

Uma abordagem pragmática da teoria das nulidades na dogmática do direito privado

Torquato Castro Jr.*

1. Introdução

Perante certas pressuposições do manejo da linguagem natural, as expressões “ato inexistente” e “ato nulo” mostram-se de início inconsistentes. A inconsistência pode ser tomada como paradoxo, como contradição, como antinomia; mas também como oxímoro, nome que os gramáticos helênicos deram a uma figura de linguagem “concisa e antitética”. *Tó oxymoron*, em grego, significa literalmente “o agudamente louco”. Uma maneira fácil de mostrar a “louca inconsistência” de semelhantes expressões é indagar, por exemplo: como se pode pretender incluir “o inexistente” numa classificação, qualquer que seja ela? Afinal, tal “inexistente”, se está classificado, não já “existe” de algum modo?

Contudo, no nosso mundo do direito, sempre é bom lembrar que o “existir”, em acepção técnica, o existir jurídico pode também ser aquele resultante de uma *fictio juris*. E, então, ou o “existir” não é mais o mesmo, ou a “negação” não é mais a mesma, ou ambas as situações, dispostas como possibilidades de uma disjunção includente.

Observe-se: não há como, pela mera consideração das raízes etimológicas, constatar qualquer distinção entre o “nulo” e o “inexistente” (PONTES DE MIRANDA, 1954:12). Isso, porém, não impede a distinção. Observe-se que basta inverter o modo de referir, substituindo a dicotomia negativa “ato jurídico inexistente”/“ato jurídico nulo” pela dicotomia positiva “ato jurídico existente”/“ato jurídico válido”. Basta operar uma inversão para a perspectiva negativa para já se mudar a relação das palavras e assim mudar toda a aparência do mundo. Ter-se-á com essa estratégia contornado um problema semântico, embora certamente se criando outro. Se a primeira dicotomia feria a etimologia, a segunda se complica diante da ontologia da norma como “dever”. Afinal, se o jurídico pertence à

* Doutor PUC/SP, Mestre UFPE. Adjunto da Faculdade de Direito do Recife, UFPE.

categoria do *Sollen*, o seu peculiar “existir” já implica se dar na dimensão do valer, em que o existir extensional perde sentido, como em KELSEN (1990 e 1992), que toma o valer como modo específico do existir das normas.

É possível demonstrar logicamente ou comprovar empiricamente a distinção entre o ato jurídico nulo do ato jurídico inexistente? Uma resposta positiva significa admitir, na classificação dos fatos jurídicos (numa classificação que compreenda “objetos negativos”), ao lado do “ato jurídico nulo”, este outro, o “ato jurídico inexistente”. Responder positivamente à pergunta acarreta o dever de prova quanto à “diferença específica” entre as categorias. Possível a exibição da prova, todo o problema restaria resolvido. Na ausência da prova, porém, que fazer?

A permanência já longa do dissenso doutrinário constitui um fato por si relevante, que não deve ser desmerecido quando da consideração do problema pelo teórico. Deveras, nos termos radicalmente apriorísticos em que o problema entre as teorias tem-se colocado, toda prova sempre restará impugnável. Ainda assim, e já com isso em mente, é possível explorar o tema. Nesse trabalho tentaremos partir de uma abordagem lógica para considerações de ordem pragmática.

2. O *modus ponens* como metáfora para a teoria do fato jurídico.

A literatura privatista tedesca, na tradição da jurisprudência dos conceitos, elaborou a “teoria do fato jurídico” sob um prisma eminentemente formal. Essa literatura influenciou de modo marcante o pensamento de Pontes de Miranda. Tratou-se, efetivamente, na pandectística, da elaboração de um núcleo de pressupostos teóricos e imagens metafóricas que, mais tarde, viria a se incorporar à fundação da “teoria geral do direito”, como disciplina autônoma e “positiva”. Os fatos jurídicos são “causa” de “efeitos” específicos, que se passam na dimensão normativa das relações jurídicas, segundo ensina Pontes de Miranda, na esteira do pensamento de Savigny. Semelhante estrutura é bem representada pela forma do condicional, na lógica das proposições. O condicional representa o esquema “se..., então...”. É possível representá-lo formalmente de várias maneiras. Emprega-se o símbolo “ \supset ” para

identificar esse específico conectivo. O condicional é o conectivo (sincategorema) que permite expressar, em termos formais, as relações causais.

Neste trabalho, a opção pela linguagem do cálculo proposicional, ao invés da linguagem do cálculo de predicados, foi realizada com vistas a revelar mais imediatamente os problemas formais que a teoria pode enfrentar. Mais simples, o cálculo proposicional, ou sentencial, evidenciará os problemas com a negação dos enunciados e suas conseqüências pragmáticas.

