

# ENSAIO SOBRE EXISTÊNCIA E INEXISTÊNCIA NO DIREITO

Jonathan Doering Darcie<sup>†</sup>

Resumo: O plano da existência representa, para o direito, a fronteira última entre o jurídico e o não jurídico. Cada ordenamento jurídico, através de suas próprias normas, determina, para cada espécie de algo jurídico, quais são os elementos mínimos para sua inserção neste mundo lógico que é o direito. A inexistência jurídica, categoria oposta e rotineiramente negligenciada pelos autores das mais diversas áreas de divisão do direito, representa o caso limite dos defeitos jurídicos. Porque determinado ato ou fato não alcançou as condições mínimas para provocar a sua inserção no mundo jurídico através do fenômeno lógico-normativo da incidência, não será jurídico, a implicar não apenas o seu não-valor para o direito como, da mesma forma, o não-valor para o direito de tudo que o tenha tido como fundamento de existência jurídica, a dispensar, até mesmo, obrigatoriedade de intervenção judicial para tal reconhecimento.

Palavras-chave: teoria geral do direito; existência jurídica; inexistência jurídica.

Sumário: Introdução. 1. Sobre a existência jurídica. 2. Sobre a inexistência jurídica. Conclusões. Bibliografia.

Abstract: The existence level represents to jurisprudence the last frontier between the juridical and the not juridical. Each law system determines through their own standards (norms)

---

<sup>†</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do RS – UFRGS. Advogado.

which are the minimum elements for something to be considered inserted in this logical world of jurisprudence. Therefore the juridical inexistence, opposite category commonly neglected by authors from several areas of law, consists in the limiting case of legal defects. Because some act of fact did not reach the minimum conditions to cause its insertion in the legal universe through the logical-normative phenomenon of incidence, it is not juridical, implying not only its absense of value to law but the absense of value to the law of everything that took that as ground for juridical existence, making it unnecessary even the obligation of judicial intervention to such recognition.

Keywords: general theory of law; juridical existence; juridical inexistence.



## INTRODUÇÃO

A noção de inexistência, conceitualmente contemplada, não deveria ser problema de qualquer ciência que não a filosofia. Afinal de contas, um biólogo não está preocupado em estudar um não ser vivo, um físico, em estudar um não evento da natureza. Interessa-lhes essencialmente o objeto que adentra em suas áreas de *expertise*; tudo o que não penetra seus limites, tão logo se saiba, não mais recebe a dignidade da observação.

Assim é a ciência, mas o direito, também ciência, assim não é. Submerso no mundo dos juízos, dos ideais, ainda que trabalhando com fatos, o direito convive constantemente com a transição entre o não jurídico e o jurídico, importando-lhe, precisamente, as condições e características dessa passagem,

tanto em um percurso quanto no outro. Um exemplo convém. Duas pessoas, uma delas intencionando vender um bem (A), a outra pretendendo adquiri-lo (B), resolvem redigir um documento declarando suas vontades recíprocas, almejando, com isso, formalizar um contrato de compra e venda. Um observador, em mira dessa situação e pretendendo descrever o nascimento jurídico de um contrato de compra e venda, será obrigado a declarar qual ou quais fatos envolvendo o relacionamento entre A e B determinaram a existência jurídica do contrato; ou, por outro lado, certo de sua inexistência jurídica, o que faltou nesse relacionamento para que existisse juridicamente um contrato de compra e venda.

A identificação dos critérios pelos quais algo passa a existir juridicamente representa nada menos do que um certificado de emancipação do direito enquanto área autônoma do conhecimento. Se o direito pretende regular a vida em sociedade, em específico, “*motivar certa conduta recíproca dos seres humanos: fazer com que eles se abstenham de certos atos que, por alguma razão, são considerados nocivos à sociedade, e fazer com que executem outros que, por alguma razão, são considerados úteis à sociedade*”<sup>1</sup>, o fazendo através de normas<sup>2</sup>, então é fundamental que tenhamos solidamente

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 21.

<sup>2</sup> Normas, para BIERLING, vem definidas como elementos de direcionamento da vontade do homem (*Imperative*), sendo finalidade do direito, na mesma linha do que referimos acima, um comportamento exterior determinado de pessoa para pessoa (BIERLING, Ernst Rudolf. *Juristische Prinzipienlehre*. Erster Band: Scientia Aalen, 1961, S. 19-21). No mesmo sentido, WINDSCHEID, para quem a função do ordenamento jurídico é, tanto quanto o ordenamento moral, a regulação da vontade humana, prescrevendo o direito o que *pode* ser querido pelo homem (WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Band 1, Düsseldorf, 1862, S. 81; WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 3. Aufl., Band 1, Düsseldorf: 1870, S. 86). Permitimo-nos discordar de BIERLING quando pretende reduzir todo o direito ao fenômeno normativo-imperativo (*Ibidem*, S. 26; no mesmo sentido, THON, August. *Rechtsnorm und Subjectives recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. Weimar: Böhlau, 1878, S. 3; JHERING, Rudolph von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Ed. Atalaya, 1946, p.

determinados quais os critérios ditados pelo sistema para a existência jurídica de uma norma, ou do ato jurídico que a contém. De outro modo, incapazes ou desinteressados em explicar adequadamente a aparição de algo do direito, o *quomodo* da existência jurídica, contribuímos para a diminuição do direito ao patamar de pseudociência.

A existência jurídica é tema onipresente no direito, abarcando desde o material que compõe suas fontes mais primárias, a gerar direito de natureza objetiva, às dimensões mais particulares, de geração de direito subjetivo. De modo mais concreto: das leis aos contratos, o plano da existência aparece com semelhante importância e intensidade. Preocupa que haja vozes a sustentar a irrelevância da categoria<sup>3</sup>.

O interesse para o tema da inexistência jurídica decorre do fato de o direito repercutir diretamente sobre a conduta humana e, com isso, de modo indireto, sobre o mundo real<sup>4</sup>.

---

163-168). Para o autor, normas jurídicas independentes são apenas os mandamentos e as proibições (*Gebote und Verbot*, *Ibidem*, S. 71-72). É certo que o direito encontra na norma a sua essência, pois, é verdade, o direito tem por finalidade o condicionamento da conduta humana. No entanto, como será visto adiante, nem todo o direito opera de modo imperativo. Participam do direito, com enorme assiduidade, faculdades, na condição de elementos de criação do direito por intermédio da vontade. No mesmo sentido, LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Auflage, Berlin: Springer, 1995, S. 74-78. Criticando a assunção do caráter imperativo da norma penal, quanto à forma, BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band I. 4. Auf. Leipzig: Scientia Verlag Aalen, 1965.

<sup>3</sup> LUTZESCO, Georges. *Teoria y practica de las nulidades*. Trad. Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda. Mexico: Editorial Porrúa S.A., 1978, p. 232-238. TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000. Veja-se, ademais, na recente tese de doutoramento apresentada por GLOECKNER, em que sustenta, no âmbito do processo penal, ser a inexistência jurídica conceito ultrapassado e desnecessário (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010 p. 331).

