio, determinados atos jurídicos, para que se revistam de validade, reclamam a autorização de terceiro. Nessa toada, firmado o negócio sem que haja a necessária autorização, padecerá ele de anulabilidade.

Muito embora esta causa de convalidação do negócio jurídico anulável (suprimento da autorização) não estivesse prevista no Código Civil de 1916, ela já era admitida há muito pela doutrina e jurisprudência, sendo sua inclusão expressa no ordenamento jurídico consequência da evolução interpretativa do Direito.

Por fim, a outra maneira do negócio anulável convalescer é pelo decurso de tempo. Nesse eito, infere-se que o prazo decadencial para se arguir a anulabilidade do negócio jurídico está intimamente ligada à convalidação pelo decurso de tempo. A anulabilidade,

então, sana-se pelo decurso de tempo, o qual, denotando inércia do interessado, equivale à confirmação tácita.

Em suma, os defeitos decorrentes da anulabilidade, diferentemente da nulidade, doravante analisada, podem ser sanados de diferentes formas, nos moldes acima esposados.

1.2. PRAZO DECADENCIAL

O legislador, buscando evitar a discussão existente no Código Civil de 1916, reconheceu expressamente o instituto da decadência, aplicável aos negócios anuláveis, prazos estes espalhados pelo Código Civil. Com o escopo de suplantar a discussão existente, o legislador reuniu no artigo 178, do Código Civil, os prazos decadenciais para se pleitear a anulação do negócio, consignando expressamente seus respectivos termos iniciais.

O Código Civil não conceitua o instituto da decadência, preferindo, por outro lado, limitar-se a disciplinar seus diversos efeitos, como a possibilidade de renúncia e a contagem de seu prazo, por exemplo.

Divorcia-se do Código Civil de 1916 por conta da previsão de normas expressas sobre a decadência, na medida em que o Código anterior empreendia referência genérica ao instituto da prescrição, o que acabava por transferir o trabalho de distinguir as duas espécies (prescrição e decadência) para a doutrina e jurisprudência.

A decadência encontra-se umbilicalmente vinculada à extinção propriamente de um direito potestativo, que deveria ter sido concretizado, normalmente, pelo seu titular, ou por meio de uma ação de natureza constitutiva.

Com efeito, os direitos potestativos têm como característica principal, diversamente do que se passa com os direitos subjetivos, não dependem de uma ação ou omissão alheia, porquanto conferem ao seu titular o poder de intervir na esfera jurídica de outrem. Ou seja,

nos direitos potestativos, o sujeito passivo encontra-se em situação de sujeição perante o exercício do direito por parte de seu titular.

Outra marcante característica vinculada aos direitos potestativos e, conseqüentemente, à decadência, diz respeito ao fato de os prazos decadenciais não estarem sujeitos a impedimentos, interrupção ou suspensão, pois, em razão de decorrerem de direito potestativo, cuja satisfação não se associa a dever jurídico de outrem, dependendo exclusivamente do comportamento do próprio titular, não se aplica, em regra, as causas de interrupção, impedimento e suspensão do prazo decadencial.

Não obstante, dois os dispositivos do Código Civil que demarcam os prazos, vindo a matéria posta no próprio capítulo que disciplina a invalidade, diferentemente do que ocorria com o Código anterior, que a incluía no título reservado à prescrição. De outro lado, no vigente Código, dá-se o enfoque ao assunto como decadência, enquanto no regime revogado previa-se a prescrição. Nesta nova ótica, decorrido o prazo, desaparece o direito, nenhum remédio mais assistindo à parte para invalidar o negócio, ou buscar algum remédio jurídico, enquanto na prescrição desaparecia a ação específica assegurada na lei.

Há de se ressaltar que, nos casos em que a lei dispuser ser o ato anulável, sem, contudo, estabelecer o prazo decadencial para se pleitear a anulação, será este de dois anos, contado da data da conclusão do ato, nos termos do artigo 179, do Código Civil, preceito ausente no Código Civil de 1916.

Tem-se, primeiramente, que, no caso de defeito no negócio jurídico traduzido pela coação, o prazo decadencial é de quatro anos, contado do dia em que aquela cessar. Assim, enquanto o coato estiver sob os efeitos da ameaça, não fluirá o prazo de extinção da ação anulatória, uma vez que, persistindo a coação, a vítima não tem a liberdade necessária para promover a referida ação.

