

Subsídios para o estudo das nulidades

VALLE FERREIRA

São por demais conhecidos os embaraços que se apresentam a um estudo mais sério das nulidades, e parece bem certo que tais dificuldades se agravam em consequência da opinião divergente dos autores. Estes, em seus estudos, 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.

Assim, por exemplo, não podiam afirmar o mesmo pensamento, nem chegar a idênticas conclusões, autores que comentassem a invalidade dos atos jurídicos à vista dos textos romanos, à margem dos códigos francês e alemão, ou afinal da nova lei civil italiana.

Mas não é essa a única razão da discordância entre as lições conhecidas. Além disso — convém advertir — na realização da teoria da nulidade, ou melhor, no simples processo técnico de aplicação daquêle princípio, é natural que varie o parecer dos juristas, segundo o feitio e a habilidade de cada um, ao considerar os diferentes casos de equidade prática, no momento de aplicar uma regra punitiva.

Há, entretanto, noções elementares a recordar, idéias rudimentares que entram na composição de conceitos que não podem variar.

Procurando facilitar a inteligência de uma exposição modesta e tão ligeira, qual a presente, nada se perde com um exame de cada princípio basilar em sua expressão mais simples.

II) Antes de tudo, convém sublinhar uma noção fundamental: **a nulidade nasce sempre da violação da lei**, de maneira que devemos sempre concluir pelo **caráter meramente negativo do conceito** de nulidade. Efetivamente, ninguém pode recusar que a infração das proibições da lei, ou a inobservância de suas prescrições na formação dos atos jurídicos, em princípio e a rigor, deve levar à ineficácia dos mesmos, uma vez que o direito, para emendar a desobediência, não reconhece nem pode proteger um comportamento contrário à norma estabelecida. É verdade que tais conclusões foram abrandadas por uma questão de **oportunidade**, quando o legislador, mais empenhado na composição dos interesses humanos, quiz reduzir as conseqüências lógicas daquele princípio para, por motivo de **utilidade prática**, admitir a possibilidade de uma sanção mais ou menos enérgica, segundo a maior ou menor importância da norma então contrariada. Assim, apenas **no plano do direito positivo**, foi criada uma divisão artificial: atos nulos e anuláveis, ou nulidade e nulidade atenuada, ou ainda nulidade absoluta e nulidade relativa.

Tais aspectos da mesma imperfeição, assim decompostos, apenas indicam que a correção deve ser enérgica no primeiro caso e mais leve no segundo. Ora, êste processo de temperamento, esta simples disposição moderadora no momento da **realização técnica** do princípio da invalidade, de nenhum modo poderia alterar o sentido e o alcance das regras essenciais sobre a invalidade em geral.

Por isso mesmo, não é demais assinalar de uma vez que **nulidade** não se contrapõe a **anulabilidade**, porque não representam categorias diferentes. Atos **nulos** e atos **anuláveis** são igualmente imperfeitos, padecem de imperfeições mais ou menos graves, mas o certo é que **têm a mesma existência irregular e precária**. Nesta matéria, em verdade, só se encontram dois conceitos antagônicos: validade e invalidade.

O Código Civil (arts. 145 e 147) dispõe quanto aos casos de imperfeição e daquelas leis facilmente se vê que a diferença entre ato nulo e anulável apenas se encontra na **causa da invalidade**.

Assim, 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.

Ficará demonstrado que, uma vez pronunciada a nulidade, não há qualquer diferença quanto a seus efeitos.

III) Assim nos textos legislativos como na exposição dos comentadores, encontramos referência freqüente a uma **nulidade de pleno direito**. A expressão é simples resíduo verbal de sistemas há muito tempo superados e, assim, na linguagem de hoje só pode perturbar, como freqüentemente ocorre.

Não há nulidade de **pleno jure**, tudo porque, mesmo inquinado do vício mais grave, o ato quase sempre conserva uma aparência de regularidade, que só pode ser destruída pela declaração do juiz. Esta presunção de regularidade, êste respeito pelas aparências, é um dos grandes princípios da organização civil, cuja aplicação mais brilhante e freqüente, segundo assinalou De Page (I, n. 96), encontramos na posse, um estado aparente do direito de propriedade, que às vêzes é protegido até mesmo contra o **verus dominus**.

A idéia de uma nulidade **radical**, ou de **pleno direito**, é peculiar ao fraseado romano, num tempo em que podia ser invocada a intervenção pretoriana para abrandar os rigores da lei. Assim, ainda formalista ao exagêro, embora já em fase de desenvolvimento, o Direito Romano decidia pela nulidade e negava qualquer efeito ao ato jurídico, quando não fôssem observados os requisitos de **forma** que a lei recomendava.

