

# Teoria do fato jurídico: considerações sobre a doutrina da inexistência à luz da metodologia civil-constitucional

**Theory of juridical fact: considerations on the doctrine of non-existence in light of the civil-constitutional methodology**

*João Victor Rozatti Longi<sup>1</sup>*  
*Marco Aurélio Nogueira<sup>2</sup>*

**Resumo:** A teoria do fato jurídico deixou de ser apenas um capítulo específico na parte geral do Código Civil, consagrando-se em todos os ramos do Direito. Mais especificamente no que concerne à conturbada questão da inexistência jurídica, a adoção ou não de seus postulados tem profundas consequências práticas. Este trabalho visa analisar alguns dos seus principais conceitos desde as raízes históricas, sob um enfoque crítico à luz da metodologia-civil constitucional. Ademais, partindo-se de uma postura pragmática e inclusiva, busca-se fazer uma releitura de pontos específicos, principalmente da teoria do casamento inexistente e da vedação de matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, além de outras decorrências de sua transposição à categoria do negócio jurídico, dentre outros.

**Palavras-chave:** Direito, Direito Constitucional, Direito Civil, Fato Jurídico.

**Abstract:** The theory of the juridical fact ceased to be just a specific chapter in the general part of the civil code, consecrating itself in all branches of Law. More specifically with regard to the troubled question of legal non-existence, the adoption or not of its postulates have profound practical consequences. This paper aims to analyze some of its main concepts from the historical roots, under a critical approach in light of the constitutional civil methodology. In addition, starting from a pragmatic and inclusive posture, it is sought to re-read specific points, mainly the theory of non-existent marriage and the prohibition of marriage between same-sex, as well as other consequences of its transposition to the category of the business Legal, among others.

**Keywords:** Law, Constitutional Law, Civil Law, Legal Fact.

<sup>1</sup> Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e m. estre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj).

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (1989), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Atualmente é promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, docente da Escola Institucional do MPMG, professor de Direito Civil e de Direito Eleitoral da Universidade Federal de Uberlândia.

## 1. Introdução

As transformações por que passa o Direito Civil atualmente induzem a reflexões acerca da adequação de todas as suas categorias teóricas ao paradigma hodierno. Desde seu tríplice vértice fundante (*contractus, res, familiae*), os institutos privados invariavelmente carecem de releitura à luz dos valores que hoje compõem a ciência jurídica como um todo. E a teoria geral do Direito Civil, de cujos conceitos tradicionalmente se valem outros ramos do Direito, também carece de revisão.

A construção de um Direito Civil contemporâneo começa por uma revisão de seus pressupostos metodológicos. Afinal, seu rol de nascentes, principalmente sob a influência dos postulados do positivismo científico, sempre foi encabeçado pela prevalência da regra legal sobre as outras fontes, segregando-se os valores da interpretação dos fatos jurídicos. Hoje, por outro lado, a reinserção axiológica ocorre pela aceitação da premissa da aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas.

Mais propriamente, sabe-se que a teoria do fato jurídico é antes de tudo referência para outras áreas do Direito. Especialmente a problemática acerca do ato jurídico inexistente, alvo de acalorados debates doutrinários, com consequências de extrema utilidade prática.

Num momento em que se proclama a função social do jurista, a doutrina assume papel relevante ao munir o intérprete de instrumentos para se chegar à justiça do caso concreto na aplicação da norma. Assim, este trabalho visa perquirir a viabilidade prática da noção de existência e de inexistência jurídica nos dias de hoje.

Dessa forma, este ensaio pretende fazer um curto sobrevoo contextual sobre a teoria da inexistência dos fatos jurídicos sob uma perspectiva crítica. Investigando inicialmente suas raízes teóricas, pretende-se analisar a vinculação à escola da *pandectas* e as consequências da

utilização de conceitos com alto grau de abstração para a solução de casos concretos.

Além disso, almeja-se problematizar algumas das metáforas advindas da excessiva categorização conceitual como método de aplicação das normas jurídicas, agravando ainda mais o distanciamento entre discurso jurídico e realidade prática.

Finalmente, busca-se pontuar alguns dos inúmeros consentâneos práticos da assunção dessas premissas em institutos jurídicos como o casamento, onde foi aviltado pela primeira vez, e de sua transposição para a disciplina do negócio jurídico, alastrando-se por todo o Direito, ainda que não expressamente consagrado legislativamente.

## 2. Suporte fático, incidência escalonada e o papel do intérprete no Direito Civil contemporâneo

O ato jurídico inexistente nasce como um capítulo apartado na teoria das nulidades.<sup>3</sup> Entretanto, é a construção teórica de um “plano da existência”, posteriormente, que lhe confere a robustez de que se vale a doutrina para inseri-lo na teoria geral do Direito.

No Brasil, essa guinada se deve muito à contribuição da obra de Miranda. Citado por juristas de todas as áreas, a principal delas é a elaboração da teoria da incidência escalonada. Em síntese, sustenta que:

A regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida. Há o fato de legislar, que é editar a regra jurídica; há o fato de existir, despregada do legislador, a regra jurídica; **há o fato de incidir, sempre que ocorra o que ela prevê e regula.**<sup>4</sup> (grifo nosso)

<sup>3</sup> V. item 4.1, *infra*.

<sup>4</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Tomo I, Parte geral. Campinas: Bookseeler, 2000. p. 57.

Convém preliminarmente ressaltar que a concepção se vale, em primeiro lugar, da ilustração da distinção entre dois “mundos”: um dos fatos e o outro do Direito. Isso significa que, para que um acontecimento qualquer do mundo venha a se tornar um “fato jurídico”, é necessário que as normas jurídicas lhe atribuam consequências jurídicas. Segundo Betti: “Para melhor compreender este fenômeno, pode imaginar-se (*sic*) o plano em que atua o direito, como **sobreposto** àquele em que vive a realidade social.”<sup>5</sup> (grifo nosso)

A ideia de sobreposição não ocorre por acaso. Preconiza-se que a norma jurídica incide sobre os fatos, e, além disso, que ela prevê fatos em abstrato para que, quando ocorram em concreto, haja sua incidência. “[...] Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas — isto é, normas abstratas — incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “jurídicos”.<sup>6</sup> Portanto, a previsão dos fatos em abstrato no texto legal é chamada de suporte fático abstrato. Com sua concretização, perfaz-se o suporte fático em concreto.

A expressão suporte fático, assim, faz referência a algo (fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. É, portanto, conceito do mundo dos fatos, pois somente após sua concretização (ocorrência) é que se poderá falar em fatos jurídicos e, por seu turno, de conceitos jurídicos.<sup>7</sup> A expressão, traduzida do alemão *Tabestand*, encontra similares em outros idiomas.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> BETTI, Emílio. **Teoria do negócio jurídico**. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008. p. 23.

<sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. p. 62.

<sup>7</sup> Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>8</sup> No italiano, por exemplo, consagrou-se a expressão *fattispecie*, proposta inicialmente por Betti, que esclarece: “o termo [*fattispecie*] deriva do latim medieval e significa *facti species*, que, à letra, significa **figura do fato**. A denominação é preferível à outra, comumente usada, de “fato jurídico”, porque indica tanto o fato propriamente dito, como, conjuntamente, o estado de fato e de direito, em que o fato incide e se enquadra.” (BETTI, Emílio. **Teoria do negócio jurídico**. p. 20. nota 2).

Explica-nos Silva Jr. que, na teoria ponteseana, o conceito de incidência contrapõe-se ao de aplicação. Isso porque a incidência é anterior à aplicação, que pode ocorrer ou não. Tal fato gera um paradoxo. Se a norma incide, é porque alguém concebeu sua incidência ao prever abstratamente consequências jurídicas para determinado evento. Sendo assim, a incidência da norma não é automática *per se*, vez que não pode ocorrer independentemente da participação humana.<sup>9</sup>

Com efeito, a grande crítica tecida a esses postulados é a de que retira completamente o papel do intérprete como mediador da concretização da norma. Segundo Lôbo:

A incidência automática tem sido criticada justamente por dispensar a mediação do intérprete ou aplicador do direito; várias teorias contemporâneas postulam a distinção entre texto normativo e norma jurídica, que apenas se constituiria na situação concreta mediante a interpretação.<sup>10</sup>

Nesse diapasão, Perlingieri ressalta que a atividade do intérprete não deve ser regulada por uma lógica pré-constituída, como um procedimento no qual cada momento é preclusivo em relação ao anterior. Essa seria uma “falsa pretensão de que o fenômeno jurídico possa se exaurir em operações mecânicas de encaixe automático do fato concreto ao do fato concreto em uma bem determinada *fattispecie* abstrata.”<sup>11</sup>

Assim, o velho brocado *in claris non fit interpretatio* traz consigo uma intrínseca ambiguidade, vez que a clareza é resultado e não pressuposto da interpretação. Logo, essa clássica regra de interpretação deve ser superada e seu ensinamento banido.<sup>12</sup> Afinal, as novas técnicas legislativas valem-se da remissão aos princípios que expressam valores, fazendo necessário ao intérprete não um raciocínio lógico-sistemático e

<sup>9</sup> CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista.** São Paulo: Noeses, 2009, p. 104.