Nos casos em que o negócio jurídico esteja inquinado por quaisquer dos demais defeitos (erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão), o prazo decadencial começa a fluir do dia em que se realizou o referido negócio jurídico.

Não obstante, doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de ser imprescindível uma ação judicial específica para atacar o negócio anulável, não se tolerando que se aproveite outra lide, e se faça nela a declaração de invalidade, sob pena de subversão ao regime legal.

Finalmente, trata o artigo da anulação pela incapacidade do agente. Deve-se, aqui, pontuar que se trata de incapacidade relativa, na medida em que, consoante se verá adiante, a incapacidade absoluta é causa de nulidade do ato.

Em casos tais (defeito do negócio jurídico por incapacidade relativa), o prazo começará a fluir a partir do momento em que cessar tal incapacidade.

Infere-se, portanto, da sistemática do código que o legislador, regulando expressamente a incidência de decadência aos casos de anulabilidade, reconheceu nesta um instituto diverso da prescrição, caracterizada pela extinção de um direito potestativo, decorrente da inércia do titular, quando expirado o prazo determinado pela lei para seu exercício. Assim, o direito de pleitear a anulação do negócio, eminentemente um direito potestativo, possui um prazo decadencial para seu exercício.

2. NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Na construção da teoria da nulidade, desprezou o legislador brasileiro o critério do prejuízo, insculpido no direito francês – *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), e amplamente albergado por diversos ordenamentos jurídicos.

Inspirou-se, por outro lado, no princípio à ordem pública, assentando as regras definidoras da nulidade na infração de leis que têm esse caráter em seu bojo.

Assim, inspirada por este respeito à ordem pública, a lei encara o negócio jurídico no seu tríplice aspecto (subjetivo, objetivo e formal) e, nesses termos, considera-o nulo quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (condição subjetiva), quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto (condição objetiva) e quando não revestir a forma prescrita ou for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial à sua validade (condição formal).

Na nulidade do negócio jurídico, pois, há uma afronta mais grave, por conta de um motivo de interesse público, a qual reclama uma reação mais enérgica do sistema jurídico, ficando o negócio privado de produzir efeitos jurídicos⁴.

Com efeito, costuma-se proceder à análise da eficácia lato sensu do negócio jurídico em três planos distintos: existência, validade e eficácia stricto sensu.

O plano da existência, inicialmente, verifica e analisa os elementos essenciais à existência do próprio negócio jurídico. O plano da validade, por sua vez, diz respeito aos requisitos mínimos necessários e essenciais que devem conter o negócio jurídico para sua conservação. Por derradeiro, o plano da eficácia, pressupondo a existência e validade do negócio jurídico, verifica-se sua aptidão para produção dos efeitos aos quais se destina.

A análise a ser empreendida, aqui, concentra suas atenções no plano da validade strictu sensu, pois, há casos que, embora preencha todos os requisitos legais, o negócio jurídico poderá ser ineficaz em virtude de algum vício, dividindo-se em absoluta e relativa.

Não obstante, tem-se que a invalidade é gênero, ao passo que as espécies são a anulabilidade e a nulidade, neste capítulo tratada. Além do principal traço diferenciador entre ambas as espécies ser o bem jurídico tutelado (enquanto na anulabilidade o bem jurídico é um interesse meramente particular, na nulidade o bem jurídico tutelado é um bem de cunho público), há, ainda, alguns pontos que não guardam semelhança.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. III. T. I e II. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p. 423-424.

No dizente à legitimidade para se arguir a nulidade, uma vez que o princípio norteador das regras definidoras é o da ordem pública, essa mostra-se mais abrangente quando comparada à anulabilidade.

O artigo 168, do Código Civil, preceitua que as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público.

O vocábulo “interessado”, expresso no artigo 168, do Código Civil, significa aquele que pode servir-se de um bem para satisfazer uma necessidade, ao passo que o interesse pode ser exprimido pela relação de utilidade entre uma pessoa e um bem.

Não há, porém, no ordenamento jurídico, nenhuma prescrição que obrigue o arguente da nulidade a demonstrar prejuízo concreto causado pelo negócio. Com ou sem prejuízo efetivo, a nulidade produzirá o efeito invalidante⁵.