Dessa forma, quando se diz:

$$(I) \quad p \supset q$$

significa-se que, se ocorre “p”, i.e., se a proposição “p” é verdadeira, ou é dada, então, por conseqüência, também é verdadeira, ou dada, a proposição “q”.

A função mínima de cálculo na formalização da teoria do fato jurídico pode ser reduzida à fórmula (I) tendo-se presente que “p” é o “fato jurídico” e “q” a conseqüência que a norma lhe atribui, “q” podendo, de acordo com a definição de Savigny, ser descrita como equivalente ao universo das “relações jurídicas”.

Trasladando essa fórmula básica para a teoria do fato jurídico, vemos que “p” pode representar um fato jurídico qualquer, previsto na norma jurídica. Nesse caso, “q” representará uma transformação específica a ser verificada no mundo das relações jurídicas, podendo tratar-se do surgimento de uma nova relação, de uma modificação nalguma já existente, ou da extinção de uma qualquer delas.

O *modus ponens* presta-se para formalizar a hipótese da correspondência de um situação de fato a uma lei ideal. Não por acaso, é entendido como a base de todo saber científico. Funcionando com dois conectivos, o condicional (já apresentado) e o conjuntor (normalmente simbolizado por um ponto: “.”), essa lei lógica expressa-se da seguinte maneira:

$$(II) \quad [(p \supset q) \cdot p] \supset q$$

O esquema do *modus ponens* é o mesmo esquema do “funcionamento” da norma jurídica, de acordo com o “mecanismo” da incidência antes explicitado. Basta substituir-se, por exemplo, “ $p \supset q$ ” por “dado nascimento com vida” então “início da personalidade”. Esse é, então já, um esquema formal para a norma contida no art. 2º do Código Civil brasileiro. O *modus ponens* expressa a enunciação de que, admitindo-se a regra “ $p \supset q$ ”, com o específico conteúdo do art. 2º do C.C., e constatada concomitantemente a ocorrência concreta de “p”, i.e. de um “nascimento com vida”, então, é de concluir-se ser verdadeiro que se iniciou a “personalidade civil”, i.e. “q”, desse sujeito nascido com vida.

Há, contudo, algumas implicações próprias do domínio lógico, que o afastam do senso comum. É interessante conhecer o que se chama de “paradoxo do condicional”. Na relação configurada pelo condicional, a falsidade do conseqüente implica a falsidade do antecedente. Mas a recíproca não é verdadeira. A falsidade do antecedente não implica a falsidade do conseqüente¹. Vendo pelo lado “positivo”, a veracidade do antecedente determina a do conseqüente. A veracidade do conseqüente, porém, não garante a do antecedente. Pode ter havido “q”, sem que disso se conclua que houve “p”.

Falou-se antes do que ocorre na certeza da falsidade do conseqüente: a falsidade do antecedente. Por outro lado, logicamente, não se pode concluir que da falsidade do antecedente, decorra necessariamente a falsidade do conseqüente.

É uma tautologia, uma lei lógica, o *modus tollens*, que corresponde ao enunciado seguinte:

$$(III) \quad [(p \supset q) \cdot \sim q] \supset \sim p$$

3. A forma da nulidade.

Se nulificar é negar efeitos, a norma que determina a nulidade poder-se-ia expressar como uma forma inversa do *modus ponens*. Assim,

¹ Cf. Delia Teresa ECHAVE et al. (1999: 59): *En términos más rigurosos puede decirse que la fórmula condicional no afirma su antecedente ni su consecuente: sólo afirma que no es el caso de que el antecedente sea verdadero y el consecuente falso; que si el antecedente es verdadero también lo es el consecuente; y, por lo tanto, si es falso el consecuente también lo es el antecedente.*

$$(IV) \quad [(p \supset q) \cdot \sim p] \supset \sim q$$

Essa expressão formal, porém, não se permite reduzir a uma tautologia, como ocorre com o *modus tollens*. Não é, portanto, uma lei lógica, necessariamente verdadeira. É um condicional, mas não é uma implicação formal. E o que impede sua configuração como tautologia é exatamente a circunstância de que a falsidade do antecedente, na relação intermediada pelo condicional, não determina a falsidade do conseqüente. A leitura dessa fórmula, em termos jurídicos, desde o exemplo que foi tomado do art. 2º do Código Civil, diz que não tendo havido “nascimento com vida”, tampouco ter-se-á verificado o “início da personalidade” daquele indivíduo.