<sup>10</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 224.

<sup>11</sup> Cf. PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Ed. bras. Organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 615.

<sup>12</sup> Cf. Id. p. 619.

meramente subsuntivo, mas sim teleológico-axiológico, funcionalizado à tábua de valores contida em nosso projeto constitucional.<sup>13</sup>

Exemplos são inúmeros, principalmente nos dias atuais. Afinal, as consequências trazidas pelo alto grau de complexidade do aparato tecnológico atingem os limites impostos pela concepção insular do fenômeno jurídico.<sup>14</sup> Justamente por isso se preconiza a abertura do sistema jurídico à transdisciplinaridade.<sup>15</sup>

É o caso do início da personalidade civil da pessoa natural pelo seu nascimento com vida e, especialmente, dos direitos do nascituro (art. 2º, CC)<sup>16</sup>. Afinal, com as interferências das técnicas de reprodução assistida, é plenamente possível decidir se os embriões nascerão ou não. Sendo assim, o manejo das situações jurídicas que titularizarão necessariamente terá de passar pelo crivo do intérprete.

Enquanto, acriticamente, reproduz-se em doutrina e em jurisprudência a vaga noção de que o nascimento com vida é o “fato jurídico por excelência”, cujo acontecimento faz incidirem as normas jurídicas (dentre elas, aquela que prevê o direito fundamental à vida – art. 5º, *caput*) é o intérprete quem, ao final, determina sua incidência ou não. Nesse

<sup>13</sup> Nesse sentido, discorrendo especificamente sobre a realidade normativa brasileira, Tepedino afirma: “Tal é o desafio metodológico ao intérprete e aqui apresentado, de modo apenas introdutório e exemplificativo, como indicação de um longo percurso a ser percorrido. Há que se ler atentamente o Código Civil de 2002 na perspectiva civil-constitucional, para se atribuir não só às cláusulas gerais, aqui realçadas por sua extraordinária importância no sistema, mas a todo o corpo codificado um significado coerente com os valores do ordenamento, que pretende transformar efetivamente a realidade a partir das relações jurídicas privadas segundo os ditames da solidariedade e da justiça social.” TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 20.

<sup>14</sup> A concepção insular do Direito Civil, propriamente, é um dos objetos da crítica de Fachin: “É o inegável envelhecimento do que já nasceu passado, pois foi parido de costas para o presente. Outro horizonte, inquietante e interrogativo, bate às portas cerradas do sistema. O medievo que emoldura os institutos do *status quo* se mostra em pânico pois, à medida que o civilismo pretensamente neutro se assimilou ao servilismo burocrata doutrinário e jurisprudencial não conseguiu disfarçar que não responde aos fatos e às situações que brotam da realidade contemporânea.” FACHIN, Luís Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. À luz do novo código civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 11.

<sup>15</sup> Cf. Id. p. 245 e ss.

<sup>16</sup> Art. 2º *A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*

sentido, o trecho extraído de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal determina:

[...] haveria base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de **reprodução assistida** que incluísse a fertilização *in vitro*, que os artigos 226 e seguintes da Constituição Federal disporiam que o homem e a mulher são as células formadoras da família e que, nesse conjunto normativo, estabelecer-se-ia a figura do planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), **inexistindo, entretanto, o dever jurídico desse casal de aproveitar todos os embriões eventualmente formados e que se revelassem geneticamente viáveis, porque não imposto por lei (CF, art. 5º, II) e incompatível com o próprio planejamento familiar.** (grifos nossos)<sup>17</sup>

Em outros termos, a concretização da norma, ao se firmar a regra para o caso concreto, é árdua tarefa do intérprete, que se vale não somente de conceitos jurídicos, mas necessariamente deve recorrer à ética e à biologia, dentre outras formas de expressão do saber para fundamentar sua decisão.

Logo, o que nos parece é que, em meio a um momento histórico intitulado de pós-modernidade<sup>18,19</sup>, o jurista deve antes de tudo “entender” a norma e, para tal, há de ser compreendida a realidade que a cerca, o momento histórico em que se insere, os “fragmentos do mundo” em que se

<sup>17</sup> STF. ADI 3510/DF. Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 05.03.2008.

<sup>18</sup> Sobre as consequências da pós-modernidade no Direito, Azevedo demonstra que se caracteriza: a) pela crise da razão, a qual já assumiu a incapacidade de responder a todos os anseios humanos; b) pela hipercomplexidade ou multiplicidade de fontes de Direito, materiais ou formais, e; c) pela interação contínua, fruto da superação dos óbices espaço-temporais através da massificação das tecnologias da informação. Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Civil tende a desaparecer? **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v.92, n.811, maio. 2003. p. 754.

<sup>19</sup> Acerca da noção de pós-modernidade e seus reflexos no campo contratual, por exemplo, indispensável aludir a Nalin: “Mais do que definir o momento inicial (temporal) de seu surgimento, é afirmar que a pós-modernidade marca o final do pensamento *more geometrico*, por meio de uma desconstrução (não com uma demolição) das utopias modernas, notadamente da razão sistêmica e da razão histórica. As características dos tempos atuais limitam qualquer possibilidade de se apontar uma filosofia ou um filósofo que a identifique. Todas as filosofias deste século acabam por representar, em suas respectivas particulares, uma parcela da pós-modernidade.” NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação civil-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 114.

encontra. Sendo assim, ainda que aparentemente claro o texto legal, nada impede que, interpretado, chegue-se à solução aparentemente diversa.<sup>20</sup>

### 3. Críticas às raízes pandectistas das categorias dogmáticas: por detrás da pretensa neutralidade dos conceitos abstratos

Postas as noções introdutórias e expostas brevemente as premissas metodológicas do Direito Civil Constitucional, urge breve digressão histórica para melhor contextualizar os conceitos de existência e de inexistência. Castro Jr. explica-nos que “a introdução do ‘pensamento sistêmico’, i.e., da forma cartesiana de pensar o jurídico, no direito civil brasileiro, verificou-se principalmente pelo influxo das codificações européias e pelo influxo da pandectística.”<sup>21</sup>

*Pandectas* (do grego *Pandectae* – *que tudo abarca*) é sinônimo de *Digesto*, uma das partes do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, apresentando compilações dos principais jurisconsultos romanos. Foi base para todas as codificações modernas.<sup>22</sup> A chamada “Escola da Pandectas”, portanto, guarda raízes com o Direito Romano, uma vez que, na segunda metade do séc. XIX, principalmente na Alemanha, acreditava-se que o Direito Romano fazia parte do Direito alemão, por ter sido incorporado pela via consuetudinária, sendo certo que seus conceitos deveriam ser organizados e positivados por meio de um código. Por isso também é uma corrente rotulada como “jurisprudência dos conceitos”. Movida pelo ideal próprio do

<sup>20</sup> Mister aqui a transcrição do clássico trecho de Perlingieri: A própria regularidade ou irregularidade da norma é um *posteriorius*, não um *prius* da interpretação. “Entender” a norma não é e nem pode ser um resultado da exegese puramente liberal, mas é a individualização da sua lógica e da sua justificação axiológica, e isso é impossível sem levar em conta o restante do ordenamento e dos princípios que o sustentam. O humilde trabalho da exegese e do comentário não incompatíveis, ao contrário, postulam uma abordagem mais ampla: também “os fragmentos do mundo” podem ser entendidos se se (\*sic) conhece o mundo ao qual pertencem. **Portanto, in claris, ou não, semper fit interpretatio.** (grifo nosso). **O direito civil na legalidade constitucional, p. 629**

<sup>21</sup> CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. Metáforas na teoria do fato jurídico. In EHRHARDT JR., Marcos; DIDIER JR., Freddie. **Teoria do fato jurídico**. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 635.