<sup>4</sup> Fala-se em repercussão indireta sobre o mundo real porque o direito tem sede no plano dos juízos lógicos, sendo incapaz de produzir, como tal, consequências diretas no mundo sensível. Através do direito, a conduta humana é meramente regulada e dirigida, não determinada de modo causal. O fato de indivíduos se comportarem

Haverá, então, um sem-número de casos em que atos juridicamente inexistentes gerarão consequências no mundo sensível, sendo relevante determinar, após explanação dos requisitos para a sua ocorrência – objeto de nossa exposição na perspectiva da jurisdição constitucional –, também as suas consequências, inclusive com relação a efeitos de fato que possam ter ensejado: um documento que existe, sem, no entanto, representar juridicamente um contrato de compra e venda, poderá influenciar a conduta daqueles que são partes no contrato, que se comportam compelidos por normas jurídicas que não existem, no que se convencionou denominar de efeitos de fato.

Na esfera da jurisdição constitucional também aparece, tornando-se ainda mais interessante e relevante. Por um lado, o reconhecimento da inexistência jurídica de um ato jurídico normativo (e, portanto, ato supostamente jurídico), como uma lei ou um decreto, poderia implicar que todos os fatos jurídicos a ele vinculados não detenham efetivamente condição de jurídicos. As implicações práticas, nesse caso, podem ser de monumental magnitude. Em um estado como o brasileiro, a inexistência jurídica de uma lei – sobretudo federal – poderia ocasionar a perda da base jurídica para inúmeros atos particulares e estatais, contribuindo para um cenário de caos na regulação social pretendida pelo direito. E os autores do direito constitucional não tem reconhecido à inexistência jurídica, em regra, a posição de um grau particular do juízo de inconstitucionalidade, preferindo manter suas formulações na classificação bipartida, entre nulidades e anulabilidades. Parece-nos claro, no entanto, que a inexistência jurídica é fenômeno que extrapola os âmbitos do direito civil e do processo, em que são mais comumente estudados, alcançando, também, leis e atos normativos sujeitos ao controle de

---

conforme o estado de coisas *intencionado* pelo direito é meramente contingente, uma vez que o direito convive com a sua violação.

constitucionalidade. É fenômeno onipresente no universo jurídico e, como tal, merece toda a atenção.

Ocuparemos-nos, pois, neste nosso escrito, da inexistência no âmbito do direito em geral das condições gerais para sua ocorrência, trazendo, sempre que possível, exemplos das diversas áreas de abrangência do direito.

## 1. SOBRE A EXISTÊNCIA JURÍDICA

Como por nós acima referenciado, a existência jurídica e, por consequência, a inexistência jurídica, são categorias que merecem expressiva atenção dos juristas de todos os âmbitos do direito, afinal de contas, é nesse preciso espaço teórico que se constitui o desenho fundamental da orla do direito.

Em HART, essa preocupação com o marco divisor entre o jurídico e o não jurídico recebe destaque, ainda que o autor inglês não chegue a utilizar a palavra existência, empregando, em suas formulações, o termo validade em sentido equivalente<sup>5</sup>.

Segundo AUSTIN, a quem HART elege como *standard* para crítica de certos modelos do positivismo jurídico<sup>6</sup>, o

---

<sup>5</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 113-118.

<sup>6</sup> Haveria, no entanto, alguns pontos de discrepância entre o modelo simples do direito como ordens coercitivas que descreve e a doutrina de AUSTIN. Segundo HART, acerca dessas diferenças – omitidas as que não interessam para o curso da exposição ora desenvolvida –, AUSTIN faz distinção entre leis e comandos particulares, atribuindo aos primeiros a condição de comandos gerais, em classe, enquanto aos segundos comandos que estejam direcionados para atos ou omissões específicos, ou determinados especifica ou individualmente ("*Now where it obliges generally to acts or forbearances of a class, a command is a law or a rule. But where it obliges to a specific act or forbearance, or to acts or forbearances which it determinines specifically or individually, a command is occasional or particular*"). AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Cambridge: Hackett Publishing Company, 1998, p. 19). Na idealização de HART, a generalidade do imperativo depende de estar ele direcionado a categorias de indivíduos, não meramente a comandos em classe. Além disso, Austin também inclui em sua esfera do jurídico, por via de exceção, uma vez que

direito, em sentido mais geral e amplo do termo, deve ser entendido como regra para ser seguida por um ser inteligente, concebida por um ser inteligente que sobre este outro detenha poder<sup>7</sup>. Essa acepção de direito, direito positivo, deve ser entendida em sua diferença para com as leis divinas ou direito natural, uma vez que esse direito não nasce *hominis ad hominem proportio*<sup>8</sup>. Mais precisamente, o direito consiste em comandos gerais<sup>9</sup> <sup>10</sup> – atos de vontade direcionados à conduta de outrem –, determinando comportamento a ser seguido (um agir ou um não agir), sujeitando o destinatário a uma sanção para o caso de descumprimento da ordem<sup>11</sup> <sup>12</sup>.

HART dedica boas linhas para infirmar os pontos principais dessa concepção, apoiada, sobretudo, na opinião de AUSTIN. A partir de considerações baseadas em observações e senso comum, o autor passa a demonstrar que nem todo o direito é composto por imperativos – ou, como prefere, ordens baseadas em ameaças –, é dizer, atos de vontade sujeitos à sanção direcionados à conduta de outrem. Estariam igualmente

---

não constituiriam propriamente imperativos, as leis declaratórias, como sendo atos de enunciação por parte do poder legislativo a respeito do direito já vigente, as leis revogatórias, como sendo as que liberam de comandos previamente existentes, e as leis imperfeitas, sendo exemplo mais claro o caso de uma lei que tipifica certa conduta como crime sem estatuir sanção qualquer (*Ibidem*, p. 26-27). As demais distâncias entre as formulações, aqui não citadas, são encontradas nas notas de HART, páginas 261-262 (HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, nota n. 5, p. 261-262).

<sup>7</sup> AUSTIN, John. *Op. cit.*, nota n. 6, p. 10.

<sup>8</sup> AUSTIN, John. *Op. cit.*, nota n. 6, p. 10.

<sup>9</sup> Ver, a respeito, nota n. 6, sobre a distinção entre leis e comandos particulares.

<sup>10</sup> HART emprega a expressão 'ordem coercitiva' ou 'ordem baseada em ameaça' quando se refere ao termo 'comando' empregado por AUSTIN. Apesar de não o haver referido expressamente, parece-nos que a substituição se deve a uma preocupação de HART com a denotação da participação do elemento *sanção* na teorização de AUSTIN.

<sup>11</sup> AUSTIN, John. *Op. cit.*, nota n. 6, p. 13-14.

