

# O NEGÓCIO JURÍDICO INEXISTENTE NO DIREITO BRASILEIRO: ESBOÇO DE UMA DESCONSTRUÇÃO CRÍTICA

Eduardo Nunes de Souza\*

Resumo: Este artigo busca abordar criticamente a noção de atos jurídicos inexistentes à luz do direito brasileiro, a partir da comparação dessa categoria com as invalidades do negócio jurídico, em perspectiva funcional. O estudo apresenta o desenvolvimento da chamada inexistência na doutrina brasileira e propõe, ao final, sua inserção no âmbito da invalidade dos negócios jurídicos.

Palavras-Chave: Negócio jurídico; existência; validade; eficácia; análise funcional.

## THE NON-EXISTENT LEGAL ACT IN BRAZILIAN PRIVATE LAW: SKETCH OF A CRITICAL DECONSTRUCTION

Abstract: This article seeks to approach the notion of inexistent legal acts in Brazilian law, departing from the comparison of that category in relation to legal acts' invalidity, in a functional perspective. This study presents the development of the so-called inexistence in the Brazilian private law doctrine and proposes, in the end, its insertion in the field of legal acts' invalidity.

Keywords: Private legal acts; existence; validity; efficacy; functional analysis.

---

\* Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor e mestre em direito civil pela UERJ.

Sumário: 1. Introdução; 2. O chamado plano da existência na doutrina brasileira tradicional; 3. A figura dos atos inexistentes e suas contradições; 4. Recondução dos atos inexistentes à categoria dos atos nulos; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO



história recente do direito civil brasileiro tem assistido à difusão de construção dogmática de inegável interesse didático acerca da teoria geral do negócio jurídico. Trata-se dos chamados *planos de análise* do ato negocial, matéria em que usualmente se faz referência a Pontes de Miranda – autor a cujo gênio atribui-se a popularização desta e de tantas outras formulações indissociáveis da história do direito brasileiro.<sup>1</sup> De acordo com essa teoria, tributária de algumas raízes romanas e, sobretudo, dos primeiros comentários oitocentistas à codificação francesa, os negócios deveriam primeiramente ter averiguada sua *existência* (vale dizer, a apresentação de seus elementos constitutivos essenciais) para que, apenas em seguida, fosse possível analisar sua *validade* (aptidão para a produção de efeitos pelo

---

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

preenchimento de requisitos que qualificam tais elementos) e, posteriormente, sua *eficácia* (ausência de óbices externos para a concreta produção de efeitos).<sup>2</sup>

A prática jurisprudencial e as opções legislativas, contudo, distanciaram-se pouco a pouco de muitas das soluções propostas pela teoria geral da invalidade do negócio jurídico – no que foram seguidas (e, por vezes, precedidas) pela própria doutrina. Com efeito, embora atraentes por seu caráter eminentemente prático, os degraus da escala ponteana, cartesianos em sua precisão,<sup>3</sup> parecem não explicar um sem-número de situações nas quais se mostra razoável sustentar a eficácia (plena ou parcial) ou a ineficácia do negócio jurídico ao arrepio de maiores considerações quanto à sua existência ou validade.<sup>4</sup> Ao longo do

---

<sup>2</sup> Assim define PONTES DE MIRANDA: “Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não há de se afirmar nem de se negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, não há nada que possa ser válido ou inválido. [...] Os fatos jurídicos, inclusive os atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes” (*Tratado de direito privado*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 6-7).

<sup>3</sup> A demonstrar o apreço da doutrina por tal facilidade didática, Antônio Junqueira de AZEVEDO: “o aparentemente insolúvel problema das nulidades está colocado de pernas para o ar. É preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isto, a inexistência, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas” (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25).

<sup>4</sup> Submergiu-se, desse modo, pouco a pouco, em um verdadeiro oceano de exceções à regra, de soluções *ad hoc* propostas pelo legislador, pela doutrina ou pelo juiz à luz de determinadas *fattispecie*, ao argumento de que uma disciplina diversa violaria a lógica jurídica ou os próprios valores do ordenamento. A respeito do crescimento em importância das exceções à teoria clássica das invalidades, imprescindível remeter à lição de Pietro PERLINGIERI: “É indicativa a radical mudança de postura realizada nos últimos anos em relação às patologias negociais. Da contraposição nítida entres as figuras de nulidade e anulabilidade passou-se, pouco a pouco, a atribuir importância às exceções: assim, a nulidade não é apenas absoluta, mas relativa; não é apenas total, mas parcial; determinam-se, além disso, razões para derrogar a disciplina da anulabilidade” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco.

tempo, doutrina e jurisprudência passaram a engendrar uma série de construções e um extenso rol de exceções para superar as dificuldades práticas da teoria das invalidades negociais. Com isso, já se afirmou que, se houvesse uma única matéria cuja disciplina pudesse pôr em xeque o caráter sistemático do direito civil, essa matéria seria, provavelmente, a teoria das invalidades negociais.<sup>5</sup>

Uma das prováveis causas desse descompasso consiste na aparente impermeabilidade da teoria dos planos negociais (e, particularmente, da figura da invalidade negocial) à análise funcional dos institutos jurídicos, pressuposto metodológico do projeto de reunificação e reconstrução do sistema do direito civil à luz da tábua axiológica constitucional.<sup>6</sup> Analisar qualquer

---

Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 373-374).

