

Crítica ao Plano da Existência do Negócio Jurídico: Perspectivas a Partir da Análise Funcional das Invalididades Negociais

Eduardo Nunes de Souza

Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor contratado dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Assessor jurídico junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: O presente artigo busca apresentar a incoerência na noção de atos jurídicos inexistentes, apresentando seu desenvolvimento na doutrina e propondo, ao final, sua inserção no âmbito da invalidade dos negócios jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Negócio jurídico; existência; validade; perspectiva funcional.

ABSTRACT: *This article seeks to introduce the incoherence in the notion of inexistent legal acts, as it presents its doctrinal development and proposes, in the end, its insertion in the field of legal validity of private autonomy acts.*

KEYWORDS: *Legal acts; existence; validity; functional perspective.*

SUMÁRIO: 1. Introdução: o chamado plano da existência; 2. Incompatibilidade da noção de inexistência com o direito brasileiro; 4. Enquadramento dogmático na teoria geral das invalidades do negócio jurídico; 5. Consideração final.

1. INTRODUÇÃO: O CHAMADO PLANO DA EXISTÊNCIA

O primeiro dos planos de análise do negócio jurídico, à luz da esca-la difundida por Pontes de Miranda, corresponde ao *plano da existência*. Trata-se do plano que antecede, na teoria ponteana, a análise de todos os demais: afirma-se que, caso determinado negócio jurídico não apre-sente seus elementos mínimos de existência (ditos também *pressupostos* por alguns autores),¹ não caberia indagar acerca de sua validade, muito menos de sua eficácia, pois tais atos seriam reputados simplesmente não realizados pela ordem jurídica.²

A lógica interna da teoria é inexpugnável: se o negócio sequer che-gou a existir, não haveria sentido em verificar se ele atende aos requisitos de validade e, portanto, está apto a produzir efeitos. Evita-se, assim, o rígido controle promovido pela teoria das invalidades negociais: para o direito, tudo acontece como se o negócio nunca houvesse sido celebrado.

Considera-se que o autor da noção jurídica de inexistência foi o ju-rista alemão Karl Zachariae von Lingenthal,³ professor da Universidade de Heidelberg cuja obra influenciou fortemente a doutrina francesa do sécu-lo XIX – a qual, por sua vez, tecia, à época, os primeiros comentários sobre a noção de nulidade que se podia extrair do Código Civil francês. Zacha-riae faleceu em 1843, antes da unificação da Alemanha e pouco mais de meio século antes do advento do BGB. Seus célebres tratados de direito civil basearam-se, assim, em grande parte no *Code Napoléon*.

1 Antonio Junqueira de AZEVEDO explica que os elementos essenciais gerais do negócio podem ser de duas ordens: intrínsecos (segundo o autor, o objeto, a forma e as circunstâncias negociais) ou extrínsecos (para ele, o tempo, o lugar e o agente), sendo estes últimos “também elementos pressupostos, no sentido preciso de que existem antes de o negócio ser feito” (**Negócio jurídico**, cit., p. 33). Trata-se de divisão dos elementos bastante semelhante àquela empregada por CARNELUTTI (**Teoria geral do direito**, cit., p. 432-438), embora o autor denomine “pressuposto” aquilo que se costuma designar, na doutrina brasileira, como requisito de validade.

2 No ponto, valiosa é a clássica lição de AUBRY e RAU, aos quais se atribui, em larga medida, a difusão do conceito de atos inexistentes (também chamados *actes non avenues*) na França: “L’acte qui ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet, et en l’absence desquels il est logiquement impossible d’en concevoir l’existence, doit être considéré non pas seulement comme nul, mais comme non avenue. Il en est de même de l’acte qui n’a pas été accompagné des conditions et des solennités indispensables à son existence, d’après la lettre ou l’esprit du Droit positif” (**Cours de droit civil**. Tome 1er., cit., p. 119)..

3 Veja-se a célebre lição que atribuiria a ZACHARIAE a noção de inexistência: “Il est de la plus grande importance, non seulement au point de vue purement théorique, mais encore sous le rapport pratique, de bien distinguer les conditions essentielles du mariage des conditions de validité du mariage. Les premières concernent une question de fait, la question de savoir si le fait que les lois qualifient de mariage a eu lieu ou n’a pas eu lieu; les secondes concernent une question de droit, la question de savoir si le mariage, constant en fait, doit être considéré comme valable en droit: question qui ne peut se présenter qu’autant que l’on suppose déjà l’existence d’un mariage et, par conséquent aussi, l’existence des conditions essentielles d’un mariage. Si les conditions de validité du mariage manquent, ce mariage doit néanmoins être considéré comme valable provisoirement et jusqu’à ce que la nullité en soit déclarée par le juge sur l’action en nullité dirigée contre le mariage. Si, au contraire, une seule des conditions essentielles vient à manquer, il n’y a point de mariage, et il n’est point nécessaire de recourir à une action en nullité” (**Le droit civil français**. Tome 1er. Paris: Auguste Durand, 1854, p. 166).

Um deles seria traduzido por Aubry e Rau⁴ – dois dos mais notórios juristas franceses, cujo Curso de Direito Civil viria a ganhar o apropriado subtítulo *d’après la méthode de Zachariae*. Na França, a noção de inexistência se conjugaria com a crescente teoria da validade contratual, particularmente impulsionada pela obra de Demolombe,⁵ e se consolidaria como uma relevante hipótese de ineficácia do ato jurídico.⁶

Com a teoria do ato inexistente, pretendia Zachariae resolver problemas práticos de um instituto no âmbito do qual o direito civil francês se mostrava particularmente rígido em matéria de nulidades: o casamento.⁷ De fato, sustentava-se então que o casamento era regido pelo princípio *pas de nullité sans texte*, ou seja, que esse ato jurídico não admitia causas virtuais de nulidade, mas apenas as textuais. Semelhante entendimento seria posteriormente superado em sede doutrinária,⁸ embora grande parte da doutrina o sustente até hoje no direito brasileiro.⁹

À época, no entanto, a *communis opinio* se quedava perplexa diante de três hipóteses que, embora se considerassem, no âmbito doutrinário, contrárias à ordem jurídica, não contavam com cominações expressas de nulidade pelo legislador:¹⁰ cuidava-se, nomea-

