

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO
PÓS-GRADUAÇÃO STRICTUM SENSU
MESTRADO EM DIREITO

MARCELINO BOTELHO

NATUREZA JURÍDICA E EFICÁCIA DA SENTENÇA CIVIL
—PERSPECTIVA DA INCIDÊNCIA NORMATIVA—

RECIFE, AGOSTO DE 2008

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO
PÓS-GRADUAÇÃO STRICTUM SENSU
MESTRADO EM DIREITO
LINHA DE PESQUISA: PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO DIREITO E
INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO
3ª TURMA - 2007

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

NATUREZA JURÍDICA E EFICÁCIA DA SENTENÇA CIVIL
—PERSPECTIVA DA INCIDÊNCIA NORMATIVA—

MARCELINO BOTELHO

Dissertação apresentada à banca de exame, como requisito para a obtenção do título de mestre, que teve como orientador o Dr. Alexandre Freire Pimentel (UNICAP), composta pelos professores Doutores Marcos Bernardes de Mello (UFAL), Nelson Saldanha (UFPE) e Elias Dubart de Moura Rocha (UNICAP).

RECIFE, OUTUBRO DE 2008

RESUMO

Este trabalho se propõe a uma investigação científico-dogmática da natureza jurídica e da eficácia da sentença civil, sob o ponto de vista da incidência normativa, dando-lhes abordagem semiótica, por um viés da teoria dos códigos e da significação; inserções lingüísticas foram inevitáveis para a compreensão de que o lógico-formal pressupõe um conteúdo indissociável para qualquer formalização e que o pensamento em si mesmo já se encontra sob as regras e padrões da linguagem com a qual são conhecidos os objetos, acarretando, a qualquer lógica que se imponha como jurídica, uma validação não só *a priori*, como também *a posteriori*. Revisitou-se a Teoria do Fato Jurídico para inserir uma nova feição ao plano da eficácia, com o que se quer demonstrar a relação de causalidade ilimitada entre fato jurídico e eficácia jurídica, aplicando-se à eficácia e aos efeitos a Teoria dos Conjuntos. Introduziu-se a noção de suporte fático ideal como supedâneo para interpretar o fenômeno jurídico do suporte fático para a norma. A expressão do juízo hipotético de Kelsen, reelaborado por Carlos Cossio, foi integrada por um modal paraconsistente e axiológico em que o fenômeno jurídico é visto extensional-intencionalmente. A partir da demonstração de tais premissas, concluiu-se que a existência do fato jurídico da sentença produz de logo seu conjunto eficácia, o qual nem o recurso nem a recorribilidade podem afetá-lo, atingindo apenas seus efeitos. A natureza jurídica da sentença foi concebida levando-se em consideração seu componente constitucional (vontade Estatal) e infraconstitucional (ato jurídico estrito senso). A constituição do direito material pelo direito processual foi posta apenas sobre o plano da validade e da eficácia.

Palavras-chave: norma, suporte fático, fato jurídico, eficácia, lógica deôntica, semiótica jurídica, sentença.

ABSTRACT

This work is proposing a dogmatic scientific-research of the legal nature and of the efficaciousness of judicial decision from the point of view of normative effect, giving them semiotic approach, by a vision of the theory of codes and meaning; linguistic concepts were inevitable to the understanding about the logical-formal that requires a content inseparable for any formalization and the thought in itself is already under the rules and patterns of the language in which the objects are known, leading to, for any logic that stands out as legal, a validation not only *a priori*, but also *a posteriori*. The Theory of Legal Fact was revisited to the insert of a new feature to the plan of the efficaciousness and thereby to demonstrate the relation of unlimited causality between legal fact and efficaciousness, applying to them and as well as to the effect the Theory of Sets. It has been introduced the concept of ideal fact support as a requeriment to interpret the legal phenomenon from the material fact to the legal norm. The expression of the hypothetical imperative of Kelsen, revised by Carlos Cossio, was formed by a paraconsistent and axiological modal, in which the legal phenomenon is seen, so, extensional-intencional. After the demonstration of such assumptions, it got concluded that the existence of judicial decision as soon produces a set efficaciousness, which neither the appeal for a formal reconsideration of judgement can affect it, reaching only the decision's effects. The legal nature of judicial decision was designed taking into account its components both constitutional and of act strictly of law. The constitution of the legal fact by procedural law was only put on the plan's validity and efficaciousness.

Keywords: norm, fact support, legal fact, deontic logic, legal semiotics, judgement.

SUMÁRIO

Resumo.....	II
Abstract.....	III
Introdução.....	7
1. A ciência da linguagem do direito.....	7
2. Do suporte fático.....	23
3. Da norma jurídica.....	32
4. Modalização: uma teoria.....	36

PARTE 1

ESPECIFICIDADES DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Capítulo I – Fato jurídico.....	57
1. Breve prólogo.....	57
2. Linguagem e mundo.....	57
3. Factualidade e fato jurídico.....	57
4. Fato jurídico material e fato jurídico processual.....	63
4.1. Distinções fundamentais.....	68
5. Considerações gerais sobre norma jurídica e fato jurídico.....	70
Capítulo II – Plano da existência ou fenomênica da existência do fato jurídico.....	72
1. Planos do mundo jurídico.....	72
2. Antecedente lógico de validade e eficácia.....	72

3. Singularidades do plano da existência do fato jurídico.....	79
--	----

Capítulo III – Planos da validade e da eficácia ou fenomênica da validade e da eficácia do fato jurídico.....85

1. Invalidade: conseqüente possível de existência (e antecedente possível de eficácia) e seus desdobramentos.....	85
1.2. Grau maior de invalidade.....	88
1.3. Grau menor de invalidade.....	90
2. Eficácia: conseqüente possível de existência e validade.....	91
3. Singularidades dos planos do fato jurídico.....	92

PARTE 2

ASPECTUALIDADES DO FATO JURÍDICO DA SENTENÇA

Capítulo IV – Natureza Jurídica da sentença.....112

1. Ideomotricidades constitucionais.....	113
2. Conceito jurídico-constitucional da sentença.....	115
3. Sentença como ato de fala.....	117
4. Conectividade entre meios de execução e a natureza jurídica da sentença.....	120
5. Impossibilidade de ser a sentença norma individual ou ato-fato....	130
6. Constituição e jurisdição: interligações.....	137

Capítulo V – Estrutura da sentença.....143

1. Plano de existência da sentença.....	143
2. Embargos de declaração.....	144
3. Obscuridade.....	144
3.1. Contradição e omissão.....	145
3.2. Erros materiais.....	146

4. Elementos formais da sentença.....	147
4.1 Relatório.....	147
4.2. Fundamento e dispositivo.....	148

PARTE 3

EFICÁCIA E EFEITOS DA SENTENÇA

Capítulo VI – Perspectiva atual da eficácia da sentença.....151

1. Eficácia: uma teorização.....	151
2. Eficácia e efeitos da sentença: considerações gerais.....	170
3. Efeitos da sentença pendente de acórdão.....	172
4. Efeitos da sentença pendente de recurso.....	175
5. Eficácia e efeito da coisa julgada.....	183

Capítulo VII – A relação processual.....187

1. Visão panorâmica da processualística: enxertos zetético, dogmático, lingüístico e semiótico.....	187
2. Constituição da relação processual.....	196

Capítulo VIII – Efeitos dos recursos.....199

1. Efeitos próprios do “recurso”.....	199
2. Efeitos do julgamento do recurso.....	202

Conclusão.....204

Bibliografia.....208

INTRODUÇÃO

O papel do jurista é resolver questões concretas com o material de ciência e de lei de que dispõe; e, se lhe ocorre ensejo, as suas próprias pesquisas para a revisão de conceitos ou de enunciados, ou para a formulação de conceitos ou enunciados novos.¹

Pontes de Miranda

1. A ciência da linguagem do direito.

Os fenômenos da natureza, aquilo que aparece ao homem, são o que são. Por outro lado, não são simplesmente o que são. A forma em que aparecem pode não revelar suas intrínsecas. E sem um juízo sobre o fato não há como apreendê-lo.²

Perguntar-se a alguém o que seria a luz solar, talvez dissesse que é algo quente, que clareia, emitido por uma estrela chamada sol. Outro poderia dizer que tais assertivas não são tão simples assim, pois sabe ele que o sol é uma estrela e que algo é quente ou clareia.

O que clareia e o que é quente estão em nível de decifração dada pelos sentidos mais elementares do homem, visão e tato. Mas claro $\neq$ quente, portanto, sabe-se previamente o que determina o claro e o quente, ou seja, um conhecimento prévio.

Dizer que é estrela pareceria estar fora desses sentidos mais singulares, algo capitalizado por um conhecimento prévio mais artificial: estrela $\neq$ planeta etc. Mas

¹ **PONTES DE MIRANDA.** *Comentários ao CPC.* Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. XLV-XLVI.

² “A realidade de um fenômeno não pode ser deduzida pela razão.” **LOURIVAL VILANOVA.** *Sobre o conceito do direito.* Recife: Imprensa oficial, 1947, p. 110-111. Melhor, só pela razão ou só pela experiência.

o que fez o homem dizer claro e quente certamente foi a linguagem³, que é um conhecimento prévio e artificial.

Se colocasse sua mão numa superfície fria e, após, em uma outra quente, sem saber em sua autoconsciência lingüística o que fosse frio ou quente, apenas reagiria à sensação, mas não diria frio ou quente. Um físico poderia dizer que a luz solar é o resultado de explosões atômicas em diversos níveis.

Uma conclusão elementar se tira, sem se querer chegar à primeira de todas as coisas que se conheceu ou a inflexão primeira⁴, é que não há o que se revelar de um fenômeno como algo isolado, sem referencial, sem linguagem, como algo mais que uma sensação, portanto, fora de qualquer contexto, e o contexto, assim, não é uma coisa, mas várias. E mesmo que essas revelações fossem exclusivas de alguém, não se poderia dizer que significam, porque significam isoladamente.

Ou seja, uma unidade não é uma unidade no sentido de estar em si mesma unicamente, como se diz do número “1”, por exemplo. O número “1” não é só uma unidade, em termos matemáticos ou não, mas um ente, uma representação, algo que está em lugar de outra coisa, um dado cultural, que só é porque está para aquilo que se opõe, e não para si mesmo, entre diversos sujeitos.

Tudo, dessa forma, descreve-se em relação ao que uma coisa não é daquela referida por outra, numa conexão de significados que se opõe e assim se interligam em semelhança e dessemelhança. Semelhança e dessemelhança comporiam qualquer dado cultural.

³ Não se deslembre que o próprio **LACAN**, J. *Escritos*. Rio: Jorge Zahar Editor, 1998. In: *Função e campo da fala e da linguagem*, entendeu que o inconsciente é estruturado como uma linguagem. Mesmo porque, como afirma **RUDGE**, Ana Maria. *Pulsão e linguagem- esboço de uma concepção psicanalítica do ato*. Rio: Jorge Zahar Editor, 1998, p.35, “a linguagem é condição do pensamento”; assim como para **FOUCAULT**, M. *As palavras e as coisas*. São Paulo: Martins Fontes, S/D, a linguagem, separada daquilo que representa, passa a se organizar de forma autônoma, vinculando-se mais ao sujeito e em sua própria atividade do que às coisas e à representação, constituindo-se em objeto, transcendentalmente, já que se torna condição de todo o conhecimento, ordem e nexos do objeto do conhecimento.

⁴ **ROUSSEAU**, Jean-Jacques. *Ensaio sobre a origem das línguas*. 2.^a ed. Trad. Guerreiro, Fernando. Lisboa: Editorial Estampa. 2001, p. 49 e 54: “Da mesma maneira que foram as paixões que levaram pela primeira vez o homem a falar, as suas primeiras expressões foram os tropos. A linguagem figurada foi a primeira a surgir, o sentido próprio só surgiu mais tarde. Às coisas só se deu o seu verdadeiro nome quando elas foram vistas sob a sua verdadeira forma. De início só se falou por poesia; só muito tempo depois é que se procurou raciocinar.” (...) “A primeira forma de notação da escrita não consiste na pintura dos sons mas na dos próprios objectos, ou directamente (como fazem os Mexicanos) ou por meio de figuras alegóricas (processo utilizado antigamente pelos Egípcios). Este estado de escrita corresponde ao da língua das paixões e pressupõe já um mínimo de sociedade e necessidades que se desenvolveram a partir das paixões.”