<sup>12</sup> Com essas características, nem mesmo comandos judiciais representariam, no mais das vezes, direito, na visão de Austin. Mesmo que decorrentes de direito ou regras, ou existindo para, os comandos judiciais frequentemente se limitam a particularidades de situações concretas, de modo que, em AUSTIN, estão classificados como comandos particulares (AUSTIN, John. *Op. cit.*, nota n. 6, p. 21).

inseridas nos direitos regras de outra ordem, de natureza permissiva, responsáveis por *facultar* aos indivíduos a criação de determinados efeitos jurídicos através de suas condutas<sup>13</sup>. Em essência, poderes conferidos ao indivíduo para dar forma jurídica às condutas facultadas, além de outros de natureza pública<sup>14</sup>. Para fazer jus à complexidade do fenômeno jurídico, diz-nos HART, somente podemos visualizar o direito abarcando regras de dois tipos diversos: de um tipo primário, pelas quais se exige dos seres humanos que façam ou se abstenham de ter certas condutas; de um tipo distinto, uma segunda espécie de regras, pelas quais os seres humanos podem criar regras do tipo primário, extingui-las ou modificá-las, interferir em sua incidência, incentivar ou garantir sua aplicação<sup>15</sup>.

O grande diferencial da construção de HART consiste, portanto, no aplacar do caráter estritamente imperativo do direito, como outrora sugerido. Demonstrou a existência concomitante e complementar de dois tipos distintos de regras, as primeiras definindo os mandamentos de uma ordem jurídica, as demais representando os mecanismos de outorga de poder<sup>16</sup>. O direito, para HART, consiste em um sistema unificado de regras primárias e secundárias<sup>17</sup>. Dentre as possíveis espécies de regras secundárias de um sistema jurídico, figura a importantíssima *rule of recognition*, ou regra de reconhecimento. Trata-se de um "remédio para a incerteza do

---

<sup>13</sup> HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, nota n. 5, p. 35 e 57.

<sup>14</sup> HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, nota n. 5, p. 35 e 36.

<sup>15</sup> HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, nota n. 5, p. 91.

<sup>16</sup> Como bem afirmou HART, a respeito das regras de natureza secundária, formulando-as como direito legítimo, "para estabelecer se um pretense acto legislativo é direito, não é necessário remontarmos ao acto legislativo, expresso ou tácito, de um legislador que é «soberano» ou «ilimitado», tanto no sentido de que a sua autoridade para legislar não conhece restrições jurídicas, como no de que ele é uma pessoa que não obedece a ninguém habitualmente. Em vez disso, devemos mostrar que foi praticado por um legislador, que para tal estava habilitado segundo uma regra existente, e que não há restrições contidas em tal regra ou, se as houver, não afectam este acto concreto" (HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, nota n. 5, p. 79).

<sup>17</sup> HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, nota n. 5, p. 104.



regime das regras primárias"<sup>18</sup>. A regra de reconhecimento de HART consiste em um critério previamente declarado pelo qual é possível reconhecer uma outra regra como participante de um dado sistema jurídico, apartando-a de normatizações de outra natureza. Na verdade, a regra de reconhecimento presta contributos à sistematização da ordem jurídica, uma vez que consistirá no elemento de unificação, de discernimento<sup>19 20</sup>. Pois é neste ponto, com a descoberta de regras responsáveis pela atribuição da condição de jurídico a certos atos, que reside a noção de existência jurídica<sup>21</sup>. A noção de uma regra de reconhecimento, ou instituição assemelhada, auxilia-nos a desenvolver adequadamente a ideia de existência jurídica.

Através de um organismo escalonado, em que normas de hierarquia superior determinam o modo de criação e, possivelmente, o conteúdo permitido às normas inferiores, o direito é instância de regulação de sua própria criação<sup>22</sup>. Trata-

<sup>18</sup> HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, nota n. 5, p. 104.

<sup>19</sup> HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, nota n. 5, p. 105.

<sup>20</sup> Não são todos os autores que assumem a participação de regras de reconhecimento como critério para verificação para existência de dado fato jurídico, ou, de modo mais amplo, para consolidação da existência de dado ordenamento jurídico. Em RAZ, por exemplo, a existência de um sistema jurídico depende da aparição concreta de comportamento socialmente identificável, como obediência (eficácia) e conhecimento do direito, bem como sujeição a prova de exclusão, específica para determinação do sistema jurídico vigente quando mais de um se apresenta, consistente na investigação comparativa sobre a conduta dos indivíduos para com organizações estatais (se as ignoram, se as reconhecem, etc.) e eficácia de disposições constitucionais relativas aos órgãos de aplicação do direito e outras de natureza pública (RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*. Una introducción a la teoría del sistema jurídico. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, p. 243-249).

<sup>21</sup> Fazemos a ressalva de que HART fala em regras de reconhecimento como sendo o germe da idéia de validade jurídica (HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, nota n. 5, p. 105). Na verdade, como será visto adiante, não são todos os autores que tem presente a relevante distinção entre existência e validade jurídica. No entanto, a julgar pelo panorama geral da construção de HART, não parece impróprio a alocação de sua regra de reconhecimento como critério determinante da existência jurídica de algo, sem prejuízo de um plano distinto e autônomo, da validade.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Mit einem Anhang: Das problem der Gerechtigkeit. 2. aufl., Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 228.

se de um processo linear de derivação, do topo à base, pelo qual cada ato obtém sua garantia de existência<sup>23</sup> do que lhe antecede hierarquicamente<sup>24</sup>.

É preciso aqui registrar, desde logo, que a categoria da existência jurídica, concebida em apartado da categoria da validade, não é reconhecida por KELSEN como um 'plano' autônomo dos atos jurídicos. O autor austríaco utiliza sempre o conceito de validade (*Geltung*) para expressar a existência de algo enquanto juridicamente relevante. Para KELSEN, a validade de um ato jurídico pressupõe o comparecimento concomitante dos sentidos objetivo e subjetivo do ato. Por sentido subjetivo entende-se a pretensão normativa de um indivíduo em relação à conduta do outro<sup>25</sup>. Assim sendo, para KELSEN, tanto um mandamento legal quanto a ordem de um ladrão contém em sua essência esse sentido subjetivo. Diferente é o sentido objetivo. Por sentido objetivo deve-se entender a obrigatoriedade da conduta não apenas na perspectiva do emitente do ato, mas, também, na posição do destinatário<sup>26</sup>. No direito, o sentido objetivo de um ato jurídico decorre da autorização derivada de um ato normativo superior, que para tal confere competência<sup>27</sup>. O ato somente será juridicamente válido se reunir ambos os sentidos. Para KELSEN a existência jurídica de algo se confunde com a sua validade. Melhor colocado, a existência jurídica de algo é a sua validade. Em suas palavras, no âmbito da jurisdição constitucional, "*de uma lei inválida não se pode sequer falar, que ela seja contrária à constituição, porque uma lei inválida não é lei, porque não existe juridicamente*"<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> A expressão é empregada aqui em *equiparação ao sentido* de validade (*Geltung*) empregado por KELSEN (KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 215).

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 7-8.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 7.

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 7.

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 7-8.

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 275.

Há de se distinguir, no entanto, o que não existe do que existe defeituosamente. Essa separação não aparece em KELSEN, como em outros autores que negam relevância jurídica (ou, existência!) ao plano da existência.