<sup>5</sup> Sobre as dificuldades de sistematização da matéria, v. Caio Mário da Silva PEREIRA: “Construída a chamada ‘teoria das nulidades’, que é a sistematização dos princípios que presidem a matéria da invalidade do negócio jurídico, com o tempo foram aparecendo diversidades de entendimento e de aplicação, que lhe desfiguraram a aparência de organismo uno. [...] apura-se a ausência de uniformidade nos conceitos e nas classificações, tanto de um para outro sistema, quanto dentro de um mesmo direito. [...] As regras gerais que estruturam a teoria da ineficácia do negócio jurídico, não só pelo caráter genérico de sua normação, como ainda por se situarem na Parte Geral do Código Civil, devendo, naturalmente, projetar-se por todas as províncias jus-civilísticas, teriam de compor um sistema de princípios sempre certos. No entanto, isto não ocorre. Ao contrário, vigora largo ilogismo na aplicação, bastando recordar que em matéria de casamento são tantas as exceções consagradas que quase diríamos haver uma teoria especial de nulidade neste terreno” (*Instituições de direito civil*. Volume I. Rio de Janeiro: GEN, 2014, pp. 540-541). Observa, ainda, Francisco AMARAL que a construção teórica da invalidade negocial “ressente-se hoje da impossibilidade de uma perfeita sistematização, capaz de fixar a matéria em algumas regras gerais que proporcionem ao intérprete segura orientação, dada a multiplicidade de normas limitadoras da autonomia privada, o que dificulta a fixação de princípios comuns” (*Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 510).

<sup>6</sup> A necessidade de uma análise funcional do direito civil é enfatizada em página clássica de Pietro PERLINGIERI: “Para evitar os perigos de um estruturalismo árido, de maneira a subtrair-se ao fascínio de doutos questionamentos sobre o consentimento, sobre a troca sem diálogo e sem acordo, é necessário deslocar a atenção para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia negocial, para o seu merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico. Isto representa o sinal de uma forte mutação no enfoque hermenêutico e qualificador do ato e, sobretudo, de um modo mais moderno de considerar a relação entre lei e a autonomia negocial, configurada

categoria jurídica pelo prisma de sua função significa levar em consideração seu aspecto dinâmico, consubstanciado nos efeitos jurídicos dela decorrentes e nos valores e interesses que justificam seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico.<sup>7</sup> Contraditoriamente, a matéria que tem ao menos um terço de sua teoria construída em torno da “eficácia” do ato negocial (portanto, em tese, de seu perfil dinâmico) parece não ter recebido ainda, por parte da doutrina, uma análise funcional mais detida.<sup>8</sup>

A incompreensão da teoria das invalidades negociais por um prisma funcional (vale dizer, por uma perspectiva mais atenta aos valores tutelados pelo sistema legislado de invalidades e aos efeitos jurídicos decorrentes do vício negocial do que a rígidos modelos legais)<sup>9</sup> parece justificar a sobrevivência da figura da inexistência do negócio jurídico ainda na doutrina brasileira contemporânea. Como se verá, a categoria da inexistência surgiu historicamente como resposta a uma sistemática legal das nulidades então reputada como excessivamente rígida, de modo a possibilitar a produção das mesmas consequências jurídicas que a invalidade negocial, sem a necessidade de se observar um princípio de legalidade estrita. O cenário contemporâneo, nesse sentido, parece ser oportuno para se superar tal tradição, que pode ser substituída, com vantagem, por um sistema de

---

unitariamente” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 358-359).

<sup>7</sup> Leciona Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO FILHO: “o intérprete que se vê diante de uma situação jurídica qualquer, deve perquirir, para além de seus elementos constitutivos (o que ela é), a sua razão teleologicamente justificadora: para que serve? Ou seja, os institutos jurídicos, partes integrantes da vida de relação, passam a ser estudados não apenas em seus perfis estruturais (sua constituição e seus elementos essenciais), como também – e principalmente – em seus perfis funcionais (sua finalidade, seus objetivos)” (Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 17).

<sup>8</sup> Para o aprofundamento dessa análise, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

<sup>9</sup> A propósito, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

invalidades negociais coerente com as escolhas legislativas e devidamente interpretado à luz dos valores do ordenamento. É o que se busca demonstrar a seguir.

## 2. O CHAMADO PLANO DA EXISTÊNCIA NA DOCTRINA BRASILEIRA TRADICIONAL

O primeiro dos chamados planos de análise do negócio jurídico, à luz da abordagem escalonada 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 apresente seus elementos mínimos de existência (ditos também *pressupostos* por alguns autores),<sup>10</sup> não caberia indagar acerca de sua validade, muito menos de sua eficácia, pois tais atos seriam reputados simplesmente não realizados pela ordem jurídica.<sup>11</sup> A lógica interna da teoria é inexpugnável: se o negócio sequer chegou 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

---

<sup>10</sup> 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 civil*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, pp. 432-438), embora o autor denomine “pressuposto” aquilo que se costuma designar, na doutrina brasileira, como requisito de validade.

<sup>11</sup> 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: “O ato que não reúne os elementos de fato que supõe a sua natureza ou o seu objeto, e na ausência dos quais é logicamente impossível conceber sua existência, deve ser considerado não apenas como nulo, mas como nunca ocorrido. O mesmo vale para o ato que não tenha sido acompanhado das condições e solenidades indispensáveis à sua existência, segundo a letra ou o espírito do direito positivo” (*Cours de droit civil*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1869, p. 119. Tradução livre).

invalidades negociais: para o direito, tudo acontece como se o negócio nunca houvesse sido celebrado.

Considera-se que o grande fator da noção jurídica de inexistência<sup>12</sup> foi o jurista alemão Karl Zachariae von Lingenthal,<sup>13</sup> professor da Universidade de Heidelberg cuja obra influenciou fortemente a doutrina francesa do século 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. Zachariae 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*. Um deles seria traduzido por Aubry e Rau<sup>14</sup> – 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,

---

<sup>12</sup> Como ocorre, de resto, com todas as outras criações intelectuais, sua atribuição a um único autor é raramente pacífica. Em estudo comparatista, Jan Peter SCHMIDT anota que acenos à figura da inexistência já podiam ser encontrados, por exemplo, na obra de Bernard WINDSCHEID, embora confundida com a noção de nulidade (Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã, cit., *passim*).