Dizer que tenho uma intenção é já supor uma semântica a que se contrapõe, e assim construir seu significado de parte do que seja intenção e do que não seja. Se a norma revela uma intenção, também deve revelar uma não-intenção.

Não se quer aqui desenvolver uma teoria da linguagem jurídica, tampouco descrevê-la sob uma única e específica visão, quer seja lingüística, semiótica ou propriamente jurídica, mas tentar, de certa forma, passar a impressão que sem tem do fenômeno da linguagem jurídica como algo interdisciplinar.

Um pouco de cada coisa, dir-se-ia, no sentido de tentar capturar ou de se poder identificar um possível modelo estruturado ou reestruturado a partir das observações feitas.

Se bem que se delimitou o alcance da matéria a ser examinada nesta introdução: suporte fático, norma e modalização, uma vez que a partir de tais elementos se edifica toda construção teórica deste trabalho, não se querendo, assim, intencionalmente colocar o problema sob um plano dicotômico, ou simplesmente lógico de modal deôntico “D”, a saber, suporte fático/norma ou “se A é, então B deve-ser” (juízo hipotético de Kelsen).

Ora, não se deve pensar que exista relação jurídica entre norma e sujeito, ou entre norma e fato jurídico, apesar de o vínculo que se dá entre fato jurídico e norma independe até da perenização de sua capacidade de incidir: uma norma mesma pode deixar de existir, ser revogada e continuarem os efeitos do fato jurídico (ultratividade), a relação é em nível de eficácia jurídica, mesmo já esgotada sua eficácia legal. O mesmo ocorrendo ao suporte fático que, com a incidência, pode mesmo não mais subsistir.

Porém, se essa relação é dominada ou regulada por normas jurídicas é outra questão. A eficácia legal do código jurídico não é outra coisa que não sua potencialidade, capacidade de incidir, distinta da eficácia jurídica, produto e não subproduto do fato jurídico. Na unidade do direito, suas substâncias não se diluem umas nas outras.

Ora, o comportamento factual já é por si mesmo pertencente ao mundo dos fatos, agora, quando se o quer relacionar com o mundo jurídico (norma, fato jurídico, eficácia), deve-se colocá-lo dentro desse mundo, e assim só se faz pela porta da juridicidade ou pela juridicização do suporte fático suficiente, que não se dissolve na juridicidade (norma). Falar em comportamento factual resume-se ao mundo dos fatos, ou a efetividade dos fatos jurídicos.

Se efeitos jurídicos ocorrem ou não no mundo dos fatos, é questão de exaurimento da eficácia, em que se dá a efetividade. Uma vez que a jurisdição é a única forma, salvo a força de mãos próprias, legalmente expressa, de imposição coativa das conseqüências advindas, não da norma em si mesma, mas do fato jurídico produzido por sua incidência sobre suportes fáticos.

Sem aprofundar ainda a questão do modal deôntico “D”, tais saberes da ciência da linguagem clássica do direito a que se alude, sobremaneira, ainda contém toda aquela visão, puramente normativa, da Teoria Pura do Direito, de que o objeto de estudo da ciência da dogmática é exclusivamente a norma e não o do sentido proposto por Carlos Cossio⁵, com as particularidades que aqui sobrevirão, de que, “ipsis litteris”:

Di la misma manera que el objeto del conocimiento del astrónomo son los astros y no las leyes de Kepler y Newton, porque éstas sólo son conceptos con los que los astros son conocidos, así también en la Ciencia Dogmática el objeto del conocimiento del jurista no son los normas sino la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, porque las normas jurídicas son sólo conceptos con los que aquella conducta es conocida como conducta. Las normas son simplemente los conceptos con los que pensamos esa conducta. Ellas en si, en tanto que conceptos, son objetos ideales de tipo lógico como todos los conceptos; de ahí que el estudio de las normas en su normatividad esté a cargo de la Lógica jurídica formal, sobre lo cual las investigaciones de Kelsen que se conocen con el nombre de Teoría pura del Derecho, contienen los lineamentos y fundamentos generales.⁶

E aduz Lourival Vilanova⁷:

Não se nega a complementariedade dos outros pontos-de-vista para *um saber integral do ser do direito positivo*. Apenas, faz-se o *corte metodológico*, pondo-se entre parênteses fatores que são relevantes para outra ciência, mas não para o jurista ocupado em interpretar normas, em reconstruir conceitos e princípios do sistema de normas, *em função de sua aplicabilidade aos factos da vida social*.

Mais próximo de Kelsen que de Cossio, leciona Vilanova:

⁵ **COSSIO**, Carlos. *La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2.^a ed. Bueno Aires: Abeledo Perrot, 1964, p. 329.

⁶ Tradução livre: “Da mesma maneira que o objeto do conhecimento do astrônomo são os astros e as estrelas e não as leis de Kepler e de Newton, porque estas são apenas conceitos pelos quais os astros são conhecidos, assim também na Ciência Dogmática o objeto do conhecimento do jurista não são as normas, senão a conduta humana em sua interferência intersubjetiva, porque as normas jurídicas são somente conceitos com os quais aquela conduta é conhecida como conduta. As normas são simplesmente os conceitos com os quais pensamos essa conduta. Elas em si mesmas, enquanto que conceitos, são objetos ideais; daí que o estudo das normas em sua normatividade está a cargo da Lógica jurídica formal, sobre a qual as investigações de Kelsen são conhecidas com o nome de Teoria Pura do Direito, contendo os lineamentos e fundamentos gerais.”

⁷ **LOURIVAL VILANOVA**. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.^a ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 62.

Com necessidade lógica, cada ciência particular do direito tem por objeto normas jurídicas específicas, normas com um campo de aplicação especificamente definido. Normas jurídicas penais, normas jurídicas processuais, civis, comerciais, constitucionais, administrativas, etc., são espécies de um gênero, divisão, em subesferas, da esfera da objetividade jurídica.⁸

Percebe-se, nos textos transcritos, a preocupação prioritária do jurista em interpretar e aplicar as normas. A opção deste trabalho em dar à interpretação o ponto de partida dos suportes fáticos, até que se chegue, ou não, à norma, é questão central. No entanto, não se deve reduzir, simplesmente, um ao outro.

Tem-se em mente, então, que a *obligatoriedade* não é da norma, mas do fato jurídico por ela produzido. Assim como não seria possível haver eficácia garantida, protegida, em um ordenamento jurídico, sem a intervenção da jurisdição. Sem ela não haveria sentido, nem jurídico nem lógico, de se falar em *obligatoriedade*, *proibição* ou *permissão* normativa, mesmo que tudo se configure, enfim, na unidade do direito, sem, no entanto, se confundirem.

Aliás, penetrando no problema de que à norma pertencem os funtores deônticos, passe-se a uma análise mais vertical da expressão “se A é, B deve ser”⁹. Claro que a norma, que é uma expressão de poder, e, por assim o ser, carrega consigo um caráter de imperatividade e estatualidade, contamina todo o mundo jurídico, não sendo, absolutamente, mera recomendação.

Como afirma Bobbio¹⁰, as proposições prescritivas não são nem verdadeiras nem falsas e só as descritivas teriam tal atributo, em face da sua funcionalidade. Por isso a norma não garante que o comportamento alheio será efetivamente modificado, como bem viu Kelsen, que fica claro em face da utilização *a priori* de “D”. Há critérios de identificação das normas tanto pela forma, conteúdo, finalidade ou por ser expressão de poder.

Partindo de tais premissas, tente-se verificá-las por um viés da teoria dos códigos e da produção signíca. Ora, para haver functivo é necessária uma força que o estabeleça, o convencie; em assim ocorrendo, o que é denotado no sistema faz-se pelo código-matriz, independente de ser mais estável do que aquilo que é conotado.

⁸ **LOURIVAL VILANOVA**. *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa oficial, 1947, p. 41-42.

⁹ “La representación más elemental de la proposición normativa es la kelseniana: *dado A debe ser B*, la que se formula así: $A \rightarrow B$.” **LEGAZ E LACAMBRA**, Luis. *Filosofía del Derecho*. 5.^a ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1979, p. 383. Tradução livre: A representação mais elemental da proposição normativa é a kelsiana: Dado A, deve ser B, a que se formula assim: $A \rightarrow B$.

¹⁰ **BOBBIO**, Norberto. *Teoria Geral da Norma Jurídica*. Trad. Pavan Baptista, Fernando e Sudatti, Ariani Bueno. 3.^a ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 81.

Por sua vez, o conotado faz-se subcódigo. Mas o sentido que os funtores fixam servem como armação de um sentido ideal, construído a partir de conteúdos concretos e ideais costurados idealizantemente.

As forças da convenção operam em vantagem ao denotado, que, assim, ao tomar valor de código, impõe à substância da conotação a sua própria ou permite que o conteúdo desta ao seu se vincule, se submeta, definindo seus graus de conteúdo, o que vai produzir um texto, cujo conteúdo é um discurso em diversos níveis.¹¹

Ora, o referente é justamente os estados do mundo que se supõe corresponderem ao conteúdo da função signica. Mas a possibilidade de significar do código pode não corresponder a nenhuma situação real, de fato, ou seja, há uma condição de significação (intencional) e outra de verdade (extensional).

O que interessaria à teoria dos códigos seria a primeira (que não corresponde a nenhuma situação real), não a segunda (situação real, de fato), o que toca a esta seria o referencial, e isso não nega a possibilidade do referente ser também zetético-dogmático¹², a se considerar a conduta como objeto também da dogmática.

À norma jurídica importa a primeira, pela sua capacidade ou possibilidade de significar (sem correspondência de fato) *e não de fixar significações* (com correspondência de fato). Se isso é certo, daí já se nota que a segunda condição é o suporte fático.

Ora, percebe-se que, entre eles (código e subcódigo), entremeiam-se e permeiam-se substâncias, sinais, que são previamente decodificados ou interpretados. Esses sinais ou substâncias correspondem aos suportes fáticos do código e do subcódigo. O limite natural, contudo, de uma semiótica jurídica é o de que o funcionamento do sistema está a depender desses sinais específicos: fatos ou eventos valorados, e só assim o são em face da correspondência com a hipótese normativa.

Daí duas observações: A primeira é a de que, numa acepção puramente formal, o sistema, a exemplo, ao se defrontar com sinais de fatos brutos¹³, interpretá-

¹¹ ECO, Humberto. *Tratado geral de semiótica*. Trad. Danese, Antônio de Pádua e César Cadorzo de Souza, Gilson. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 45-48.

¹² Ver Capítulo VII.

¹³ “Há alguns anos, fiz uma distinção entre fatos brutos, como o fato de o Sol estar a 149 milhões de quilômetros da Terra, e fatos institucionais, como o fato de eu ser um cidadão dos Estados Unidos. De modo a explicar a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais, recorri a uma distinção entre dois tipos diferentes de regras. Algumas regras regulam formas de comportamento que já existem. Pensem, por exemplo, na seguinte regra: “Dirija do lado direito da estrada.” Pode-se dirigir de qualquer lado da estrada mas, uma vez que dirigimos, é útil ter alguma maneira de regular isso, e portanto temos regras do tipo “Faça isso ou aquilo”. E em geral temos regras para regular atividades que existem independentemente das regras. Tais regras são regulativas. Elas regulam formas de comportamento que

los-ia e os decodificaria segundo fatos brutos, sem, conseqüentemente, os juridicizar, mas não deixaria de compor um produto de juridicidade, o fato jurídico da sentença, mantendo sua coerência.

Segunda: Se para sua operacionalidade não necessitasse daquilo que é sua razão de ser, os fatos ou eventos valorados, tal conjectura levaria à conclusão de que não se precisa, então, de sistema. Mas, assim posto, revelar-se-ia uma visão árida e certamente os suportes fáticos são condição “sine qua non” da maquinação jurídica. Hipótese, aliás, só conectável a um mundo de perfeições ou para que não fique no vazio sua própria razão de ser sistema que é etiquetar o suporte fático.

Na hipótese do sistema funcionar de qualquer sorte, se alguém o manipulasse, continuaria sua produção independente de ser uma verdade ou uma mentira o seu referente, porque a uma teoria dos códigos não interessa a verdade ou a mentira: ela processa ambos como válido ou inválido. Mas, como se verá, as normas constitucionais podem ser vistas como extensões de predicados normativos e como tais não poderiam ser poscedentes à intencionalidade infraconstitucional.