<sup>22</sup> Cf. DANTAS, Marcus. Jurisprudência dos conceitos (verbete). In BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre/Rio de Janeiro: Ed. Unisinos/Renovar, 2006. p. 484.

cientificismo da época, busca extrair das compilações romanas conceitos dos institutos a serem posteriormente sistematizados pelo Código Civil alemão – *Bundesgesetzbuch*, de 1900. Esses conceitos seriam organizados em uma espécie de pirâmide conceitual, a qual parte do geral para o particular, procurando retirar os pontos em comum dos institutos, “cruzando conceitos” para extraírem-se regras aos institutos jurídicos específicos. Para Larenz:

[...] Os sistemas de conceitos que se determinam pelos princípios da lógica formal se assemelham, digamos, a uma pirâmide. O conceito “supremo”, que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito em cima da base, embora seja isso que lhe permite – imaginemos a pirâmide como transparente – uma extensão de perspectiva maior. À medida que subimos da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura e ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja, a capacidade de perspectiva. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito abstrato. O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular.<sup>23</sup>

O “céu” conceitual dos juristas<sup>24</sup>, assim, parte da presunção de que são isentos de valoração os conceitos doutrinários. “A coerência interna dos modelos teóricos jurídicos é o mais poderoso tópos de sua retórica. [...] Isso pode exemplificar o investimento tão alto nesses espaços conceituais ao menos imediatamente vazios de prática.”<sup>25</sup>

Nessa atmosfera se inserem as categorias jurídicas tratadas pela teoria do fato jurídico, na visão de Miranda e seus seguidores. De evidente inspiração alemã, traça organograma diverso da orientação francesa,<sup>26</sup>

<sup>23</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia e ciência do direito.** Trad. José Lâmego. 3. ed. Lisboa: Fundação Galouze Gulbekian, 1997. pp. 25-26. Texto adaptado. Segundo o autor, as asseverações da jurisprudência dos conceitos se devem a Rudolf Von Ihering (na primeira fase de sua obra), Bernhard Windscheid e Friederich Puchta, dentre outros.

<sup>24</sup> JHERING, Rudolf Von. *Bromas y Veras en la jurisprudencia: un regalo de navidad para los lectores de obras jurídicas.* Trad. Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974 *apud* CASTRO JR, Torquato. **Metáforas (cit.)**, p. 637.

<sup>25</sup> *Ibdem.* p. 638.

<sup>26</sup> Explica-nos Mello que a superação da noção francesa de fato jurídico como aquele pelo qual os direitos se adquirem, modificam-se e se extinguem (doutrina consagrada pelo Código Civil de 1916,

podendo se resumir aos seguintes gêneros e espécies: Fato jurídico *lato sensu*, que abrange o fato jurídico *strictu sensu*; o ato-fato jurídico e o ato jurídico *lato sensu*, o qual, por seu turno, subdivide-se em ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, para muitos sua mais principal categoria.<sup>27,28</sup>

Neste trabalho, não se pretende fazer uma análise pormenorizada do suporte fático em abstrato de cada um dos institutos, nem da qualificação exata dos fatos, dos atos e dos negócios em concreto. Em recorte metodológico, serão analisadas as asseverações acerca do “plano da existência” dos negócios jurídicos, passando-se pela origem histórica da doutrina da inexistência jurídica para culminar em algumas das inúmeras aplicações práticas advindas de tal visão doutrinária.

Entretanto, entre o que não deve ser preterido está, preliminarmente, a contextualização histórica da “jurisprudência dos conceitos” ou “pandectística”, por sua notória influência sobre o Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, o código civil da Alemanha.

Tem-se que a época em que foi promulgado (ano de 1900) era muito diferente daquela vivida à época do *Code Civil*. Afinal, no início do século passado, estava em curso a Segunda Revolução Industrial, e a Primeira

artigos 74 e ss.) pauta-se pela inserção dos efeitos almejados por aquele que declara sua vontade como um elemento essencial à estrutura do ato, em se tratando de um comportamento. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria** (cit.), pp. 111-112. No início, “a doutrina germânica, elaborada inicialmente pelos Pandectistas, identificou os elementos essenciais da estrutura do fato jurídico, sem contudo se despregar, inteiramente, da menção de efeitos jurídicos quando procuram defini-los.” MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria** (cit.), p. 113. No Brasil, foi Miranda quem teve o condão de superar essas amarras, importando noções que segregam o plano da eficácia da estrutura mínima do ato, restringindo-se o da validade aos negócios jurídicos, pois constituem uma adjetivação feita pelo legislador à vontade declarada. Cf. Idem. p.113.

<sup>27</sup> Assim como para o Código Civil de 2002, conforme consta: *Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.*

<sup>28</sup> Alerta-se que, nos desdobramentos da teoria, esta essa estes distinção diz respeito apenas aos fatos jurídicos conforme a direito (lícitos). Os ditos atos ilícitos, ou contrários a direito são *fattispecies* diversas tanto no “plano da existência” quanto no “plano da eficácia”. Nesse sentido, V. organograma em MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria** (cit.). p. 125. Em sentido diverso, sem abandonar a categoria do negócio jurídico, mas circundando sobre o marco teórico do Direito Civil Constitucional, Meireles traz a distinção entre atos ilícitos e atos antijurídicos, vez que podem estar em aparente conformidade com o texto legal mas em desconformidade com a ordem jurídica, não sendo merecedor de tutela. Cf. MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O negócio jurídico e suas modalidades. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 185.

Guerra Mundial já era iminente. Os conflitos sociais na Europa, dada a difusão de ideais marxistas, e a urbanização eram fatos consumados. Mesmo assim, o código alemão manteve as raízes liberais do código francês, fechando os olhos para a realidade em curso.

Corroboram conosco Farias e Rosenvald ao afirmar que com a promulgação do BGB [...] “o cientificismo do Código Alemão neutralizou qualquer ruptura ideológica com a lógica proprietária de 100 anos antes.”<sup>29</sup> Se o Direito Civil assenta-se em três elementos essenciais (contratos, patrimônio e família)<sup>30</sup> sempre se pautou pela circulação, pela aquisição e pela manutenção da propriedade, privilegiando situações jurídicas patrimoniais. A opção alemã sequer esteve imune a críticas quando de sua promulgação. Nesse sentido, comentando o então projeto de Código Civil, afirmou Menger:

Lo que yo sostengo [...] es lo siguiente: los modernos sistemas del Derecho privado resultan ser la obra, no ya de toda una nación, sino de las clases privilegiadas, las cuales se impusieron a las clases desheredadas mediante una lucha de siglos. [...] La escuela natural y la histórica se han equivocado, sobre todo, al considerar como una realidad lo que es un puro ideal, y debe ser una meta constante de nuestras aspiraciones [...], sin embargo, debemos aspirar a conseguir una legislación jurídica que todas las clases del pueblo alemán admitan como cosa propia, y a la cual adherirían sin dificultad después de una transacción razonable.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Continuam asseverando que “a concepção de propriedade pandectística é relevada pela fórmula unitária e abstrata do § 903: “O proprietário de uma coisa pode, sempre que a lei ou o direito de um terceiro não se opuser, dispor da coisa à sua vontade e excluir outros de qualquer intromissão”. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVOLD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 166. Em igual sentido, Cortiano Jr. destaca: “O código civil alemão de 1900, quando estabelece que o proprietário de uma coisa pode proceder com ela segundo seu critério e excluir os outros de toda intromissão ([§ 903 do BGB), parece aastaraastaraastaraastaraastarase do modelo francês mas não deixa de receber a idéia de quaquequaquaqua a propriedade é uma conjugação de poderes. Mais ainda, o BGB, com sua técnica exemplar, eleva a propriedade ao seu mais alto grau de abstração: o direito se desinteressa das formas pelas quais o proprietário exerce sua titularidade e seus poderes. Na Alemanha, como na França, houve a prevalência de forças políticas que viam na propriedade privada um elemento vital para a realização da liberdade [...].” CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do Ensino do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103.

<sup>30</sup> Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, p. 143.

<sup>31</sup> MENGER, Anton. **El derecho civil y los pobres**. Trad. Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1947, p. 40-41. O autor do clássico *O direito civil e os pobres*, que data de 1898, chega a afirmar expressamente que o projeto do Código Civil tedesco caberia perfeitamente em 1788, mas não às beiras do século XX (Id., p. 48). Ademais, faz duras críticas às escolas formadoras do pensamento que dá base ao código, mormente à escola histórica, cujo mérito no estudo do passado se desfaz ao cerrar

Sendo assim, fica claro que, por detrás da pretensa neutralidade dos conceitos, há, de fato, uma tomada de posição axiológica, muitas vezes ocultada pela frieza da técnica, criada e fortalecida para perpetuar, no futuro, os equívocos do presente.<sup>32</sup>

Mais especificamente, se o legislador, “quando pretende veementemente banir uma prática, recorre à inexistência”<sup>33</sup>, é porque ele valora certos atos, positivando-os como regra legal. Por seu turno, a doutrina, ao venerar servilmente a dicção legal, mecanicamente classifica aquilo como “pertencente” ou não ao Direito ao passo que a jurisprudência, no mais das vezes, transporta-a com a mesma indiferença para a norma do caso concreto.