A enunciação formal da regra de negação como inversa do *modus ponens*, sem configurar o *modus tollens*, embora correta, esconde um problema central da teoria das nulidades, que é precisamente o que traz a matéria mais adequadamente para o campo da pragmática. Observe-se que havíamos “preenchido” juridicamente “p” e “q”, diante do teor do art. 2º do C.C. brasileiro, respectivamente com “nascimento com vida” e “início da personalidade”.

Pudemos concluir que, pela fórmula (IV) o “não nascimento com vida” implicaria o “não início da personalidade”. Ora, rigorosamente, não se trata aqui propriamente de um caso de nulidade. Não se falará em “nascimento nulo”, nem em “personalidade nula” (senão em sentido muito metafórico e totalmente extra-jurídico). Para que se possa falar em nulidade, é imprescindível que o antecedente “p”, na fórmula acima, seja um “ato”. Nula pode ser a “renúncia”, a “assunção de dívida”, mas não o “nascimento” ou a “morte”, por exemplo. Na classificação que, mesmo desde antes dos pandectistas, era feita dos fatos jurídicos, a *summa divisio* é precisamente esta entre os “atos jurídicos” e os “fatos jurídicos em sentido estrito”. Diz-se que estes são os eventos em que a vontade humana não se faz presente. Aqueles são os eventos que decorrem diretamente da atuação volitiva humana.

No esquema aristotélico da taxinomia baseada no gênero próximo e na diferença específica, portanto, tem-se que o gênero “fato jurídico em sentido amplo”, admite pelo menos duas espécies: o “ato jurídico” e o “fato jurídico em sentido estrito”. Dessa forma, se

diante de uma situação concreta, verifica-se que a hipótese *sub judice* não atende aos requisitos normativos que determinam o que se deve considerar como ato jurídico (e.g. a norma do art. 104 do C.C.), e se, com isso, conclui-se que, na falta de atendimento a esses requisitos, se não está diante de um “ato jurídico” em seu sentido normativo próprio (i.e., se se verifica tratar-se de um “ $\sim p$ ”), então, deste “ $\sim p$ ” se pode concluir o não cabimento dos efeitos de direito, aqui representado por “ $\sim q$ ”.

Observe-se agora que, se admitimos que “p” há de representar somente o “ato jurídico” e nunca “o fato jurídico em sentido estrito”, então a fórmula (IV) não recai sobre um ato jurídico, mas sobre um não ato jurídico. Isso porque se “p” é um ato jurídico, a sua negação, “ $\sim p$ ”, não é. Juridicamente, a fórmula invertida do *modus ponens*, (IV), embora não seja uma lei lógica, é adequada para representar a não-incidência da norma suposta ou pretensamente aplicável. Seria uma lei lógica, não fosse o “paradoxo do condicional”.

Neste sentido, também os casos de nulidade, com a específica circunstância de que, então, “p” será um “ato jurídico”, como visto, poderiam ser considerados casos de não incidência da norma que atribui validade ao comportamento humano (e.g. não incidência do art. 104 do C.C.). Esta última afirmação, de que se teria não incidência na nulidade, em termos de teoria, todavia, não é uma conclusão pacífica, embora a incidência se dê em “ $\sim p$ ”, e não em “p”.

Admitindo (IV) como uma fórmula possível para representar o fenômeno das nulidades, temos que a importância decisiva que se empresta à circunstância de “p” ser um “ato jurídico” não decorre de uma necessidade sintática fundamental, relativa à estrutura da lógica.

Certamente, a diferença entre um ato e um fato será, antes de tudo, uma diferença semântica. Mas não conseguimos determinar funcionalmente (i.e. sem uma pressuposição intuitiva acerca da “natureza” mesma do direito), por esse caminho, o por quê do tratamento conceitual diverso que se atribui ao “ato” diferentemente do que se atribui ao “fato”.

Vimos que “ $\sim p$ ”, que foge à incidência da regra positiva de validação *modus ponens* (II) mas é o objeto específico da incidência da regra negativa de invalidação (IV). Vimos

igualmente que se “p”, para (II), era um “ato jurídico”, “~ p”, para (IV), será um “fato jurídico em sentido estrito”. Não tem sentido falar de sua validade, que está pré-excluída por definição.