Para tanto, então, a garantia da tutela jurídica, permitindo a discutibilidade do bem perseguido, de certa forma atribui juridicidade formal prévia ao fato valorado levado à discussão, já que não se pode antever o processamento da etiquetagem de fatos brutos e precariamente se deve supor fato de juridicidade¹⁴, conseqüentemente, conjunto eficácia¹⁵, inerente a qualquer fato jurídico, independente de ser válido ou de gerar efeitos, provisoriedade da juridicidade dada em nível meramente formal¹⁶. Vale frisar que não se trata, evidentemente, de rejeição à teoria da incidência, porque se há de manter coerência lógica com a teoria dos códigos, tanto quanto com aquela.

Não se cuida, portanto, de condições da ação, mas de pressuposto funcional do sistema para processar o etiquetar fatos de juridicidade, mesmo que tal

existiam anteriormente. Mas nem todas as regras são desse tipo. Algumas regras não apenas regulam mas também constituem, ou tornam possível, a forma de atividade que regulam. O exemplo clássico disso são as regras de xadrez.” SEARLE, John R. *Mente, linguagem e sociedade*. Rio: Rocco, 2000, p. 114.

¹⁴ “O direito subjetivo existe em potência; a pretensão e a ação, também. Pensou-se que o direito ao remédio jurídico processual, em vez daqueles, tivesse o caráter de atualidade. Não é verdade, uma vez que a declaração de vontade (*petitio*) já supõe a pretensão à tutela jurídica, portanto em potência. (...) O direito subjetivo, a pretensão de ir a juízo, existe em potência, como todos os outros direitos subjetivos.” PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo III. Rio: Forense, 1974, p. 12.

¹⁵ A teorização do “conjunto eficácia” é desenvolvida no Capítulo VI.

¹⁶ “Num sistema normativamente concluso, *conceptualmente* fechado (o que não exclui seja positivamente, factualmente, aberto), todo fato é fato jurídico. Se não, coloca-se *fora* do sistema.” LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 198.

fato, ao fim, resulte apenas em uma substância jurígena processual (sentença desprovida de conteúdo material). Evidentemente, pode haver falta de interesse de agir¹⁷ e mesmo assim existir fato jurídico propriamente dito, nessa hipótese não se trata simplesmente de fato de juridicidade. O fato de juridicidade de que aqui se fala não se vincula a questões inerentes à demanda, isso ocorre em relação ao fato jurídico propriamente dito, mas opera como fundante para uma teoria dos códigos na maquinação da etiquetagem já discorrida.

Também se pode dizer que mesmo que seja o referente objeto nomeado, porque a linguagem jurídica menciona estados do mundo, os sinais não vão designar um objeto em si mesmo, mas um conteúdo cultural, que se tornará um conteúdo jurídico no processo de significação jurídica.

Assim, explica-se porque uma teoria dos códigos não aceita uma falácia extensional de suportes fáticos concretos, porque o valor de verdade estaria no mundo dos fatos e não na norma jurídica (código, falácia intencional¹⁸), verificando-se que a expressão “se A é B, então S deve ser P”, não poderia ser verdadeira ou falsa.

Por outro lado, do ponto de vista da teoria dos códigos, a rigor, ao se dizer que o modal opera functivos apenas em nível de norma (lógica deôntica de modal não-axiológico), é de se considerar a impossibilidade de a interpretação somar-se à decodificação, eliminando-se a possibilidade de atuação da interface do suporte fático ideal (definido no próximo item), ou seja, o suporte fático concreto (lógica material, metodologia para alguns) teria de corresponder em igualdade ao suporte fático abstrato (lógica formal). Se não o é, exclui-se.

No Estado Democrático de Direito, os suportes fáticos concretos são compostos de significados históricos predominantemente e no mundo dos fatos são produzidos, enquanto o significado da norma é composto de parte icônica desse mundo dos fatos, assim como de sua própria produção teórica, à base de uma metalinguagem jurídica, código sobre código.

Todo esse escarcéu, no direito, crê-se, diz respeito a se tomar a norma jurídica (teoria normativa) como ponto de partida exclusivo da produção sêmica do

¹⁷ **PONTES DE MIRANDA.** *Tratado das ações*. Tomo II. São Paulo: RT, 1971, p. 26: “O interesse de agir, em se tratando de ação de declaração, tem extensão que vai além da existência de direito, pretensão ou ação, porque avança até à declaração de inexistência.”

¹⁸ Conteúdo convencionado, código, condição de significação.

direito, em que o funtivo é a própria definição de sua função súnica, pondo-o como não-referencial, um sincategorema¹⁹.

O que não deve ocorrer é a passagem de condição de significação à própria significação, o que manteria uma árida concepção interna do sistema, em prol de uma teoria dos códigos, ou das normas, que rejeita uma falácia extensional e se distingue de uma teoria da produção súnica.

Interessante notar dizer-se que, em termos lingüísticos, os sincategoremas (todavia, de etc.) nada significam por si mesmos e servem, ao contrário, para fixar significações, melhor, como discriminador de significados em potencial, no que se apresentaria como um conjunto-unidade a capacidade de significar e de fixar significações (sincategoremas e categoremas), só que estes podem fixar significações sem aqueles, não havendo possibilidade inversa, no entanto, sem se confundirem.

Resta uma indagação descritiva: Se um sincategorema, no entanto, penetra na expressão “o homem branco”, modificando-a para “o homem de branco”, como functor (não-referencial), a expressão, a que se poderia chamar de verdadeira ou falsa se o functor fosse referencial, passa, agora, de falsa à válida ou inválida, em sendo o homem amarelo?

Seria o mesmo que dizer, no exemplo já dado, que o sistema ao processar fato bruto o juridicizasse e isso pode ocorrer, momentaneamente, por manipulação ou por seu mau funcionamento, a implicar que o operador “D” não comporta elemento lógico capaz de resolver o conflito normativo, tampouco o de seu referencial, ou a contradição ou a própria indefinição sistêmica de forma deôntica paraconsistente e não-trivial.²⁰

¹⁹ “Há, inclusive, quem sustente que a norma jurídica é um *dever-ser* precisamente porque estima a possibilidade de não se realizar pela conduta contrária das pessoas, sem que perca, com isso, a sua vigência. Essa visão, porém, parece-nos míope e irreal. Esconde-se, no abstrato da norma, o real da oposição a ela.” **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16.

²⁰ Uma teoria dedutiva T, cuja linguagem contenha um símbolo para a negação, é dita inconsistente se o conjunto de seus teoremas contém ao menos dois deles, um dos quais sendo a negação do outro. Sendo A e ~A tais teoremas, ambos integrantes de um mesmo sistema lógico, apresenta uma contradição. A teoria T chama-se trivial (ou supercompleta) se todas as proposições formuláveis em sua linguagem forem teoremas de T, ou dito de outra forma, se tudo o que puder ser expresso na linguagem T puder ser provado em T. **BARBOSA**, Cláudia Maria. In: *PARADOXOS DA AUTO-OBSERVAÇÃO - PERCURSOS DA TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA*. Org. **ROCHA**, Leonel Severo. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 89/92

Aí, uma teoria dos códigos, como a de Kelsen, responderia que não se trata de ser verdadeiro ou falso, mas de valer ou não²¹. De antemão, isso pareceria absurdo, o mesmo que se dizer que a forma não importa o conteúdo, mas uma função, a de extensão do sujeito e de modificar predicados e associá-los à norma jurídica sincategoricamente, como o diz Lourival Vilanova que “o jurídico não está no conteúdo, mas, na forma”. Sentido, por sinal, bastante arbitrário.

Tome-se o exemplo da boa-fé (pois não se há de negar que a boa-fé é elemento de suporte fático²² e, mesmo que dita como regra, não se torna norma, vez que o conceito desta não existe sem “tese” e “preceito” e estes estão contidos no próprio conceito de norma e não no de conduta ou de discurso apofântico com a boa-fé), que mesmo antes de ser conteúdo de lei, se enxertava como conteúdo jurídico; similar a “mulher honesta” etc., a saber, o formato normativo contém conceitos não-jurídicos assimilados ou juridicizados, com o que não se pode confundir forma e conteúdo no direito, pois suas substâncias factuais e jurídicas não se dissolvem uma nas outras, não se perdem, mas nutrem outra unidade cultural de significação também jurídica.

A causa factual, ao passar para motivo juridicamente relevante, penetrando no mundo jurídico, não abandona seu valor de fato a se perder na juridicidade, tampouco esta naquele. Essa recomposição não corresponde necessariamente a uma transfiguração ou transmutação, mas a uma reconfiguração na mesma ordenabilidade da factualidade, ou do mundo jurídico. A ciência do direito não é só a ciência do direito positivo, mas a ciência do direito positivo em conectividade com os valores sociais simbioticamente no ser integral do direito: fato, valor, norma.

Alias, há conceitos jurídicos implícitos nas normas vindos mesmos da própria ciência jurídica ou de “resultado de dados extralingüísticos de tipo estatal-social”²³, que não poderiam ser fixados no texto literal normativo. Têm componentes, pois, gerados ou não pelo direito, como as perspectivas programáticas da Constituição, o fundamento e os objetivos constitucionais.

²¹ “Necessariamente essa declaração deveria ser direcionada para a intuição cautelosa do direito intrinsecamente válido, de modo a possibilitar a convergência das perspectivas que constituem o ordenamento. Frisem-se, mais uma vez, que as mudanças de conteúdo do ordenamento seriam sempre fruto do direito eficaz e, principalmente, do direito intrinsecamente válido – e nesses casos haveria apenas declaração, não criação.” **BELLINETTI**, Luiz Fernando. *Sentença civil – perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994, nota 210, p. 127.

²² **SCHREIBER**, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2.^a ed. Rio: Renovar, 2007, p. 119, firma que “o venire contra factum proprium inclui-se exatamente nesta categoria: um abuso do direito por violação da boa-fé”.

²³ **FRIEDRICH MÜLLER**. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 3.^a ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Renovar, 2005, p. 38.

Tenha-se em conta as elucidações de Lourival Vilanova²⁴:

A norma fundamental, como condição da possibilidade do conhecimento dogmático do Direito (sua *função gnosiológica*) é, sintaticamente, proposição situada *fora* do sistema de Direito positivo. Quando Kelsen diz, repetidamente, que não é norma posta (estatuída por uma autoridade ou pelo costume), mas *pressuposta*, podemos traduzir isso em termos de Lógica moderna: *a norma fundamental é uma proposição de metalinguagem*; não está ao lado das outras proposições do Direito positivo, não proveio de nenhuma fonte técnica; carece de conteúdo concreto e, *relativamente à matéria das normas positivas*, é forma condicionante delas (forma cognoscente, hipótese epistemológica).

Assim, a norma fundamental é tanto um pressuposto gnosiológico (lógico-transcendental) quanto inevitavelmente um momento integrante de natureza ontológica. O lógico-formal reside no caráter de proposição fundante de uma série de proposições normativas.

Há de se ter em conta que toda norma, inclusive a pressuposta, carece de conteúdo concreto: o conteúdo abstrato não garante sua concretude no mundo dos fatos. Porém, o sistema jurídico, que tanto cuida de condutas quanto de eventos, não se constituiria sem o ponto de partida de uma anterior concretude, talvez ainda não normatizada, a qual elabora idealizantemente.

Ora, segundo uma teoria pura do direito, como observado por Vilanova, se a norma fundamental é pressuposto lógico-transcendental²⁵ e se o sistema é posto por um sujeito transcendental numa atitude pura ante o objeto e toma o sistema como forma sintática de união de proposições quer da Ciência do Direito ou do Direito Positivo²⁶, tal atitude, então, não seria regrada por nenhum pressuposto de validade antecedente ou subjacente, não havendo forma lógica reguladora anterior, além de uma lógica mínima necessária à produção de qualquer entendimento de que falou Kant²⁷, porque o sujeito cognoscente tudo pode, independentemente do conteúdo material que vincule, ou seja, de suas premissas, da “verdade empírica”²⁸ ou mesmo da forma; e se assim o fosse, todo o cotejamento, que se sabe inarredável aos sistemas constitucionais atuais, mesmo daqueles dados chamados de meramente formais da norma pressuposta, como os relativos à própria existência do Estado, tanto quanto aos concernentes aos ingredientes existenciais dos valores, ideologias, insertos na Constituição, ficariam relegados ao

²⁴ **LOURIVAL VILANOVA**. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.^a ed. São Paulo: Noeses, 2005, p.164-165 e 166.