Logo, infere-se conclusivamente que a neutralidade dos conceitos é outro axioma a ser afastado do estudo do Direito Civil. Perlingieri assevera que “a realidade normativa não é uma entidade pré-existente à realidade sócio-econômica e independente dela, o ordenamento existe em função da complexa realidade social.”<sup>34</sup> Por isso, ao reler o clássico brocado *ibi jus ibi societas*, alerta que “sob este perfil é verdade que não há *societas* sem *ius*, mas também é verdade que o *ius* é parte da *societas*, e vice-versa.”

Conclui, ainda, que daí derivam alguns corolários da leitura do Direito Civil à luz da legalidade constitucional:

- a) Historicidade da *societas* e historicidade do *ius* são um todo unitário; b) O *ius* coincide com a *societas* sem exaurir-se na pura normatividade; c) O *ius*, que justamente pode se definir totalidade da experiência jurídica, é, como qual totalidade, necessariamente complexidade; d) A complexidade do *ius* não exige que se perca sua necessária complexidade; e) Tal unidade conceitual é síntese individual somente na efetividade da sua aplicação.<sup>35</sup>

os olhos para o equívoco de se creditar à literatura da “época das luzes” fidedignidade na descrição de sua época, sem cogitar se aqueles interesses se adéquam aos do presente. (Id., p. 48 e ss.).

<sup>32</sup> Cf. PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. p. 68-69.

<sup>33</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral**. Vol. 2: Ações e Fatos Jurídicos. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 309.

<sup>34</sup> PERLINGIERI, O direito civil na legalidade constitucional, p. 636, nota 3

<sup>35</sup> *Idem*. p. 194.

Logo, o intérprete da norma, para achar a justiça de cada caso, jamais pode ignorar o “dado de fato”, a “*fattispecie concreta*”, sob pena de redundar em profundos equívocos interpretativos. Conforme se procurará expor, a categorização dogmática entre fatos juridicamente “relevantes” e “irrelevantes”, “existentes” ou “inexistentes”, traduz um perigoso juízo de exclusão não só entre conceitos abstratos, mas muitas vezes entre multidões de pessoas, entre legiões de cidadãos em concreto.

Se o discurso pode servir tanto para “reprimir quanto para emancipar”<sup>36</sup>, cria mecanismos para selecionar os indivíduos.<sup>37</sup> A seguir, procuraremos desvendar alguns aspectos do discurso jurídico da inexistência.

#### 4. Fatos juridicamente irrelevantes e atos inexistentes: diferenças e semelhanças

“O ato inexistente é pois o ato que está fora do Direito. Enquanto o ato nulo é um ato de relevância negativa, o ato inexistente é um ato irrelevante.”<sup>38</sup>

São muito comuns, nos manuais jurídicos introdutórios, lições que distinguem fatos jurídicos, como a morte, o casamento e o contrato de

<sup>36</sup> “A palavra discurso traz em si a ideia de curso, de percurso, de correr por, de movimento., movimento que, materializando ideologias, está na base da existência humana. Como a linguagem é a mediação necessária entre o homem e a realidade natural e social, o discurso acaba sendo o campo onde confluem todas as formulações feitas pelo homem a partir de informações por ele recebidas. Como o discurso ao mesmo tempo constrói e desconstrói o saber, ele serve para conhecer e desconhecer, para reprimir e para emancipar” CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso (cit.)**. p. 3.

<sup>37</sup> “É claro que sabemos, numa sociedade como a nossa, da existência de procedimentos de *exclusão*. [...]. Basta-me referir que, nos dias que correm, as regiões onde a grelha mais se aperta, onde os quadrados negros se multiplicam, são as regiões da sexualidade e as da política: longe de ser um elemento transparente ou neutro no qual a sexualidade se desarma e a política se pacifica, é como se o discurso fosse um dos lugares onde estas regiões exercem, de maneira privilegiada, algumasalgunsalgumasalgumasalgumasalgumasdos seus mais temíveis poderes. O discurso, aparentemente, pode até nem ser nada de por aí além, mas no entanto, os interditos que o atingem, revelam, cedo, de imediato, o seu vínculo ao desejo e o poder. E com isso não há com que admirarmo-nos: uma vez que o discurso – a psicanálise mostrou-o –, não é simplesmente o que manifesta (ou esconde) o desejo; é também aquilo que é objeto do desejo; e porque – e isso a história desde sempre o ensinou – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas é aquilo pelo qual e com o qual se luta, é o próprio poder de que procuramos assenhorear-nos. FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2000, p. 2.

<sup>38</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, **Direito Civil: teoria geral**, p. 313.

compra e venda, de fatos “não jurídicos”, como o nascer do sol, a chuva, o ler, o caminhar na praia.<sup>39</sup> Em posição diametralmente oposta, para Perlingieri:

Cada fato da realidade social, mesmo aquele mais simples e aparentemente insignificante, tem juridicidade. O conjunto de regras e princípios que constitui o ordenamento jurídico determina, sempre, ao menos um perfil de relevância jurídica do fato. Tome-se como exemplo as normas que estabelecem a liberdade pessoal (art. 13 Const.), a liberdade de expressão e de pensamento (art. 21 Const.), a liberdade de circulação (art. 16 Const.), etc. O simples fato de Tício entrar no carro e percorrer alguns quilômetros é juridicamente relevante, porque a manifestação de um valor, um princípio jurídico, a liberdade de circulação.<sup>40</sup>

Entretanto, é certo que, em se tratando dos ditos fatos juridicamente irrelevantes, a doutrina majoritária ainda afirma que simplesmente não têm importância para o Direito até que o suporte fático da norma o preveja como elemento integrante. É o caso das relações de amizade ou de mera cortesia, que sempre foram vistas como irrelevantes pelo Direito, exceto quando integram o suporte fático abstrato de algumas regras do Código de Processo civil – CPC e do Código Civil<sup>41</sup>.

Porém, é a partir do preenchimento de cláusulas gerais como a da boa-fé objetiva que, pelos deveres a ela inerentes, seria perfeitamente possível preconizar, *verbigratia*, que obrigações naturais possuam alguma relevância jurídica<sup>42</sup>, ou mesmo a execução forçada da promessa de doação pura<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Segundo Albaladejo: *Ejemplos de hecho jurídico son la muerte de una persona (que provoca la apertura de su sucesión), el matrimonio (que crea el estado conyugal) o la compraventa (que obliga recíprocamente a los contratantes). Son ejemplos de hecho no jurídico la puesta del sol, la caída de la lluvia, el leer, el pasear, etc.* ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil**: introducción y parte general. 15. ed. p.a.d. con legislación y jurisprudencia. Barcelona: Bosch, 2002. p. 555.

<sup>40</sup> PERLINGIERI, O direito civil na legalidade constitucional, p. 639.

<sup>41</sup> “Muitas relações da vida são irrelevantes para o direito (e.g., a relação de amizade); posto que, aqui e ali, ganhe esporádica relevância” PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcante. **Op. cit.** p. 73. Art. 135, CPC. *Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; ou, Art. 229, CC. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: (omissis) II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo; Ou, ainda, no contrato de transporte: Art. 736. Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia* (grifos nossos).

<sup>42</sup> Cf. PERLINGIERI, Pietro. **O direito (cit.)**. p. 913 e ss. No Brasil, embora a doutrina relute em aceitar a coercitividade da cobrança por dívida de jogo, e também o artigo 814 e ss. do Código Civil de 2002 repetir repetir repetir repetir repetir repetir a opção legislativa nacional, é certo que, uma vez

Nota-se que, sendo o Direito uma ciência cultural, na verdade, fatos juridicamente irrelevantes podem ser também aqueles que, até o presente momento, não são passíveis de serem apreendidos pela razão humana, de adquirir caráter relacional. Entretanto, com a crescente sofisticação tecnológica, o homem expandiu sobremaneira seus limites cognoscíveis, fazendo com que novos objetos passassem ao âmbito da cultura, sendo, portanto, capazes de habitar o suporte fático abstrato das regras jurídicas, como as técnicas de reprodução assistida.