O direito mantém uma relação bastante especial com a linguagem<sup>29</sup>, uma vez que é, por ela, primariamente constituído<sup>30</sup>. Todo o mundo é um produto da linguagem, e o direito, também um mundo, é, assim, também um produto da linguagem<sup>31</sup>. Além de ser constituído pela linguagem, é, também, por ela, descrito<sup>32</sup> (a ontologia do direito)<sup>33</sup>.

Na maioria dos sistemas jurídicos modernos, a preocupação com a segurança jurídica, com a previsibilidade do direito objetivo, faz com que a forma predominantemente escrita seja adotada para a elocução do direito. Assim, quando os indivíduos se reúnem para debater o seu estatuto mínimo, as normas básicas através das quais deverá se dar a sua convivência – e o fazem através da linguagem! –, é conveniente que o façam por escrito, documentando os exatos termos das normas que regerão aquela sociedade, de modo que todos possam delas ter condições de conhecimento. Fala-se em conveniência – e, frise-se, não em obrigatoriedade –, porque não há qualquer obstáculo para uma sociedade conceber o seu direito de modo não escrito. Será, no entanto, essencial que o direito seja representado pela linguagem, seja como for, de

---

<sup>29</sup> Como bem registra KAUFMANN, a afirmativa de que o direito se serve da linguagem seria banal. (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 165).

<sup>30</sup> A ver que a formulação em linguagem é condição essencial para existência do direito, visto que tem por objetivo a regulação, por normas, da vida em sociedade – postulado da alteridade. CAPELLA, Juan-Ramon. *El Derecho como Lenguage*. Barcelona: Ariel, 1968, p. 28.

<sup>31</sup> HUMBOLDT, Wilhelm von. *Gesammelte Schriften*. Band 6, S. 28, *Apud* KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.*, nota n. 29, p. 163.

<sup>32</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, p. 63-72, especialmente p. 72.

<sup>33</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, nota n. 32, p. 72.

modo a atender ao postulado da alteridade<sup>34</sup>. De modo que uma constituição, leis, decretos e quaisquer atos jurídicos devem ser representados linguisticamente.

A estrutura linguística de constituição e representação do direito é a proposição jurídica (*Rechtssatz*). Uma proposição (*Satz*) é o relacionamento linguística entre uma coisa e outra coisa<sup>35</sup>. No mais das vezes, a ligação entre um objeto e uma propriedade ou modo de comportamento<sup>36</sup>, dando origem a uma proposição enunciativa (*Aussagesatz*). Pense-se nos seguintes exemplos: "O professor é inteligente", "A camisa que João usou ontem está manchada", "O direito é sistema normativo que não conhece princípios". São todas proposições enunciativas e, como tais, submetem-se a um crivo veritativo. Noutras palavras, serão falsas as proposições sempre que a predicação não mantiver correspondência com a realidade descrita, verdadeiras na hipótese inversa<sup>37</sup>. A proposição jurídica compartilha da mesma estrutura, com tênues diferenças. Tanto quanto uma proposição enunciativa, a proposição jurídica faz a ligação entre uma coisa e outra coisa. Existe, no entanto, uma característica especial que deve ser observada para que uma proposição receba o *status* de jurídica. Para que assim sejam, essas proposições devem promover um relacionamento entre dois objetos especiais, a saber, um suporte fático (*Tatbestand*) e uma consequência jurídica (*Rechtsfolge*)<sup>38</sup> <sup>39</sup>. A consequência jurídica da proposição

<sup>34</sup> CAPELLA, Juan-Ramon. *Op. cit.*, nota n. 30, p. 28.

<sup>35</sup> LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Auflage, Berlin: Springer, 1995, S. 72.

<sup>36</sup> LARENZ, Karl. *Op. cit.*, nota n. 35, S. 72.

<sup>37</sup> LARENZ, Karl. *Op. cit.*, nota n. 35, S. 72.

<sup>38</sup> LARENZ, Karl. *Op. cit.*, nota n. 35, S. 72.

<sup>39</sup> Deve ser aqui observado, no entanto, que nem toda a proposição jurídica possuirá a estrutura por nós enunciada. É o que denominamos de proposições jurídicas incompletas (*unvollständige Rechtssätze*), gênero do qual são espécies as proposições jurídicas aclaratórias (*erläutende Rechtssätze*), as proposições jurídicas restritivas (*einschränkende Rechtssätze*) e as proposições jurídicas remissivas (*verweisende Rechtssätze*) (LARENZ, Karl. *Op. cit.*, nota n. 35, S. 78). Todas

estará, então, sempre no plano normativo<sup>40</sup>, a ser verificado o sentido de um dos modais deônticos (permissão, proibição ou mandamento). As proposições jurídicas não indicam que algo *é*, mas que algo *deve ser*, não se submetendo, por isso, a juízos veritativos, mas unicamente ao crivo de validade.

Não existe, no entanto, uma correspondência exata entre a proposição jurídica e o material jurídico, a norma jurídica<sup>41</sup>. Tomemos de exemplo o artigo 927 do Código Civil e a proposição jurídica que contém: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." A estrutura textual não é, ela própria, a norma jurídica. Para que possamos chegar à norma jurídica, devemos *interpretar* a proposição em questão<sup>42</sup>. Assim, representando normativamente a proposição em questão, alcançamos a seguinte estrutura: "se através de ato ilícito A causar danos a outrem, tem o dever de indenizá-lo". Trata-se de proposição jurídica completa, que apresenta o enlace entre a descrição em abstrato de um acontecimento e uma consequência jurídica.

Ao acontecimento responsável pela 'atuação' da norma jurídica denominamos *incidência*. Uma vez que o direito não é

exercem funções relevantes no universo jurídico, mas uma vez que nelas não encontramos uma consequência jurídica deôntica, essas proposições jamais darão origem, elas sós, a normas jurídicas.

<sup>40</sup> LARENZ, Karl. *Op. cit.*, nota n. 35, S. 73.

<sup>41</sup> Promove KELSEN uma distinção entre o ser da proposição jurídica, ou seja, seu caráter enunciativo, e o dever ser da norma jurídica, com seu caráter prescritivo, nos seguintes termos: "*proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam que no sentido de um dado ao conhecimento jurídico ordenamento jurídico, nacional ou internacional, sob determinadas condições determinadas consequências devem [sollen] ocorrer. Normas jurídicas não são juízos, é dizer, enunciações sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são, conforme o seu sentido, mandamentos e, como tais, ordens, imperativos*" (KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 73).