Apenas neste caso de desobediência, podia-se questionar a invalidade; fora daí, não se applicava o princípio da nulidade, mesmo na hipótese de estar o ato inquinado de outro vício, ou defeito.

Nesta emergência, consoante informam todos os historiadores, a doutrina romana, para abrandar as soluções do **jus civile**, então radicais e por isso mesmo contrárias à equidade natural, admitiu que também em outros casos a eficácia dos atos podia ser **paralizada** pela autoridade do Pretor, uma vez que êste costumava conceder as seguintes restituições,

enumeradas pelos romanistas: ob **aetatem**, ob **dolum**, ob **metum**, ob **errorem**. Neste caso, sim, eram espécies de nulidade **por via de ação**, em oposição às nulidades de **pleno direito**, também chamadas radicais.

A explicação, assim, parece bem simples: além da **nulidade civil**, ou legal, que se afirmava de pleno direito e existia desde o princípio, tínhamos a **nulidade pretoriana**, ou judiciária, porque supunha o exercício de uma ação e de sentença. A anulabilidade, portanto, apareceu depois e apenas significa o resultado de um processo engenhoso de proteção, rigorosamente peculiar àquela fase de evolução do Direito Romano.

Também na França, ali por motivos políticos e interesses fiscais, vamos encontrar **nulidades de pleno direito** e **nulidades dependentes de rescisão**, mas é irrecusável que tal divisão apenas assinala uma das particularidades do direito medieval. É assim que, quando na França tinham aplicação simultânea o direito romano e o direito nacional francês, se a êste pertencia a norma violada, a desobediência importava desde logo na invalidade do ato. Entretanto, se a regra contrariada era do Corpus Juris, o juiz só podia anular o ato depois que os interessados, mediante pagamento de taxas, conseguissem da Chancelaria do Rei a necessária **carta de rescisão**. É evidente, portanto, que tal distinção não podia continuar depois da unificação do direito.

Assim, não é possível recusar que as **anulabilidades**, de criação posterior, resultaram: em Roma, da autoridade pretoriana; na França, de uma concessão do Príncipe.

Ora, naqueles regimes tão diferentes, era natural que se destacassem as nulidades de **pleno direito** das nulidades **dependentes de rescisão**, apenas pelos motivos expostos, inteiramente **estranhos à teoria das nulidades**.

Todavia, a velha linguagem, de certo modo indispensável e usada com acêrto antes da Revolução, passou inútilmente ao Código francês, pois no regime moderno todos os casos de ineficácia são de **direito**, isto é: estabelecidos por lei. Entretanto, sem qualquer fundamento, vamos encontrar uma linguagem confusa e imprecisa no código napoleônico, pois é certo que êste, com freqüência, refere-se a atos nulos, nulos de pleno

direito e anuláveis; nulidade de pleno direito e anulabilidade. Tal ocorrência só tem explicação no fato de não terem escapado às influências do direito antigo nem mesmo os maiores juristas francêses, cujos trabalhos tiveram grande influência sobre os redatores do Código. Era inevitável que a legislação brasileira mais antiga incorresse no mesmo deslize, e é assim que vamos encontrar no Código Comercial e no Regulamento 737 referências freqüentes a nulidades de pleno direito e a nulidades dependentes de rescisão.

Se isso não fôsse bastante para levar nossos autores a exposições complicadas e a conclusões imprecisas, ainda ocorre que os juristas brasileiros, de preferência, procuram inspiração na velha doutrina dos jurisconsultos francêses.

De qualquer modo, é preciso ficar esclarecido que aquela linguagem já não tem aplicação e destôa, mesmo, de nosso sistema, pois o Código Civil gradua expressamente os casos de invalidade, compreendendo tanto a nulidade quanto a anulabilidade. Isso posto, não pode existir nulidade de pleno direito, pois qualquer que seja o grau de imperfeição do ato, a nulidade só pode ser pronunciada por julgamento.

No caso, sequer interessa a discussão acadêmica quanto à natureza da intervenção do juiz, declarando ou decretando a nulidade, porque nas duas hipóteses temos a manifestação da autoridade judiciária. Ora, tal circunstância contradiz definitivamente a idéia de nulidade de pleno direito, segundo se vê bem claro do excelente trabalho de Ripert et Boulanger (I, nr. 43), quando modernizaram o velho Tratado de Marcel Planiol.

Ê verdade que Clovis também se refere a nulidades de pleno direito. Mas fala em sentido muito diferente, isto é, apenas para qualificar as nulidades que podem e devem ser pronunciadas de ofício, quando «a anulabilidade deve ser declarada por sentença», conseqüentemente a pedido de determinadas pessoas (Com art. 147).

Em resumo e afinal: nulidade imediata não pode existir porque as vias de fato são proibidas, princípio que vem afirmado desde a lição de Aubry et Rau (I, § 37), lembrado por Colin et Capitant (I, nr. 66).