4 ZACHARIAE, K. S. **Cours de droit civil français**. Tome 1er. Bruxelles: Meline, Cans et Comp., 1850.

5 Conforme relatava René JAPIOT já no início do século XX, nos trabalhos dos primeiros comentadores do Code não constava a expressão “inexistência”, salvo como “[...] simple figure de réthorique servant à traduire en un langage imagé tout ce qu’il y a de rigoureux et de radical dans certaines inefficacités. Ce n’est guère qu’avec Demolombe qu’elle prend consistance. [...] Et dès ce moment l’inexistence est devenue une conception qui possède une valeur véritable” (**Des nullités en matière d’actes juridiques**, cit., p. 121-122). Explicava, ainda, o autor, que “[...] cette fixation d’une date de naissance comporte un certain arbitraire, car c’est par des transitions insensibles qu’on est arrivé à donner aux mots un sens de plus en plus sérieux: nous croyons cependant que si l’on veut indiquer, dans la mesure où il est possible de le faire, un événement qui marque le passage du vague à la netteté, c’est encore la théorie de M. Demolombe qu’il vaut mieux choisir” (o.l.u.c.).

6 Esse breve itinerário é relatado por Caio Mário da Silva PEREIRA: “Imaginada por Zachariae, aceita por Demolombe, divulgada por Aubry e Rau, desenvolvida pelas doutrinas francesa e italiana, encontra geral e boa acolhida a teoria da inexistência” (**Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 542).

7 Cf., a respeito, ESPÍNOLA, Eduardo. **Manual do Código Civil brasileiro**. Volume III, parte IV, cit., p. 145-154.

8 Por todos, cf. CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. Tome 1. Paris: PUF, 2004, p. 1.395, segundo o qual a doutrina moderna francesa tende a reconduzir todos os casos de inexistência à categoria da nulidade absoluta.

9 Afirma-o, por exemplo, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 544. V., ainda, CASTRO JÚNIOR, Torquato. A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente. São Paulo: Noeses, 2009, p. 124-125, em que o autor afirma que a doutrina que exige a nulidade textual em matéria de casamento “é correlata privada do *nullum crimen sine lege*. Significa que todas as nulidades, exatamente porque atingem restritivamente a esfera de liberdade do sujeito, devem estar de antemão tipificadas no ordenamento jurídico. No caso do direito matrimonial, isso é ainda mais relevante para garantir a segurança do vínculo matrimonial, que somente pode ser atacado pelos vícios que a lei taxativamente indica”.

10 A respeito dessas hipóteses, cf. ZACHARIAE, K. S. **Droit civil français**. Tome 1er., cit., p. 170-171. E, ainda, JAPIOT, René. **Des nullités en matière d’actes juridiques**, cit., p. 122 ; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. Volume II, cit., p. 925.

damente, do casamento celebrado entre duas pessoas do mesmo sexo,¹¹ daquele contraído sem o consentimento de alguma das partes e, ainda, do que não seguiu nenhuma forma legal.¹² Não por acaso, as primeiras discussões quanto aos negócios inexistentes surgiram no âmbito do direito de família, seara mais diretamente influenciada por questões morais, fortes o suficiente para suscitar questionamentos sobre a teoria das nulidades.

A noção de inexistência solucionou o impasse: tais atos seriam reputados como não ocorridos (*non avenus*), o que tornaria prescindível que a ordem jurídica se pronunciasse sobre sua validade. A eles se seguiram diversos outros exemplos criados pela doutrina, todos controversos. Apenas na doutrina brasileira, são considerados inexistentes por alguns autores: a declaração de última vontade gravada em vídeo, e não registrada por escrito;¹³ o reconhecimento de paternidade de criança que nunca foi concebida¹⁴ ou de paternidade absolutamente falsa;¹⁵ o negócio dissimulado em simulação absoluta inocente;¹⁶ o negócio realizado sob *vis absoluta*;¹⁷ a declaração de vontade jocosa ou didática, não dotada de seriedade;¹⁸ a adoção realizada verbalmente;¹⁹ o testamento celebrado por procuração ou mediante fraude, por quem se faça passar pelo testador;²⁰ o contrato

11 Exemplo reproduzido por muito tempo na doutrina brasileira, mas superado nos dias de hoje, depois que o STF (ADIn. 4.277/DF e ADPF 123/RJ, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 5.5.2011; RE 477.554/MG, 2ª T., Rel. Min. Celso de Melo, julg. 16.8.2011) reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares e o CNJ, em 2013, aprovou resolução para obrigar os cartórios do país a habilitar e celebrar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e a converter a união estável homoafetiva em casamento (Resolução nº 175/2013, que proíbe as autoridades competentes a se recusarem a habilitar, celebrar casamento civil ou de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo).

12 Já existia, no entanto, no Código Civil francês a previsão de o casamento nulo prevalecer em benefício dos cônjuges de boa-fé (art. 201), tendo-se adicionado, em 1993, a mesma previsão em benefício dos filhos (art. 202). No direito brasileiro, admite-se a preservação de efeitos do casamento putativo desde o Código de 1916 (art. 221, que chegou a sofrer uma mudança de redação para diferenciar casamentos nulos de anuláveis), dispondo o Código Civil atual: “Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. §1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. §2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão”.

13 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 149.

14 VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade, cit., p. 135.

15 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Volume I, cit., p. 505.

16 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 154.

17 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Parte Geral, cit., p. 283.

18 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. Volume II, cit., p. 105-106.

19 VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade, cit., p. 135.

20 MADALENO, Rolf. "Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade". In: HIRONAKA, Giselda; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 265.

sobre herança de pessoa viva;²¹ o ato do qual deveria participar o juiz ou outra autoridade pública, e esta nele não funcionou;²² o testamento celebrado sob reserva mental²³ e, ainda, o negócio jurídico em geral celebrado sob reserva mental, se a mesma for conhecida pela outra parte;²⁴ dentre muitos outros.

Também a jurisprudência nacional acrescentou a esse rol outros exemplos, como o ato societário realizado por sócio sem poderes de representação;²⁵ o contrato de seguro coletivo para o qual não tenham anuído os segurados;²⁶ o contrato de compra e venda de imóveis celebrado verbalmente;²⁷ a cessão particular de direito hereditários sem a declaração de vontade dos cessionários;²⁸ o termo de parcelamento de dívida não assinado;²⁹ o contrato celebrado mediante fraude (particularmente, por meio da falsificação da assinatura de uma das partes);³⁰ o seguro estipulado sobre a vida de terceiro por pessoa que não é parente nem justifica seu interesse pela preservação da vida do segurado;³¹ dentre diversos outros casos.