²⁵ **LOURIVAL VILANOVA**. Op. cit., p. 166.

²⁶ **LOURIVAL VILANOVA**. Op. cit., p. 167.

²⁷ **KANT**, Immanuel. *Lógica*. 3.^a ed. Trad. Antônio de Almeida, Gottlob Benjamin Jäsche de Guido. Rio: Tempo Brasileiro, 2003, p. 30.

²⁸ **LOURIVAL VILANOVA**. Op. cit., p. 46.

meramente aleatório diante dessa atitude pura ante os objetos, porque não teria uma ordem que regulasse as premissas, porque seria a Constituição fundante dessa ordem, cujas premissas não poderiam ser validadas, e, em assim sendo, apenas postas como valor extensional.

O que, por certo, admitindo-se tais hipóteses, seria inaceitável colocar-se a Constituição como um dado lógico-formal unicamente, tanto do ponto de vista meramente teórico quanto prático, passando a um dado originário constitutivo do conhecimento jurídico simplesmente, contradizendo o fenômeno jurídico em seus elementos decisório e axiológico, com todas as imbricações inerentes. O que parece bastante arbitrário também. Portanto, a Constituição seria condição de verdade lógica da consequência lógico-infraconstitucional e só (?).

Se a lógica transcendental é a lógica da própria constituição do objeto enquanto objeto, sem preocupação com suas qualidades essenciais, em face de tal posição, certamente não se poderia negar o caráter da norma pressuposta como um dado extralógico do sistema, “isto porque *extralógico* é o critério-de-validade para fundamentar um sistema de normas”²⁹.

Lask³⁰ concebia a Lógica transcendental como uma lógica da verdade, formulando o princípio da determinação material das formas lógicas, em que sua individuação é determinada pelo material do qual são válidas, pois o objeto é uma conformidade entre material e forma lógica, dando-lhe condição de inteligibilidade, possibilitando o sentido.

Por outro lado,

Quando descrevemos o fenômeno do conhecimento, constatamos que, para a consciência natural, a verdade do conhecimento consiste na concordância do conteúdo do pensamento com o objeto. Chamamos essa concepção de conceito *transcendente* de verdade. Mas ela se contrapõe a uma outra, que chamamos de conceito *imane*nte de verdade, segundo a qual a essência da verdade não reside numa relação do conteúdo do pensamento com algo contraposto, transcendente, mas sim no interior do próprio pensamento. A verdade é a concordância do pensamento consigo mesmo. Um juízo é verdadeiro quando construído segundo leis e normas do pensamento. De acordo com essa concepção, a verdade significa algo puramente formal. Ela coincide com a correção lógica.³¹

²⁹ LOURIVAL VILANOVA. Op. cit., p. 171.

³⁰ LASK, Emil. *Logic of Philosophy and the Doctrine of Categories*. Trad. Braun, Christian. USA: Intl Specialized, 2000. Assim como assinalara KANT, Immanuel. *Lógica*. 3.^a ed. Trad. Antônio de Almeida, Gottlob Benjamin Jäsche de Guido. Rio: Tempo Brasileiro, 2003, p. 32-33.

³¹ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 119.

Com tais assertivas, poder-se-ia concluir que a norma fundamental não seria pressuposto lógico-transcendental, mas lógico-imanente (teoria pura); então, inserida estaria uma indagação a uma lógica transcendental aplicada ao direito: como um dado extralógico poderia penetrar no sistema, este como produto categorial da função cognoscente, que requer uma lógica contingente³², formal e material, para validar ou invalidar, e não para dar-lhe valor de verdade-validade?

No sentido da concepção de Lask, dir-se-ia que a Constituição seria um fator extensional-validativo, em que o material e a forma lógica determinam o sentido, sem exclusão do objeto.

A considerar, no entanto, a imanência da verdade, o lógico-formal = verdade (correção formal), com exclusão do próprio objeto. Ora, se a verdade nada tem a ver com a relação entre o conteúdo do pensamento e o objeto, de que dimana, então, o conteúdo do pensamento que concorda consigo mesmo? Do próprio pensamento? Cair-se-á, novamente, nas questões da fenomenologia hursseliana³³, que quer excluir a linguagem, com todas as suas imbricações opositivas e contraposições, da relação gnosiológica, como se a relação sujeito-objeto, numa redução fenomenológica, pudesse excluir o segundo, sem atentar que o pensamento passa, necessariamente, pelo plano da linguagem e que sem ela tudo termina em percepção químico-sensorial, ou em significação a que não se pode chamar de conhecimento, dado cultural, resultando naquilo que Pontes de Miranda³⁴ entende como “jecto”³⁵ (?).

A conclusão que se tira é a de que o sistema funciona de forma extensional-intencional (“verdade-validade”, fato-valor e norma). Daí a afirmação de Tarski de que parece ser possível incluir entre os termos lógicos, alguns dos quais são usualmente considerados como extralógicos, sem incorrer em conseqüências que estejam em contraste com o uso ordinário³⁶ (?).

Em outras palavras, não se poderia afirmar que a norma além de seu enfoque lógico-deôntico para fixar significações não possa ter nenhuma, porque atua e ordena como um sincategorema, supostamente sem conteúdo. Só mesmo aos que vêem a norma como única salvação e o modal deôntico axiologicamente neutro. Nesse

³² KANT, Immanuel. *Lógica*. 3.^a ed. Trad. Antônio de Almeida, Gottlob Benjamin Jäsche de Guido. Rio: Tempo Brasileiro, 2003, p. 31.

³³ Questões discorridas no Capítulo I, Item 2, Linguagem e mundo.

³⁴ Ver nota 158.

³⁵ PONTES DE MIRANDA. *O problema fundamental do conhecimento*. Rio: Editora Globo, 1937.

³⁶ TARSKI, Alfred. *Introducción a la Lógica y la Metodología de las Ciencias Deductivas*. Trad. T.R. Bachiller, J.R. Fuentes. 2.^a ed. Argentina: Editora Espasa- Calpe, 1968.

sentido, então, “D” define a extensão do sujeito e de seu predicado, ou seja, co-intencionalmente. Conseqüentemente, “D” é predicável de si mesmo e não é predicável de si mesmo (porque fundante e jurídico-positivo seus elementos) (?). Dessa forma, contudo, se deveria tratar o problema em termos de uma lógica deôntica paraconsistente e não trivial.

Ora, já se percebe que o estudo da norma, pelo ponto de vista deôntico clássico, torna-se árido e totalmente dissociado da realidade social, a qual o direito quer vincular. A cultura jurídica não pode ser reduzida a algo mineral, ou matemático, a estudos como ao do som do “r” no Sul ou no Norte, a um fonema ou a uma função de contraste ou a um morfema e só. Para uma teoria dos códigos sim. Para uma produção sófica não.

Não há norma sem conteúdo ou sem forma, mesmo a se considerar um processo telemático, cibernético etc., a se abstrair seu substrato interno, restando apenas a forma, uma camada que por si só empreende um discurso sem está fiduciariamente composto naquele. A formalização, portanto, não se dá em si mesma, mas o que faz é formalizar substratos materiais à medida que penetram às normas, e não ser simplesmente fundante de si mesma, não podendo passar, como num passe de mágica, a algo desvinculado do conteúdo que se formalizou, excluindo seu objeto. Portanto,

Fundamentalmente uma teoria geral dos modelos jurídicos dependeria de explicação da função epistemológica da axiomatização no campo do Direito e de destaque de suas peculiaridades, pois participamos do pressuposto de *Miguel Reale*, segundo o qual “a normatividade jurídica marca sempre um momento de racionalidade volitiva, de equacionamento de fatos segundo valores, numa necessária conversão do axiológico em teleológico.

Como axiomatizar significa colocar princípios que constituem uma base coerente e suficiente de dedução para todas as proposições de uma teoria, tais princípios se transformariam em formas operacionais ou técnicas de formalização, isto é, os modelos jurídicos somente se tornariam válidos se redutíveis a uma linguagem subordinada a regras explícitas de construção. Assim sendo, a axiomatização como modo rigoroso de definição dos conceitos se converteria em instrumento de interpretação e determinação das categorias objetivas, e a formalização seria, neste caso, um momento essencial da axiomatização.³⁷

Se assim não fosse, não passaria, com isso, contrariamente ao esperado, o código, de condição de significação a uma falácia extensional puramente formalista, por hipercodificada, a tomar a norma jurídica como referente, como “verdade” (e não

³⁷ STRENGER, Irineu. *Direito moderno em foco*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 311.

validade), assumindo-se que o significado de um significante é o objeto correspondente (?).

E bem se sabe que a “verdade” é um dado construído e está em lugar de algo. Ao impasse, resta, em ressalva, ficar com Rudolf Carnap³⁸, que isso não significa que a análise das intenções deva preceder a verificação da extensão, ao menos a uma lógica paraconsistente e não trivial deôntica (não deslembrar que o juiz julga fatos).

Quando Hjelmslev introduziu a noção de três planos na concepção saussuriana de Língua/Fala (plano sintagmático e paradigmático), ou para Jakobson plano metafórico (ordem do sistema) e plano metonímico (ordem do sintagma), o fez para redistribuir os seus termos de modo mais formal:

1) o *esquema*, que é a língua em sua forma pura, língua para Saussure, o lugar do “r” fonológico em séries de oposição; 2) a *norma*, que é a língua em sentido material, já com manifestação social, o “r” oral, portanto, mas não escrito; 3) o *uso*, que é a língua como conjunto de hábitos de certa sociedade, o “r” de algumas localidades, fala para Saussure, dando origem a uma nova dicotomia Esquema/Usos³⁹.

A norma determina o uso e a fala; uso e fala determinam-se; o esquema é determinado pela fala e pelo uso. Ou seja, o traçado de Hjelmslev colocou todo o substancial para o lado da fala e todo o diferencial para o da língua (e assim o é na linguagem do direito). Resultando que o grupo Norma-Esquema-Usos confunde-se com o que seja substância de um sistema. Fazendo-se um paralelo com o direito, restaria, o mais aproximadamente: Norma- suporte fático- fato jurídico.

A visão lingüística saussuriana (signo=significante+significado) tornou-se, mesmo com essa formalidade, menos árida, com o acréscimo do plano da “norma” de Hjelmslev, mas ainda se põe, na semiótica de linha saussuriana, a distinção entre signos intencionais e não-intencionais. Charles Peirce⁴⁰ trouxe para a definição de signo algo além: não precisar para sua definição de que seja não-intencional e artificial.

De dicotômico passou a tricotômico: representamen-interpretante-objeto. Para Peirce, signo é tudo que leva outra coisa (seu interpretante) a referir-se a um objeto a que ele próprio se refere. Nesse raciocínio, o interpretante torna-se, por sua vez, um signo, e assim sucessivamente, até atingir um Signo Final.

³⁸ CARNAP, Rudolf e SCHLIK, Moritz. *Coletânea de textos*. Trad. João Baraúna, Luiz e Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

³⁹ BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia*. Lisboa: Signos, s/d, p. 14.

⁴⁰ NÖRTH, Winfried. *Panorâmica da semiótica*. São Paulo: Annablume, 1995. Peirce, mas conhecido por ter escrito “Alice no país das maravilhas”, foi também grande matemático americano.

Tal definição, analisada por Humberto Eco, demonstra que, na realidade, esse Signo Final não é um signo, “mas o campo semântico total, como a estrutura que conecta os signos entre si”⁴¹. E, por consequência, uma composição de unidades culturais, que a respectiva cultura definiu como tal. Daí que, para a produção do direito, as unidades culturais pertencentes ao conteúdo codificado dar-se do suporte fático para a norma, e não no inverso.

E, se assim o é, no procedimento as unidades culturais são construídas e articuladas com as unidades normativas, ou seja, é da conjunção por semelhança e dessemelhança do suporte fático concreto, ideal e abstrato que se constrói o significado jurídico.

O direito, então, como unidade cultural, processo de significação, define o que lhe pertence e seus modos de funcionamento, aqui a ser estudado do ponto de vista dogmático. Nem mesmo a “langue” é um sistema aberto em termos de uma transformação ditada pelos falantes, “o indivíduo, por si só, não pode criá-la nem modificá-la”⁴².