Não pode ficar sem exame o Esboço Teixeira de Freitas, cujo merecido prestígio deve ter concorrido para, neste capítulo, aumentar a confusão entre nós. Realmente, naquele articulado encontramos outra divisão das nulidades: nulidade manifesta e nulidade dependente de julgamento (arts. 786-788). Os atos ou disposições do primeiro grupo não produzem efeitos, mesmo **que a nulidade não tenha sido julgada** por via de ação ou de exceção; na segunda hipótese, os atos ou disposições reputar-se-ão **válidos, enquanto não forem anulados** (arts. 791 a 793).

É o regime adotado pelo Código Argentino (arts. 1.038, 1.046, 1.050) mas que nada tem com o nosso.

IV) A idéia obstinada de uma nulidade de pleno direito, ou radical, tem levado a outras conclusões erradas como, por exemplo, a afirmativa freqüente de que o ato **nulo** não tem qualquer eficácia, ao passo que o **anulável** produz todos os efeitos até que seja decretada a invalidade.

Não será difícil a demonstração de que a lição é sem acêrto e, por isso mesmo, deve ser recusada. Assim, além dos casos freqüentes e conhecidos de atos que, embora nulos, produzem seus efeitos, todos os atos permanecem, mesmo na hipótese de nulidade absoluta, até que a nulidade seja declarada. Nem podia deixar de ser assim, como demonstraram Colin et Capitant (I, 66), uma vez que, tanto os atos nulos quanto os anuláveis geralmente apresentam tais caracteres de regularidade que vão produzindo os seus efeitos, até que se alegue a invalidade.

Em casos muito freqüentes, um ato **nulo em direito** tem existência de fato, principalmente se o ato vem amparado por prova preconstituída, hipótese em que a aparência de direito tem apoio num **título**.

Assim, a instância é inevitável e não se poderia dispensar a sentença do juiz, quando menos para destruir a **fides** que acompanha a aparência de legalidade, conforme esclareceu Castro y Bravo (I, D. Civ. pág. 539).

O ato subsiste com todo o seu valor provisório, enquanto a justiça não intervém com uma declaração pública, para destruir a situação **erga omnes**.

É também o parecer de De Page (II, nr. 781).

V) Noção também infundada, mas que é repetida com muita freqüência, é a que se refere ao efeito retroativo das declarações de nulidade. Segundo ficou exposto anteriormente, qualquer que seja a causa de invalidade, no fundo é sempre a mesma coisa, a mesma invalidade, e, em todos os casos, **o vício é dirimente e contemporâneo da formação do ato**, quer se trate de nulidade, quer de anulabilidade. Por êste motivo bastante, uma vez pronunciada a invalidade, as duas causas invariavelmente se igualam quanto ao efeito essencial, que é o de apagar o ato desde o passado e para o futuro, tudo porque — convém salientar — também a **nulidade relativa é absoluta em seus efeitos**. É a lição de Baudry-Barde (Ob. III, nr. 1.966; De Page, I, nr. 99; Ripert-Boulanger, I, nr. 354).

A mesma e oportuna advertência ainda se encontra em C. Gonçalves: «não é admissível como caráter distintivo da nulidade absoluta o produzir ela efeitos desde o início do ato, ou antes, o ter a sentença de anulação efeito retroativo quanto às conseqüências do ato nulo; pois êste efeito retroativo verifica-se em tôdas as espécies de nulidade» (Trat. I, nr. 64).

Se deixarmos de lado, como convém, o regime da Ordenação, as regras do Regulamento 737, as sugestões do Esboço Teixeira de Freitas e da Consolidação Carlos de Carvalho, se deixarmos as regras e a linguagem, de nenhum modo podemos falar de sentença com efeito **ex tunc**, no caso de ato nulo, e **ex nunc**, na hipótese de anulabilidade.

Para que a doutrina recuse tal conclusão, é bastante atentar na regra do Código Civil, que afirma expressamente ser geral o princípio da retroatividade e, por isso mesmo, aplicável a todos os casos. (art. 158). Neste particular, nossa lei foi, até, muito extremada, como ficará indicado no último capítulo.

Não seria acertado, afinal, deixar de transcrever a lição de Saleilles sôbre o artigo 142 do Código alemão, uma das fontes do citado art. 158, conforme indicação de Clóvis:

«L'annulabilité du Code civil a donc cet effet d'assimiler l'act annulable, une fois l'annulation déclarée, à l'act nul, ce qui veut dire que l'act, à partir de son origine, doit être considéré comme s'il n'eût jamais existé; et il en est ainsi, aussi bien dans les rapports avec les tiers qu'à l'égard des parties entre elles.