Por seu turno, os atos jurídicos inexistentes, conforme se verá detalhadamente adiante, surgem no âmbito do casamento como uma forma de sanção mais grave que a nulidade, em superação ao princípio do *pas de nullité sans texte*, baseado o legislador "na idéia de que não é possível prever todas as formas de nulidade na lei."<sup>44</sup>

Sendo assim, no reconhecimento da inexistência como categoria autônoma, o Direito conhece o fenômeno, mas, por valoração (inicialmente da doutrina, depois da jurisprudência e, em alguns ordenamentos, por disposição expressa de lei), nega-lhe completamente a possibilidade de

pagopagapagopagopagopago com cheque a dívida, dados os princípios específicos dos títulos de crédito, titularidade, cartularidade e independência das obrigações, uma dívida de jogo pode, sim, ganhar relevância jurídica. Eis o precedente do STJ: "EMENTA: Cobrança – Cheques – Emissão para pagamento de dívida de jogo contraída no exterior – Pretensão da apelada de desnaturar os cheques, sob a alegação de que os deu em branco ao seu marido e de que ele fez o preenchimento de ambos para pagar dívida contraída em cassino – Inadmissibilidade, pois o cheque é uma ordem de pagamento à vista e circula livremente, desde que tenha sido emitido pelo titular da conta corrente, independentemente de quem o preencha – Exigibilidade do débito, já que a dívida teria sido contraída na Argentina, onde o jogo é legalizado - Ação de cobrança procedente – Recurso improvido." (STJ – RESP 822.922 - SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – Julgamento 01/08/2008)

<sup>43</sup> Acerca da promessa de doação, afirma Moraes: "Quanto à promessa de doação, cumpre dizer que houve a manifestação da vontade em relação à promessa, ela já ocorreu, e quando se vai ao judiciário pedir sua execução é porque foi descumprida. O respeito aos compromissos assumidos representa um objetivo do nosso ordenamento jurídico e não parece haver qualquer razão especial que justifique a possibilidade de se descumprir, sem qualquer sanção possível, uma promessa de doação. Seu cumprimento é essencial porque uma promessa não mantida é uma falsa promessa e não uma promessa inexistente. O adimplemento, portanto, voluntário ou coativo, é umsuma consequênciamsumsumsums consequência lógica e necessária da promessa, isto é, é sua premissa: de fato, posta a premissa de que se prometeu algo, deduz-se que se deve manter o que se prometeu, seja voluntariamente seja com o auxilioauxílioauxílioauxílioauxílio da força do ordenamento." BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. In. NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os cinco anos do código civil. São Paulo: Atlas, 2008. p. 538.

<sup>44</sup> ASCENÇÃO, Direito Civil: teoria geral, p. 309.

adentrar no mundo jurídico, retornando-se ao estado anterior “como se nunca tivesse existido”.

Logo, atos juridicamente inexistentes e atos juridicamente irrelevantes aparentemente divergem em sua acepção inicial, mas convergem quanto aos desdobramentos. E se hoje é apregoada a transdisciplinaridade no Direito, o que se pretende é que a doutrina não se posicione deliberadamente de costas para os fatos, nem tampouco propositalmente rechace situações em que se situam diversos indivíduos negando-lhe status de situações jurídicas. Pessoas que, no mais das vezes, por sua peculiar situação, são minorias juridicamente qualificadas.<sup>45</sup>

Nesse sentido, recorrendo à noção de metáfora, Castro Jr. analisa peculiarmente o que chama de metáfora do “não” aplicada ao Direito.<sup>46</sup> Assim, a noção de não pertencer a alguns dos planos de incidência da norma é, de fato, uma graduação de negação feita pelo ordenamento a determinados atos. *In verbis*:

Na presente tese, a metáfora escolhida é a dos modos da negação: o ato inexistente corresponde à atitude de resposta do órgão decisor em face de uma mensagem que ele rejeita como mensagem, ou seja, desconfirma sua natureza de mensagem. O ato nulo corresponde àquele em que o decisor reconhece tratar-se de uma mensagem mas recua-se a aceitar o conteúdo. O ato ineficaz é aceito como mensagem e conteúdo, mas os efeitos são deliberadamente suspensos pela autoridade decorosa.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Minorias no direito civil. RTDC, v. 10, abr./jun. 2002, p. 135-136. *apud*. BARBOZA, Heloíza Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In TEPEDINOInTEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo:** embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. p. 419.

<sup>46</sup> “A visão do ‘não’ ‘dizer’ “não” “dizer a nulidade é, de fato, ‘negar’ “negar algo. Mas, numa sentença, numa petição, o que se faz é ‘afirmar’ “afirmar a nulidade. Afirmando a nulidade é que se pode pretender negar o efeito disputado litigiosamente. [...] Por outro lado, quando ocorre expressamente na linguagem desenvolvida do homem em pleno gozo de suas faculdades mentais, o ‘não’ “não expressa quase sempre uma resposta. Já é uma reação. Ação reflexiva. Mesmo quando uma ‘pergunta’ “pergunta tenha sido explicitamente formulada, o ‘não’ “não já se comprehende reflexivamente, porque o não, aparecendo só, apenas ganha sentido no espaço de certas pressuposições. Se alguém está fazendo algo, ou está na iminência de fazê-lo e houve um ‘não’ “não, sabendo que é consigo que se fala, muito possivelmente saberá também a que este ‘não’ “não se refere. Reconhece o ouvinte que foi reconhecido o sentido de sua conduta.”..... CASTRO JR. Torquato. **A pragmática (cit.)**, p. 150-153.

<sup>47</sup> *Idem*. p. 175.

Por outro lado, se, na atualidade, os princípios são aqueles que têm o condão de ampliar a abrangência da norma, dando ao intérprete a possibilidade de chegar a uma solução que se sobreponha à mera exegese da regra legal, concretizando os valores constitucionais, mais verossímil é a metáfora trazida por Moreira, a da “Invasão da Constituição”.<sup>48</sup>

Com efeito, os princípios constitucionais são de suma importância para a construção de uma nova visão das relações interprivadas. Isso porque, explica-nos Tepedino, com a derrocada do discrimen entre liberdades públicas e direitos da personalidade, entre direito público e direito privado, é possível a aplicação direta dos direitos humanos nas relações entre particulares<sup>49</sup>, premissa já amplamente aceita pela jurisprudência nacional.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> “Assim, o neoconstitucionalismo, como teoria particular que serve para um modelo de estado constitucional democrático, é menos ambicioso no plano conceitual – como teoria do direito –, por oferecer um modelo de direito admitindo sua coexistência com outros modelos encontrados em Estados com organização diversa [...]. Entretanto, é mais pragmático, já que se alicerça nas bases de um modelo concreto e existente, e que pretende construir um direito único. É a partir destes estudos que se percebe a onipresença ou verdadeira **invasão da Constituição** nos diversos campos jurídicos – e por que não também sociais e políticos – com contornos aplicáveis somente às constituições democráticas, tidas como avançadas.” (*grifo nosso*). MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo:** a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. p. 30.

<sup>49</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In \_\_\_\_\_, **Temas de Direito Civil**. Tomo I. 4. ed. Atual e ver. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 66.

<sup>50</sup> v.g. EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...] II. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. [...]. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

Dessa maneira, segue a análise de alguns pontos nevrálgicos da teoria do ato jurídico inexistente, a começar pela sua origem doutrinária: a teoria do casamento inexistente e o problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

#### 4.1 Origem da teoria dos atos jurídicos inexistentes: casamento inexistente. O problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo

A amostra de jurisprudência acerca do casamento inexistente evidencia o quão incongruentes podem ser os fundamentos de uma decisão judicial se comparados às asseverações doutrinárias acerca de determinado tema, o que somente demonstra o quanto os magistrados confundem os conceitos de nulidade e de inexistência, desnudando o verdadeiro quiproquo terminológico na aplicação prática dos postulados da teoria do fato jurídico.

Primeiramente, sabe-se que o instituto do casamento inexistente é o ponto-chave no estudo da teoria da inexistência. Ilustrativamente, ele estaria para essa teoria como o a propriedade está para os direitos reais, conforme afirmou inicialmente Zacharie. Essa teoria foi ainda desenvolvida por seus seguidores, como Aubry e Rau, os quais taxavam de “inexatas” distinções que não adotassem a gradação entre atos anuláveis, nulos e inexistentes.<sup>51</sup>

Acusa Pinto que a distinção entre casamento inexistente e nulo guarda também razão no Direito Canônico, onde se distinguia entre *matrimonium nullum* e *matrimonium non existens*.<sup>52</sup> De fato, se para a religião os homossexuais “vivem pecado”, seria plenamente justificável,

---

<sup>51</sup> No original: *La loi, la jurisprudence et la doctrine ne distinguent pas toujours nettement ces deux classes d'actes, et qualifient souvent d'actes nuls des actes que sont en réalité à considérer comme inexistant. [...]. Quelquefois les auteurs opposent la nullité de non existence à la nullité de simples anulabilité; d'autres fois, ils appellent les actes inexistantes dès actes radicalement ou substantiellement nuls. Nous n'adopterons pas locutions que nous paraissent pas exactes.*” (grifamos). AUBRY, Charles-Hippolyte; RAU, Frédéric Charles. *Cours de droit civil français*: d'après la méthode de Zacharie. Tome 5. Paris: Marchal Cosse, 1869-1879. p. 112. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148>. Acesso em: 11 set. 2010.