Já a legitimidade ativa do Ministério Público se justifica, igualmente, pois, além dos sujeitos do negócio jurídico nulo, a sociedade como um todo é atingida, motivo pelo qual se diz que há interesse geral na declaração da nulidade.

Ademais, o Código Civil de 2002 ampliou a recusa de efeitos ao ato nulo, determinando a sua declaração por via indireta, vez que, sem a propositura de ação cujo objeto seja o seu decreto, deve o juiz pronunciá-la de ofício, quando tiver a oportunidade de tomar conhecimento do ato ou de seus efeitos.

Tratando-se de questão de ordem pública, o juiz tem, por ofício, o dever de conhecer as nulidades e pronunciá-las, sempre que com elas se deparar, nos termos do parágrafo único, do artigo 168, do Código Civil.

Assim, caso alguém tente fazer valer perante o juiz um ato nulo e se a parte contrária não alegar a nulidade, mas o juiz verifica que houve, está ele autorizado a declará-la ex

⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 517.

offício. Há, ainda, quem defenda não se tratar de mera faculdade do juiz, mas, em verdade, traduziria um dever legal, enquanto personagem do aparelho estatal.

Outrossim, não pode o juiz, mesmo a requerimento das partes, suprir as nulidades do negócio jurídico, vedação expressa na parte final do parágrafo único do artigo 168, do Código Civil.

Como já dito, a nulidade do negócio jurídico não pode ser suprida pelo juiz, seja de ofício, seja a requerimento de algum interessado, tamanha é a afronta causada pela mácula existente em seu bojo.

De igual forma, não é permitida a confirmação de tal negócio, tampouco este convalesce com o decurso de tempo, isso tudo em razão, novamente, da afronta causada a todo o ordenamento jurídico.

Se, efetivamente, for do interesse das partes manter o acordo de vontades originariamente impregnado pela nulidade, não podem fazer uso do instituto da confirmação, tal qual é facultado às partes em casos de anulabilidade.

Devem, em verdade, celebrar novamente o negócio jurídico, não no sentido de confirmá-lo, caso contrário estar-se-ia diante da aplicação do instituto da confirmação, mas, sim, com o fito de renová-lo, produzir um novo, visto que do negócio jurídico nulo primitivo nenhum efeito vinculante decorre, porquanto fulminado em sua origem.

A nulidade, uma vez pronunciada, implica em recusa dos efeitos da declaração de vontade antes firmada.

Desfaz-se, portanto, o negócio jurídico com a reposição das partes ao *status quo ante*, ou, não sendo isto possível, a indenização pelo equivalente (*id quod interest*).

Tem-se, pois, que a declaração da nulidade produz efeitos *ex tunc*, retroagindo à origem.

Muito se discutia sobre o alcance do artigo 182, do Código Civil, o qual determina que, anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao *status quo ante*, quanto às duas espécies de invalidade, sendo certo que, atualmente, prevalece a corrente que milita no sentido de defender a aplicação do referido artigo tanto aos atos nulos quanto aos atos anuláveis.

A conservação dos negócios jurídicos nulos atende, em primazia, ao princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, não sendo, pois, absoluta a regra da invalidade total do ato. Não deve-se confundir conservação dos negócios jurídicos com o instituto da confirmação, já explorado acima, e inaplicável aos casos de nulidade.

Abre-se, assim, a possibilidade para o intérprete de, perante um negócio que falte um elemento inderrogável, qualifica-lo em outro tipo, mediante o aproveitamento dos elementos prestantes.

O princípio da conservação dos contratos, por seu turno, já vinha expresso em vários Códigos, tais como francês, italiano, espanhol, português, bem como acolhido em sede jurisprudencial na Alemanha, Áustria e Inglaterra.

Baseia-se no princípio interpretativo, que é o princípio da conservação dos atos jurídicos, segundo o qual, em caso de dúvida, deve interpretar-se o ato no sentido de produzir algum efeito, e não no sentido contrário, de não produzir nada⁶.

O Código Civil de 2002 aproveita, desta forma, a declaração de vontade, por amor à intenção do agente, nos termos do artigo 170, da Lei Civil. Assim, inquinado o ato de qualquer dos vícios que determinam a sua nulidade, esta deixa de ser pronunciada se for possível determinar que o objetivo que os interessados tinham em vista pode ser atingido por via de outro negócio jurídico, que não foi celebrado, mas é de se supor que o teria sido se os interessados houvessem previsto a nulidade do que praticavam.

⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil* – Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 544.

É de se destacar que para se operar o instituto da conservação, faz-se necessário que (a) o negócio reputado nulo contenha os requisitos do negócio sucedâneo e (b) a vontade manifestada pelas partes faça supor que, se tivessem ciência da nulidade do negócio primitivo, mesmo assim, teriam o interesse de celebrar o sucedâneo.

O direito contemporâneo caminha, portanto, no sentido de assegurar os efeitos do negócio jurídico celebrado entre as partes, tanto quanto seja possível, em autêntico favor *contractus*.

Passando à análise das causas de nulidade do negócio jurídico, o artigo 166 preceitua ser nulo o negócio quando (a) praticado por pessoa absolutamente incapaz, (b) for ilícito, impossível ou indeterminado seu objeto, (c) o motivo determinante, comum às partes, for ilícito, (d) não revestir a forma prescrita em lei, (e) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade, (f) tiver por objeto fraudar lei imperativa, (g) taxativamente a lei declarar nulo ou proibir-lhe a prática sem cominar sanções.

O dispositivo em análise (artigo 166, do Código Civil) dispõe ser nulo, primeiramente, o ato praticado por pessoa absolutamente incapaz, que não esteja devidamente representada no ato, seja tutor ou curador.

A análise deve recair, nesse ponto, sobre o artigo 3º, do Código Civil, que estabelece serem absolutamente incapaz (a) os menores de 16 anos, (b) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e (c) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

As pessoas indicadas nesse artigo são desprovidas de capacidade de fato ou de exercício por não reunirem as condições biopsíquicas necessárias ao discernimento, devendo, assim, o ato ser praticado por meio do instituto da representação, disciplinado nos artigos 115 e seguintes, do Código Civil.

A segunda hipótese de nulidade, expressa no artigo 166, do Código Civil, refere-se à ilicitude, impossibilidade ou indeterminação do objeto do negócio jurídico.

Embora não declare textualmente, quando disciplina a nulidade do negócio jurídico, o Código Civil deixa evidente sua repulsa ao ato contrário ao moral.

Já a terceira hipótese de nulidade decorre do motivo determinante a ambas as partes, quando da celebração do negócio jurídico. Ilícito o motivo determinante, ilícito será o objeto do negócio.

Importante salientar que o motivo determinante a ambas as partes não se confunde com a causa do negócio jurídico. A invalidade não decorre simplesmente do fato de o declarante destinar o bem negociado à prática de um delito. Isto, enquanto seu propósito unilateral, não contamina o negócio, se seus termos expressos são aqueles que o ordenamento jurídico prevê para o tipo de contrato celebrado.

Os incisos IV e V, do artigo 166, do Código Civil, comungam da mesma ideia. Não à toa vêm contidos no mesmo requisito de validade do artigo 104, inciso III, do Código Civil (“forma prescrita ou não defesa em lei”).

A forma do negócio jurídico é a maneira pela qual a vontade ganha força real no mundo exterior. Em determinados casos, a lei subordina certos negócios a determinada forma, para que, assim, tais negócios, ditos solenes, tornem-se válidos.

Não obstante, o Código Civil deixou às claras a distinção entre forma e solenidade. A solenidade, por seu turno, diz respeito a determinado requisito que a lei repute como essencial para feitura do negócio jurídico.

Desta forma, o negócio pode ser invalidado tanto por defeito de forma como de solenidade, desde que se trate de requisito classificado pela lei como essencial.

A sexta hipótese de nulidade, elencada no artigo 166, do Código Civil de 2002, refere-se à fraude à lei. Trata-se de previsão de nulidade introduzida pelo atual Código Civil, não obstante já fosse aplicada pela jurisprudência pátria.

Quando o preceito legal apresenta-se cogente, dele decorre a proibição de qualquer prática que lhe seja desconforme. Assim, a ofensa à lei, para fulminar o negócio jurídico pela nulidade, tem de ser cometida contra lei imperativa, de natureza cogente.

Tem-se fraude à lei, portanto, quando se emprega maquinação para, respeitando-a, violá-la ou impedi-la de incidir.