21 SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. Volume XV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 194.

22 BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**, cit., p. 258.

23 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 804.

24 NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 251.

25 “Alienação de imóvel pertencente a sociedade em instrumento firmado por um dos sócios. Estatutos que preveem a representação da sociedade por seus dois sócios em conjunto. Ausência de consentimento da alienante. Vontade que somente se forma quando os dois sócios a exprimem em conjunto. Aplicação da teoria do ato inexistente. [...]” (STJ, 4ª T., REsp. 115.966, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 17.2.2000).

26 STJ, 3ª T., AgRg. no REsp. 1.318.365, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 25.11.2014, publ. 12.12.2014.

27 TJMG, 17ª C.C., Ap. Civ. 10110130010249001, Rel. Des. Luciano Pinto, julg. 4.8.2015, publ. 17.8.2015.

28 TJDF, 1ª T.C., Ap. Civ. 20080310109149, Rel. Des. Maria Ivatônia, julg. 2.9.2015, publ. 8.9.2015.

29 TJRS, 3ª T.R.C., Rec. Civ. 71004042396, Rel. Des. Luís Francisco Franco, julg. 14.3.2013, publ. 18.3.2013.

30 A hipótese é bastante frequente na jurisprudência. Ilustrativamente: “Negócio jurídico inexistente – Compromisso Venda e Compra de Imóvel – Assinatura falsa da vendedora – A inexistência do negócio não precisa de declaração judicial, porque não existiu, e a intervenção judicial se cinge aos efeitos indiretos, como no caso de ter havido registro imobiliário da transação [...]” (TJSP, 1ª C.D.Priv., Ap. Civ. 0153382-58.2010.8.26.0100, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, julg. 26.5.2015, publ. 26.5.2015). Conferir, ainda, dentre outros: TJRS, 16ª C.C., Ap. Civ. 70058249558, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, julg. 27.3.2014, publ. 31.3.2014; TJSP, 20ª C.D.Priv., Ap. Civ. 9076762-89.2009.8.26.0000, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, julg. 7.4.2014, publ. 17.4.2014; TJRS, 4ª T.R.C., Rec. Civ. 71004829651, Rel. Des. Paulo Cesar Filippin, julg. 11.7.2014, publ. 15.7.2014; TJDF, 1ª T.R., Ap. Civ. 0022234-10.2014.8.07.0003, Rel. Des. Leandro Borges de Figueiredo, julg. 10.2.2015, publ. 25.2.2015; TJPR, 8ª C.C., Ap. Civ. 1091084-8, Rel. Des. Lilian Romero, julg. 7.5.2015, publ. 10.6.2015.

31 TJPR, 8ª C.C., Ap. Civ. 4050313, Rel. Des. Luis Espíndola, julg. 3.4.2008, publ. 3.4.2008.

2. INCOMPATIBILIDADE DA NOÇÃO DE INEXISTÊNCIA COM O DIREITO BRASILEIRO

A teoria do ato jurídico inexistente nunca ingressou no Código Civil brasileiro,³² a despeito de sua ampla difusão doutrinária e jurisprudencial. Clóvis Beviláqua a havia inserido em seu Projeto, mas a previsão jamais chegou à redação final do Código Civil de 1916.³³ Quanto ao Código em vigor, verificou-se particular preocupação, durante sua elaboração legislativa, em se diferenciarem as noções de validade e eficácia, mas não se fez alusão à existência, que sequer é mencionada em sua Exposição de Motivos.³⁴

Também em outros ordenamentos jurídicos que reconhecem doutrinariamente a inexistência, como a França e a Itália, omitiram-se os respectivos legisladores a respeito.³⁵ O silêncio legal sobre a figura da inexistência acabou por ocasionar o surgimento de duas correntes doutrinárias antagônicas, havendo autores que afirmam a autonomia do plano da existência em relação ao da validade³⁶ e outros que sustentam ser a inexistência tão somente uma hipótese de nulidade, rejeitando a expressão.³⁷

De fato, a noção de um ato jurídico inexistente revela-se, de certa forma, contraditória com a própria natureza deontológica da ciência jurídica,³⁸ uma vez que não cabe, em princípio, ao direito reconhecer a

32 V., dentre outros, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 542: “Não se encontrava no Código de 1916 menção a esta categoria de ineficácia, por ter o legislador recusado consagrar na lei o princípio que o Projeto Beviláqua havia assentado. Nem no Código de 2002 encontrou abrigo a teoria”.

33 Como anota o próprio autor, “além dos atos nulos e anuláveis, conhecia o Projeto a classe dos inexistentes, que não se acham compreendidos na noção de nulidade” (**Teoria geral do direito civil**, cit., p. 258).

34 Conforme a “Exposição de Motivos do Código Civil”, a busca de precisão terminológica importou uma tomada de posição por parte do Projeto de Código Civil quanto à necessidade de distinguir-se entre validade e eficácia, não havendo, porém, menção à inexistência: “Na terminologia do Anteprojeto, por validade se entende o complexo de requisitos ou valores formais que determina a vigência de um ato, por representar o seu elemento constitutivo, dada a sua conformação com uma norma jurídica em vigor, seja ela imperativa ou dispositiva. Já a eficácia dos atos se refere à produção dos efeitos, que podem existir ou não, sem prejuízo da validade, sendo certo que a incapacidade de produzir efeitos pode ser coeva da ocorrência do ato ou da estipulação do negócio, ou sobrevir em virtude de fatos e valores emergentes” (**Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado**, cit., p. 36).

35 Cf. GALGANO, Francesco. **Il negozio giuridico**, cit., p. 277; CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. Tome 1, cit., p. 116.

36 Cf. MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de direito privado**. Volume IV, cit., p. 69; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**, cit., p. 63; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. Volume II, cit., p. 102.

37 Nesse sentido, por exemplo: GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, cit., p. 422; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. Volume II, cit., p. 925.