<sup>52</sup> Cf. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 618 (nota 839).

dentro dessa mentalidade, que a questão homoafetiva fosse tratada com desdém, sofrendo represálias no campo jurídico específico.<sup>53</sup>

Por outro lado, se a Magna Carta brasileira proclama um Estado laico (art. 19, I, CRFB), tal discurso torna-se inaceitável. Concorda conosco Namur, afirmando que [...] “a não adoção do casamento civil para as pessoas do mesmo sexo revela uma opção claramente ideológica, a de não estender instituto que simboliza a exclusão de uma série de sujeitos de direito, incluindo aí o sujeito homossexual.”<sup>54</sup>

Crítico da doutrina da inexistência em Portugal, Cordeiro assevera que a aplicação de seus postulados acaba por “não ponderar adequadamente os interesses e os valores em jogo”, restando desprotegido o terceiro de boa-fé em muitos casos. Assim, embora o Código Civil luso tenha consagrado expressamente o casamento inexistente (artigos 1628º a 1630º), haveria de se restringir a interpretação do art. 1630º/1 do Código, por criar uma situação de desigualdade àquele que de boa-fé acreditou na aparente validade do ato.<sup>55</sup>

É fato que, hoje, a opção ideológica mencionada vem perdendo força em alguns países diante da aprovação de leis esparsas que alteram seus respectivos códigos civis, garantindo aos homossexuais a possibilidade de

<sup>53</sup> Nesse sentido, os inúmeros argumentos apresentados pela Igreja Católica contra o reconhecimento do matrimônio homossexual: “*Nonetheless, according to the teaching of the Church [...] “The homosexual inclination is however ‘objectively disordered’ and homosexual practices are ‘sins gravely contrary to chastity.’*” (grifo nosso). Disponível em: <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20030731\\_homosexual-unions\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_en.html)>. Acesso em 24 set. 2010.

<sup>54</sup> NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 159.

<sup>55</sup> “A lei portuguesa distingue, no casamento, os vícios da inexistência e da anulabilidade – art. 1627º. [...]. Ela [inexistência] distinguir-se-ia da nulidade ou da anulabilidade por vedar, por completo, a produção de quaisquer efeitos. O casamento declarado nulo ou anulado produz efeitos entre os cônjuges de boa-fé e os próprios terceiros – casamento putativo, art. 1647º: Aquele que acredita na aparência dum casamento não deve ser prejudicado pela ineficácia dele. Isso não sucederia com o casamento inexistente; a própria lei o afirma – art. 1630º/1. Porém, os vícios que conduzem à inexistência – 1628º – não são de molde a questionar a aparência do casamento: a pessoa que, de boa-fé, acredite nele, merece tanta tutela quanto a concedida a quem creia num casamento declarado nulo ou anulado. No próprio Direito de família, deve considerar-se em aberto a possibilidade de restringir, pela interpretação, o artigo 1630º/1 do Código Civil: elaborado com meras preocupações conceituais, esses preceitos – bem como os que reportam à inexistência – acaba por não ponderar os interesses e os valores em jogo.”..... MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português.** Parte Geral. Tomo I. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2000. p. 652.

verem tuteladas juridicamente suas escolhas existenciais em todas as acepções. Em Portugal, a Lei nº 9/2010<sup>56</sup> consagrou essa opção, revogando expressamente o art. 1628º/e do Código, assim como outros países europeus. Na América do Sul, a Argentina reconheceu o matrimônio civil entre pessoas do mesmo sexo também no ano 2010 (Ley 26.618/2010).<sup>57</sup>

Insta salientar que, ao contrário de muitas discussões doutrinárias acerca da utilização do termo matrimônio ou casamento, bem como de uma possível categorização diversa para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, as legislações citadas simplesmente alteram o suporte fático abstrato da regra do casamento, que passa expressamente a abarcar outras situações na realização da *fattipescie* concreta.

Por sua vez, no Brasil, embora tramite no Congresso Nacional há décadas um projeto de lei (Projeto de Lei 1.151/95), que visa em alguma medida reconhecer a união homoafetiva sob a pecha de “contrato de união civil entre pessoas do mesmo sexo”, os maiores avanços vêm sendo aquiescidos pela jurisprudência. Afinal, é amplamente majoritário o entendimento que estende analogamente à união entre pessoas do mesmo sexo os efeitos da tutela como sociedade de fato (art. 931, CC), havendo sempre de ser provada, à época da separação e da divisão dos bens, o esforço comum em sua aquisição (Súmula nº 380)<sup>58</sup>, sem quaisquer consequências alimentícias ou sucessórias.<sup>59</sup> O casamento, porém, parecia ser uma

---

<sup>56</sup> Cf. <<http://dre.pt/pdf1sdip/2010/05/10500/0185301853.pdf>>. Acesso em 09 out. 2010.

<sup>57</sup> Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>>. Acesso em 10 out. 2010.

<sup>58</sup> STF. SÚMULA. 380: COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO ENTRE OS CONCUBINOS, É CABÍVEL A SUA DISSOLUÇÃO JUDICIAL, COM A PARTILHA DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM.

<sup>59</sup> A título de exemplo, trecho extraído de decisão monocrática proferida pelo STJ: “Esta matéria vem sendo bastante discutida no direito, a legislação não é específica, mas algumas medidas tomadas, principalmente pelos órgãos públicos, apontam para o reconhecimento das relações homoafetivas e suas consequências, tais como direito à herança, aos benefícios previdenciários, aos planos de saúde, etc... O pleito colocado à apreciação do Judiciário está em conformidade com o Princípio Constitucional da Igualdade, previsto no inciso I, do art. 5º. Tal princípio, com certeza, tem a mesma relevância do Princípio da Legalidade – dentre outros – [...]” (STJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 1.136.448 - PE (2008/0271773-3) - Relator Ministro VASCO DELLA GIUSTINA DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS, 10/02/2010)

realidade difícil de ser vislumbrada, mas o STF avançou com o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277.

Nas palavras de Chaves:

Enquanto o Legislativo vacila, o Judiciário faz valer os princípios constitucionais da igualdade e liberdade. O julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277 representou uma genuína quebra de paradigmas e um avanço para o nosso Direito das Famílias.

O julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277 representou uma genuína quebra de paradigmas e um avanço para o nosso Direito das Famílias. Um julgamento tão *público* em uma seara tão *privada* da pessoa humana, que é a que condiz com a sua intimidade e os seus relacionamentos afetivo-sexuais. O Supremo Tribunal Federal brasileiro entendeu que a união homoafetiva é entidade familiar, e que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.

As duas ações foram julgadas procedentes, por unanimidade, e grande parte dos Ministros acompanhou na integralidade o sensível e juridicamente preciso voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. E em todos os votos foi ressaltada a postura consensual da Corte contra a discriminação e o preconceito.

Destarte, identificados os pressupostos legais para configuração da união estável, consubstanciada na convivência pública, continuada e duradoura, com intuito de formação de família, casais homossexuais “formam uniões estáveis aptas ao usufruto de todos os direitos e ao exercício de deveres decorrentes do mesmo sentimento: o amor”.

Assim, as uniões homoafetivas foram equiparadas às uniões estáveis. Mas o que dizer sobre o casamento civil? Um dos questionamentos mais recorrentes quando se debate sobre o referido julgamento é: o STF julgou sobre o casamento homoafetivo? A resposta deve ser um solene não. Os julgadores se limitaram a dar ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro uma interpretação conforme a Constituição, equiparando as duas entidades familiares. Então o casamento civil homoafetivo não é permitido? Deve-se utilizar, uma vez mais, um solene não. O casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é, sim, possível, como um efeito direto ou natural da decisão do STF. O art. 1.726 do Código Civil brasileiro é bem claro e explícito ao estabelecer que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.<sup>60</sup>

Portanto, apesar do posicionamento do STF, a inexistência jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil, até que sobrevenham mudanças legislativas, serve como sustentáculo teórico para que este seja

---

<sup>60</sup> Marianna Chaves in <<https://arpn-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>>. Acesso em 18 jul. 2017.

rechaçado de plano, ocasionando todos os desdobramentos previstos para um negócio inexistente.

Por derradeiro, lembremos as clássicas lições de Ferrara, que afirmou que o negócio inexistente diferiria do nulo, em suma, porque este poderia excepcionalmente produzir efeitos, além da possibilidade de serem convertidos em outros<sup>61</sup>, ou mesmo conservados.<sup>62</sup> Perquire-se qual a razão de ser de tal instituto hoje, uma vez que, com os avanços da medicina, é plenamente possível que se celebre um casamento entre duas pessoas do mesmo sexo e, ao dia seguinte, uma delas faça uma cirurgia de modificação de sexo, alterando-se estado e nome no registro civil<sup>63</sup>, conservando-se um negócio em tese “juridicamente inexistente”, o qual torna-se plenamente válido e eficaz.