<sup>42</sup> Obra em equívoco BERNARDES DE MELLO ao supor que "*a norma jurídica constitui uma proposição*" (BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20), pois, como vimos, a metodologia jurídica pressupõe precisamente o inverso: que a estrutura linguística constitui o direito, a implicar, pois, que o sentido de precedência é proposição → norma.

entidade material, não participa do mundo físico, a incidência é ocorrência que tem espaço exclusivamente no plano da lógica. Imaginemos que João, praticando ato ilícito, causou danos a Maria. Trata-se de um fato, ocorrência do mundo real-sensível. E para que esse fato possua relevância jurídica faz-se necessário que exista uma norma jurídica que o valore juridicamente. Retomemos, pois, o nosso artigo 927 do Código Civil: existe uma equivalência entre a ocorrência *real* e a *descrição jurídica* contida na proposição jurídica. Essa equivalência, para cuja observação empregamos a lógica, a denotar relevância de algo para o direito, denomina-se *subsunção*<sup>43</sup>, sendo a responsável pelo movimento de incidência, fazendo *existir* determinado fato como jurídico. Esse processo de sotoposição leva em consideração, evidentemente, não o fato natural, porque seria impossível a equiparação entre uma ocorrência do mundo natural, fluida, com um conceito, o tipo legal; trata-se, isso sim, de um processo lógico de abstração e conceitualização, através do qual se interpreta a ocorrência do mundo natural para transformá-la em um conceito, esse sim comparável ao tipo legal.

Deste modo, temos o evento da *incidência*, operação lógica de definição entre o ser e o não-ser jurídico<sup>44</sup>. A consequência jurídica, tal como enunciada na proposição e, portanto, prevista na norma, coloca-se em um sentido deontológico, de modo que, ocorrida a hipótese, a

---

<sup>43</sup> Assume-se aqui subsunção no sentido empregado por ENGISH, como a operação lógica de sotoposição de um caso individual à hipótese ou tipo legal (ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 7ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 94-95).

<sup>44</sup> Como adequadamente pondera PONTES DE MIRANDA, "*O ser juridicamente e o não-ser juridicamente separam os acontecimentos em fatos do mundo jurídico e fatos estranhos ao mundo jurídico. Assente que todo fato jurídico provém da incidência da regra jurídica em suporte fático suficiente, ser é resultar dessa incidência*" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. IV, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, p. 8).

consequência *deve ser*. Esse relacionamento particular entre hipótese e consequência pode levar-nos a supor que estamos diante de um cenário de *causalidade*, que a ocorrência da hipótese descrita é *causa* da consequência jurídica.

Já se falou, por tempos, sobre uma causalidade jurídica, criada pelos homens, análoga à causalidade natural<sup>45</sup>. Todavia, ainda que nos pareça intuitiva essa vinculação causal, a verdade é que, no relacionamento normativo, não natural e meramente lógico, não podemos falar em uma causa. Na norma jurídica, o relacionamento entre a hipótese e a consequência não é necessário, mas eventual. Podemos pensar, por exemplo, que a poligamia, segundo o sistema jurídico brasileiro, é proibida, enquanto na República da Chechênia é permitida. Noutras palavras, enquanto no Brasil a ocorrência da hipótese 'poligamia' fará nascer consequências dizentes com uma proibição, na República da Chechênia as consequências serão as de uma permissão. Trata-se do mesmo fato, mas com consequências diversas em cada sistema jurídico.

Na esfera normativa, o relacionamento entre a hipótese e a consequência jurídica ocorre por *imputação* (*Zurechnung*). Essa idéia de imputação expressa a relação convencional entre um dado evento (A) e uma consequência (B), de modo que, *se A então B deve ser*, diferentemente do vínculo causal, em que, *se A então B é*, quando, então, a consequência é inevitável. Podemos apurar ainda uma outra diferença fundamental entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação. É que toda a causa concreta pressupõe uma outra causa, como efeito, sendo que todo o efeito concreto deve ser considerado causa de outro efeito<sup>46</sup>. Trata-se de uma série infinita de elos, sendo impossível a determinação de uma extremidade, um 'começo'

---

<sup>45</sup> ZITELMANN, Ernst. *Irrtum und Rechtsgeschäft*. Leipzig :1879, S. 216, 221. Mais recentemente, sustentando a existência de uma causalidade jurídica MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 35ª ed., Mexico: Ed. Porrúa, 1984, p. 172-176.

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 94.

da série causal. A imputação, por outro lado, tem a sua série naturalmente limitada. Haverá sempre um ponto final e inicial na cadeia imputativa<sup>47</sup>, o que se explica sobretudo em razão de sua natureza lógico-convencional<sup>48</sup>.

A existência jurídica de algo depende, assim, essencialmente do fenômeno lógico da incidência<sup>49</sup>. Havendo o preenchimento suficiente de um suporte fático de determinada norma jurídica, então *há* incidência e *há* esse algo jurídico. Para que exista juridicamente um contrato, faz-se necessário uma declaração de vontade. Se foi feita, ela existe, e por consequência, também o contrato. Aqui não importa se a declaração de vontade decorreu de coação. Ainda que defeituosa, ela existe, bem como o contrato a que diz respeito<sup>50</sup><sup>51</sup>. Uma decisão, para que constitua sentença, deve ser ato do juiz que implique alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil (§ 1º do artigo 162 do Código de Processo Civil). A existência jurídica do ato ganha-a pela presença de pressuposto subjetivo, a condição de juiz, e pressuposto objetivo, a correspondência do escopo do ato com

<sup>47</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 94-95.

<sup>48</sup> Não é possível aqui um maior aprofundamento sobre tema de imputação e causalidade. Para tanto, consultar, além da literatura já referida no curso da exposição, KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 191-197; COSSIO, Carlos. *La 'causa' y la comprensión en el derecho*. Buenos Aires: Juarez Editor S.A., 1969; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

<sup>49</sup> MELLO, Marcos Bernades de. *Op. cit.*, nota n. 42, p. 20.

<sup>50</sup> Como poeticamente refere PONTES DE MIRANDA, "*Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser defeito.*" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, nota n. 44, p. 13).

<sup>51</sup> Em contrário da nossa posição, parece-nos, SAVIGNY. Para ele a manifestação de vontade aparece decomposta em três elementos, a saber, a vontade em si, a manifestação da vontade e conformidade de uma para com a outra. A existência de erro ou coação retiraria, então, na visão do autor, a *Dasein* da manifestação de vontade, que pressuporia, para sua recomposição, a ocorrência de um efeito positivo (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Band III, Berlin: 1840, S. 98-100).



as situações previstas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil. Assim, pois, a decisão proferida pelo assessor não pode ser sentença; por outro lado, ainda que proferida pelo juiz, a decisão que indefere a produção de provas também não será sentença, já que não encontra respaldo nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil. A edição de medidas provisórias deve decorrer de ato do Presidente da República (artigo 62 da Constituição Federal). Um ato normativo do Ministro da Justiça não ingressará no mundo jurídico como medida provisória, em hipótese alguma. Por outro lado, medida provisória da autoria do Presidente da República a respeito de direito penal, conquanto seja matéria vedada a esta espécie normativa (alínea *b* do inciso I do § 1º do artigo 62 da Constituição Federal), *é* ato jurídico, *é* medida provisória, ainda que contendo vício de anticonstitucionalidade.