A língua pode ser uma realidade inclassificável, mas o direito não o é, apesar de tê-la como uma de suas substâncias, não sendo um fenômeno puramente lingüístico⁴³, e só como dado cultural se equipara. Por uma linha semiótica greimasiana⁴⁴, a ciência do direito é um poder-saber-fazer. Segundo a visão de uma semiótica dos códigos, norma, ao direito, seria uma unidade cultural (código), resultante do processo legislativo lato senso, deveras com suas multifacetadas abordagens.

Certos sinais (suportes fáticos) são decodificados de acordo com outros sinais de códigos-base, subcódigos de um sistema (de normas). Sendo, na visão peirciana, o signo de outra norma-signo e assim sucessivamente até atingir a norma fundamental de que fala Kelsen, a *Grundnorm*.⁴⁵

Cumpre salientar, segundo Cassirer⁴⁶, que

⁴¹ **ECO**, Humberto. *Tratado geral de semiótica*. Trad. Danese, Antônio de Pádua e César Cardozo de Souza, Gilson. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 59.

⁴² **BARTHES**, Roland. *Elementos de semiologia*. Lisboa: Signos, s/d, p. 12.

⁴³ **FERRAZ** Jr, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio: Forense Universitária, 1978, p.7.

⁴⁴ **GREIMAS**, Julien e **FONTANILLE**, Jacques. *Semiótica das paixões*. São Paulo: Ática, 1993.

⁴⁵ **KELSEN**, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. Baptista Machado, João. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 215-217.

⁴⁶ **CASSIRER**, Ernst. *Linguagem e mito*. 4.^a ed. Trad. Guisnburg, J. e Schnaiderman, Miriam. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 43-44.

É possível demonstrar que todo o trabalho intelectual que o espírito executa ao enformar impressões particulares em representações e conceitos gerais, visa essencialmente a romper o isolamento do dado “aqui e agora”, para relacioná-lo com outra coisa e reuni-lo aos demais numa ordem inclusiva, na unidade de um “sistema”. A forma lógica do conceber, sob o ângulo do conhecimento teórico não é senão o preparo para a forma lógica do ajuizar – mas não esqueçamos que todo ajuizamento tende a subjugar e dispersar a aparência da singularização que vai aderida a cada conteúdo particular da consciência.

2. Do suporte fático.

Quando o legislador valoriza eventos ou fatos sociais e os escolhe para comporem suportes fáticos abstratos de normas jurídicas, e não para suportes fáticos de sentença, por óbvio, o faz no sentido de direcionar seu trabalho legiferante, a partir de dados concretos ou idealizados, à colheita dos fatos que sabe comumente ocorrerem ou que, por outro lado, sejam de menor ocorrência, mas lhes atribuindo importância jurídica, não ainda juridicização. Aquela dar-se em face de normas; esta por conta da incidência da norma sobre suportes fáticos, sem que se possam desvinculá-las uma da outra (juridicidade e juridicização, campo semântico do ordenamento jurídico).

De qualquer maneira, a passagem, a exemplo, de um fato que se repete sempre e já está estigmatizado (matar alguém) pelo sistema jurídico, relativamente ao conhecimento de seus índices, indicações, será aqui chamado de *sinais* ou substâncias, computáveis aos suportes fáticos, que são unidades-conjunto transmitidas às normas, transformando-as, em função do objeto da norma ser *carregar* esses sinais.

A norma, portanto, se torna *signo intencional* daquela função, e não a própria função, ou algo totalmente dela divorciado, produtora de direito e potencialmente de juridicização, um dado da cultura jurídica, processando um código jurídico de correspondência com esses sinais ou substâncias (substratos).

Tome-se a norma penal do art. 237 do Código Penal (CP), cuja rigidez em relação à tipicidade é dominante, para apurar melhor o raciocínio: Primeiro, se algum suporte fático do art. 1.521 do Código Civil (CC) mudar, não significa dizer que não há mais impedimento, pois a norma continua a existir com outros suportes.

Segundo, a norma penal referida também não deixa de existir em face da concomitância de mudança de suporte fático no CC (ou de sua própria natureza). A norma do art. 1. 521 aponta para dois preceitos: uma sanção civil e outra penal.

Por esse prisma, do lado puramente civil, poder-se-ia citar a boa-fé como *suporte fático ideal* de todos os negócios jurídicos (art. 113 do CC) e tanto pode se

referir a um comportamento objetivo ou subjetivo: o primeiro se relaciona com uma conduta leal nas relações; a segunda se assemelha ao erro, à ignorância de certas situações jurídicas.

No direito penal, poder-se-ia falar da dignidade da pessoa humana como suporte fático ideal integrante de todas as normas penais⁴⁷, assim como a boa-fé para o direito consumerista.

O conjunto de todos os códigos estabelece um sistema de significação jurídica, que é o ordenamento jurídico-normativo. Repita-se que os códigos não são esses *sinais* concretos, estes são carregados por aquele. Casos há em que o sistema normativo permite a leitura de certos suportes fáticos ideais a contrário senso de construção jurídica teórica (teoria do crime); a culpabilidade no direito penal é um bom exemplo disso (art.28, II, CP).

O conceito material de crime, para quem faz a diferença, a exemplo, está fora do mundo jurídico, encontra-se na factualidade. O formal acha-se no mundo jurídico. O analítico, associado ao conceito formal, dentre suas várias faces, comporta fato típico, antijurídico, culpabilidade e punibilidade.

E sua mais aceita concepção, engloba os três primeiros elementos, com a colocação do dolo e da culpa, antes na culpabilidade, no fato típico ou no elemento do tipo, mérito do finalismo de Hasn Welzel⁴⁸, sem querer aqui esgotar a discussão se o ser culpável integra elemento do tipo ou é fundamento da pena.

Como querer separar da norma penal seu preceito, ou seu suporte fático, que podem pertencer a outro texto de lei. A culpabilidade não é pressuposto absoluto de suficiência de pena ou de sanção, ou de sua aplicação (efetividade $\neq$ eficácia), e pode haver culpabilidade sem aplicação de pena (perdão judicial, art.107, CP); houve crime, mas foi “extinta” a punibilidade, e não se “extingue” o que não existia; obstam-se os efeitos; ou seja, existir, valer e ser eficaz são planos distintos.

Aí, se deve fazer a diferença entre o que é (com a incidência), com a aplicação e a eficácia, das conseqüências do que é com esta (eficácia), do que é com aquela (aplicação), que podem não coincidir.

⁴⁷ No sentido de ser princípio de toda norma penal (ou de fundamento do Estado Democrático de Direito): **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. I. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 19. **BASTOS**, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997. **MARTINS**, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁴⁸ **WELZEL**, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal – una introducción a la doctrina dela acción*. Barcelona: Ariel, 1964.

Assim ocorre porque há sinais no suporte fático da culpabilidade que ingressam de forma parasitária, cuja conotação só é possível depois de serem denotados por um código prévio. Bom exemplo é o do menor que mata alguém: não pratica crime. A culpabilidade aqui não existe, o código denotado bem o diz: falta imputabilidade.

¿Haveria até mesmo, tecnicamente, “não-culpabilidade” e aplicação de pena (art. 28, II, CP, e aqui não se puniria por responsabilidade objetiva, mas pelo fato irremovível resultante da conduta, portanto, um ato-fato penal, sem se indagar se houve ou não culpa no momento da prática do crime em face do art. 18 do CP)? Claro que não. O direito penal, assim, é um bom exemplo da existência de suporte fático ideal (art. 28, §§1.º, 2.º CP).

Deve-se esclarecer bem a questão da conotação do suporte fático por Lourival Vilanova, quando afirma que

Se o suporte fático tem as propriedades a, b, c, d e a hipótese os tem como referências de sua conotação A, B, C, D, então o suporte é elevado, esgotantemente, ao nível de fato jurídico. Ordinariamente, o suporte fático é mais rico em propriedades que a conotação da hipótese.⁴⁹

Ou seja, ter-se-ia o modelo:

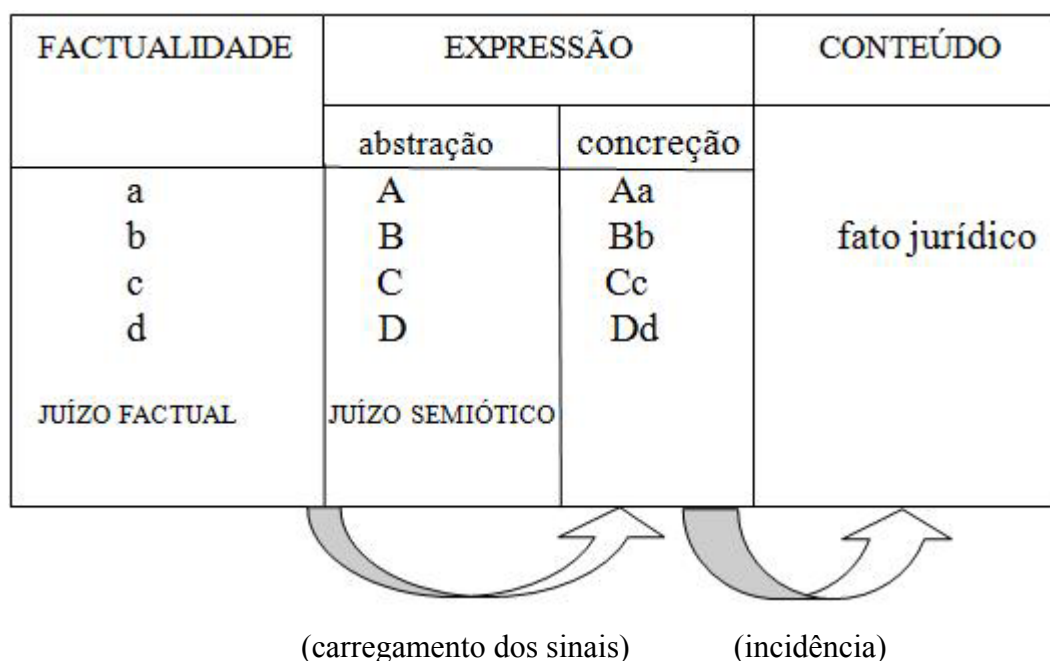
Dados fáticos	Códigos abstratos
a	A
b	B
c	C
d	D

EXPRESSÃO		CONTEÚDO
expressão	conteúdo	
a	A	Fato jurídico (A, B, C, D)
b	B	
c	C	
d	D	

⁴⁹ LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.16.

Para haver, portanto, uma semiótica conotativa seria preciso que a, b, c, d, fossem códigos e não sinais, índices, substâncias, enfim, fatos, como o são, porque a resposta, a comunicação (e a inicial) não é resultado do sinal, mas de uma convenção (código, e aí se dá denotativamente) ou por um suporte fático ideal/interpretativo (e então ocorre conotativamente e mesmo assim após uma denotação anterior), com o que, dessa forma, em segunda plana, imperativamente vai ser significado o fenômeno jurídico pela função de carregamento desses sinais pela norma.

Outro modelo semiótico:



Ora, as substâncias ou sinais ou suportes fáticos, antes de entrarem na hipótese abstrata, são primeiramente denotadas e/ou conotadas; se a denotação resolve o fenômeno, decodifica-se e sua interface ideal (interpretação) não atua (sem mediação). Se assim não for suficiente, aí a conotação configura-se como suporte fático ideal, ou soma-se à denotação, permitindo que possa se concretizar e entrar na espécie jurídica pela porta da incidência. Não se pode inverter a ordem denotação-conotação no sistema.

Como já assinalara Charles Morris, em seus fundamentos da teoria do signo, desde 1938, “uma coisa é um signo somente por ser interpretada como signo de algo por algum intérprete; assim, a semiótica não tem nada a ver com o estudo de um tipo particular de objetos, mas com objetos comuns na medida em que (e só na medida

em que) participem da semiose”⁵⁰, ou seja, do processo de significação. Identicamente ocorre ao direito.

Em princípio, esses signos codificados juridicamente não resultam de regras provisórias de codificação, nem estabelecem conexões transitórias, apenas em certas circunstâncias, previstas no ordenamento, a exemplo das decisões do STF, os códigos jurídicos não permitem a proliferação de novos códigos fora da produção legislativa (largo senso), distintamente, a se anotar, da linguagem literária.

Há, não obstante, sinais ou substâncias que, de certa forma, compõem certos suportes fáticos, como já se frisou, de forma parasitária (sentido da ciência lingüística) por conta de suas nuances: assim é a boa-fé, por estabelecer uma conotação, que só é veiculada depois de seu conteúdo primário ter sido denotado por um código precedente. Questão de convenção do sistema, algo que no direito associa-se a sua força normativa constitucionalmente estabelecida. Ora, a denotação vincula-se a uma substância (semema) conceptual e às propriedades do referente; a conotação não necessariamente ao referente, mas àquele semema.