<sup>61</sup> No original: *La distinzione tra nullità assoluta ed inesistenza sarebbe vana se non se discendesse una diversità di conseguenze: a nostro avviso, essa è innegabile. Il negozio nullo può, in linea eccezionale, convalidarsi a mezzo di conferma (art. 1311 cod. civ. 1865; art. 590, 799 cod. civ.); può produrre effetti divetsi dai suoi pruopri (art. 1338 cod. civ.); effetti più limitati (così per Il matrimonio: matrimonio putativo: art. 116 cod. civ. 1865; art. 128 cod. civ.); può convertirsi in altro negozio, di cui abbia gli elementi (art. 1424 cod. civ.). Tutto ciò è impossibile per i negozi inesistenti, in quanto sono logicamente inconciliabili come negozi e mancano di fattispecie pur solo esteriori: quindi non sono suscetibili di convalida né possono produrre effetti di sorta né tradursi in altro nogozio, per mancanza dei volontà.* FERRARA, Francesco. **Il negozio giuridico nell diritto privato italiano.** Napoli: Morano Editrice, 1948. p. 337.

<sup>62</sup> Acerca do princípio da conservação do negócio jurídico, consagrado em nosso ordenamento pelo arts. 173 e ss. Do Código Civil, v. CARDOSO, Vladimir Mucury. **Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 373 e ss.

<sup>63</sup> EMENTA: **Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. Recurso especial provido.** [...]

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. [...]

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. [...]

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. (STJ - REsp 1008398/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009).

Desconstruído hipoteticamente o principal instituto da doutrina da inexistência, passa-se à análise de algumas de suas nefastas consequências na transposição para a teoria do negócio jurídico e para alguns desdobramentos na teoria do Direito.

#### 4.2 Transposição ao instituto do negócio jurídico: breves apontamentos

Conforme dito inicialmente, ainda que sob críticas, a doutrina da inexistência jurídica foi transportada ao negócio jurídico e, principalmente no Brasil, a teoria do fato jurídico de Miranda floresceu, deixando adeptos em todas as áreas do Direito.<sup>64</sup>

Restringindo-se ao negócio jurídico, inicialmente, convém ressaltar que, entre nós, essa concepção tampouco esteve imune a ponderações. Rodrigues, por exemplo, afirma que a ideia de ato inexistente, ultrapassando o quadro do direito matrimonial, alcançou grande êxito,

---

<sup>64</sup> A título de exemplo, questões processuais são diuturnamente resolvidas pela jurisprudência com alusão à doutrina da inexistência: **EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, III DO CPC. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA RÉ. HIPÓTESE DE QUERELLA NULITATIS. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.** Em vez de ação rescisória, que exige a existência de decisão de mérito com trânsito em julgado, a nulidade por falta de citação deve ser suscitada por meio de ação declaratória denominada *querella nullitatis*, que não possui prazo para sua propositura. [...]. No caso dos autos, a ação principal tramitou sem que houvesse citação válida de litisconsorte passivo necessário. Esse vício, segundo o Min. Relator, atinge a eficácia do processo em relação ao réu e a validade dos atos processuais subsequentes, por afrontar o princípio do contraditório. Assevera que aquela decisão transitada em julgado não atinge o réu que não integrou o polo passivo da ação. Trata-se, nesses casos, de sentenças tidas como nulas de pleno direito, que ainda são consideradas inexistentes, que ocorrem, por exemplo, quando as sentenças são proferidas sem assinatura ou sem dispositivo, ou ainda quando prolatadas em processo em que falta citação válida ou quando o litisconsorte necessário não integrou o polo passivo. Assim, essas sentenças não se enquadrariam nas hipóteses de admissão da ação rescisória (art. 485, I a IX, §§ 1º e 2º), pois não há previsão quanto à inexistência jurídica da própria sentença atingida de vício insanável. Observa, ainda, o Min. Relator que este Superior Tribunal, em questão análoga, decidiu no mesmo sentido e o Supremo Tribunal Federal também entende que a existência da coisa julgada é condição essencial para o cabimento da ação rescisória, motivo pelo qual, ausente ou sendo nula a citação, é cabível a qualquer tempo a ação declaratória de nulidade, em vez da ação rescisória prevista no art. 485 do CPC. [...] Precedentes citados do STF: RE 96.374-GO, DJ 30/8/1983; do STJ: REsp 62.853-GO, DJ 1º/8/2005, e AR 771-PA, DJ 26/02/2007. (STJ - AR 569-PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgada em 22/9/2010). Em doutrina, V. EHRHARDT JR., Marcos; DIDIER JR., Freddie. **Teoria do fato jurídico.** Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

embora não sejam poucos os que a condenam, por achá-la “inexata, inútil e inconveniente.”<sup>65</sup>

Parte o autor da premissa de que as duas principais características do ato jurídico inexistente são<sup>66</sup>: a não necessidade de ação judicial para a sua decretação, e o fato de que não se sujeita nem à prescrição nem à decadência, podendo ser a qualquer tempo declarado.

Acerca do primeiro corolário, Garcez já afirmava que, para nós, este não carece de importância, uma vez que as “nullidades” de pleno direito, ou seja, aquelas que têm o condão de restabelecer os efeitos de um ato “como se nunca tenha existido”, necessariamente devem ser decretadas pelo juiz, com base no artigo 686, § 4º, do Regulamento 737 de 1850, que antecedeu ao Código Civil de 1916.<sup>67</sup>

Por seu turno, quanto à segunda, é na ideia de existência jurídica que se baseia a nova sistemática da prescrição e decadência apresentada pelo Código atual. Conforme leciona Amorim Filho, são imprescritíveis aquelas situações em que o juiz apenas se limita a declarar uma “certeza jurídica”. Assim, “são perpétuas (ou imprescritíveis) todas as ações

<sup>65</sup> Cf. RODRIGUES, Silvio. **Curso de direito civil:** direito de família. 27. ed. atual. Por Francisco José Cahali com anotações ao novo código civil. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 83-86. e RODRIGUES, Silvio. **Curso de direito civil:** parte geral. 32. ed. atual. Por Francisco José Cahali com anotações ao novo código civil. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 290.

<sup>66</sup> “A admissão da idéia de inexistência envolve dois corolários extremamente importantes. O primeiro consiste em que, ao contrário do ato nulo, em que mister se faz a declaração judicial de sua ineficácia, o ato inexistente independe de ação judicial para perder qualquer efeito, pois, se ele nem sequer existe, não se faz necessário, naturalmente, destruí-lo. O segundo corolário diz respeito à prescrição, pois, mesmo para aqueles que sustentam a prescritibilidade das ações de nulidade absoluta, o ato inexistente não convalesce nunca, por maior que seja o transcurso do tempo.” RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral.** (cit.) p. 290.

<sup>67</sup> Pela atualidade das palavras, convém transcrevê-las: “Doutrina a torrente dos jurisconsultos franceses, sectários de Zacharie, que não há necessidade de se pedir aos tribunaes que destruam um contracto inexistente, porque a inexistencia tem lugar de pleno direito, *ex vi* do art. 1117 do cod. civ. franc. Não se comprehende, dizem elles, que se peça a annullação do que não existe, porque não se anula o nada. [...] Não há acção principal e directa para fazer constatar a inexistencia. [...] A questão não tem para nós interesse, porque *legem habemus*. Dispõe o art. 686, § 4º, do Reg. 737, de 1850: “A nullidade de pleno direito pôde ser allegada e pronunciada por meio de acção ou defesa; mas a nullidade dependente de rescisão deve ser pronunciada por meio da acção competente.” GARCEZ, Martinho. **Nullidades dos Actos Jurídicos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1910. p. 390. Embora divergindo sobre a possibilidade de verificação, na prática da nulidade de pleno direito, o que se confirmou pela não adoção da expressão no Código de 1916, conclui Valle Ferreira também pela necessidade de pronunciamento judicial para decretar a invalidade do ato. Cf. FERREIRA, José G. do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, ano XIV, n. 3 (Nova Fase), out. 1963, p. 29-37.

declaratórias, e também aquelas ações constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício.”<sup>68</sup>

A exemplo, já citado pelo autor à época, o atual artigo 1.601 do Código Civil, que institui a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade movida pelo marido. De constitucionalidade duvidosa, conclui Tepedino, ao se debruçar sobre o dispositivo, “pode ter limites impostos pela própria natureza da relação entre pai e filho, devendo prevalecer na maioria das vezes o interesse deste.”<sup>69</sup>

Assim, em linhas gerais, Rodrigues conclui que a doutrina da inexistência seria: a) inexata, porque, no mais das vezes, a aparência criada pelo ato faz com que seja necessário o recurso ao judiciário; b) inútil, porque a noção de nulidade absoluta a substituiria vantajosamente, vez que, se falta ao ato um elemento substancial, ele deve ser proclamado nulo;<sup>70</sup> e, finalmente; c) inconveniente, pois a desnecessidade de ação judicial para declarar a inexistência privaria as partes interessadas das garantias de contraditório no processo, além da impossibilidade de intervenção do Ministério Público.<sup>71</sup>

Portanto, esta parece ser a síntese das premissas que levam à desnecessidade de se recorrer à noção de inexistência jurídica hoje. Conforme visto, a questão ultrapassa um problema meramente terminológico,<sup>72</sup> com profundas implicações práticas, urgindo, assim,

<sup>68</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: **Revista dos Tribunais**, v.744, Ano 86, outubro de 1997, São Paulo: RT. pp. 725-750 (Originalmente publicada no v. 300 de outubro 1961). pp. 742-743.