Agora, na forma de (IV), o efeito que resulta de “~ p” é a exclusão da possibilidade de “q”, i.e. “~ q”, desconsiderando a diferença entre implicação formal e material. Importa constatar que, ainda que o efeito de (IV) seja redundante em relação à proposição (II), “~ p” sempre corresponde a alguma coisa juridicamente relevante, que é suporte da incidência de (IV), a regra de negação ou nulidade. Agora, entre os muitos possíveis fatos que, diante de um conteúdo qualquer que tenham “p” e “q” em normas positivas e negativas (II) e (IV), possam ser classificados por exclusão como “~ p”, a doutrina privatista costuma estabelecer uma segunda distinção, e essa é a questão aqui: haveria os ~ p’s “nulos” e os “~ p’s “inexistentes”.

Em outras palavras, a doutrina extrema no lado negativo “atos jurídicos nulos” de “atos jurídicos inexistentes”. Essa distinção causa estranhamento. Não parece, a rigor, haver muito sentido lógico na distinção, se ela for mesmo estabelecida a partir de (II) e (IV). Dentro de esquema de lógica proposicional com que se está trabalhando a questão da nulidade até o presente momento, seria de fato inadequado pretender distinguir duas espécies de “~ p’s”.

Seria admitir dois níveis de negação, o que equivaleria a romper com o princípio *tertium non datur*. Na verdade, o que a doutrina da inexistência propõe é uma situação em que não incidam nem (II), nem (IV). Pode essa ser uma situação possível na descrição formal do sistema jurídico? Como? Ora, para uma lógica bivalente, ou se tem “p” ou “~ p”. *Tertium non datur*. Portanto, o que se tem é que a proposta de distinguir duas formas de negação envolve esboçar um modelo lógico trivalente.

Ao lado de “p” e de “~ p”, seria preciso introduzir, ou admitir, algo como um “~ ~ p”. Essa situação só não é redundante em relação a “p” se não estiver em voga o princípio da dupla negação. O que melhor caracterizaria o “~ ~ p” seria sua inalcançabilidade pela incidência de regras positivas da forma do modus ponens (II), como de regras negativas de

invalidação (IV). “ $\sim \sim p$ ”, portanto, não é “ p ”, e permanece projetado no sistema, como coisa distinta tanto de “ p ” e de “ $\sim p$ ”.

4. Raízes históricas da doutrina da inexistência.

A doutrina do ato inexistente é criação da civilística alemã, mas teve ampla aceitação na escola da exegese francesa do século XIX. No Brasil, muito por influência do próprio Pontes, a teoria tem merecido larga aceitação. Mesmo juristas não pontesianos, o próprio Reale sendo exemplo, têm vindo a aceitar a distinção ternária entre atos válidos, nulos e inexistentes².

É necessário retornar aos valores burgueses da Revolução Francesa para se localizar o nascedouro dessa peculiaríssima doutrina. Na base dessa reconstrução estão presentes algumas pressuposições que já não mais compõem o quadro de referências que o moderno positivismo assume em suas imagens teoréticas. É importante, porém, poder, reconstruir essas circunstâncias. Remontando às origens históricas da doutrina da inexistência, é preciso lembrar em primeiro lugar, está em jogo agora uma visão diferente da nossa relativamente às diferenças entre direito público e direito privado, para qual ainda confluía fortemente a distinção entre direito natural e direito positivo. Vê-se, por exemplo, que KANT (1993: 48), via no direito privado algo marcado por uma forma pré-positiva do direito. O direito público, ao revés, aparecia intimamente relacionado com a atuação estatal propriamente dita.

O moderno normativismo positivista fez-nos acreditar que toda juridicidade decorreria das normas ditadas pelo poder constituído. A plenitude hermética do direito, que noutros tempos talvez fosse entendida apenas como uma metáfora megalomaniaca, morreu enquanto metáfora, e tornou-se um postulado ontológico do discurso científico do direito. Antes disso acontecer, porém, a juridicidade dos contratos não estava a depender da norma posta pelo estado. Ela era concebida como uma decorrência natural da circunstância de que

² Opina REALE (1980:50), a propósito do tema: “Não é, pois, tão absurdo, como parece, declarar que os atos *inexistentes* são juridicamente inválidos: a eles nos referimos, não como, ‘de dentro de casa, se possa falar do que se passa ou se passou na rua’ [refere-se aqui a uma expressão de Pontes de Miranda], mas sim como algo que esbarra à nossa porta com absurda pretensão de entrar.”

se tinha um acordo de vontades, e que é da natureza das coisas que a palavra empenhada deve ser cumprida.

Do ponto de vista teórico, o que é relevante é que, surgindo a juridicidade do contrato antes do Estado, a intervenção deste sobre aquele haverá de ser concebida *a posteriori*. Com todas essas observações, todavia, ainda não recolhemos elementos suficientes para explicar o contexto que configurou possível a doutrina do “ato jurídico inexistente”. Para chegar até lá, é preciso compreender a doutrina das chamadas “nulidades textuais”, ainda hoje doutrinariamente sustentada por diversos autores em matéria de direito matrimonial.