Daí decorre a impossibilidade de serem previstas tais nuances no suporte fático abstrato em uma correspondência direta com o suporte fático concreto, sem ser intermediada por uma interface previamente idealizada.

As substâncias ou sinais dos suportes fáticos em abstrato estão a depender da representação que se faz do suporte fático concreto (porque provém de sua ocorrência concreta no mundo dos fatos, e não suposta) a partir de sua valoração e os fatos que se leva à jurisdição não são fatos brutos em hipótese.

E como tais, estão a depender do momento histórico em que foram representados, então, a pender defasagem ou perdas geradas com aquela representação, e o que se representa pode não coincidir, como não coincide, com o que é agora ou em momento posterior.

Nesse sentido, falha o legislador propositada ou despropositadamente, uma vez que não consiga a maior proximidade possível do objeto referido, sempre atento à lição de Pontes de Miranda de que “o jurista há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do

⁵⁰ ECO, Humberto. *Tratado Geral de Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 1976, p. 11.

distante”⁵¹. No sentido aqui posto, seria de interpretar os suportes fáticos e não a lei ou a norma.

Toda representação é perda. Pode-se representar o fenômeno do luar simplesmente com a expressão “a luz do luar”, coisa completamente distinta de sua ocorrência natural. Não existe, na realidade, nada completamente icônico, nem um retrato revelaria a textura da pele.

Nem mesmo um filme o faria, por mais que pareça realidade (parecer + não ser); não ilusório (= não parecer+não ser), porque melhor estimularia a percepção do objeto representado na fotografia. Assim não se pode dizer, peremptoriamente, com base na representação, que o que se apreende com o resultado assemelhado não é um dado diverso. E tudo se torna uma questão de proximidade, de graus de iconicidade, para o direito.

O direito transporta os fatos concretos (cuja maior ou menor frequência quer prevenir) para os suportes fáticos idealizados (pretendidos) tanto quanto para os suportes fáticos abstratos (alcançados) das normas jurídicas.⁵²

À conta da deficiência de representação e de impossibilidades decorrentes da própria natureza do objeto, diz-se que o interpretante deve intermediá-las com a interface do suporte fático ideal, como a compensar a diferença entre o que é concreto e o que está representado; o que se queria e o que se conseguiu.⁵³

Suportes fáticos jurídicos já são fatos jurídicos e em seu mundo correspondente se encontram; os demais não: acham-se numa interface entre o mundo jurídico e o dos fatos, porque se refletem em semelhança, melhor, assim se correspondem, e vão da factualidade ao jurídico, como se vai do concreto ao abstrato por caminhos graduados de iconicidade⁵⁴; e no caminho de volta nem sempre tornam

⁵¹ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XII. Rio: Forense, 1939, p. 23.

⁵² **LOURIVAL VILANOVA**. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 22: “Assim, nem mesmo a norma individual e concreta tem seu suporte fático como reprodução íntegra em sua hipótese fática.”

⁵³ **LOURIVAL VILANOVA**. *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa oficial, 1947, p. 28: “A experiência do real figura apenas como um ponto de partida genético, mediante o qual o sujeito atinge o campo da idealidade, onde rege uma dialética diferente da que rege o plano dos objetos reais.”

⁵⁴ “Os fenômenos que o Direito estuda são naturais: transformam-se, evoluem, como o próprio homem. Não há dois homens absolutamente iguais; não há ninguém que em momentos sucessivos seja absolutamente igual ao que era. As diferenças infinitesimais não são menos diferenças de que as grandes e visíveis, as gritantes e mensuráveis. Hoje, o artigo tal do Código A pode não exprimir, exatamente, o que no ano passado exprimia; porque não diz ele o que está nas palavras, mas algo de mutável que as palavras tentaram dizer. Toda a codificação é o pródomo de um fracasso: pretende fixar, parar, fotografar, não no espaço, mas no tempo; e muda o próprio objeto, de modo que há de olhar a realidade de hoje, que é adulta, e o retrato de outrora, para descobrir, não mais a imagem exata, e sim os traços que indiquem

objetos incólumes, porque já não mais podem ser desfeitos, limpos totalmente, quando o jurídico os atinge definitivamente.

E como tais, podem não estar em uma única norma abstratamente (não confundir com texto legal, dispositivo, lei, estes estão em um “código limitativo e prescritivo”)⁵⁵.

Considere-se que há três, e não dois, tipos de suportes fáticos: suportes fáticos **abstratos** (trans-substância valorada⁵⁶) e suporte fático **ideal** (para-substância, cuja valoração se fez representar em perda ou defasagem⁵⁷), integrantes de normas jurídicas; o primeiro expresso; o segundo implícito; então co-produzido, o segundo, a partir da correspondência de semelhança e dessemelhança jurislativamente⁵⁸, e não exclusivamente a partir de suportes fáticos **concretos** (sobre-substância⁵⁹); por isso, mais apropriado dizer-se que se deve buscar a devida correspondência entre eles, em semelhança, até ser atingido o produto sentença (sin-substância⁶⁰).

Outrossim, não é a norma que está indeterminada ou inexistente no sistema e a jurisdição passa a “criá-la”. O suporte fático **idealizado** é que está a ser identificado pelo jogo de semelhança e dessemelhança com o **abstrato** e o **concreto**.

E, nesse processo, a norma incidirá ou não, se ao seu resultado detectar-se a semelhança ou a dessemelhança (por menor ou maior proximidade de igualdade), interpõem-se decodificação e interpretação.

Ora, o que rege a trans-substância e a para-substância é o ordenamento jurídico (epi-substância⁶¹), sistema normativo. Todas essas substâncias, se supõe, interagem a partir de códigos prévios matriciais: código de produção constitucional, legislativa, judicial e negocial, jurislativamente.

A sobre-substância (suporte fático **concreto**) pode surgir, num primeiro e último momento, desprovida de sinais semelhantes ao suporte fático **abstrato**, em face

identidade.” **MELLO**, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 90-94, citando Pontes de Miranda.

⁵⁵ **RIFATTERRE**, Michael. *A produção do texto*. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 6.

⁵⁶ Substância transcrita.

⁵⁷ Substância próxima.

⁵⁸ “Jurislativamente se refere não somente à lei (legis + lativa), mas ao direito (“jus”) sob todas as suas manifestações (que não se limitam à lei em suas várias formas de expressão: constituição, lei complementar, lei ordinária, lei orgânica, decreto-lei etc.), como os costumes.” No sentido proposto por **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, nota 16, p. 19, acrescentamos: equidade, se positivado, súmula vinculante, sentença em ADI, ADC e ADPF.

⁵⁹ Substância transbordada.

⁶⁰ Substância reunida.

⁶¹ Substância dominante.

de ausência de codificação e significa dizer que não houve a mediação da interface do suporte fático idealizado (para-substância) por semelhança, sendo, portanto, a interpretação $\neq$ decodificação. Aí, se entenda a decodificação num sentido diverso do de interpretação⁶². A decodificação tem por base uma teoria dos códigos; a interpretação, uma teoria da função sígnica.

E assim se deve fazê-lo porque há, como em qualquer ciência, um liame de sua atuação-atividade, uma soleira limitativa de sua produção sígnica. O direito, por exemplo, não se presta a resolver equações matemáticas ou a calcular a distância entre o Sol e a Terra.

Nessa falta, não se produz direito material (exo-substância⁶³), e como o direito não pode restar sem substância, a sentença supre a falta e fica sendo aquela. Dir-se-ia que não houve correspondência de semelhança. Decodificação $\neq$ interpretação. Sentença = sin-substância.

Quando, por outro lado, a sobre-substância (suporte fático concreto) é mediada pela interface do suporte fático idealizado (para-substância), em correspondência de semelhança, a decodificação identifica-se com a interpretação e surge direito material. Decodificação=interpretação.

Claro que a maior parte dessa produção (sígnica) de juridicidade pode prescindir da sin-substância, desde que o direito material ao processual não se funda, a exemplo do divórcio, do crime.

Em vista do sistema normativo-constitucional, a juridicidade não pode escapar à epi-substância (não se deslembre que se está a falar de sistema jurídico, mundo jurídico, normativo), distinto de qualquer outro, no sentido de permitir a entrada de suportes fáticos concretos (sobre-substância), e não de normas, que não possam ser mediados pela interface de suportes fáticos idealizados (para-substância) em correspondência de semelhança.

O ordenamento jurídico, por ser um sistema de juridicidade e só autorizar a entrada de códigos juridicizados por outro subcódigo prévio matricial, a epi-substância não pode sofrer hipercodificação, se isso ocorresse, permitiria a produção de novos códigos (normas) e geraria quebra do sistema, a negabilidade dos pontos de partida, o rompimento com certo processo de sua produção sígnica-codicial, e sistema normativo não mais seria.

⁶² ECO, Humberto. *Tratado Geral de Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 1976, p. 117-122.

⁶³ Substância externa.

Diante do impasse, a produção s gnica do direito autoriza a jurisdição a fazer uso da interpretação como aditivo do suporte fático **ideal**, e não de regras, na impossibilidade de decodificação direta dos suportes fáticos **concretos**.

A interpretação, dessa forma, se utiliza de um jogo de semelhança e dessemelhança entre suportes fáticos duplicados (**abstrato+idealizado**) e **concretos**, fundindo-os, moldando-os na unidade do direito.

Veja-se, a exemplo, o art. 121 do Código Penal (CP): “Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.”

Primeira hipótese: Ao longo do processo perante o júri, fica patente que a vítima já estava morta quando foi baleada pelo acusado. O suporte fático **concreto** não mantém correspondência de semelhança (semelhança mais próxima da desigualdade). At pico. Não matou, já estava morto, homicídio não  . Interpretação diferente de decodificação.

Segunda: ao longo do processo perante o júri, fica patente a autoria por confissão e provas. O suporte fático mantém correspondência de semelhança (mais próxima da igualdade); como se trata de crime, interpretação igual   decodificação.

Terceira: O acusado tenta se livrar do aumento de pena, por conta da qualificação, alegando que o modo que realizou o crime não pertence a nenhuma das hipóteses do  2.  do art. 121 do CP e que só as exclusivamente expressas podem ser-lhe atribuída.

Aí, interpreta-se o “ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”; a interface do suporte fático **ideal** atua por correspondência de semelhança (menos próximo da igualdade). Qualifica-se. Tais exemplos poderiam ser de direito civil; preferiu-se o penal pela simplicidade e clareza. Interpretação soma-se   decodificação.

Concluindo, não se produz nova norma para aplicar ao suporte fático, numa desejada *hipercodificação*, mas se *hiperconsustancia* os suportes fáticos **idealizados** e **abstratos**.

Num outro prisma, o argumento de que a jurisdição se utiliza de regras de experiência, do princípio da arbitrariedade, de regras de hermenêutica fortemente institucionalizadas etc., faz-se no sentido de d  ao caso concreto a juridicidade que se supõe encontrar no próprio sistema jurídico, e não noutro. E esse fazer tem, por hipótese, justamente operar como se descreveu.

A idéia de que assim se comporta a jurisdição é questão de se chegar, a partir de uma norma geral e abstrata, a uma norma individualizada ou particular, não se sustenta diante do quadro que se mostrou, em que o que se realiza, na verdade, é uma busca fática por conta de uma situação particular concreta a ser idealizada/abstrata. A norma amplifica-se, mas não se diferencia. Em face disso, inverteu-se a pirâmide de Kelsen⁶⁴:



Fig. 1. Pirâmide kelsiana invertida por amplificação da norma fundamental.⁶⁵

E numa interpretação não se tateiam normas para aplicá-las ao caso particular, e se não se encontra, produz-se nova norma, e assim, a cada nova norma “criada”, o sistema seria “recriado”. Com esse caráter não seria sistema normativo e estaria fora de uma teoria dos códigos. E a jurisdição, ao revés, teria como função básica “julgar” normas e não fatos, precisamente suportes fáticos, o que parece de todo artificial demais.

Em qualquer hipótese, salvo os casos de controle concentrado, que tratam de norma em tese, o juiz julga fatos (questão de fato) e do caráter racional e persuasivo que lhe acomete, passa a perseguir outras mais situações fáticas (abstratas e idealizadas) no intuito de compatibilizá-las a uma determinada norma ou normas com suportes fáticos em correspondência de semelhança.