Não é incomum que o ordenamento jurídico erija uma listagem de qualidades objetivas e/ou subjetivas de que deve se revestir certo ato jurídico. No entanto, devemos discernir, como nos exemplos por nós acima fornecidos, aquilo que é *essencial* ao ato jurídico daquilo que meramente o qualifica. A observância suficiente do suporte fático já basta para o *ser* jurídico, *existente*. No que excede o essencial, estaremos diante de pressuposto para outra dimensão dos atos jurídicos, o plano da validade.

Fica claro, a partir dessas observações, que existe certo exagero por parte de KELSEN a respeito do rigor a que submete o processo de derivação dos fatos jurídicos<sup>52</sup>. Utilizando a sua nomenclatura, o sentido objetivo do ato jurídico advém não da universalidade de pressupostos erguidos pelo ordenamento como necessários ao ato jurídico, mas meramente daqueles que o determinam ontologicamente, que constituem o seu núcleo essencial. Empregando a terminologia de HART, poderíamos afirmar que na regra de reconhecimento não mede a presença

---

<sup>52</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 275

de todos os pressupostos colocados pelo ordenamento jurídico como necessários a certo ato jurídico, mas unicamente daqueles que se apresentam como essenciais<sup>53</sup>.

## 2. SOBRE A INEXISTÊNCIA JURÍDICA

Se bem sucedida a nossa empresa de determinar as condições para a existência jurídica de algo, então será fácil determinar o *quando* da inexistência jurídica. Trata-se de ideias espelhadas, opostas, diferindo apenas no emprego de negativos no conceito de um relação ao outro. Em assim sendo, na intenção de evitarmos a redundância, reservamos este tópico para o tratamento de outras questões relacionadas com a inexistência jurídica, como a diferença que mantém com categorias de defeitos jurídicos, suas consequências e modo de apreciação jurisdicional.

A inexistência jurídica não é defeito do ato jurídico, mas qualidade do ato não jurídico. O conceito de inexistência jurídica é metajurídico, não mais representando do que a enunciação sobre a não-juridicização do ato<sup>54</sup>. Isso não significa que a inexistência não seja absolutamente relevante para a dogmática jurídica. É categoria ineliminável, uma vez que o mundo jurídico não contempla toda a extensão do mundo fático, tampouco se identifica com ele<sup>55</sup>.

Tem sido de grande dificuldade a compreensão, pelos juristas, do conceito de inexistência jurídica. Misturam-na com outras categorias, não de menor importância, como a nulidade e anulabilidade. Equívocos de ordem lógico-semântica os fazem equiparar a idéia de inexistente com o nulo, como se consistissem em sinônimos para a mesma qualidade.

---

<sup>53</sup> HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, nota n. 5, p. 38.

<sup>54</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, nota n. 44, p. 19.

<sup>55</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, nota n. 44, p. 19.

Uma grande parcela do problema parece advir de uma incompreensão lógica da diferença entre a inexistência de algo, por um lado, e a existência vazia de algo, por outro. Na lógica predicativa, com vasta aplicação matemática, a representação formal do inexistente é dado por  $\neg \exists$ . A diferença para o nulo, representado por  $\emptyset$ , estaria em que este, posto que existente, não possuiria qualquer valor. É a diferença entre o inexistente e o nulo (português), *inexistent* e *nichtig* (alemão), *inesistente* e *nullo* (italiano), *inexistant* e *nul* (francês), que as línguas adequadamente adotam para expressar estes conceitos logicamente distintos. Basta pensarmos em um exemplo ligado ao direito eleitoral: o cidadão pode, por um lado, não exercer o voto (artigo 7º da Lei n. 4.374/65), ou, então, exercitando, fazê-lo em desconformidade com os preceitos legais (artigo 175 da Lei n. 4.374/65). No primeiro caso, será considerado não-votante e, nesta condição, sujeito a sanções; no segundo, será considerado votante, ainda que seu ato não apresente qualquer valor para as eleições<sup>56</sup>.

Não compreenderam a inexistência, entre outros, SAVIGNY, que não oferece qualquer sinal de reconhecimento do não existente, tratando o nulo como se inexistente fosse<sup>57</sup>. Para PUCHTA, de modo bastante semelhante, há imprecisão no espaçamento entre os conceitos de inexistência e nulidade,

---

<sup>56</sup> Um exemplo ainda mais, para demonstrar a necessidade lógica da categoria das inexistências. Imagine-se que, em linguagem de programação C, queremos constituir uma variável, de nome 'valor\_numerico'. Fazemo-no, em linha de comando, por *int nomedavariavel = valor*, de modo que, no nosso exemplo, procederíamos com *int valor\_numerico = 0*. No seguir da programação, sempre que a variável for chamada retornará o seu valor nulo (em alemão, por exemplo, 0 é representado linguisticamente por *Null*). Se, no entanto, não definirmos a variável antes de utilizá-la, obteremos, então, um erro de compilação ou execução, que decorrerá da incapacidade de o programa lidar com o não-valor. Para maior aprofundamento, ver KERNIGHAN, Brian. W. RITCHIE, Dennis M. *C Programming Language*. 2. ed., New Jersey: Prentice Hall, 1988.

<sup>57</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Band IV, Berlin: 1841, S. 536-538.

falando-se no fim da *existência* do negócio jurídico se o defeito estivesse alocado nas suas circunstâncias<sup>58</sup>. Com alguma diferença, a mesma linha é seguida por WINDSCHEID, para quem o negócio jurídico nulo apresentar-se-ia como se incompleto fosse, sendo inexistente para o ordenamento jurídico<sup>59</sup>.

Também em KELSEN, como visto, a categoria da inexistência não é reconhecida. Para o autor austríaco, nulidade é equivalente à inexistência jurídica. Segundo sustenta, falar em uma norma contrária à norma que determinou os seus pressupostos constitui uma contradição em termos, já que, nas suas palavras, seria nula (*wäre nichtig*), a implicar que não seria sequer norma jurídica<sup>60</sup>. Desse modo, ou a norma (ou ato jurídico) é conforme com os critérios estabelecidos pela norma superior, e, portanto, existente, ou, então, não é, e portanto é nula, inexistente<sup>61</sup>. Falar-se em ilegalidade de atos jurídicos ou inconstitucionalidade de leis seria, então, para KELSEN, essencialmente incorreto<sup>62</sup>.

KELSEN admite, no entanto, a possibilidade de que um ato jurídico, que se apresenta com o sentido subjetivo de norma, assim não ser reconhecido por ninguém. Traz-nos o exemplo de uma lei editada por um louco, internado em um manicômio, referindo que, se se admite a nulidade *a priori*, então não haveria juridicamente uma lei<sup>63</sup>. Ocorre que, segundo o autor, o ordenamento jurídico não pode determinar de

---

<sup>58</sup> PUCHTA, Georg Friedrich. *Lehrbuch der Pandekten*. 9. verm. Aufl., Leipzig : 1863, S. 103-104.

<sup>59</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 6. Aufl., Band I, Frankfurt a.M: 1887, S. 245-247. O autor alemão coloca a categoria das invalidades como uma classe de ineficácias, vez que, para ele, as invalidades são entendidas como a incapacidade de produção de efeitos (WINDSCHEID, Bernhard. *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*. Düsseldorf: 1847, S. 1).