A doutrina das nulidades textuais é correlata privada do *nullum crimen sine lege*. Significa que todas as nulidades, exatamente porque atingem restritivamente a esfera de liberdade do sujeito, devem estar de antemão tipificadas no ordenamento jurídico. No caso do direito matrimonial, isso é ainda mais relevante para garantir a segurança do vínculo matrimonial, que somente pode ser atacado pelos vícios que a lei taxativamente indica. Pois bem. Desde o *Code de Napoléon* surgiu o problema da qualificação do casamento de pessoas do mesmo sexo. Como inexistia proibição entre as nulidades textuais, a inferência seria considerá-lo permitido, já que, segundo o princípio liberal, que funciona como uma espécie de cláusula de “fechamento” da chamada “plenitude hermética do direito”, tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. Para contornar a força formal dessa inferência simples, os juristas recorrem à idéia de inexistência, que significa desqualificar de antemão a união semanticamente como casamento. O casamento entre pessoas do mesmo sexo não é sequer nulo porque é mesmo inexistente, enquanto casamento.

A violência simbólica opera flagrantemente seus efeitos em circunstâncias como essa.

5. Suportes fáticos suficientes e deficientes.

O ato nulo é nulo porque seu suporte fático não corresponde à hipótese plena da regra jurídica permissiva forte, que outorga autonomia privada. A insuficiência do suporte importará a não-incidência da norma e não-juridicização do fato.

Em termos rigorosos, por isso, o “ato nulo” não é “ato jurídico”. Não foi juridicizado, pelo menos não o terá sido por aquela regra permissiva, para a qual seu suporte é inadequado. Em PONTES DE MIRANDA (1954), porém, a adjetivação de “jurídico” precede à adequação perfeita do ato à regra. Num primeiro nível, a regra juridicizaria o fato, no plano da existência. O fato já seria desde então “jurídico”. Por isso Pontes compreende que o ato nulo é jurídico, distendendo o conceito de jurídico para antes do ato válido. Nesse primeiro nível suporte fático já se converteu em fato jurídico e é “mundo do direito”, ainda que apenas no “plano da existência”, mas esse seu ingresso juridicizado nesse universo significa que algum efeito esse ato produziu, mesmo que só a sua própria juridicidade, no nível mais preliminar da instalação do fato jurídico.

O ato nulo já agora produz efeitos, embora não exatamente aqueles que eram pretendidos pelo agente. São efeitos decorrentes da existência do ato, que independem da sua validade, como em relação ao início contagem de prazo decadencial, ou apenas o efeito jurídico da fixação da data da manifestação de vontade. Esse modo de organizar a representação, porém, parece incorrer numa abreviação lógica de um procedimento mais complexo. Rigorosamente, se “p” representa um conjunto de elementos necessários para a incidência da norma, então a falta de qualquer desses elementos deve impedir tal incidência.

Não é isso que ocorre em Pontes, todavia. Pontes distingue suportes fáticos “suficientes” e “deficientes”. Para PONTES DE MIRANDA (1954: 49):

“O *suporte fático* insuficiente, que é o do ato inexistente, não entra no mundo jurídico. Nulo e anulável entram; o que não entra é o que não existe e, por isso mesmo, se diz inexistente. Inexistente, porque fico fora do mundo jurídico; dele se pode falar, de dentro do direito, como, de dentro da casa, se pode falar do que se passa ou se passou na rua”.

Essa distinção é engenhosa porque cria um cálculo ternário, tão ao gosto de Pontes, já que, ao lado da dicotomia funcional básica “suficiente”/ “insuficiente”, Pontes acolhe ainda os suportes fáticos “suficientes”, mas “deficientes”. De toda sorte, algumas observações são já pertinentes. Em lógica, distinguem-se condições necessárias de condições suficientes. Condições necessárias são, como o nome diz, indispensáveis, mas não garantem, por isso, que está verificada a implicação. Dizem apenas negativamente que não pode haver a

implicação sem sua anterior presença. As condições suficientes, ao contrário, importam o desencadear positivo da implicação. No raciocínio de Pontes, então, o “suporte fático suficiente” não corresponde exatamente à “condição suficiente”, porque não desencadeia a implicação em sua plenitude. Está mais próximo da condição necessária. Mas tampouco é mera condição necessária, já que induz a implicação normativa. Esse, na verdade, é o ponto central. Como conceber a incidência sobre um “p” imperfeito pela mesma norma que deve incidir sobre o “p” perfeito? Há uma multiplicação de incidências aqui. E de normas, por consequência.