38 Vale destacar a lição de KELSEN: “O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. [...] O que transforme este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como

existência do fato material, mas sim atribuir ou negar efeitos a esse fato.³⁹ Basta observar, nesse sentido, como muitos dos autores que sustentam a utilidade da figura da inexistência acabam por aplicar ao Direito uma lógica idêntica àquela das ciências naturais, como se a ciência jurídica resultasse de regras da natureza e não da construção intelectual humana.⁴⁰

Como se sabe, são os efeitos (isto é, as situações jurídicas subjetivas) da repercussão, na esfera jurídica, dos fatos sociais;⁴¹ parece mais adequado, assim, considerar que assiste ao direito negar *repercussão* ao fato, mas não existência. Em outros termos, embora seja possível (e, inclusive, muito comum na prática judicial) declarar a inexistência de um direito, ou de uma obrigação, contraria a lógica jurídica a declaração de inexistência de um ato de vontade, justamente por se tratar de matéria fática.

O contrassenso em um conceito “jurídico” de (in)existência já era notado pela doutrina tradicional,⁴² e a contradição sobressai ainda mais à luz da civilística contemporânea – que, ao considerar juridicamente relevantes todos os atos humanos (embora, muitos deles, não destinados à produção específica de efeitos, constituam mero exercício de liberdades asseguradas pelo direito),⁴³ não admite que o ordenamento feche os olhos

determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma” (**Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4).

39 Este descompasso levou a doutrina a fazer esclarecimentos como os de PLANIOL e RIPERT: “Il n’y a lieu de s’occuper des cas d’inexistence qu’autant que l’acte a été accompli en fait et que la preuve en est fournie; sont naturellement inexistentes les actes que personne n’a jamais faits, mais de ceux-là personne ne s’occupe, tandis qu’un acte peut exister en apparence, avoir sa preuve et être néanmoins juridiquement inexistant” (**Traité élémentaire de droit civil**. Tome 1er., cit., p. 134). Também TRABUCCHI entende que o termo inexistência “[...] si presterebbe meglio a indicare i casi in cui manchino gli elementi materiali dell’atto (quando non ci sia stato neppure un minimo di dichiarazione del soggetto: es. vendita che uno non si è mai sognato di fare: inesistenza del negozio) mentre la nullità comprende anche tutti i casi, praticamente assai più importanti, nei quali sono presenti gli elementi materiali e mancano invece gli elementi giuridici dell’atto [...]” (**Istituzioni di diritto civile**, cit., p. 160).

40 Eminentemente vozes, porém, chegam ao ponto de aplicar ao Direito lógica idêntica à das ciências naturais. V., por exemplo, Martinho GARCEZ: “Uma lei natural preside à formação dos corpos, tanto no mundo físico quanto no mundo jurídico. Os contratos são corpos jurídicos, disse Ihering. [...] 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” (**Das nulidades dos atos jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 13). Com idêntica construção, LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Volume I, cit., p. 504.

41 A respeito, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. **Situações jurídicas subjetivas**: aspectos controversos. Civilistica.com, a. 4, n. 1, 2015.

42 Reconhece, por exemplo, Caio Mário da Silva PEREIRA que “a teoria do ato inexistente é uma quebra de sistemática” (**Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 541).

43 Trata-se de pressuposto da escola civil-constitucional, conforme ensina Pietro PERLINGIERI: “O fato concreto é sempre juridicamente relevante; nem sempre, todavia, a norma lhe atribui efeitos jurídicos individualizáveis de modo específico e determinado [...] os chamados fatos ‘juridicamente irrelevantes’, na verdade, ou são fatos relevantes (como o exercício de liberdade), mas não predeterminados a ter eficácia, ou não são fatos” (**O direito civil na legalidade constitucional**, cit., p. 638-640).

a determinado negócio jurídico, como se simplesmente “não existisse”.

Na maior parte das vezes em que a doutrina faz alusão à inexistência negocial, assim, o que se pretende realmente dizer é que os efeitos do ato serão desconsiderados juridicamente.⁴⁴ A designação, porém, não parece desejável, pois remete a um juízo naturalístico muito pouco compatível com as qualificações jurídicas.

Tal crítica é agravada pelo fato de a doutrina da inexistência efetivamente aludir à necessidade de estarem presentes certos *elementos* para que o ato possa “existir”,⁴⁵ a sugerir que os atos designados como inexistentes seriam desprovidos de sujeitos, objeto ou forma, o que não corresponde à realidade – se existe a simples discussão sobre a dita existência do ato, é porque houve ação humana sobre determinado objeto e seguindo certa forma, ou, do contrário, sequer se poria o problema.⁴⁶ A noção de elementos essenciais de certo ato decorre da teoria dos *essentialia negotii*: a essencialidade, na verdade, refere-se à configuração de certo tipo negocial (note-se, uma qualificação jurídica), e não à realização fática do negócio.⁴⁷

Assim, ainda que se considere que nenhum dos efeitos a que tende o chamado ato inexistente pode ser juridicamente reconhecido, apenas se terá certeza quanto a essa rejeição quando o julgador for conclamado a declarar a não produção de tais efeitos (em prol da segurança jurídica), bem como regular eventuais expectativas juridicamente relevantes que possam ter surgido em decorrência da aparência de validade negocial, sobretudo perante terceiros.⁴⁸

44 Assim, por exemplo, leciona Salvatore PUGLIATTI que “la inesistenza del negozio va considerata dal punto di vista giuridico; essa concerne quei negozi giuridici i quali storicamente esistono, ma giuridicamente vengono considerati tamquam non essent, per una causa di natura formale, derivante cioè dall’ordinamento giuridico” (**I fatti giuridici**, cit., p. 151). O autor ainda sustenta que determinado negócio apenas se pode considerar inexistente em relação à norma que o disciplina (*Ibid.*, p. 156).

45 Cf., ilustrativamente, VELOSO, Zeno. “Nulidade e inexistência”. In: CASSETTARI, Christiano. **10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 198.

46 Alguns autores, nesse sentido, costumam indicar que seriam inexistentes os atos que socialmente não seriam capazes de apresentar sequer uma aparência social de atos jurídicos: “la disciplina della nullità pressupone che l’atto sia riconoscibile almeno sul terreno fenomenico, mentre l’inesistenza esclude la configurabilità del negozio anche sul piano sociale” (PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**, cit., p. 562). O autor cita como exemplos de atos inexistentes, nessa perspectiva, o testamento encenado por um ator no palco ou o contrato que o professor simula celebrar com o aluno como exemplo didático (o.i.u.c.). No mesmo sentido, Alberto TRABUCCHI (**Istituzioni di diritto civile**, cit., p. 160) reserva a inexistência para atos que não tiveram nenhuma realização material.