<sup>60</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 271.

<sup>61</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 271-272.

<sup>62</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 271, 275.

<sup>63</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 281-282.

antemão quando um ato que apresenta o sentido subjetivo de norma deve ser considerado nulo e quando deve ser considerado meramente anulável<sup>64 65</sup>. Uma vez que a decisão a ser proferida por um órgão constitucionalmente encarregado da apuração destas nulidades seria primariamente constitutiva, sendo a nulidade *efeito* da declaração (*Wirkung der Feststellung*) judicial, então significaria assumir que, enquanto não proferida a declaração judicial, tal norma aparecia como válida<sup>66</sup>.

Deve-se ter aqui bem presente, primariamente, que, como visto anteriormente, a existência jurídica de algo é determinada unicamente pelo fenômeno da incidência, que tem por pressuposto o 'movimento' de determinada norma jurídica. Movimentar, aqui, empregado em sentido metafórico, é preencher suficientemente uma previsão normativa abstrata, fazendo incidir. Tudo o que excede o mínimo necessário de suporte fático reside no plano da validade<sup>67</sup>. Ser válido significa que o ato é jurídico e que, ademais, preenche todos os pressupostos<sup>68</sup> erigidos pelo ordenamento jurídico para a sua categoria<sup>69</sup>. Nulidade e anulabilidade são – e nisso acertaram os clássicos<sup>70</sup> –, pois, categorias de invalidade jurídica,

---

<sup>64</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 281-282.

<sup>65</sup> Na terminologia de HECK, *nulificável* (HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 34-35, rodapé n. 33).

<sup>66</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 281-282.

<sup>67</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, nota n. 44, p. 18-19. BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4.

<sup>68</sup> De ser mencionado, aqui, que empregamos o vocábulo *pressuposto* para significar tudo o que antecede como condição necessária para alguma outra coisa. Divergimos, assim, da classificação adotada por CALMON DE PASSOS, em pressupostos para a existência, requisitos para validade e condições para a eficácia (CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 35).

<sup>69</sup> BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Op. cit.*, nota n. 67, p. 4

<sup>70</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Op. cit.*, nota n. 57, S. 536-537. PUCHTA, Georg Friedrich. *Op. cit.*, nota n. 58, S. 103-104. WINDSCHEID, Bernhard. *Op. cit.*, nota n. 59, 246-249.

consistindo em graus distintos de “deficiência de elementos complementares do suporte fático relacionados ao sujeito, ao objeto ou à forma do ato jurídico”<sup>71 72</sup>. Esses são conceitos onipresentes no fenômeno jurídico, qualquer que seja dele a área<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Op. cit.*, nota n. 69, p. 100.

<sup>72</sup> Para uma diferenciação entre os conceitos de nulidade e anulabilidade em KELSEN, consultar KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 280-282 e KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. H. V, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1929, S. 44-48.

<sup>73</sup> No âmbito da jurisdição constitucional, a questão é iterativamente resolvida unicamente em termos de nulidade e anulabilidade, ou, como prefere Heck, nulificabilidade (nota n. 65). No espaço de atuação do *Bundesverfassungsgericht*, tradicionalmente e em regra geral, se entende que o juízo de inconstitucionalidade implica a nulidade da lei ou ato normativo contrário à constituição desde o início (SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 5. Aufl., München: Verlag C. H. Beck, 2001, p. 161; HECK, Luís Afonso. *O recurso constitucional na sistemática jurisdiccional-constitucional alemã*. Revista de Informação Legislativa, n. 124, 1994, p. 129; HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 161. MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 250). Nas palavras de Hesse, “*Se o Tribunal Constitucional Federal, no procedimento de controle de normas abstrato e concreto, chega a convicção de que a norma examinada é incompatível com direito de hierarquia superior, então ele declara essa norma nula (§ 78, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). Essa decisão tem força de lei (§ 31, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). Ela atua fundamental ex tunc e tem, por conseguinte, como consequência, que todas as sentenças judiciais, regulamentos jurídicos e atos administrativos que foram promulgados com base nas normas nulas, mas também as eleições, que se realizaram segundo uma lei posteriormente declarada nula, carecem doravante de base jurídica*” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. 20. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 499-500). No sistema constitucional austríaco a solução parece ser distinta, havendo assumindo-se o modelo da nulificabilidade para as hipóteses de contrariedade à constituição (Bundes-Verfassungsgesetz, 140, V e VI. HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 38). No sistema constitucional brasileiro, é da tradição (BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça*

Desse modo, não há que se falar em uma previsão específica, pelo ordenamento jurídico construída, para a determinação dos casos de inexistência. Tratar-se-ia de uma previsão normativa sem qualquer sentido. Tudo o que o ordenamento jurídico precisa é determinar quais os requisitos mínimos para que algo seja jurídico e, o que desse marco avançar, serão requisitos para a validade do ato.

Assumir diferentemente, especialmente no sentido Kelsen, é renunciar a todo o rigor científico para o fenômeno jurídico. Segundo a melhor orientação teórica, uma medida provisória editada por um louco internado em um hospício é tão juridicamente inexistente quanto se o fosse por um ministro de estado editada, ou mesmo pelo Vice-Presidente da República, quando não em exercício da Presidência<sup>74 75</sup>. A

---

*federal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Atlantida Editora, 1933, p. 43-35) o entendimento de que a lei contrária à Constituição é nula, podendo, no entanto, receber uma declaração de inconstitucionalidade alternativa, sem implicar a contaminação com atos que dela possam ter decorrido, em homenagem a princípios constitucionais colidentes, sobretudo a segurança jurídica (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 321-334). É a mesma a opinião de ZAVASCKI, para quem a inconstitucionalidade de determinado ato normativo implica a sua nulidade, podendo, no entanto, haver salvamento da validade de determinados fatos consolidados decorrentes do ato anticonstitucional (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 45-48). Na mesma linha escreve STRECK, admitindo a possibilidade de adoção de eficácia *ex nunc* às decisões do Supremo Tribunal Federal, fazendo ressalva, no entanto, à possibilidade de fixação pelo Tribunal da data em que haverá eficácia a decisão de inconstitucionalidade (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 541-545). De outro lado, demonstra ÁVILA que existiria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uma interpenetração entre os modelos da nulidade e da anulabilidade (ÁVILA, Ana Paula. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 46-56).

<sup>74</sup> Não é possível aqui explorar as consequências da atuação de outras norma de estatuta constitucional que atuem teleologicamente na proteção da confiança do indivíduo, ou, objetivamente, da segurança jurídica. Parece-nos, no entanto, que seria possível conceber o 'aproveitamento' jurídico de um ato para o qual seu

alegoria do rei Midas, empregada por KELSEN, não se encontra em condições de representar com propriedade o funcionamento do universo jurídico<sup>76</sup>.