Por fim, nulo será o ato que a lei taxativamente o declarar, denominada nulidade textual, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção, chamada nulidade virtual.

Decorre, pois, da violação de norma jurídica cogente, que proíba ou imponha determinada conduta, sendo omissa quanto à nulidade e não definindo outra espécie de sanção para sua transgressão.

Trata-se, em verdade, da figura mais clara de nulidade, eis que a causa da nulidade encontra-se estampada no próprio texto legal.

Não obstante, o Código Civil de 2002, inovando em relação ao anterior, considera a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico, seguindo, assim, o modelo alemão, que, de igual modo, comina a nulidade para o negócio jurídico simulado.

No sistema do Código Civil de 1916, contudo, a simulação era tratada como causa de anulação do negócio jurídico. Com efeito, a simulação nada mais é do que uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Enquanto no erro a divergência é espontânea, tendo o agente uma falsa noção do objeto da relação, no dolo o agente é maliciosamente induzido em erro, e na coação o agente é constrangido a praticar o ato, na simulação há um acordo de vontades destinado a enganar terceiros.

Com efeito, os agentes simuladores têm total consciência de seu agir e, desta forma, visam, com a realização do negócio jurídico simulado, violar lei ou interesse de terceiro.

Assim, não poderia a simulação perdurar no rol das causas de anulabilidade, mas, sim, no rol das causas de nulidade do negócio jurídico, eis que, mais do que se cingir aos interesses particulares, volta-se para a ofensa ao interesse público, princípio norteador da Teoria da Nulidade.

2.1. PRAZO PRESCRICIONAL

Questão controversa na seara da nulidade é, exatamente, no que tange à prescrição.

Como dito acima, o ato nulo não convalesce pelo decurso de tempo, nos termos do artigo 169, do Código Civil.

Assim, pela interpretação do dispositivo acima citado temos que a nulidade é imprescritível, sendo certo que, por maior que fosse o tempo decorrido, sempre seria possível atacar o negócio jurídico (*quod nullum est nullo, lapsu temporis convalescere potest – O que é nulo não pode ganhar força com o decurso do tempo*)⁷.

Contudo, essa questão não é pacífica em sede doutrinária.

Parte da doutrina, que perfilha de entendimento diverso, defende a inexistência de direitos patrimoniais imprescritíveis, aplicando-se, pois, o prazo prescricional geral de 10 (dez) anos, nos termos do artigo 205, do Código Civil⁸.

Por outro lado, alguns Autores asseveram que tal posição teria perdido força com o advento do Código Civil de 2002, uma vez que a redação do artigo mostra-se inequívoca.

⁷ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 283-284.

⁸ PEREIRA, op. cit., p. 542.

Há, outrossim, Autores que se posicionam no sentido de que a ação declaratória de nulidade seria imprescritível, no entanto, a desconstituição dos efeitos do ato jurídico nulo se sujeitaria ao prazo prescricional do artigo 205, do Código Civil⁹.

Em suma, é deveras controverso o tema sob exame, divergindo a doutrina e, cabendo, portanto, aos operadores do direito a melhor interpretação da norma no caso concreto.

CONCLUSÃO

As linhas desenvolvidas no presente estudo demonstram, de forma inequívoca, que os objetivos traçados em seu introito foram alcançados de forma satisfatória, notadamente através da análise minuciosa e individualizada dos institutos que compõem a Teoria da Invalidade, bem como pela exposição dos conceitos apresentados pela melhor doutrina.

A fundamentação principal do presente trabalho baseou-se na análise pormenorizada dos institutos que compõem a Teoria da Invalidade, a nulidade e a anulabilidade.

Ainda pela dissertação expendida, pôde-se facilmente observar que os institutos da nulidade e da anulabilidade são previsões legais que têm por objetivo regular as patologias do negócio e a produção de efeitos no mundo jurídico, sendo, assim, importante ferramenta no sentido de salvaguardar a segurança jurídica.

Analisando-se o tema do presente trabalho sob uma ótica subjetiva, tem-se que o nascedouro da Teoria da Invalidade do Negócio Jurídico deságua na frustração do Direito.

O negócio jurídico é tolhido de produzir os efeitos desejados pelos seus agentes, na medida do bem jurídico tutelado; sendo o princípio norteador o respeito à ordem pública, tem-se a nulidade, ao passo que, sendo consagrado o princípio do interesse privado, da mera conveniência das partes, afigura-se a anulabilidade.