<sup>13</sup> Veja-se a célebre lição que atribuiria a ZACHARIAE a noção de inexistência: “É da maior importância, não apenas do ponto de vista puramente teórico mas também sob o aspecto prático, distinguir as condições essenciais do casamento das condições de validade do casamento. As primeiras concernem uma questão de fato, a questão de saber se o fato que as leis qualificam como casamento aconteceu ou não aconteceu; as segundas concernem uma questão de direito, a questão de saber se o casamento, constando de fato, deve ser considerado como válido de direito: questão que não pode ser apresentada senão quando já se suponha a existência do casamento e, por consequência, a existência das condições essenciais de um casamento. Se as condições de validade do casamento faltam, esse casamento deve, no entanto, ser considerado como válido provisoriamente e até que a nulidade seja declarada pelo juiz na ação de nulidade dirigida contra o casamento. Se, ao contrário, uma única das condições essenciais vem a faltar, não há qualquer casamento, e não é em nada necessário recorrer a uma ação de nulidade” (*Le droit civil français*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: Auguste Durand, 1854, p. 166. Tradução livre).

<sup>14</sup> ZACHARIAE, K. S. *Cours de droit civil français*. Tome 1<sup>er</sup>. Bruxelles: Meline, Cans et Comp., 1850.

particularmente impulsionada pela obra de Demolombe,<sup>15</sup> e se consolidaria como uma relevante hipótese de ineficácia do ato jurídico.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup> 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 ditas virtuais de nulidade, mas apenas as chamadas nulidades textuais (expressamente cominadas por lei). O entendimento seria posteriormente superado doutrinariamente,<sup>18</sup> embora grande parte da doutrina o sustente até hoje no direito brasileiro.<sup>19</sup> À época, no

---

<sup>15</sup> Conforme relatava René JAPIOT já no início do século XX, nos trabalhos dos primeiros comentadores do *Code* não constava a expressão “inexistência”, salvo como “simples figura de retórica que servia a traduzir em uma linguagem alegórica tudo que havia de rigoroso e de radical em certas ineficácias. É praticamente apenas com Demolombe que ela toma consistência [...]. E desde este momento a inexistência se tornou uma concepção que possui um valor verdadeiro” (*Des nullités en matière d’actes juridiques: essai d’une théorie nouvelle*. Paris: LGDJ, 1909, pp. 121-122. Tradução livre). Explicava, ainda, o autor, que “essa fixação de uma data de nascimento tem um quê de arbitrário, pois é por transições insensíveis que se chega a dar às palavras um sentido cada vez mais sério; cremos, porém, que caso se queira indicar, na medida do possível, um evento que marca a passagem da vagueza para a precisão, é ainda a teoria do Sr. Demolombe que vale mais escolher” (o.l.u.c. Tradução livre).

<sup>16</sup> 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).

<sup>17</sup> Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. *Manual do Código Civil brasileiro*. Volume III. Parte IV. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1932, pp. 145-154.

<sup>18</sup> Por todos, cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Tome 1. Paris: PUF, 2004, p. 1395, segundo o qual a doutrina moderna francesa tende a reconduzir todos os casos de inexistência à nulidade absoluta.

<sup>19</sup> 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, pp. 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

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 pela lei.<sup>20</sup> cuidava-se, nomeadamente, do casamento entre pessoas do mesmo sexo,<sup>21</sup> daquele contraído sem o consentimento de alguma das partes e, ainda, do que não seguiu nenhuma forma legal.<sup>22</sup> 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

---

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”.

<sup>20</sup> A respeito dessas hipóteses, cf. ZACHARIAE, K. S. *Droit civil français*. Tome 1<sup>er</sup>., cit., pp. 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. Coimbra: Almedina, 2012, cit., p. 925.

<sup>21</sup> 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).

<sup>22</sup> 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”.

validade. A eles se seguiram diversos outros exemplos criados pela doutrina, todos controversos. Levando-se em conta apenas a doutrina brasileira, são considerados inexistentes por alguns autores: a declaração de última vontade gravada em vídeo, e não registrada por escrito;<sup>23</sup> o reconhecimento de paternidade de criança que nunca foi concebida<sup>24</sup> ou de paternidade absolutamente falsa;<sup>25</sup> o negócio dissimulado em simulação absoluta inocente;<sup>26</sup> o negócio realizado sob *vis absoluta*;<sup>27</sup> a declaração de vontade jocosa ou didática, não dotada de seriedade;<sup>28</sup> a adoção realizada verbalmente;<sup>29</sup> o testamento celebrado por procuração ou mediante fraude, por quem se faça passar pelo testador;<sup>30</sup> o contrato sobre herança de pessoa viva;<sup>31</sup> o ato do qual deveria participar o juiz ou outra autoridade pública, e esta nele não funcionou;<sup>32</sup> o testamento celebrado sob reserva mental<sup>33</sup> e, ainda, o negócio jurídico em geral celebrado sob reserva mental, se a mesma for conhecida pela outra parte;<sup>34</sup> dentre muitos outros.

<sup>23</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149.

<sup>24</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 135.

<sup>25</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 505.

<sup>26</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, cit., p. 154.

<sup>27</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283.

<sup>28</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 105-106.

<sup>29</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, cit., p. 135.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Volume XV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 194.

<sup>32</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 258.

<sup>33</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 804.