<sup>69</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In **Temas de Direito Civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 489.

<sup>70</sup> Nesta mesma esteira, conclui Antônio Menezes Cordeiro: “A transposição da inexistência para o negócio jurídico em geral num passo que nenhuma lei, aliás, indica, conduziria a resultados ainda mais inadequados. [...] Os pretensos casos de inexistência jurídica são, pois, de nulidade sob pena de gravíssimas injustiças, enquadradas por puros conceptualismos.” MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Op. cit.**, p. 662-663. Dentre nós, no mesmo sentido, Orlando Gomes, para quem o negócio tem como elementos indispensáveis a vontade e o objeto. Mesmo assim, “Não obstante, a teoria da inexistência é tida como uma construção inútil. A falta de objeto pode ser considerada causa de nulidade, e a da vontade, até de anulabilidade.” GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 402.

<sup>71</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. (cit.), p. 291.

<sup>72</sup> Sobre o problema terminológico, Antonio Junqueira de Azevedo: “Ao negócio inexistente, seria preferível chamar ‘negócio aparente’: essa denominação evitaria uma inútil discussão terminológica

repensar muitas das lições que acriticamente se repetem no estudo da teoria geral do direito civil, com repercussões em toda a teoria do Direito.

## 5. Considerações finais

Do exposto, infere-se que as robustas construções lógicas sobre a teoria do fato jurídico devem ser relidas. Afinal, diante do avanços hermenêuticos alçados pela doutrina do Direito Civil-Constitucional, além da massificação dos usos das tecnologias demandando novas respostas às situações fáticas apresentadas, seus postulados tornam-se insuficientes. Nesse sentido, segundo Tesheiner:

Não há um plano da existência que se contraponha aos planos da validade e da eficácia. [...]. Trata-se de uma concepção que não ajuda, mas atrapalha o raciocínio jurídico. [...] É que os problemas que o jurista são chamados a resolver são problemas do mundo fático, com toda a variedade e complexidade com que se apresentam na vida real. Não são problemas matemáticos, nem de lógica, nem mesmo de lógica jurídica.<sup>73</sup>

“O ordenamento vive dos fatos que historicamente o realizam.”<sup>74</sup> Em outras palavras, preconizar-se a necessidade de alargamento paulatino das possíveis situações abarcadas pelo suporte fático abstrato somente mantém o velho discurso da subsunção, visando a norma jurídica “colorir”<sup>75</sup> um mundo cujas cores são sempre infinitamente maiores do que os rígidos

sobre a contradição que a expressão ‘negócio inexistente’ contém e, principalmente, revelaria a principal característica do chamado negócio inexistente (isto é, aparência de negócio). AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63 (nota 88). Com efeito, a escola desenvolvida pelo autor difere em alguns pontos da doutrina pontesiana. Isto porque, embora recorra a suas asseverações, acaba por se utilizar da chamada “técnica da eliminação progressiva”, restando praticamente impossível que um fato qualquer do mundo reste à *inexistência jurídica*, que se opõe à *inexistência material*, conforme preceitua António Menezes Cordeiro. Cf. MENEZES CORDEIRO, António. **Op. cit.**, p. 651.

<sup>73</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Não existe “mundo jurídico” paralelo ao mundo fático**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/03de2004/naoexistemundojuridico.htm>>. Acesso em: 31 set. 2010.

<sup>74</sup> PERLINGIERI, O direito civil na legalidade constitucional, p. 657.

<sup>75</sup> Termos usados por Pontes de Miranda. “[...] à lei é essencial *colorir* fatos, tornando-os fatos do mundo jurídico e determinando-lhes os efeitos (eficácia deles).” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Tomo I, Parte geral. Campinas: Bookseeler, 2000, p. 59.

textos legais podem prever. Cores que só o intérprete é capaz de reproduzir com precisão, sem nunca se posicionar de costas para os fatos, excluindo aqueles que nele vivem. Realidade à qual somente se pode responder com justiça através do preenchimento dos conceitos jurídicos abstratos pelos valores expressos na normativa constitucional, os quais a cada dia mais espelham a riqueza de sua complexidade.

## Referências bibliográficas

- ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil**: introducción y parte general. 15. ed. p.a.d. con legislación y jurisprudencia. Barcelona: Bosch, 2002.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: **Revista dos Tribunais**, v. 744, Ano 86, outubro de 1997, São Paulo: RT. pp. 725-750 (Originalmente publicada no v. 300 de outubro 1961).
- ARGENTINA (Legislação). <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>>. Acesso em: 10 out. 2010.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: teoria geral. Vol. 2: Ações e Fatos Jurídicos. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.
- AUBRY, Charles-Hippolyte; RAU, Frédéric Charles. **Cours de droit civil français**: d'après la méthode de Zacharie. Tome 5. Paris: Marchal Cosse, 1869-1879. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/>>. Acesso em: 11 set. 2010.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Civil tende a desaparecer? **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 92. n. 811. p. 753-60. maio. 2003.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARBOZA, Heloíza Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.
- BARRETO, Vicente de Paulo (coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre/Rio de Janeiro: Ed. Unisinos/Renovar, 2006.
- BETTI, Emílio. **Teoria do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os cinco anos do código civil. São Paulo: Atlas, 2008.
- CARDOSO, Vladimir Mucury. **Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009.

- CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. Metáforas na teoria do fato jurídico. In EHRHARDT JR., Marcos; DIDIER JR., Freddie. **Teoria do fato jurídico**. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do Ensino do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- FACHIN, Luís Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. À luz do novo código civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERRARA, Francesco. **Il negozio giuridico nell diritto privato italiano**. Napoli: Morano Editrice, 1948.
- FERREIRA, José G. do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, ano XIV, n.3 (Nova Fase), out. 1963, pp. 29-37.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2000.
- GARCEZ, Martinho. **Nullidades dos Actos Jurídicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1910.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- INTELLIGENCIA JURÍDICA (Revista eletrônica). Disponível em: <<http://www.intelligentajuridica.com.br/old-fev2001/entrevista.html>>. Acesso em: 11 out. 2010.
- JURISPRUDÊNCIA. Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: set. 2010.
- JURISPRUDÊNCIA. Brasil. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: set. 2010.
- LARENZ, Karl. **Metodologia e ciência do direito**. Trad. José Lâmego. 3. ed. Lisboa: Fundação Galouze Gulbekian, 1997.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O negócio jurídico e suas modalidades. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**. Parte Geral. Tomo I. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2000.
- MENGER, Anton. **El derecho civil y los pobres**. Trad. Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1947.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação civil-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Ed. bras. Organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado.** Tomo I, Parte geral. Campinas: Bookseeler, 2000.
- PORTUGAL (Legislação). <<http://dre.pt/pdf1sdip/2010/05/10500/0185301853.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2010.
- RODRIGUES, Silvio. **Curso de direito civil:** direito de família. 27. ed. atual. Por Francisco José Cahali com anotações ao novo código civil. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODRIGUES, Silvio. **Curso de direito civil:** parte geral. 32. ed. atual. Por Francisco José Cahali com anotações ao novo código civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROSENWALD, Nelson. **Curso de direito civil:** direitos reais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 4. ed. atual e rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TESHEINER, José Maria Rosa. **Não existe “mundo jurídico” paralelo ao mundo fático.** Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/03de2004/naoexistemundojuridico.htm>>. Acesso em: 31 set. 2010.
- UNIVERSIDADE DE NAVARRA. Disponível em: <[http://www.unav.es/civil/nsd/pagina\\_2.html](http://www.unav.es/civil/nsd/pagina_2.html)>. Acesso em 24 set. 2010.
- VATICANO. Site Oficial da Santa Sé. Disponível em: <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20030731\\_homosexual-unions\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_en.html)>. Acesso em 24 set. 2010.