47 Assim, por exemplo, Emilio BETTI definia o negócio inexistente como o “simulacro de negócio que se pensa ter realizado”, ao qual “não se ligam efeitos jurídicos de tal qualidade que possam referir-se ao tipo em questão” (**Teoria geral do negócio jurídico**, cit., p. 663).

48 Tal afirmativa era admitida até mesmo por ZACHARIAE a respeito do casamento que reputava inexistente: “Pode

Muito embora o juízo quanto à validade do negócio jurídico (e, mais ainda, quanto à sua existência, para a doutrina que reconhece tal plano de análise) diga respeito ao momento da celebração do ato, e conquanto se afirme que o ato inválido não é apto a produzir efeitos, tal julgamento se faz, necessariamente, após a celebração, quando o intérprete é provocado a se pronunciar sobre o negócio concreto. Desse modo, o simples fato da realização material do negócio provoca, na grande maioria das vezes, alguma repercussão jurídica, já que dificilmente não surgirá alguma situação jurídica no interregno até o julgamento da validade do ato.⁴⁹

Por tal razão, embora não seja incorreto associar os negócios jurídicos ditos inexistentes e, ainda, os negócios nulos à inadmissibilidade de todos ou de alguns dos efeitos aos quais eles tendiam, a diferença prática em relação a um negócio meramente anulável não é tão significativa: em qualquer caso, exigir-se-á da ordem jurídica que resolva o problema dos efeitos já produzidos (ou, caso se prefira, da *aparência* de efeitos,⁵⁰ expressão que normalmente se usa apenas para justificar por que os mesmos não serão, depois, reconhecidos⁵¹).

Eis o grande risco provocado pela noção de inexistência: a afirmativa de que certo negócio simplesmente não existiu parece implicar que nenhuma providência a respeito dele precisa ser tomada, uma vez que o ato reputado como “não acontecido” não poderia, em tese, ter produzido qualquer eficácia a ser desconstituída.⁵² Neste ponto, seria preferível

acontecer, é verdade, em certos casos, ainda que as condições essenciais de um casamento não existam, que seja necessário intentar uma ação; e é isso que acontece notadamente quando o fato de um casamento contratado existe em aparência” (**Droit civil français**. Volume I, cit., p. 166). “Il peut, il est vrai, en certain cas, quoique les conditions essentielles d’un mariage n’existent pas, être nécessaire d’intenter une action; et c’est ce qui a lieu notamment lorsque le fait d’un mariage contracté existe en apparence”.

49 Neste sentido, reconhecia René JAPIOT que, em alguns casos de nulidade, “os efeitos do ato se produzem e duram até que uma ação venha fazê-los desaparecer”. Para o autor, a nulidade, “se está oculta, não tem consequências” enquanto não for impugnada em juízo (**Des nullités en matière d’actes juridiques**, cit., p. 130).

50 Aduz Orlando GOMES que a inexistência “é uma aparência de ato. Essa aparência precisa ser desfeita, o que se há de verificar, necessariamente, mediante pronunciamento judicial, a despeito da opinião contrária dos partidários da teoria. O negócio inexistente equivalerá, portanto, ao negócio nulo, ainda sob esse aspecto prático” (**Introdução ao direito civil**, cit., p. 422).

51 Em sentido contrário ao referido na nota anterior, Caio Mário da Silva PEREIRA afirma: “Costuma-se objetar que o ato inexistente não deixa de ser uma aparência de ato, que há mister seja desfeita, e, para tanto, requer-se um decreto judicial, o que (concluem) induz equivalência entre a nulidade e a inexistência. Não nos parece, porém, assim. Teoricamente, há uma diferenciação positiva entre a inexistência e a nulidade. E na prática os efeitos diferem. [...] O ato inexistente não pode produzir qualquer efeito, independentemente de um pronunciamento da inexistência. Um contrato de compra e venda de um imóvel de valor superior à taxa legal é nulo se não revestir a forma pública (Código Civil, art. 108), mas o juiz terá de proferir um decreto de nulidade. Faltando, porém, a própria realização do contrato, o juiz poderá, pura e simplesmente, isentar o pseudocomprador de uma prestação” (**Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 544).

52 Tornou-se difundida na doutrina francesa a frase “on n’annule pas le néant”, literalmente, “não se anula o nada”.

(conquanto igualmente incorreto) considerar que o ato não tem natureza negocial (por lhe faltarem os supostos elementos essenciais), mas existe, do que postular sua inexistência.⁵³

3. ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DA MATÉRIA NA TEORIA GERAL DAS INVALIDADES DO NEGÓCIO JURÍDICO

Se tais considerações são verdadeiras, a noção de inexistência, de cunho muito mais ontológico que deontológico, somente pode ser concebida (caso se pretenda considerá-la uma qualificação jurídica) se for entendida como uma espécie de invalidade do negócio, vale dizer, uma justificativa para a inaptidão do ato a produzir efeitos. Não se verifica, nessa perspectiva, qualquer escalonamento procedimental entre os chamados planos da validade e da existência, identificando-se, em vez disso, tão somente a recusa do ordenamento a esse reconhecimento de efeitos, tanto na inexistência quanto na invalidade.

Essa recusa pode se apresentar mais ou menos drástica em face dos efeitos aos quais tende o negócio (muito embora não se vislumbre necessariamente um grau de reprovação maior quanto à eficácia dos atos ditos inexistentes em relação à reprovação dirigida aos atos nulos),⁵⁴ e ainda pode se configurar a partir de requisitos mais ou menos rígidos, conforme se trate de uma hipótese da chamada inexistência, ou de nulidade ou anulabilidade, mas sempre se estará diante de uma invalidade negocial.⁵⁵

A cautela, aliás, com que se acaba de afirmar que os requisitos da inexistência poderiam ser menos rígidos do que aqueles que caracteri-

A respeito, criticava JAPIOT: "l'acte a pu être exécuté; peu importe, il est inexistant, la justice n'en veut point entendre parler [...]; on ne prend pas garde qu'ainsi se trouve consolidé un état de fait contraire au but de la loi: on s'est élevé trop haut dans l'abstraction pour avoir égard aux faits" (**Des nullités en matière d'actes juridiques**, cit., p. 131).