<sup>34</sup> NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil*

Também a jurisprudência nacional acrescentou a esse rol outros exemplos, como o ato societário realizado por sócio sem poderes de representação;<sup>35</sup> o contrato de seguro coletivo para o qual não tenham anuído os segurados;<sup>36</sup> o contrato de compra e venda de imóveis celebrado verbalmente;<sup>37</sup> a cessão particular de direito hereditários sem a declaração de vontade dos cessionários;<sup>38</sup> o termo de parcelamento de dívida não assinado;<sup>39</sup> o contrato celebrado mediante fraude (particularmente, por meio da falsificação da assinatura de uma das partes);<sup>40</sup> o seguro estipulado sobre a vida de terceiro por pessoa que não é parente nem justifica seu interesse pela preservação da vida do segurado;<sup>41</sup>

---

*comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 251.

<sup>35</sup> “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).

<sup>36</sup> STJ, 3ª T., AgRg. no REsp. 1.318.365, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 25.11.2014, publ. 12.12.2014.

<sup>37</sup> TJMG, 17ª C.C., Ap. Civ. 10110130010249001, Rel. Des. Luciano Pinto, julg. 4.8.2015, publ. 17.8.2015.

<sup>38</sup> TJDF, 1ª T.C., Ap. Civ. 20080310109149, Rel. Des. Maria Ivatônia, julg. 2.9.2015, publ. 8.9.2015.

<sup>39</sup> TJRS, 3ª T.R.C., Rec. Civ. 71004042396, Rel. Des. Luís Francisco Franco, julg. 14.3.2013, publ. 18.3.2013.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> TJPR, 8ª C.C., Ap. Civ. 4050313, Rel. Des. Luis Espíndola, julg. 3.4.2008, publ.

dentre diversos outros casos. O rol de exemplos é extenso, embora não seja, em absoluto, pacífico, como se demonstra a seguir.

### 3. A FIGURA DOS ATOS INEXISTENTES E SUAS CONTRADIÇÕES

A teoria do ato jurídico inexistente nunca ingressou no Código Civil brasileiro,<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> Quanto ao Código atualmente em vigor no país, 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.<sup>44</sup> A crítica formulada por Clóvis do Couto e Silva ao Anteprojeto do atual Código Civil, no sentido de que o texto deveria ser adaptado à tricotomia existência-validade-eficácia, foi veementemente rechaçada por

---

3.4.2008.

<sup>42</sup> 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”.

<sup>43</sup> 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).

<sup>44</sup> 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” (BRASIL. Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005, p. 36).

Moreira Alves, responsável pela redação original da Parte Geral.<sup>45</sup> Também em outros ordenamentos jurídicos nos quais a doutrina reconhece a categoria da inexistência, como a França e a Itália, omitiram-se os respectivos legisladores a respeito.<sup>46</sup> 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 validade<sup>47</sup> e outros que sustentam ser a inexistência tão somente uma hipótese de nulidade, rejeitando a expressão.<sup>48</sup>

De fato, a noção de um ato jurídico inexistente revela-se, de certa forma, contraditória com a própria natureza deontológica da ciência jurídica,<sup>49</sup> uma vez que não cabe, em princípio, ao direito reconhecer a existência do fato material, mas sim

---

<sup>45</sup> A crítica de Clóvis do Couto e Silva e a resposta de Moreira Alves podem ser consultadas em ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 42 e ss.

<sup>46</sup> Cf. GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. In: CICÙ, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi; SCHLESINGER, Piero (Coord.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 277; CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Tome 1, cit., p. 116.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> Nesse sentido, por exemplo: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 422; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Volume II, cit., p. 925.

<sup>49</sup> 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 transforma 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 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).

atribuir ou negar efeitos a esse fato.<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup> Ao contrário, os efeitos dos fatos sociais (isto é, as situações jurídicas subjetivas) nada mais são do que a repercussão desses fatos reconhecida na esfera jurídica;<sup>52</sup> parece mais adequado, assim, considerar que assiste ao direito negar *repercussão* ao fato, mas não propriamente avaliar sua 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.<sup>53</sup> O contrassenso em um conceito

---

<sup>50</sup> Este descompasso levou a doutrina a fazer esclarecimentos como os de PLANIOL e RIPERT: “Não há lugar para se cuidar dos casos de inexistência, salvo quando o ato jamais tenha sido realizado de fato e que se lhe forneça a prova; são naturalmente inexistentes os atos que ninguém tenha jamais realizado, mas deles ninguém cuida, ao passo que um ato pode existir em aparência, ter sua prova e, no entanto, ser juridicamente inexistente” (*Traité élémentaire de droit civil*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: LGDJ, 1908, p. 134. Tradução livre). Também TRABUCCHI entende que o termo *inexistência* “se prestaria melhor a indicar os casos nos quais faltam os elementos materiais do ato (quando não tenha havido sequer um mínimo de declaração do sujeito: por exemplo, a venda que alguém nunca sonhou em fazer: inexistência do negócio), ao passo que a nulidade compreende todos os casos, na prática bem mais importantes, nos quais estão presentes os elementos materiais e faltam, ao revés, os elementos jurídicos do ato” (*Istituzioni di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2015, p. 160. Tradução livre).

<sup>51</sup> Eminentes 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.

<sup>52</sup> A esse propósito, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015.

<sup>53</sup> Note-se, por exemplo, que, ao tratar do interesse processual, dispõe o Código de Processo Civil de 2015, no inciso I de seu art. 19, que o interesse do autor pode limitar-

“jurídico” de (in)existência já era notado pela doutrina tradicional,<sup>54</sup> 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),<sup>55</sup> não admite que o ordenamento feche os olhos 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.<sup>56</sup> A designação, porém, não parece desejável, pois remete a um juízo naturalístico muito pouco compatível com as qualificações jurídicas.<sup>57</sup> Tal crítica é agravada pelo fato de a doutrina da

---

se à declaração “da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica”. De fato, o que se pode declarar judicialmente é a existência da qualificação jurídica (na dicção do dispositivo, uma relação jurídica), mas não o fato que enseje essa qualificação.