A mesma norma, na teoria de Pontes, incidiria tanto sobre o suporte fático perfeito quanto sobre o suporte fático suficiente, mas deficiente. Falando em termos estritamente formais, porém, dada a unidade de sentido da norma, ou regra, somente uma outra norma ou regra poderia realizar essa nova incidência. O ato nulo é suporte fático da norma que lhe atribui sua própria nulidade. É preciso salientar que, sendo a exigibilidade dos contratos considerada pré-estatal, a norma que estabelece a nulidade, antes de ser, como (IV), redundante em face de (II), em função da possibilidade de se configurar a nulidade como mera não-incidência de (II), agora passa a ter de ser necessariamente compreendida como uma sanção específica. Neste contexto, se “p” é definido fora do sistema, o antecedente da regra de nulidade não será um fato meramente contrário a uma predefinição de “p” como causa de validade, mas um fato novo, que não precisa (nem pode) começar sendo definido negativamente como “~ p”, à diferença do que antes se fez com a fórmula de (IV).

Agora teremos de partir de um antecedente “r” positivo qualquer e determinar-lhe a negação de sua consequência pretendida, ou já havida na realidade, “q”:

$$(V) \quad [(r \supset \sim q) \cdot r] \supset \sim q$$

O sentido deste enunciado está declarar o cancelamento de “q”, o que na teoria contratualista Iluminista seria o efeito já existente na dimensão contratual, nessa forma mista de direito privado e direito natural.

A norma (V) funciona desjuridicizando o que já era considerado jurídico, ao contrário de (IV), que meramente refletia a não-juridicidade de “~ p”. A norma (V) tem

uma função desconstitutiva de “q”, em substituição ao papel declarativo e redundante que (IV) parece ter em face de (II) – embora pragmaticamente, em última instância, tende a ser (V) que define o conteúdo de (II) e não ao contrário como seria de se imaginar se o direito fosse um sistema lógico puramente arbitrário e desvincilhado de contextos comunicacionais que lhe são inerentes. A diferença entre (IV) e (V), há de ser esclarecido, é de novo mais semântica que sintática, embora pareça decorrer somente de variações com a negação.

Em se admitindo agora, por fim, uma nova variável “s”, determinando-lhe um sentido equivalente a “~ q”, então (V) poderia ser reescrita assim:

$$(VI) \quad [(r \supset s) \cdot r] \supset s$$

E estamos de volta ao *modo ponens*.

A consequência teórica da diferenciação entre (V) e (VI) seria que esta última, da maneira que está formulada, representa a consequência negativa de modo positivo, como na nulidade, na forma do art. 166. Sem embargo, semelhante arranjo de coisas, tentando reconstruir o esquema lógico da regra negativa, de invalidação, sem pressupor uma regra positiva de validação resulta inexplicável, em termos puramente sistêmicos. Tanto que retornamos ao *modus ponens* de que partimos. Em termos de uma lógica tradicional, “sim” e “não” são inarredavelmente complementares. Quando se diz o “sim”, já se define necessariamente o “não”. E “p” não perde sua natureza quando é negado. Embora possa ser representado sistemicamente, o direito é uma disciplina fundamentalmente prática, pelo que não é tão surpreendente que não lhe seja absolutamente predominante a via positiva da afirmação, que, em termos de um pensamento mais puramente *more geometrico*, deveria subordinar as proposições de negação, tornando estas consequências daquela.

Toda a problemática distinção entre o “ato jurídico” e o “fato jurídico em sentido estrito”, que paradigmaticamente a teoria do “ato-fato jurídico” expõe, aponta para que não é por razões puramente semânticas e formais que se dá guarida às distinções de direito.

Parece claro que a diferença semântica entre “ato” e “fato”, embora dependa de uma certa ontologia do senso comum, atende antes a uma exigência pragmática. É claro que o

lugar-comum “consciência” exerce papel decisivo aqui. Mas na proporção mesma em que a norma jurídica toma esse *tópos* em seu descritor, ela o relê segundo sua própria teleologia.

No caso das nulidades, isso parece ainda mais evidente. O que distingue do ponto de vista prático o “ato jurídico” de um “fato em sentido estrito” é a circunstância meta- ou pré-jurídica de que, por trás daquele evento, se tem configurada uma situação de expectativa e pretensão de reconhecimento do conteúdo jurídico da ação desenvolvida. Em outras palavras, por trás do “ato jurídico” há um fato relevantíssimo para o direito que é a “expectativa normativa” das partes manifestantes de que sua declaração de vontade seja recolhida e validada pelo ordenamento jurídico. Esse fato, que pode ser descrito tanto passivamente como “expectativa” quanto ativamente como “pretensão”, é um fato jurídico que a teoria tradicional deixa oculto no plano das mais elementares pressuposições metafísicas de sua afiguração do fenômeno do direito. É preciso, todavia, lembrá-lo na representação formal das nulidades.