53 Esta solução parece ser proposta por Antonio Junqueira de AZEVEDO: "Se, no plano da existência, faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico; poderá haver um ato jurídico em sentido restrito ou um fato jurídico, e é a isso que se chama 'negócio inexistente'" (**Negócio jurídico**, cit., p. 63).

54 No entanto, a noção de que a inexistência corresponderia a um grau mais elevado de reprovação dos efeitos do ato pela ordem jurídica é aludida por vários autores. Na doutrina brasileira, por exemplo, Zeno VELOSO a considera "o grau máximo da eficácia" (**Invalidade do negócio jurídico**, cit., p. 135). No direito francês, destaca Jean CARBONNIER: "La sanction générique est l'inefficacité. On peut rationnellement en distinguer trois degrés dans un descrecendo d'énergie: inexistence, nullité absolue, nullité relative, et répartir entre eux les différents cas" (**Droit civil**. Tome 2. Paris: PUF, 2004, p. 2.095).

55 Contra, v. Antônio Junqueira de AZEVEDO: "Não é lógico que se continue a colocar, ao lado do nulo e do anulável, o negócio dito inexistente, como se se tratasse de um *tertium genus* de invalidade. Não há uma gradação de invalidade entre o ato inexistente, o nulo e o anulável" (**Negócio jurídico**, cit., p. 63).

zam a nulidade, como se se tratasse de um *tertium genus* de invalidade, talvez nem seja necessária. A rigor, todos os exemplos supracitados de atos reputados inexistentes podem ser inseridos em causas de nulidade negocial, quase sempre recaindo na ilicitude do objeto ou na violação da forma prescrita.⁵⁶

Desse modo, não seria impreciso afirmar, à luz desses exemplos, que os supostos atos inexistentes, na verdade, nada mais são que atos nulos.⁵⁷ Ilustrativamente, o contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva é nulo por versar sobre objeto vedado por lei;⁵⁸ o testamento gravado em vídeo é nulo por não seguir as formas que legalmente admitidas;⁵⁹ e assim por diante.

No que tange aos negócios sob reserva mental, autorizada doutrina os classifica como casos de simulação⁶⁰ – e até o testamento sob reserva mental, que se costuma considerar inexistente, é reputado nulo por alguns autores.⁶¹ E mesmo o negócio celebrado sob *vis absoluta*,⁶²

56 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: “Se, doutrinariamente, é admissível a distinção entre inexistência e nulidade, praticamente não teria utilidade. 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.).

57 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**. Volume II, cit., p. 929).

58 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III, cit., p. 31.

59 Nesse sentido: GOMES, Orlando. **Sucessões**, cit., p. 41.

60 Assim, por exemplo, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 421; VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**, cit., p. 94. No mesmo sentido, na doutrina portuguesa, cf. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. Volume II, cit., p. 822, que entende que a reserva mental conhecia pelo declaratório, ainda que nem sempre configure simulação, enseja a nulidade do negócio.

61 A classificação decorre de entendimento, bastante difundido, de que no testamento prevalece, ainda hoje, a teoria da vontade sobre a teoria da declaração; por tal razão, a disposição do art. 110 do Código Civil, segundo o qual “a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”, dirigir-se-ia apenas a declarações de vontade receptícias, mas não às disposições testamentárias, que subsistiriam independentemente do conhecimento da reserva mental por qualquer outra pessoa (nesse sentido, cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**, cit., p. 804-805; NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**, cit., p. 251). Ainda que se considere procedente tal princípio interpretativo dos testamentos, contudo, não se verifica qualquer razão para afirmar que a reserva mental não corresponda a hipótese de nulidade do ato. De fato, tal entendimento já podia ser encontrado na doutrina clássica italiana, afirmando, por exemplo, Francesco FERRARA que a reserva mental nos negócios *mortis causa* é relevante, mas enseja a nulidade do ato (**A simulação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Red Livros, 2014, p. 75). Esta *ratio* também parece ter sido adotada pelo codificador português, que, ao tratar de uma das hipóteses mais frequentes de reserva mental testamentária, dispôs no art. 2.200: “É anulável a disposição feita aparentemente a favor de pessoa designada no testamento, mas que, na realidade, e por acordo com essa pessoa, vise a beneficiar outra”.

62 A distinção tradicional entre *vis absoluta* e *vis compulsiva* pode ser encontrada, dentre outros, na lição de Francisco AMARAL: “O sistema do Código Civil abrange: a) violência física absoluta, que impede a formação do ato jurídico, por falta de consentimento; b) a coação física que constrange o agente a dar uma declaração contrária à sua vanta-

objeto de tradicional lição que o associa à inexistência negocial, pode ser considerado nulo,⁶³ tendo em vista que as circunstâncias da manifestação volitiva são vedadas por lei (inclusive no âmbito penal), a atrair, senão a incapacidade absoluta temporária do agente,⁶⁴ ao menos a contrariedade à lei como causa de nulidade virtual.⁶⁵

Realmente, as diferenças entre inexistência e invalidade não são claras, mas não parece existir, no plano funcional, diversidade de propósitos entre as duas categorias: ambas tratam da regulação da eficácia negocial a partir de um juízo de valor realizado sobre o ato ou, mais propriamente, sobre seus efeitos.⁶⁶

Talvez o melhor indício dessa paridade de funções consista na afirmativa, muito recorrente em matéria de nulidade negocial, de que os atos nulos não produziram efeitos, *como se jamais houvessem existido*.⁶⁷ Nesse caso, a referência à existência do ato se mostra menos arriscada para o adequado controle valorativo de seus efeitos do que aquela promovida pelo plano da existência propriamente dito, porque, na teoria da invali-

de; c) a coação moral que, inculcando no espírito do paciente fundado temor de grave dano, leva-o a manifestar um consentimento não querido” (**Direito civil**: introdução, cit., p. 543).

63 Sustenta, por exemplo, Orlando GOMES: “Só a violência moral vicia o consentimento. A violência física ou material (*vis absoluta*) exclui a vontade. Nesse caso, o ato não será simplesmente anulável, mas nulo” (**Introdução ao direito civil**, cit., p. 379). No mesmo sentido, Silvio RODRIGUES: “Se se tratar de *vis absoluta*, o ato jurídico é nulo, por faltar um elemento substancial, isto é, o consentimento; se, ao contrário, caracterizar-se a hipótese de *vis compulsiva*, o ato é meramente anulável” (**Direito civil**. Volume I, cit., p. 201). Com idêntico entendimento, cf. também PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 445. Já Francisco AMARAL afirma que o negócio celebrado sob coação absoluta é “inexistente ou nulo” (**Direito civil**: introdução, cit., p. 544).