<sup>54</sup> 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).

<sup>55</sup> 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., pp. 638-640).

<sup>56</sup> Assim, por exemplo, leciona Salvatore PUGLIATTI que “a inexistência do negócio é considerada do ponto de vista jurídico; ela concerne àqueles negócios jurídicos os quais historicamente existem, mas juridicamente são considerados *tamquam non essent*, por uma causa de natureza formal, derivante do ordenamento jurídico” (*I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 151. Tradução livre). O autor ainda sustenta que determinado negócio apenas se pode considerar inexistente *em relação à norma que o disciplina* (Ibid., p. 156).

<sup>57</sup> Como anota Jan Peter SCHMIDT, “[...] essa denominação cria a impressão errada de que o negócio jurídico seria uma entidade ontológica, quando, na verdade, ele, ou pelo menos os seus efeitos, são somente uma criação do ordenamento jurídico, isto é, do espírito. Parece ser mais correto, então, falar simplesmente ou da formação do negócio jurídico, ou, ao exemplo de Leenen, de seu suporte fático” (Vida e obra de Pontes de Miranda em uma perspectiva alemã, cit.).

inexistência efetivamente aludir à necessidade de estarem presentes certos *elementos essenciais* para que o ato possa “existir”,<sup>58</sup> 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 a respeito de determinado objeto e seguindo certa forma, ou, do contrário, sequer se poria o problema.<sup>59</sup>

A noção de elementos essenciais do ato jurídico, vale esclarecer, parece decorrer da teoria dos *essentialia negotii*. Trata-se de sistema engendrado pela escolástica medieval a partir de raízes romanas; associa-se, por isso mesmo, à lógica de tipicidade dos pactos.<sup>60</sup> No direito atual, em que predomina a atipicidade contratual, a teoria parece resistir, em grande parte, por força da tradição<sup>61</sup> e, em certa medida, pelo suporte didático que oferece ao estudo dos contratos típicos.<sup>62</sup> De fato, a teoria dos

---

<sup>58</sup> Cf., ilustrativamente, VELOSO, Zenó. 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.

<sup>59</sup> 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: “a disciplina da nulidade pressupõe que o ato seja reconhecível ao menos no terreno fenomênico, enquanto a inexistência exclui a configurabilidade do negócio também no plano social” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2014, p. 562. Tradução livre). 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.l.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.

<sup>60</sup> Particularmente os elementos acidentais, que, segundo a doutrina especializada, já existiam no direito romano. Cf. CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 91 e ss.

<sup>61</sup> Ainda que recebam outras designações. Assim, por exemplo, para Antonio Junqueira de AZEVEDO, há elementos gerais, elementos categoriais inderrogáveis, elementos categoriais derogáveis e elementos particulares (*Negócio jurídico*, cit., p. 43). Definição semelhante adota Francisco Paulo de Crescenzo MARINO, embora considere que os elementos naturais podem decorrer tanto de normas cogentes quanto de normas derogáveis (*Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39).

<sup>62</sup> Conforme reconhece Emilio BETTI, “o critério da distinção entre *essentialia* e

*essentialia* em nada se assemelha à escala ponteana. Os chamados elementos essenciais e acessórios relacionam-se muito mais com a tipicidade do ato do que com seus pressupostos de existência ou fatores de eficácia,<sup>63</sup> ao passo que os elementos naturais não mantêm relação direta com qualquer dos três planos.<sup>64</sup> De mais a mais, a artificial distinção entre existência e validade era desconhecida do pragmático pensamento romano.<sup>65</sup>

Portanto, a noção de elemento essencial, na verdade, refere-se à possibilidade de configuração de certo tipo negocial (note-se, uma qualificação jurídica), e não à realização fática do

---

*naturalia negotii*, e a sua antítese com os *accidentalia negotii*, refere-se somente ao tipo do negócio jurídico” (*Teoria do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, p. 267). A vinculação entre a tripartição dos elementos negociais e a identificação do tipo negocial é reconhecida expressamente, dentre outros, por FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 112. Para o autor, contudo, os *essentialia* e *accidentalia negotii* encontram-se em um plano diferenciado em relação aos *naturalia negotii*, pois estes constituiriam regulamento legal do negócio, ao passo que os primeiros representariam o conteúdo convencional do ato.

<sup>63</sup> Tal distanciamento se mostra ainda mais marcante em relação aos chamados elementos essenciais *específicos* do negócio, os quais, normalmente, se resumem ao objeto de determinado contrato típico. Sobre esses elementos específicos, cf. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 98.

<sup>64</sup> Afirma-se, por exemplo, que os *naturalia negotii* “representam os efeitos não queridos ou superfluamente queridos pelas partes e, portanto, dizem respeito ao plano da eficácia” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, cit., p. 36). No mesmo sentido, Antonio Junqueira de AZEVEDO afirma que os elementos naturais permanecem implícitos no negócio, sem que as partes normalmente tenham sequer consciência deles (*Negócio jurídico*, cit., p. 43).