L'annulation ne peut donc être prononcée que par celui à qui le droit en a été conféré par la loi; mais, une fois ce droit exercé, l'act équivaut à un act nul. L'annulabilité n'est annulabilité que par rapport à sa mise en oeuvre; par rapport à ses effets, elle est nullité.» (Déclaration de Volonté, pág. 357, nr 8).

VI) Antes de terminar, não será inoportuna uma ligeira notícia sobre as legislações francesa, alemã e brasileira quanto aos efeitos da nulidade. Em tôdas elas, qualquer que seja a causa da invalidade, a decisão do juiz, em princípio, tem efeito retroativo, assim entre as partes como contra terceiros.

Entre as partes, se o ato não foi executado, não será possível exigir seu cumprimento. A situação, portanto, é das mais simples.

Se houve execução, o caso se resolve pelas restituições recíprocas, com certas limitações que os diferentes sistemas prevêm.

Para a construção francesa, a nulidade uma vez pronunciada tem efeitos absolutos, mesmo em relação a terceiros nas aquisições de boa fé, com a simples aplicação da regra: **quod nullum est, nullum parit effectum**. Esta solução facilmente se harmoniza com o sistema do código napoleônico, porque alí o ato criador da obrigação é o mesmo constitutivo do direito real. O terceiro adquirente, por isso mesmo, só escapa aos efeitos da anulação pela prescrição aquisitiva, ou pela posse, que vale como título, no caso dos móveis (Cód. Civ. art. 2.279).

O Código alemão, mais interessado em atender às exigências do crédito, resguarda melhor a segurança de terceiros. Na aplicação da nulidade, aparecem combinados os princípios relativos aos direitos obrigacionais com os princípios que presidem à aquisição dos direitos reais. Pelas regras do direito alemão, para a transferência do domínio, além do contrato, é necessária a tradição para os móveis (C. CIV. 929), e uma nova declaração no Registro Público, no caso dos imóveis (arts. 873 e 925). Isso quer dizer que a invalidade do ato obrigacional não atinge necessariamente, como no caso francês, o ato translativo.

Assim, se o terceiro de boa fé adquiriu o móvel **por tradição**, não será alcançado pela nulidade, porque a tradição é

ato abstrato e, por isso mesmo, inatacável em razão da ocorrência de vícios no título do alienante. No caso de imóvel, a alienação também depende de um novo ato, isto é, uma inscrição no Registro. Em virtude, então, da força probante da inscrição, a aquisição só será atingida na hipótese do vício alegado constar dos termos da inscrição, ou ser conhecido do adquirente. (Cod. Civ., art 892).

Para o direito brasileiro, segundo dispõe o Código Civil (art. 158), a nulidade do ato invalida os efeitos pessoais e reais que êle pudesse produzir; assim, de modo geral, as partes são restituídas ao estado anterior, com as exceções referentes aos incapazes e a certas situações resultantes da posse. Clóvis, ao comentar o referido artigo, traz a seguinte lição: «Em relação a terceiros, declarada a nulidade do ato, desfaz-se o direito, que, acaso, tenham adquirido com fundamento no ato nulo ou anulado, porque ninguém transfere a outrem direito que não tem».

Nossa lei, dêsse modo, decidiu por um critério regulador bem estranho, resultante da simples aplicação de máximas jurídicas: **quod nullum est, nullum parit effectum**; sobre terceiros, ainda uma outra: **resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis**.

Ê, esta, uma conseqüência tão radical que foi temperada pelo próprio direito francês. No caso dos móveis, por exemplo, embora o código napoleônico afirme o efeito translativo dos contratos, a nulidade dêstes não atinge a terceiros adquirentes, em razão da posse que vale como título (art. 2.279). A mesma proteção se encontra no direito alemão, uma vez que os terceiros de boa fé adquirem em virtude da tradição, que no caso é título inatacável.

Nosso Código, que adotou um sistema inteiramente contrário ao francês, quiz aproximar-se do alemão, mas dêste também diverge. Ê mal acabado. Efetivamente: apesar de incluir a regra afirmando ser a tradição **modo de adquirir inter vivos**, isto é, ato abstrato criador de direitos reais, degrada em seguida a mesma tradição, quando condiciona seus efeitos à validade de um título preexistente (arts. 620 e 622).

Aliás, em outra oportunidade, tivemos ocasião de anotar (Enriquecimento s. causa, págs. 85 a 89) que a doutrina dos atos abstratos não penetrou inteiramente nosso sistema, em assunto de transmissão de domínio.

Foi citada precisamente a regra do art. 622, que subordina a transferência da propriedade à validade de um direito de obrigação.

Tal procedimento pareceu de todo contrário à concepção romana e à construção alemã, tudo porque, nos dois casos, a nulidade do contrato criador da obrigação não importa necessariamente na invalidade do ato translativo do direito real.