64 Proposta aludida por Orlando GOMES: “Diz-se, por exemplo, que não há vontade quando uma pessoa age num acesso de loucura (Capitant), mas, nesse caso, o ato poderia ser declarado nulo por incapacidade absoluta do agente” (**Introdução ao direito civil**, cit., p. 422). Tal solução resta prejudicada com a reforma do Código Civil promovida pela Lei n. 13.146/2015, que retirou do rol de causas de incapacidade absoluta a impossibilidade temporária de exprimir vontade, inserindo-a dentre as hipóteses de incapacidade relativa – mudança quanto à qual ainda não se pode saber qual será a reação da doutrina e da jurisprudência.

65 Com idêntica argumentação, v. TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**, cit., p. 160.

66 Isso acontece, na verdade, porque o crescimento da teoria da inexistência acabou absorvendo casos que já eram anteriormente tratados como nulidades. O processo, observado na doutrina francesa por JAPIOT, começou pela previsão de causas de inexistência “das quais a necessidade parecia evidente do ponto de vista do bom senso”, mas logo evoluiu para hipóteses que começaram a se impor ao legislador (particularmente ligadas ao objeto ou à causa da obrigação), as chamadas inexistências racionais, até o ponto em que se passou a cogitar de inexistências legais a partir de disposições normativas que, de outra forma, seriam consideradas causas de nulidade absoluta (**Des nullités en matière d’actes juridiques**, cit., p. 124-125).

67 Afirma-o, por exemplo, RUGGIERO: “A nulidade do ato é a mais grave imperfeição, não lhe permitindo que produza qualquer dos seus efeitos próprios; o negócio jurídico é, pelo ordenamento, considerado como se não se tivesse feito e se alguns efeitos dele resultaram, estes não são efeitos do negócio, como tal, mas consequência dos fatos aos quais foi dada existência ao concluir o ato nulo” (**Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 390). PONTES DE MIRANDA criticava os autores que confundiam as noções de nulidade e inexistência, afirmando que tal confusão acaba redundando, justamente, na supressão da categoria do nulo, que passa a ser considerada sinônimo de ausência de elementos componentes, o que o autor considera um erro de lógica (**Tratado de direito privado**. Volume IV, cit., p. 75).

dade, sabe-se de antemão que o intérprete deverá solucionar o problema colocado pelos efeitos produzidos pelo ato (ainda que a solução já se encontre, em princípio, prevista na lei, conforme se trate de ato nulo ou anulável), decidindo por sua manutenção ou desconstituição.⁶⁸

Por outro lado, também do ponto de vista estrutural, não se vislumbra diferença entre inexistência e invalidade que justifique o tratamento autônomo da primeira categoria.⁶⁹ Afirma-se, por exemplo, que, no caso dos atos inexistentes, seria sempre possível pretender judicialmente seu desfazimento, já que, diversamente dos atos nulos, não convalesceriam com o decurso do tempo nem permitiram confirmação pelas partes.⁷⁰ Tal alegação, contudo, não apenas comprova que os ditos atos inexistentes podem produzir, de fato, efeitos (sobre os quais a ordem jurídica precisará se pronunciar eventualmente) como também contraria a própria teoria tradicional das nulidades,⁷¹ segundo a qual, como se verá mais adiante, também estas não prescreveriam e não admitiriam ratificação.

68 Alguns autores, por outro lado, mesmo sustentando a diferença entre atos inexistentes e nulos, ressaltam que também no caso dos atos inexistentes sempre seria necessário o reconhecimento judicial do vício. Assim, por exemplo, Luiz Paulo Vieira de CARVALHO: "A inexistência do testamento em sentido jurídico, embora se configure como um nada no campo do direito, deverá [...] ser declarada judicialmente, seja mediante ação própria, que, *in casu*, é a ação declaratória da inexistência do negócio, seja *ex officio* em qualquer processo ou procedimento sucessório, caso o magistrado a encontre aprovada, sob pena de o testamento continuar a produzir seus aparentes efeitos" (**Direito das sucessões**, cit., p. 802).

69 O mesmo se afirma na doutrina francesa, inclusive a respeito do casamento, exemplo que justificou a própria noção de inexistência. Nesse sentido, por exemplo, Jean CARBONNIER explica que, no caso do casamento celebrado sem a presença da autoridade competente, o caso seria, tradicionalmente, considerado como ato inexistente. No entanto, a jurisprudência o tem considerado "[...] comme simplement nul, non comme inexistant (ce qui lui permet d'appliquer, après l'annulation, le bénéfice du mariage putatif)" (**Droit civil**. Tome 1, cit., p. 1.199).

70 Na doutrina francesa, analisava criticamente JAPIOT que se popularizaram expressões como "não se pode confirmar o nada" ("on ne peut pas confirmer le néant") ou, ainda, "cura-se um doente, mas não um morto" ("on guérit un malade, on ne guérit pas un mort"), para fazer referência ao negócio inexistente. No que tange à prescrição, como relata o autor, também não se admite, em geral, a convalidação com o tempo do ato inexistente, já que não poderia a inação validar o que é desprovido de existência: "não há geração espontânea" ("pas de génération spontanée") (**Des nullités en matière d'actes juridiques**, cit., p. 135). Assim também na doutrina brasileira: "o negócio jurídico inexistente, por não ingressar no mundo do direito, pode ser impugnado (rectius: ter reconhecida a sua inexistência) a qualquer tempo, não lhe sendo oponíveis a convalidação ou o esgotamento do prazo prescricional, que poderiam ser invocados em face do negócio jurídico inválido" (TEPEDINO, Gustavo. "Aquisição a non domino e os efeitos do tempo na cadeia de aquisição imobiliária". **Soluções práticas de direito**. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 581). Tal posicionamento a respeito dos negócios inexistentes, segundo alguns autores, seria sustentado mesmo por aqueles que admitissem a possibilidade excepcional de convalidação dos negócios nulos. A respeito, v. RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Volume I, cit., p. 291; LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Volume I, cit., p. 505. A questão torna-se ainda mais clara em matéria de disposições de última vontade, para cuja nulidade o próprio Código Civil prevê prazo de alegação (art. 1.859), os quais a doutrina afirma, no entanto, não se estenderem aos testamentos inexistentes (v. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**, cit., p. 802).