<sup>65</sup> Nesse sentido, pondera Caio Mário da Silva PEREIRA: “Inútil será, por outro lado, tentar a filiação dogmática da doutrina à teoria romana das nulidades, pois que em verdade o direito romano não a conheceu” (*Instituições de direito civil*. Volume I, cit., p. 542). De fato, segundo WETTER, o direito romano não aludia nem aos atos inexistentes, nem aos atos anuláveis, referindo-se a ambos como “ato inútil” (*inutilis*) (*Pandectes*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: LGDJ, 1909, p. 267). Há autores, como Emilio BETTI, que associam os elementos essenciais, não à existência, mas à validade do negócio: “é nulo o negócio que, por falta de algum elemento essencial correspondente à configuração exigida, seja inidôneo para dar vida àquela nova situação jurídica que o direito liga ao respectivo tipo legal, em conformidade com a função econômico-social que o caracteriza” (*Teoria geral do negócio jurídico*, cit., pp. 663-664). No caso deste último autor, porém, é provável que a associação se dê pelo fato de o mesmo equiparar os elementos essenciais à causa contratual (*Ibid.*, p. 268), cuja ilicitude, no direito italiano, é hipótese de nulidade.

negócio (como pretendem os defensores do plano da existência).<sup>66</sup> 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 reconhecer 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.<sup>67</sup> Realmente, 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, na medida em que dificilmente não surgirá alguma situação jurídica no interregno até o julgamento da validade do ato.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> 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).

<sup>67</sup> Tal afirmativa era admitida até mesmo por ZACHARIAE a respeito do casamento que reputava inexistente: “Pode 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. Tradução livre).

<sup>68</sup> Neste sentido, reconhecia Karl LARENZ a respeito dos atos nulos: Nesse sentido, Karl LARENZ: “A designação de um negócio ineficaz em todos os aspectos e permanentemente como ‘nulo’ não deve induzir a estimar que tal negócio seja algo ‘não existente’. O negócio existe como ato realizado, isto é, como evento; apenas se lhe denegam os efeitos jurídicos a que se dirige. O ordenamento não pode converter em não acontecido o ato realizado como tal”, mesmo porque “sua realização pode ter efeitos jurídicos distintos daqueles pretendidos pelas partes com ele” (*Derecho civil: Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 624. Tradução livre). Em sentido semelhante, cf. JAPIOT, René. *Des nullités en matière d’actes*

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,<sup>69</sup> expressão que normalmente se usa apenas para justificar por que os mesmos não serão, depois, reconhecidos<sup>70</sup>). 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.<sup>71</sup> Neste ponto, seria preferível (conquanto igualmente incorreto) considerar que o ato não tem natureza negocial (por lhe faltarem os assim

---

*juridiques*, cit., p. 130.

<sup>69</sup> 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).

<sup>70</sup> 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).

<sup>71</sup> Tornou-se difundida na doutrina francesa a frase “*on n’annule pas le néant*”, literalmente, “não se anula o nada”. A respeito, criticava JAPIOT: “o ato pode ter sido executado; pouco importa, ele é inexistente, a justiça não quer sequer ouvir falar dele [...]; não se dá atenção a que, assim, encontra-se consolidado um estado de fato contrário à finalidade da lei: está-se elevado alto demais na abstração para dar atenção aos fatos” (*Des nullités en matière d’actes juridiques*, cit., p. 131. Tradução livre).

chamados elementos essenciais), mas existe, do que postular sua inexistência.<sup>72</sup>

#### 4. RECONDUÇÃO DOS ATOS INEXISTENTES À CATEGORIA DOS ATOS NULOS

Se procedentes tais considerações, a noção de inexistência, de cunho muito mais ontológico que deontológico, somente poderia ser concebida (caso se pretendesse atribuir a ela um conteúdo propriamente jurídico) se fosse 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 reconhecer efeitos jurídicos ao ato, tanto na inexistência quanto na invalidade. Essa recusa pode se apresentar mais ou menos drástica em face dos efeitos aos quais tenderia o negócio em questão (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),<sup>73</sup> mas sempre se estará, na prática, diante de uma invalidade negocial.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> 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).

<sup>73</sup> 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: “A sanção genérica é a ineficácia. Podem-se racionalmente dela distinguir três graus, em um *decrecendo* de energia: inexistência, nulidade absoluta nulidade relativa, e repartir entre eles os diferentes casos” (*Droit civil*. Tome 2. Paris: PUF, 2004, p. 2095. Tradução livre).

<sup>74</sup> 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

A cautela, aliás, com que se afirma frequentemente que os requisitos da inexistência seriam menos rígidos do que aqueles que caracterizam a nulidade, como se se tratasse de um *tertium genus* de invalidade, não sobrevive a uma efetiva comparação entre as hipóteses fáticas normalmente reconduzidas às duas categorias. 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.<sup>75</sup> Desse modo, pode-se afirmar, à luz desses exemplos, que os supostos atos inexistentes, na verdade, nada mais são que atos nulos.<sup>76</sup> Ilustrativamente, o contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva é nulo por versar sobre objeto vedado por lei;<sup>77</sup> o testamento gravado em vídeo é nulo por não seguir as formas que legalmente admitidas;<sup>78</sup> e assim por diante.

No que tange aos negócios sob reserva mental, autorizada doutrina os classifica como casos de simulação<sup>79</sup> – e até o testamento sob reserva mental, que se costuma considerar

---

inexistente, o nulo e o anulável” (*Negócio jurídico*, cit., p. 63).

<sup>75</sup> Assim entende Orlando GOMES: “A teoria da inexistência é tida como construção inútil. A falta do objeto pode ser considerada causa de nulidade, e a da vontade, até de anulabilidade. Não obstante, muitos lhe reconhecem grande utilidade prática” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 422). Conclui o autor: “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.).

<sup>76</sup> Sustenta, por exemplo, MENEZES CORDEIRO que “os pretensos casos de inexistência jurídica são, pois, casos de nulidade, sob pena de gravíssimas injustiças, enquadradas por puros conceitualismos” (*Tratado de direito civil*. Volume II, cit., p. 929).