A constatação de que algo não é jurídico, de que não transpassou a barreira do jurídico, obriga-nos a reconhecer que tudo o que deste antes suposto jurídico decorreu como fundamento de existência também não é jurídico, se outro fundamento de existência no ordenamento não puder aproveitar. Um pagamento efetuado por um contribuinte em razão de um imposto nascido em lei considerada inexistente passa a ser um pagamento sem causa e, como tal, indevido (artigo 165 do Código Tributário Nacional). Um casamento realizado entre pessoas do mesmo sexo não existe juridicamente (artigo 1.514 do Código Civil), de modo que, da mesma forma, inexistirão todas as derivações jurídicas que aí se supunha existir.

O fato de que, no mais das vezes, sobretudo em sede de controle de constitucionalidade, muitas relações sociais serão afetadas pelo reconhecimento da inexistência de determinado ato jurídico, não torna obrigatoriamente jurídicas essas derivações. Serão jurídicas se – e somente se – outra norma assim as acolher como tais<sup>77</sup>.

A não entrada no mundo jurídico de determinado ato, como é lógico, é condição auto-suficiente para a negação de

---

fundamento de existência – digamos, uma lei – tenha sido reconhecido juridicamente inexistente. Mesmo normas constitucionais como a segurança jurídica e proteção a confiança poderiam fornecer esse 'aproveitamento', desde que verificados, caso a caso, os pressupostos para a sua aplicação.

<sup>75</sup> Embora empregando o termo *nulidade*, indicando, como KELSEN, mais propriamente o que se poderia entender como uma inexistência jurídica, bem compreende HART a questão no âmbito da jurisdição constitucional. Para HART, uma norma que confere poderes legislativos a uma autoridade legislativa subordinada – exemplo de norma jurídica não imperativa –, se inobservada, implicará a inexistência de qualquer tentativa de exercício desse poder legislativo (HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, nota n. 5, p. 38-39).

<sup>76</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 282.

<sup>77</sup> Ver, para tanto, nota n. 74.



suas consequências jurídicas, prescindindo, em linha de princípio, até mesmo de tutela jurisdicional para a sua confirmação. Contudo, não há dúvidas de que, com considerável frequência, a inexistência de algo juridicamente será questão controvertida, que uns afirmarão e outros negarão. Não haverá remédio, nesse caso, senão recorrer à tutela jurisdicional. Será, inquestionavelmente, tutela jurisdicional de caráter declaratório<sup>78 79</sup>, uma vez que a tarefa do juiz consistirá unicamente em emitir um juízo a respeito da existência jurídica de determinado ato. Transitada em julgado a sentença, então o estado de coisas reconhecido pela sentença tornar-se-á inquestionável, devendo ser observado por todos sob pena conduzirem-se em ilícito pela violação de norma extraprocessual.

## CONCLUSÕES

Com base neste escrito, considerados pontos centrais, podemos formular as seguintes considerações conclusivas:

*Primeira:* Muito ao contrário do que geralmente se propaga na doutrina, a categoria das inexistências jurídicas possui elevadíssima importância dentro da dogmática jurídica, do direito privado ao direito constitucional. Negá-la, em relevância ou conceitualmente, constitui crime contra a ciência jurídica, pelo menoscabo que representa à noção de existência jurídica, indissociavelmente conectada com a categoria das inexistências.

---

<sup>78</sup> Ao contrário do que sustenta Kelsen (KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota n. 22, S. 282).

<sup>79</sup> A tutela declaratória deve ser entendida como aquela que visa a tutela situação de incerteza que possa afetar "a posição jurídica do autor, decorrente de dúvida objetiva" (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 160).

*Segunda:* A existência jurídica – e, em sentido contrário, em seu aspecto negativo, a inexistência – nasce através do fenômeno lógico da incidência. Havendo o preenchimento suficiente da hipótese abstratamente descrita através de determinada norma jurídica, *há* incidência, *há* um algo jurídico. Não importa, aqui, se outros pressupostos restaram inatendidos pelo algo, um ato jurídico: posto que defeituosamente, o ato *existe* juridicamente. Seu valor, no entanto, será contingente, a depender do regime jurídico de cada sistema e da espécie de pressuposto faltante para o ato jurídico. Fala-se, nesse ponto, em invalidade, representada em espécie pelas nulidades e anulabilidades, discerníveis em grau.

*Terceira:* Verificada a inexistência jurídica de algo, tudo o que desde antes suposto jurídico decorreu como fundamento de existência também não é jurídico, salvo se outro fundamento de existência no ordenamento puder aproveitar.

*Quarta:* Sempre que um uma controvérsia a respeito da existência jurídica de algo houver que ser judicializada, a solução do conflito deverá advir necessariamente de tutela jurídica de natureza declaratória, uma vez que não se trata de produzir alteração no mundo jurídico através da sentença, mas de emitir um juízo a respeito de determinada situação.



## BIBLIOGRAFIA

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Cambridge: Hackett Publishing Company, 1998

- ÁVILA, Ana Paula. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009
- BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Atlantida Editora, 1933
- BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007
- BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006
- BIERLING, Ernst Rudolf. *Juristische Prinzipienlehre*. Erster Band: Scientia Aalen, 1961
- BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band I. 4. Auf. Leipzig: Scientia Verlag Aalen, 1965
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002
- CAPELLA, Juan-Ramon. *El Derecho como Language*. Barcelona: Ariel, 1968
- COSSIO, Carlos. *La 'causa' y la comprensión en el derecho*. Buenos Aires: Juarez Editor S.A., 1969
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 7ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994

- HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008
- HECK, Luís Afonso. *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*. Revista de Informação Legislativa, n. 124, out./dez., 1994
- HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. 20. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998
- JHERING, Rudolph von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Ed. Atalaya, 1946
- KAUFAMNN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Mit einem Anhang: Das problem der Gerechtigkeit. 2. aufl., Wien: Franz Deuticke, 1960
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998
- KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. H. V, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1929
- KERNIGHAN, Brian. W. RITCHIE, Dennis M. C *Programming Language*. 2. ed., New Jersey: Prentice Hall, 1988
- LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Auflage, Berlin: Springer, 1995

- LUTZESCO, Georges. *Teoria y practica de las nuliddes*. Trad. Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda. Mexico: Editorial Porrúa S.A., 1978
- MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007
- MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 35ª ed., Mexico: Ed. Porrúa, 1984
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. IV, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974
- PUCHTA, Georg Friedrich. *Lehrbuch der Pandekten*. 9. verm. Aufl., Leipzig : 1863
- RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*. Una introducción a la teoría del sistema jurídico. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1986
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Band III, Berlin: 1840
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Band IV, Berlin: 1841
- SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 5. Aufl., München: Verlag C. H. Beck, 2001
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000
- THON, August. *Rechtsnorm und Subjectives recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. Weimar: Böhlau, 1878

- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989
- WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 3. Aufl., Band I, Düsseldorf: 1870
- WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 6. Aufl., Band I, Frankfurt a.M.: 1887
- WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Band 1, Düsseldorf, 1862, S. 81;
- WINDSCHEID, Bernhard. *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*. Düsseldorf: 1847
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficiência das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001
- ZITELMANN, Ernst. *Irrtum und Rechtsgeschäft*. Leipzig :1879