71 Nesse sentido, relata JAPIOT que, se a teoria das formas de ineficácia negocial iniciou-se na doutrina francesa comportando diversas categorias, com gradações de ineficácia, com o crescimento da teoria da inexistência tais categorias foram reduzidas pouco a pouco ("suppression progressive des intermédiaires"), até que, em certo momento, apenas se cogitava de duas "etiquetas", nos termos usados pelo autor: a nulidade relativa (associável à anulabilidade no direito brasileiro) e a inexistência (**Des nullités en matière d'actes juridiques**, cit., p. 124-136).

Por outro lado, os mesmos motivos pelos quais parte da doutrina sustenta a flexibilização da imprescritibilidade das nulidades permitiriam superar a aplicação dessa característica à inexistência, de modo que não parece se justificar, em um sentido ou no outro, a diferença de regime jurídico. Particularmente no caso do casamento putativo, sustenta-se ainda que uma diferença estaria no fato de a boa-fé dos cônjuges aparentes não permitir a manutenção dos efeitos do ato em benefício dos filhos caso o casamento se repute inexistente, diversamente de outros casos de nulidade ou anulabilidade.⁷² Como, porém, a lei não prevê hipóteses de inexistência e todas aquelas aludidas pela doutrina constituem, à luz do Código Civil, causas de nulidade, a distinção torna-se de difícil sustentação.

4. CONSIDERAÇÃO FINAL

Em síntese, o conceito de inexistência, para alguns autores verdadeira ficção jurídica,⁷³ desenvolveu-se à sombra da teoria das nulidades,⁷⁴ via de regra como forma mais flexível⁷⁵ de justificar a ineficácia de certos atos que, embora plenamente válidos à luz dos requisitos legais, ainda

72 Segundo Eduardo ESPÍNOLA, partindo ainda da inadmissibilidade dos casamentos homoafetivos, “na verdade, naqueles casos em que se não pode falar em casamento existente, porque houve falta absoluta de consentimento, ou manifestamente idêntico era o sexo dos pseudos [sic] nubentes, ou ainda não houve celebração ou absolutamente incompetente era o celebrante, a boa-fé dos cônjuges, ou de um deles, não tem a virtude de determinar, em benefício deles ou dos filhos, os efeitos resultantes do matrimônio” (**Manual do Código Civil brasileiro**. Volume III, parte IV, cit., p. 175).

73 Relata Caio Mário da Silva PEREIRA: “[...] 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, e a inexistência é a sua negação” (**Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 542). Parte da doutrina, porém, rejeita o termo “inexistência” apenas para conferir idêntico conceito à noção de nulidade. Exemplificativamente, Martinho GARCEZ: “Nós não temos necessidade de recorrer à categoria de atos inexistentes [...] porque temos a expressão nulos de pleno direito, que traduz em nosso direito o mesmo que a palavra inexistente no direito francês” (**Das nulidades dos atos jurídicos**, cit., p. 14). No mesmo sentido, ESPÍNOLA, Eduardo. **Manual do Código Civil brasileiro**. Volume III, parte IV, cit., p. 146.

74 Reconhece 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”; o autor, no entanto, acaba concluindo que “a distinção é real, porque 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., p. 258-259).

75 A vantagem dessa flexibilidade é registrada por PLANIOL e RIPERT: “La théorie a été présentée pour la première fois par Zachariae; elle a été depuis lors acceptée par tous les auteurs, heureux de trouver en elle un moyen de sortir d’embarras et d’annuler des mariages sans texte” (**Traité élémentaire de droit civil**. Tome 1er, cit., p. 134). Com efeito, a teoria dos atos inexistentes não depende 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 (v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 544).

assim contrariavam algum valor juridicamente relevante – de tal modo que a doutrina e, a seu turno, a jurisprudência optaram por buscar outra fundamentação para a sua não produção de efeitos.

Diante de uma teoria das nulidades formalista, foi preciso buscar na noção de inexistência o fundamento para negar eficácia a atos negativamente apreciados pelo pensamento jurídico da época.⁷⁶ Este parece ser o momento, porém, de repensar tal escolha, na medida em que uma leitura funcional da teoria das nulidades responde de forma muito mais vantajosa às necessidades valorativas do intérprete, em lugar de uma figura que, além de remeter muito mais a um juízo naturalístico do que jurídico, foi originalmente concebida apenas para a superação da textualidade das nulidades em setor muito específico do direito civil.⁷⁷

Com efeito, não se admite, particularmente na perspectiva civil-constitucional, que a ordem jurídica feche os olhos a qualquer ato humano ou se abstenha de disciplinar as repercussões que ele pode ter provocado mesmo antes que tenha havido tempo de se emitir qualquer juízo sobre sua validade. Por tais razões, a inexistência resulta em categoria artificial, que pouco contribui à dogmática civilista, tendo em vista que, seja do ponto de vista funcional, seja em seu perfil estrutural, não é possível verificar distinção clara entre ela e a invalidade. ❖

76 Em certa perspectiva, aliás, chega a ser contraditório que, para se evitar o recurso a uma espécie de nulidade porque ela não era textual, tenha-se recorrido a uma categoria totalmente nova e que sequer era prevista na lei.

77 Nesse sentido parece postar-se Silvio RODRIGUES, ao afirmar que a inexistência poderia ser considerada inexata, inútil e inconveniente: “Seria inexata porque, no mais das vezes, o ato malsinado cria uma aparência que para ser destruída implica recurso judicial. [...] Seria inútil porque a noção de nulidade absoluta a substitui vantajosamente. Se falta a um ato um elemento substancial, ele deve ser proclamado nulo e de tal declaração decorre sua total ineficácia, gerando apenas aqueles efeitos porventura permitidos por lei. [...] Finalmente, seria inconveniente porque, a ser verdade que se pode prescindir de ação judicial para declarar a inexistência, estar-se-á privando as partes, interessadas no ato, das garantias de defesa que o processo oferece e dos eventuais efeitos por vezes atribuídos pela lei, mesmo na hipótese de nulidade” (**Direito civil**. Volume I, cit., p. 291-292).