<sup>77</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. Rio de Janeiro: GEN, 2014, p. 31

<sup>78</sup> Nesse sentido: GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: GEN, 2008, p. 41.

<sup>79</sup> 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 declaratário, ainda que nem sempre configure simulação, enseja a nulidade do negócio.

inexistente, é reputado nulo por alguns autores.<sup>80</sup> E mesmo o negócio celebrado sob *vis absoluta*,<sup>81</sup> objeto de tradicional lição que o associa à inexistência negocial, pode ser considerado nulo,<sup>82</sup> tendo em vista que as circunstâncias da manifestação

---

<sup>80</sup> 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., pp. 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”.

<sup>81</sup> 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 vontade; 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*, cit., p. 543).

<sup>82</sup> 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. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 201). Com idêntico entendimento, cf. também ESPÍNOLA, Eduardo. *Manual do Código Civil brasileiro*. Volume III. Parte I. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1932, p. 387; 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” (*sic*) (*Direito civil: introdução*, cit., p. 544).

volitiva são vedadas por lei (inclusive no âmbito penal), a atrair, senão a incapacidade absoluta temporária do agente,<sup>83</sup> ao menos a contrariedade à lei como causa de nulidade virtual.<sup>84</sup> Na experiência jurídica, nulo e inexistente se confundem – como, aliás, já ocorre desde as fontes romanas, para as quais o adjetivo *nullum* significava simplesmente o ato irrelevante, desprovido de ação para sua tutela.<sup>85</sup>

Realmente, não parece existir, no plano funcional, diversidade de propósitos entre inexistência e invalidade: ambas tratam da regulação da eficácia negocial a partir de um juízo de valor realizado sobre o ato ou, mais propriamente, sobre os efeitos dele decorrentes.<sup>86</sup> Talvez o melhor indício dessa paridade de funções consista na afirmativa, muito recorrente em matéria

---

<sup>83</sup> 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 parcialmente prejudicada com a reforma do Código Civil promovida pela Lei n. 13.146/2015, que retirou equivocadamente do rol de causas de incapacidade absoluta a impossibilidade temporária de exprimir vontade (que não mantinha qualquer relação com o regime jurídico da pessoa com deficiência, matéria regulada pela referida lei), inserindo-a dentre as hipóteses de incapacidade relativa. A respeito, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 5, n. 1, jan.-jun./2016, pp. 32-33.

<sup>84</sup> Com idêntica argumentação, v. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 160.

<sup>85</sup> Cf. SPINA, Angela Ia. *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 20, que destaca que, para a concepção romana, era estranha a noção de uma *fattispecie* destinada unicamente a ser qualificada como nula (Ibid., p. 21).

<sup>86</sup> 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., pp. 124-125).

de nulidade negocial, de que os atos nulos não produziram efeitos, *como se jamais houvessem existido*.<sup>87</sup> 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 invalidade, 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.<sup>88</sup>

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.<sup>89</sup> Afirma-se,

---

<sup>87</sup> 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. Campinas: Bookseller, 2005, 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).

<sup>88</sup> Alguns autores, por outro lado, mesmo sustentando a diferença entre atos inexistentes e atos 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, como na hipótese da nulidade da disposição de última vontade, uma vez aberta a sucessão do testador, 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).

<sup>89</sup> 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 “como simplesmente nulo, não como inexistente (o que lhe permite, após a anulação, aplicar o benefício do casamento putativo)” (*Droit civil*. Tome 1, cit., p. 1199. Tradução livre).

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.<sup>90</sup> 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,<sup>91</sup> segundo a qual também estas não prescreveriam e não admitiriam ratificação. Por outro lado, os mesmos motivos pelos quais parte da doutrina sustenta hoje a flexibilização da imprescritibilidade das

---

<sup>90</sup> 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*: pareceres. 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).

<sup>91</sup> 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., pp. 124-136).

nulidades<sup>92</sup> 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.<sup>93</sup> 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.

Em síntese, o conceito de inexistência, para alguns autores verdadeira ficção jurídica,<sup>94</sup> desenvolveu-se à sombra da

---

<sup>92</sup> A despeito da expressa opção legal pelo não convalidamento das nulidades pelo decurso do tempo (art. 169 do Código Civil), o deslocamento do enfoque da investigação para o perfil da eficácia dos atos nulos permite identificar que o verdadeiro problema consistem os prazos prescricionais que regulam a exigibilidade de situações jurídicas decorrentes do negócio ou a desconstituição de atos materiais de execução negocial, findos os quais parece não haver mais qualquer interesse no reconhecimento da nulidade ou na sua alegação por via de exceção. A respeito, permita-se remeter, com indicação de ampla bibliografia, a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*, cit., item 2.2.2.

<sup>93</sup> Segundo Eduardo ESPÍNOLA, partindo ainda da inadmissibilidade dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, “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).

<sup>94</sup> 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, racionando 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

teoria das nulidades,<sup>95</sup> via de regra como forma mais flexível<sup>96</sup> de justificar a ineficácia de certos atos que, embora plenamente válidos à luz dos requisitos legais, ainda 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.<sup>97</sup>

Talvez seja o momento, porém, de repensar tal escolha, na medida em que uma releitura funcional da teoria das nulidades parece responder 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.<sup>98</sup> À mesma conclusão, aliás, há muito já chegaram outros

---

mesmo sentido, ESPÍNOLA, Eduardo. *Manual do Código Civil brasileiro*. Volume III, parte IV, cit., p. 146.

<sup>95</sup> 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., pp. 258-259).