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Curso de Direito Civil*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 403-404

Mostrou-se, outrossim, as principais diferenças existentes entre os institutos, suas peculiaridades e, com o fito de balizar as interpretações, as divergências doutrinárias que permeiam toda a Teoria da Invalidez.

Primeiramente, esclareceu-se o porquê do rol de legitimados para arguir a nulidade ser mais amplo do que o rol de legitimados para pleitear a anulabilidade do negócio, permitindo, inclusive a declaração ex officio pelo juiz.

A afronta à norma de ordem pública, no caso da nulidade, enseja tal ampliação, sendo, inclusive, o Ministério Público legítimo para reclamar a declaração de nulidade, pois, como dito, a sociedade como um todo é atingida, havendo, portanto, um interesse geral.

Já na anulabilidade, os legitimados são apenas os interessados (artigo 177, do Código Civil), pois trata-se de uma afronta menos danosa ao ordenamento, não sendo permitida a sua decretação ex officio pelo juiz.

A impossibilidade de confirmação e a não convalescença pelo decurso de tempo, no caso da nulidade, foram abordadas de forma crítica.

Não se pode olvidar, contudo, que dita exegese é matéria controvertida na melhor doutrina, pois, ao se asseverar que o negócio nulo não convalésce pelo decurso de tempo, tem-se que a nulidade é imprescritível.

Distinta é a situação da anulabilidade, que, não só é passível de confirmação, como, também, convalésce pelo decurso de tempo, o qual, denotando-se a inércia do interessado, equivale à confirmação tácita.

Outro tema que mereceu proeminência foi o dos efeitos da decretação da nulidade e da anulabilidade. Tema deveras controvertido em sede doutrinária, foi analisado à luz do artigo 182, do Código Civil.

Com efeito, o presente trabalho comungou da tese defendida pela corrente que milita no sentido de defender a aplicação do referido artigo tanto aos atos nulos, quanto aos

anuláveis, uma vez que, desfazendo-se o negócio, restauram-se as partes ao *status quo ante*, produzindo, pois, efeitos *ex tunc*, em ambos os casos.

Contudo, há Autores que defendem que os efeitos decorrentes dos atos praticados até a decretação da anulabilidade são respeitados, admitindo a lei, inclusive, a ratificação do negócio anulável, razão pela qual produziria efeitos *ex nunc*.

De forma sucinta, o presente trabalho abordou a conservação dos negócios jurídicos, nos casos inquinados de nulidade, sob à luz do princípio da conservação dos atos jurídicos, demonstrando, assim, não ser absoluta a regra da invalidade do ato.

Passou-se, então, à análise das causas de nulidade, examinando de forma pormenorizada cada possibilidade prevista no artigo 166, do Código Civil, sendo certo que dúvidas não pairam sobre o tema.

Não obstante, a inovação trazida pelo Código Civil de 2002, ao colocar a simulação como causa de nulidade, afastando-se da exegese insculpida no Código Civil de 1916, que a assentava como causa de anulabilidade, foi, igualmente, objeto de profundas considerações.

Não poderia a simulação continuar no rol das causas de anulabilidade, uma vez que os agentes simuladores têm total consciência de seus atos, e visam violar a lei ou o interesse de terceiro, sendo, assim, uma ofensa ao interesse público, não se cingindo, pois, a tutela de interesses particulares.

Finalmente, foram apresentadas as formas de sanar os defeitos do negócio jurídico, pormenorizadamente.

Assim, mostrou-se que o negócio anulável, diferentemente do nulo, pode convalescer pela sua confirmação, pelo suprimento de autorização ou pelo decurso de tempo.

Em suma, o estudo em tela traçou a partir de conceitos e indagações trazidas pelos mais renomados autores que tratam da questão, um caminho adequado para a regulamentação e solução de possíveis conflitos envolvendo divergências acerca da Teoria da Invalidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Curso de Direito Civil*. 10. ed. V. I. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. V. I. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, M. M. de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 3. ed. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 4. Campinas-SP: Bookseller, 2000,

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. V. I. Campinas-SP: Bookseller, 1999.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 14. ed. V. III. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. III. Tomos I e II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.