Os que põem a sentença como norma individual manuseiam o ato interpretativo no sentido da norma para o fato⁶⁶, e não do fato para a norma; buscam a

⁶⁴ KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. KAUFMANN, A e HASSEMER, W. Trad. Keel, Marcos e Seca de Oliveira, Manuel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 168. In: *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*.

⁶⁵ Não se trata aqui de entender a pirâmide como uma questão de hierarquia normativa, mas de visualização da norma pressuposta como membrana, filtro, depuração de toda infraconstitucionalidade.

norma, se não a encontram, “criam-na”. A idéia é muito prática, mas não normativa e atenta contra a estabilidade, previsibilidade, segurança do sistema e, perniciosamente, deslocaria a univocidade do Poder Estatal.

Como tirar do núcleo o controle da célula, a aventura tem mais lastro para gerar descompromisso do que compromisso com os fundamentos e objetivos constitucionais, uma espécie de receita-surpresa que pode tornar-se pior do que a doença, ao menos ao sistema jurídico que se tem.

3. Da norma jurídica.

Para Kelsen⁶⁷, “a norma funciona como um esquema de interpretação”, então o jurídico seria o resultado de uma interpretação específica normativa, sendo o conhecimento jurídico dirigido às normas; e o contraponto que se faz é que, mesmo assim, a norma ainda seria um esquema de verdade-validade de interpretação de suportes fáticos. Escolhe-se o caminho inverso: suporte fático — norma.

Pensar-se que “na verdade, a norma é um dever-ser e que o ato que ela constitui é um ser”⁶⁸ é por demais idealizante de per si. O que leva a crer que o método de sua formação também o é em todos os sentidos, e aí reside o problema da pureza⁶⁹.

Não há de se negar que o método do direito seja mesmo idealizante (sentido lógico-formal), e o deve ser na formação da norma, mas não na construção do suporte fático ideal (apesar da denominação que se lhe deu, mas no sentido material), porque emperra e atravanca o sistema, e arremata Kelsen: “que o conteúdo do ser equivale ao do dever-ser”⁷⁰, indo ao breu qualquer centelha da questão da valoração de suportes fáticos.

⁶⁶ “Na verdade, o juiz parte dos fatos para a norma, invertendo fundamentalmente o esquema silogístico de aplicação mecânica do direito.” **TORQUATO CASTRO**. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 14.

⁶⁷ **KELSEN**, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. Baptista Machado, João. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4-5.

⁶⁸ **KELSEN**, Hans. Op. cit., p. 6.

⁶⁹ **MOURA ROCHA**, J. Elias de. *Interesses coletivos e a ineficiência de sua tutela judicial*. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 147: “Desde logo, a significação do Direito nos marcos investigatórios da *iuris dictio* de nosso tempo enquanto sistema normativo de iusfundamentação enfrenta-se com o seu caráter contrafactual e a consequente irredutibilidade dos conteúdos concretos desde a pretensão de «pureza» fundada, ainda que por erro de raiz, no conhecimento racional enquanto absolutamente puro de Emanuel Kant como reação à exacerbação do subjetivismo voluntarista.”

⁷⁰ **KELSEN**, Hans. Op. cit., p. 7.

Ou seja, repõe a máxima incontornável “*dura lex sed lex*”, aniquilando o sítio entre a valoração do suporte fático e o conteúdo da norma. Trocando em miúdos: à norma o que importa é decodificá-la.

E firma que “o juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo”⁷¹. Ou seja, o suporte fático concreto deve ser exatamente igual ao abstrato, e a margem que deixa é pouca ou nenhuma, porque vale mais a norma que o fato.

Ora, se assim o é, sua afirmação de que o chamado “‘juízo’ de valor judicial não é, de forma alguma, tampouco como a lei que aplica, um juízo no sentido lógico da palavra, mas uma norma – uma norma individual, limitada na sua validade a um caso concreto, diferentemente do que sucede com a norma geral, designada como lei”, serve para justificar sua pureza de que o juízo da norma é o que deve ser considerado, e fora dele não há salvação, e admite que o juiz “cria” a norma individual, desde que seu juízo seja objetivo, lógico-formal, porque ao juízo subjetivo das partes não deve o juiz associar o seu.

Retoma-se aquela velha questão da neutralidade do juiz, que seria um ser amorfo, sem vontade, sem desejos, sem caprichos, emoções etc. Um ser lídimo que não deixa se contaminar pelo estado das coisas, fato das coisas, em suma, pelos suportes fáticos.

Tal artifício kelsiano tem o condão de delimitar o mundo jurídico especificamente às normas em suas estruturas lógicas, não aos seus conteúdos, e até hoje encontra ressonância na doutrina. Isso faz lembrar Eric Landowsk⁷², semiótico de ponta, quando afirma que “fora do texto não há salvação”, de modo diverso, é claro, pois tratara do prazer do texto literário, mas apontando que

A idéia diretiva é que “o literário”, do mesmo modo que “o político”, “o jurídico” ou outros conjuntos macrotextuais de estatuto comparável, que recobrem ao mesmo tempo classes determinadas de textos enunciados e regimes específicos de enunciação, existem uns e outros unicamente como construções sociais – construções tanto mais complexas quanto mais façam intervir conjuntamente, no plano de suas manifestações figurativas de superfície, as classes mais diversificadas de objetos, de sujeitos e de processos.

⁷¹ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 19.

⁷² LANDOWSK, Eric. *Para uma abordagem sócio-semiótica da literatura*. Trad. Centro de Pesquisas Sócio-Semióticas de São Paulo. In: *Revista brasileira de Semiótica*. Vol. 11/12. São Paulo: Annablume, 1986.

Ora, a função da norma é reger⁷³ suportes fáticos desde que eles se concretizem no mundo dos fatos sociais ou dos eventos naturais, ou, já sendo fato jurídico, em que o suporte fático se concretizou, também o apanhe. Não para moldar o comportamento alheio, isso fica a cargo da política, da sociologia, da educação etc., mas para dar efeitos jurídicos a quem contraria o hipotético paradigma ou a ele se integra. Evidente que, como paradigma, pode influenciar, como o faz, as condutas.

Mas não há de se fazer do direito um “plus” ao modelo cultural, apenas é também, como sistema de significação, um dado cultural. A normatividade está longe de resolver os conflitos humanos em sua inteireza.

Para Bobbio⁷⁴, a norma é proposição, um imperativo e funcionalmente prescritiva, que não é nem verdadeira nem falsa, pertencente ao imperativo hipotético de que fala Kant.

Segundo Adolfo Ravà⁷⁵, que entende pertencer a norma ao imperativo hipotético e o ordenamento jurídico ao categórico, sua fórmula seria “se você quer viver em sociedade, deve se comportar do modo que é condição do viver social”, reescrita por Bobbio “dado que você deve viver em sociedade, deve comportar-se do modo que as normas jurídicas prescrevem”. Ou, ao que se sente neste estudo, dado que você deve viver em sociedade, deve suportar as consequências advindas dos fatos jurídicos.

Zitelmann⁷⁶ sustenta contra o imperativismo da norma, com a lógica clássica, que o comando tem caráter de uma asserção, de um juízo de valor, em particular de um juízo hipotético, portanto não seria comando, porque é “uma asserção sobre uma relação já existente” (Se A, deve ser B). Nesse sentido, Perrassi e Giuliano⁷⁷.

A preocupação do direito, dessa forma, no dizer de Bobbio⁷⁸, no sentido de definir a norma como uma prescrição, está fadada ao fracasso. E termina por concluir que uma norma é sempre uma expressão de poder.⁷⁹

⁷³ Parodiando **RIFFATERRE**, Michael. *A produção do Texto*. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 88: O discurso jurídico não é jurídico se não se impõe como tal, se não suscita, necessariamente, no decodificador ou no intérprete, essa reação, se não controla, numa certa medida, o comportamento daquele que o decifra.

⁷⁴ **BOBBIO**, Norberto. *Teoria Geral da Norma Jurídica*. Trad. Pavan Baptista, Fernando e Sudatti, Ariani Bueno. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005, p.72-79.

⁷⁵ **BOBBIO**, Norberto. Op. cit., p. 115.

⁷⁶ **BOBBIO**, Norberto. Op. cit., p. 140.

⁷⁷ **BOBBIO**, Norberto. Op. cit., p. 135-136

⁷⁸ **BOBBIO**, Norberto. Op. cit., p. 147-149.

Numa analogia com a teoria dos atos de fala de Searle⁸⁰ (“speech acts”), a norma se aproximaria mais do ato ilocucionário, cuja finalidade é provocar uma mudança intencional no mundo, fazendo com que o indivíduo se comporte de tal maneira que seu comportamento corresponda ao conteúdo da proposição.⁸¹

Com a devida ressalva de que norma jurídica ou lei $\neq$ fato jurídico: quando o legislador, por autorização da “norma pressuposta” produz lei ou norma, reunindo-se politicamente e deliberando sobre fato que quer valorar, não o faz porque a norma pressuposta incidiu sobre o processo de produção legislativa a dar origem a um fato jurídico normativo⁸². Ao contrário, tal autorização não produz uma atuação política como um fato jurídico, porque tal atuação visa a criar eficácia legal e não eficácia jurídica, ou seja, a produção de normas tem o fito de criar suportes fáticos abstratos que poderão ou não vir a se concretizarem. O produto lei não se torna fato jurídico, a rigor (adota-se aqui a expressão apenas para fatos que tenha eficácia jurídica propriamente dita), em face da autorização da norma pressuposta para a sua produção: o resultado é uma eficácia legal, e não jurídica, a partir de um fator extralógico de validação, o qual se poderia aquilatar a um fato de juridicidade do qual já se falou, segundo uma concepção, anteriormente posta, de uma teoria dos códigos aplicada ao direito.

Mesmo porque, se partirmos da concepção de que a produção legislativa (inclusive a produção da própria Constituição) pode gerar condutas (princípios) que não incidirão para formarem fatos jurídicos, por lhe faltar a tese (sanção, consequência etc.), aí é mister se falar das chamadas “normas programáticas”, ou conteúdos extranormativos, como o do art. 7.º da CF (que, na realidade, é apenas suporte fático e não norma), pois não se pode descartar a hipótese de inconstitucionalidade por omissão em que o judiciário não impõe nenhuma consequência jurídica por descumprimento de tal conduta, inconciliável, então, pretender-se tê-las como fato jurídico (este gera eficácia jurídica) ou como norma (esta gera eficácia legal).

⁷⁹ Segundo **CAVALCANTI FAVERET**, Arthur José. *A estrutura lógica do Direito*. 2.ª ed. Rio: Renovar, 2003, p. 8, “o direito pode ser reduzido, pois, a um conjunto de elementos que se caracterizam por tornar obrigatórios ou proibidos atos humanos”.

⁸⁰ **SEARLE**, John R. *Mente, linguagem e sociedade- filosofia no mundo real*. Trad. Rangel, F. Rio: Rocco, 2000, p. 127.

⁸¹ “O conceito de norma jurídica aqui esboçado apresenta a norma como sendo a unidade mínima em que se pode dividir o ordenamento jurídico. É, pois, o átomo desse ordenamento.” **CAVALCANTI FAVERET**, Arthur José. *A estrutura lógica do Direito*. 2.ª ed. Rio: Renovar, 2003, p. 17.

⁸² Ver nota 16. No sentido de se colocar todo fato ocorrido dentro do sistema jurídico como fato jurídico, segundo Lourival Vilanova. Daí se preferir aqui a expressão fato de juridicidade, tendo em vista a distinção entre eficácia legal e jurídica.

O fato é que a norma é uma estrutura jurídica singular: Para sancionistas ou não-sancionistas, a norma jurídica ainda é, ao que se vê, uma estrutura dúplice (antecedente $\rightarrow$ conseqüente)⁸³: Para os sancionistas, a duplicidade residiria no ser juízo hipotético (Se A, então deve ser B, ou $(A \rightarrow B)$); ou juízo disjuntivo: $(A \rightarrow B)$ $(\text{não-}B \rightarrow S)$. Assim como para os não-sancionistas: $(SP \rightarrow P)$, sendo SP suporte fático ou hipótese e P preceito, dispositivo ou tese.⁸⁴ Ora, inevitavelmente, decorre uma conclusão irrefutável: a norma é uma estrutura dúplice, dicotômica, cuja primeira parte é formada por suportes fáticos, condutas, ou eventos, podendo mesmo ser fatos jurídicos propriamente; e a segunda parte composta de categoria eficaz, ambas pré-estabelecidas, não necessariamente a primeira (a conduta) expressa em algum dispositivo de lei (lato senso), podendo a ela se chegar através do mecanismo já descrito de suportes fáticos concretos, idealizados e abstratos extraídos do próprio ordenamento jurídico; em relação à segunda parte não cabe o mesmo raciocínio.