Uma representação adequada do mecanismo das nulidades, por essa razão, parece, requererá mais de um momento normativo. Haverá que se distinguir o funcionamento de, pelo menos, três normas, o que significa que a nulidade, do ponto de vista sintático, terá de ser representada como um processo, não como um instante normativo. O primeiro momento será indubitavelmente o que corresponde à norma de incidência. Esse primeiro momento será exprimível sob a forma do *modus ponens*, antes visto como fórmula (II). A diferença entre o “p” e o “~ p”, quando “p” representa um “ato” (e não meramente um “fato”) não sendo aferível em termos de critérios puramente empíricos e materiais, como ficou claro já diante da complexa problemática da teoria do “ato-fato jurídico”, resulta fundamentalmente num problema de interpretação, significando instabilidade do sistema proposto.

A questão da interpretação, porém, para efeitos da redução formalizadora, é mantida “entre parênteses”, i.e. é contornada como não-problemática para os objetivos em jogo.

A hipótese de “~ p”, porém, como visto, quando se trata de um “ato jurídico” aquilo de que cuida a hipótese normativa, oculta na verdade um outro fato relevante que é a pretensão de “p”.

Retornando ao problema formal, o certo, de todo modo, é que “ $\sim p$ ”, desde o momento em que é contemplado pela regra (IV), passa a ser o “fato jurídico” específico dessa norma, cuja estrutura, toda peculiar em seu sentido formal, é a base do fenômeno das nulidades.

Assim, “ $\sim p$ ”, mesmo quando “ p ” é “ato jurídico”, será um “fato jurídico em sentido estrito”. Aparentemente, infringiu-se aqui o princípio da identidade. Como pode ser que ao se negar “ p ”, “ p ” se transforme imediatamente noutra coisa? Se assim é, então, há de se concluir que é impossível negar “ p ”. A eficácia desse “ $\sim p$ ”, assumido que tal expressão seja acatada, apesar das restrições acima, não pode ser configurada por aquele específico “ q ”, que deveria decorrer se tivesse ocorrido “ p ”, ainda que assim o queiram as partes interessadas. Isso é o que diz a regra (III).

A regra estruturada na forma de (IV) tem uma função pragmática, cujo teor semântico já estaria compreendido na própria hipótese de “ $\sim p$ ” em (II). Sua necessidade explica-se pragmaticamente para esvaziar pretensões de validade que decorram das interpretações possíveis acerca do que possa adequadamente, do ponto de vista semântico, ser entendido como “ p ”, i.e. como o “ato jurídico” previsto em (II).

Em vários casos, a norma jurídica, ao declarar as hipóteses de nulidade, está fundamentalmente a delimitar o espaço semântico do que se possa legitimamente compreender como “ p ”. Desta maneira, o legislador na verdade consegue, pela via da definição negativa contida na regra de nulidade, estruturada como (III), redefinir a amplitude semântica de “ p ” em (II). Aparentemente, dada a redundância das regras de validação (II) e de invalidação (IV), ou (V), ou (VI), se uma houvesse de ser dispensada, a dispensa menos traumática seria a de (II).

Observe-se que (II) é apenas formal. Há uma só (II), enquanto que regras do tipo (V) podem ser infinitas. Regras do tipo (V) por sua função pragmática de controle semântico, têm sempre a possibilidade de surpreender com o novo.

6. A boa-fé e as regras de calibração.

Embora o pensamento jurídico, por conta das imposições de racionalidade e fundamentação do seu discurso, tenha apego às estruturas formais, certo também é que há expedientes cuja função discursiva principal consiste em “quebrar” a linearidade inferencial do raciocínio jurídico, a sua consequencialidade, para usar a expressão de REALE (1968: 72).

FERRAZ JR. (1996: 190) denomina esses expedientes de ruptura do funcionamento linear dos sistema jurídico de “regras de calibração”, um termo deslocado metaforicamente da cibernética para o direito. Essas “regras de calibração”, como o termostato de uma geladeira³, servem para regular a dinâmica funcional do sistema, de modo a conservar o seu equilíbrio, impedindo que ele incorra em disfunção.