<sup>96</sup> A vantagem dessa flexibilidade é registrada por PLANIOL e RIPERT: “A teoria foi apresentada pela primeira vez por Zachariae; ela foi depois aceita por todos os autores, felizes de nela encontrar um meio de sair do embaraço e de anular casamentos sem texto” (*Traité élémentaire de droit civil*. Tome 1<sup>er</sup>, cit., p. 134. Tradução livre). 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).

<sup>97</sup> 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.

<sup>98</sup> Nesse sentido parece postar-se Silvio RODRIGUES, ao afirmar que a inexistência poderia ser considerada *inexata, inútil e inconveniente*: “Seria *inexata* porque, no mais

ramos do direito que se aproveitam da teoria geral do ato jurídico civil, como o direito administrativo<sup>99</sup> e o direito processual civil.<sup>100</sup>

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode admitir, 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 uma categoria artificial, que pouco contribui à dogmática civilista, tendo em vista que, seja do ponto de

---

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., pp. 291-292).

<sup>99</sup> Afirma, por exemplo, Hely Lopes MEIRELES sobre o ato administrativo: “Ato inexistente é o que apenas tem aparência de manifestação regular da Administração, mas não chega a se aperfeiçoar como ato administrativo. É o que ocorre, por exemplo, com o ‘ato’ praticado por um usurpador de função pública. Tais atos equiparam-se, em nosso direito, aos atos nulos, sendo assim irrelevante e sem interesse prático a distinção entre nulidade e inexistência, porque ambas conduzem ao mesmo resultado – a invalidade – e se subordinam às mesmas regras de invalidação. Ato inexistente ou ato nulo é ato ilegal e imprestável, desde o seu nascedouro” (*Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 150).

<sup>100</sup> Oportuna, neste ponto, a lição de Cândido Rangel DINAMARCO a respeito da chamada sentença inexistente: “Mesmo um ato juridicamente nulo existe na realidade dos fatos, sendo um nada jurídico mas não podendo ser um nada histórico (Calmon de Passos). A sentença juridicamente inexistente é sentença e, havendo decidido sobre o que constituía objeto do processo (mérito), ela é uma sentença de mérito. O que há de peculiar com essa sentença é que, como efeitos nela estabelecidos encontram barreiras intransponíveis para se efetivar, ela acaba não tendo força para impô-los” (Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Volumes 55-56. São Paulo: jan.-dez./2001, p. 40).

vista funcional, seja em seu perfil estrutural, não é possível verificar uma distinção clara entre ela e a invalidade. A construção de um sistema de vícios negociais nesses termos padece de uma inexplicável redundância, agravada ainda mais pelo fato de não corresponder às escolhas do legislador brasileiro.

De fato, como se buscou demonstrar, não apenas a concepção de inexistência contraria a própria natureza deontológica do Direito (ao rejeitar a própria realização do ato, em vez de simplesmente lhe negar repercussões na esfera jurídica), como ainda apresenta o perigo de suscitar no intérprete a crença de que, não tendo “existido” certo negócio, jamais será necessário se pronunciar sobre os efeitos que, no plano fático, podem (e costumam) ter sido concretamente produzidos para as partes. Desse risco padece também a própria nulidade negocial, à qual mais uma vez a artificial categoria da inexistência se equipara. Valeria, aqui, invocar a imagem bastante esclarecedora engendrada por Kelsen: “o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico”.<sup>101</sup>



## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. Volume II: Ações e fatos jurídicos.
- AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de droit civil français*.

---

<sup>101</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 308.

- Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1869. Tome 1<sup>er</sup>.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.
- BRASIL. Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: PUF, 2004. Tome 1: Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple.
- \_\_\_\_\_. *Droit civil*. Paris: PUF, 2004. Tome 2: Les biens, les obligations.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CASTRO JÚNIOR, Torquato. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*. São Paulo: Noeses, 2009.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Volumes 55-56. São Paulo: jan.-dez/2001.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1932. Volume III. Parte I.
- \_\_\_\_\_. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro:

- Jacinto Ribeiro dos Santos, 1932. Volume III. Parte IV.
- FERRARA, Francesco. *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*. Milano: Società Editrice Libraria, 1902.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. In: CICÙ, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi; SCHLESINGER, Piero (Coord.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2002.
- GARCEZ, Martinho. *Das nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- JAPIOT, René. *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*. Paris: LGDJ, 1909.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- 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, pp. 265-318.
- MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 2015.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo IV.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 13-34.
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2014. Volume I.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2014.
- \_\_\_\_\_. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Tome 1<sup>er</sup>. Paris: LGDJ, 1908.
- PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1996.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 2005. Volume I.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. Volume XV.
- SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia ‘existência, validade e eficácia do negócio jurídico’. *Revista Fórum de Direito Civil*. Ano 3. Número 5. Belo Horizonte: Fórum, jan.-abr./2014, pp. 135-158.

- SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidez do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- \_\_\_\_\_. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017.
- SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 5, n. 1, jan.-jun./2016, pp. 1-37.
- SPINA, Angela Ia. *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*. Milano: Giuffrè, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. Aquisição *a non domino* e os efeitos do tempo na cadeia de aquisição imobiliária. *Soluções práticas de direito*: pareceres. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2015.
- VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- \_\_\_\_\_. 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, pp. 192-204.
- WETTER, Polynice Alfred Henri Van. *Pandectes*. Paris: LGDJ, 1909. Tome 1<sup>er</sup>.
- ZACHARIAE, Karl Salomo. *Cours de droit civil français*. Bruxelles: Meline, Cans et Comp., 1850. Tome 1<sup>er</sup>.
- \_\_\_\_\_. *Le droit civil français*. Paris: Auguste Durand, 1854. Tome 1<sup>er</sup>.