Vários lugares-comuns atendem a necessidades assim. Entre eles, a “boa-fé” é um dos mais interessantes, precisamente por sua surpreendente imprecisão, um conceito jurídico aberto ou uma cláusula geral, como se passou a dizer. ⁴ No que diz respeito às nulidades, a boa-fé patentemente desenvolve uma função que é assistêmica.⁵

Por exemplo, em relação ao casamento nulo, sistemicamente nenhum efeito poderá ele produzir. Mas, havendo boa-fé dos cônjuges, os efeitos do casamento podem sobrevir, naquilo que a dogmática chama casamento putativo.

Ora, a regra do casamento putativo toma o fato nulo mais a boa-fé como causa dos efeitos excepcionalmente atribuídos *in casu*. O suporte fático que gera essa eficácia excepcional compreende o ato defeituoso, que entra como ato-fato, ou como fato em sentido estrito, bem como a boa-fé. Não se trata de efeitos imediatos do ato nulo.

Também noutras situações a boa-fé opera esse efeito de ruptura da consequencialidade sistêmica. Faz valer o pagamento a quem não é o credor, mas apenas

³ “Estes valores que compõem o termostato, não são propriamente elementos do motor (não operam o esfriamento), mas o regulam, isto é, determinam como os elementos funcionam.” (FERRAZ JR.: 1996: 190).

⁴ Ver entre outros, Judith MARTINS-COSTA (1999: 326).

⁵ Essa quebra é reconhecida, por exemplo em MENEZES CORDEIRO (1984b: 1113).

aparenta sê-lo (art. 309 do CC); faz boa a consumação dos frutos por quem, não sendo dono do principal, nem tendo autorização sua, tinha a coisa consigo (art. 1.214 do CC), etc.

Isso ocorre não somente no direito privado, mas também em matéria de controle da constitucionalidade das leis, o que ficou inclusive assegurado expressamente com a edição das Leis no. 9.868/99 e 9.882/99, que permitem a atribuição excepcional de eficácia a uma lei inconstitucional, aproximando o modelo de controle da constitucionalidade “ontológico”, como é o brasileiro, no qual a lei inconstitucional não é lei, àquele “pragmático”, como o austríaco, de inspiração kelseniana, em que nenhuma lei é, a princípio, inconstitucional.

Perceba-se como essa “regra de calibração” da boa-fé aproxima, na verdade iguala, na prática, os dois modelos de controle da constitucionalidade. Apenas a estrutura, o caminho, para se chegar à solução é que varia. O endereço final, porém, é o mesmo.

Da mesma forma ocorre em relação à diferença entre o ato nulo e o inexistente. Um dos critérios para distinguir o nulo do inexistente costuma ser pela diferente eficácia de um e de outro. Diz-se que o ato inexistente nenhum efeito de direito pode produzir, exatamente por estar fora do mundo do direito. O ato nulo, ao contrário, produziria efeitos. Ora, essa eficácia, a rigor, não decorre da incidência da regra que o ato nulo, intencionalmente, visava a alcançar, porque por essa porta ele não entra no mundo do direito. Como no caso do casamento putativo, outra norma é que incide para produzir os efeitos “excepcionais” do ato nulo. Então, tanto o nulo quanto o inexistente, a rigor, nenhum efeito produzem, igualmente. O que nada quer dizer, já que esses efeitos sempre podem ser produzidos por regras colaterais, “regras de calibração”, que atendem a imposições pragmáticas relacionadas à prudência do decidir.

Assim, a impossibilidade de saber com certeza se o nulo produz ou não categoricamente efeitos não decorre de um nó irresolúvel na teoria lógica que se possa aplicar ao direito, mas da permeabilidade do discurso fundante do direito face às distinções semânticas úteis, que atendem às premências pragmáticas do decidir.

7. Referências bibliográficas.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia e GUIBOURG, Ricardo: *Lógica, Proposición y Norma*, Astrea, Buenos Aires, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio: *Teoria da Norma Jurídica*, Forense, Rio de Janeiro, 1978.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1996.

KANT, Emmanuel. *A Doutrina do Direito*. trad. Edson Bini. São Paulo: Editora Ícone, 1993.

KELSEN, Hans: *Allgemeine Theorie der Normen*. Manz-Verlag, Wien, 1990.

KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre*, 2ª. Edição, Österreichische Staatsdruckerei, Wein, 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e: *Da Boa Fé no Direito Civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Tratado de Direito Privado*, tomo 1, Borsoi, Rio de Janeiro, 1954.

REALE, Miguel: *O Direito como Experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica)*, São Paulo: Saraiva, 1968.

REALE, Miguel: *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.