Ou seja, se houvesse criação pela jurisdição de norma jurídica, estar-se-ia a afirmar, conseqüentemente, que ela poderia criar preceitos, conseqüências jurídicas, sanções, sem que existissem prévia e expressamente, e criadas pelo legislador, sem o que configuraria um tremendo absurdo e rompimento do sistema. De outra sorte, então, conduta não é norma e, se por questão de lógica, todo princípio estiver relacionado a uma conduta humana, jamais poderia ser norma, vez que esta não subsiste sem o seu preceito ou sanção ou tese ou conseqüência jurídica e mesmo que um artigo de lei previsse algum princípio em seu suporte fático e a correspondente conseqüência jurídica, ainda assim tal princípio não seria norma, mas apenas suporte fático, conduta, considerando que para se constituir uma norma a duplicidade é imprescindível: hipótese e tese, conduta e conseqüência como partes inseparáveis etc., e o princípio, em si mesmo, jamais configuraria hipótese e tese, sanção ou efeito jurídico ao mesmo tempo. A norma, portanto, é uma estrutura dúplice indissociável, inconfundível com a conduta nela prevista.

Porém, doutrinadores de escol, a exemplo de Marcos Bernardes de Mello, afirmam:

⁸³ Não se entende aqui a duplicidade por conta de existir a endonorma e a perinorma, mas pela dicotomia da relação jurídica.

⁸⁴ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.32 e 69.

O mundo jurídico, criado pela *incidência* das normas jurídicas sobre seus *suportes fáticos concretizados* no mundo dos fatos, é integrado, exclusivamente, por fatos jurídicos e constitui o domínio próprio da juridicidade. Fora dele, não se pode falar em fato jurídico, em validade jurídica, eficácia jurídica ou qualquer categoria relacionada ao direito. A própria norma jurídica que o delimita, por sua previsão, e o constitui, por sua incidência, o integra como fato jurídico.⁸⁵

De outra sorte, entende-se aqui que a norma jurídica não integra o mundo jurídico como fato jurídico, ela própria é que é fundante do mundo jurídico, para chegar-se ao fato jurídico preciso faz-se transpor a barreira da norma, como o faz a juidirização, daí penetrando o mundo jurídico..

Dessa forma, a validade da infraconstitucionalidade está para a Constituição, assim como a existência dos fatos jurídicos está para a infraconstitucionalidade ou para a própria Constituição. Vê-se, afinal, que a discussão sobre forma e conteúdo jurídicos é intrínseca à própria natureza das coisas, como se não se pudesse, perfeitamente, conhecer aquilo que se “cria” ou se produz, uma vez que o material de sua concepção, parece, às vezes, ou o seja mesmo, tão desconhecido quanto o saber de si mesmo.⁸⁶

4. Modalização: uma teoria.

Coloca-se o modal⁸⁷ do dever-ser, de funtores “(O)”, “(P)” e “(V)”, como “relata” do modalizador “D”, que são relacionais⁸⁸, como linguisticamente significante e significado são “relata” do signo, e a coercibilidade-coatividade (campo semântico) a partir de um modal paraconsistente e não trivial jurisdicional não axiologicamente neutro, como “relata” do modalizador em segundo nível “J”, a considerar sentença $\neq$ norma, norma $\neq$ fato jurídico; relação jurídica $\neq$ norma, situação jurídica $\neq$ norma.

⁸⁵ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, nota 57, p. 221.

⁸⁶ “Desse modo, com a correlação de princípio entre o pensamento e o objeto de pensamento, estabelece-se uma filosofia que não conhece nem dificuldades, nem problemas, nem paradoxos, nem reviravoltas: uma vez por todas, apreendi em mim, com a pura correlação daquele que pensa como aquilo que ele pensa, a verdade de minha vida, que também é a verdade do mundo e a das outras pessoas.” **MERLEAU-PONTY**, M. *O visível e o invisível*. 4.^a ed. Trad. Gianotti, José Artur e d’Oliveira, Armando Mora. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 55.

⁸⁷ **LOURIVAL VILANOVA**. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.^a ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 69. A lição do autor é de que “o dever-ser é modal específico das proposições jurídicas normativas...”

⁸⁸ **LOURIVAL VILANOVA**. Op. cit., p. 69-70.

Em síntese: eficácia legal $\neq$ eficácia jurídica. Sendo a relação, como espécie de situação jurídica estrito senso, entre fatos jurídicos, intersubjetivamente.

Dado que se diz que tais funtores clássicos pertencem à norma, por conta de que as locuções (impedir, obrigar etc.) “*não descrevem como factualmente o sujeito agente se comporta, mas como deve comportar-se*”⁸⁹.

O deslocamento, a que se refere, do modal deôntico “D” a algo subjacente a “J”, não implica reducionismo. Mesmo porque a relação “se A é B, então S deve ser P” representa o conteúdo da norma, o resultado de sua incidência sobre o suporte fático, ou seja, o conteúdo obrigacional, permissivo ou proibitivo passível de produzir fato jurídico, a incidência em hipótese, a eficácia legal.

Não se quer, não obstante, colocar o direito como uma mera probabilidade, uma previsão de como os juízes decidirão o interesse das partes, o mesmo que reduzir o modal deôntico ao alético, porque não se reduzem, se completam.

Ora, se os funtores deônticos não estão somente na norma, mas também nos fatos jurídicos, significa dizer que quando ocorrem fatos jurídicos, aqueles podem ou não terem operado plenamente, em face da necessidade de intervenção jurisdicional. Não que apenas operem na medida, e só na medida em que os fatos jurídicos gerem efeitos, ou seja, não ocorrem exclusivamente com a simples incidência ou com o surgimento do fato jurídico (maioridade, nascimento com vida etc.), mas também em se sabendo, ao menos, de sua eficácia jurídica em termos de relação jurídica, pois “se A, então deve ser B”, não implica uma coação, por exemplo, sendo, aí, coerção campo semântico dos funtores de “D”, um lado da mesma moeda coerção/coação, em face do pressuposto modal “J”, inseparáveis no plano extensional-intencional. Ou seja, se “D” opera, o faz em pressuposição de “J”.⁹⁰ Ademais que a coação (no sentido aqui utilizado) vem de relação processual, fora, assim, da fórmula $D(A \rightarrow B)$ ou $(\text{não-}B \rightarrow S)$, pela angularidade da relação processual.

E o modal do dever-ser, como um sincategorema, em face também da intervenção da jurisdição (ínsita no art. 5.º, XXXV; CF, de valência extensional-intencional), não está exclusivamente na norma em si mesma porque a função daquela é “dizer” dialeticamente (mas não só dialeticamente a norma que incidiu e as

⁸⁹ **LOURIVAL VILANOVA**. Op. cit., p. 68.

⁹⁰ “O problema da validade dos atos jurídicos transcende a pura Dogmática Jurídica, situando-se, mesmo, no plano da Axiologia Jurídica, além de constituir uma exigência decorrente do próprio caráter sistemático do direito. **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da validade*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.6.

consequências daí advindas e o diz através do suporte fático ideal por intermédio de “J”). Ou seja, não se põe exclusivamente o modal na norma (*a priori*), mas no fato jurídico da sentença (*a posteriori*, modal “J”), resultante do “dizer” a incidência, o que significa que quando não se fez necessária a intervenção judicial, a jurisdição não cumpre função sintática e “D” opera intencional e subjacentemente, e não “J” paraconsistentemente (extensão-intenção, a despeito de que o juiz julga fatos, interpreta-os).

Nesse sentido, a função sintática não pertenceria apenas ao deontico “D”. Se o ser do fato jurídico material ingressa na sentença, então um e outro modal integram-se, sem também se confundirem.

A realização (não efetivação) da norma retira-se da produção do fato jurídico e, quando a norma exige a intervenção jurisdicional, ou os indivíduos a provocam, sua atuação é de fazer com que deva-ser (extensão-intenção) e isso pode ainda não está *a priori* na norma (intenção). Apesar da norma carecer de valor veritativo, mas não seus suportes fáticos. Considerando ainda que “a proposição normativa é válida desde o momento que foi posta, segundo o procedimento (normativamente estabelecido pelo sistema jurídico)”, segundo Vilanova⁹¹, não se pode desprezar as implicações resultantes de que apenas *a posteriori* os fatos trazidos à jurisdição são ou não normatizados com base na interpretação, ínsita em “J”.

Se se dá um fato F, recolhido numa proposição p, um sujeito se põe em relação deontica com outro sujeito; se se verifica conduta oposta (contrária ou complementar) a conduta estabelecida como deonticamente devida, formulada na proposição “não-q”, então outra relação de sujeito para sujeito, deonticamente especificada, vem se estabelecer, recolhida na proposição r.⁹²

Ora, à primeira análise, dir-se-ia que o fato F, na realidade, se foi recolhido na proposição p, pode-se afirmar que F é suporte fático concreto suficiente, factualidade que, ao ser recolhido a p, ou normatizou-se *a priori* com “D” ou será normatizado com “J” *a posteriori*. Se ocorre “não-q”, e a eficácia não pode ser obtida de mãos próprias pelos sujeitos, só se saberá se será devida a conduta recolhida em r apenas em face de “J”, a dizer o *ius* que incidiu e se aplicou, também *a posteriori*. Ambos os modais são juridicamente válidos. Tudo depende da convenção semântica

⁹¹ LOURIVAL VILANOVA. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.^a ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 101..

⁹² LOURIVAL VILANOVA. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.^a ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 106.

que preside a linguagem em uso. E leva a uma contrapartida de uma situação extensional-intencional, que é formalizada em “J”, de uma situação intencional formalizada em “D”.

Portanto, representa-se aqui o modal deôntico paraconsistente disjuntivo (conectivo “ou”) da jurisdição por “J” de “relata” coercibilidade/coatividade, numa extensão/intenção; a relação “se A é, então B deve-ser”, passaria, num paralelo com a teoria egológica de Cossio⁹³, analisada por Lourival Vilanova⁹⁴, a “J [D(C→A) ou (não-A→S)]”. Ou: é extensional-intencional⁹⁵ que “dado C, deva-ser A, ou dado não-A, deva-ser S”.

Expressão, aliás, que se poderia confundir com a representação, para os que assim pensam, da “criação” de norma jurídica pela jurisdição, mas que pode indicar uma sentença, na linguagem de Pontes de Miranda⁹⁶, de “natureza constitutiva ou desconstitutiva”, ou de qualquer outra, a dizer o direito que incidiu e se aplicou.

“C” representa o suporte fático concreto (ou “fato de juridicidade”), “A” o conjunto suporte fático abstrato (conjunto-consequência determinado pela relação intersubjetiva concretizada em categoria jurídica), “não-A” (não adstrição ao conjunto-consequência da categoria jurídica a que devia se submeter na relação intersubjetiva) e “S” o conjunto sentença (conjunto-consequência da não submissão à categoria jurídica, com intervenção judicial) e “J” o modalizador de segundo nível, interpretativo dos suportes fáticos, integrando-se em conjunção e complementariedade os dois modais, de natureza ao mesmo tempo lógica e axiológica⁹⁷. Caso o sujeito se comporte em conformidade à normatividade ou não possa de mãos próprias receber eficácia, vale a primeira implicação. Caso contrário, vale a segunda.

⁹³ COSSIO, Carlos. *La Teoría Egologica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964, p. 329.

⁹⁴ LOURIVAL VILANOVA. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.^a ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 131.

⁹⁵ “Ainda que se mantenha, em teoria, a tese da irredução dos modos deônticos aos modos apofânticos, não se pode desconhecer o fato de que os sistemas jurídicos positivos contêm enunciados descritivos (fáticos e axiológicos). LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.61-62, nota 20.

⁹⁶ “Toda atividade do juiz, por essa razão, é ato de aplicação da lei – declaração do direito incidido no caso cônico.” PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo II. Rio: Forense, 1973, p. 641, ao comentar o art. 126 do CPC. Completando que “o direito que o juiz vai aplicar é direito que *incidiu* (salvo nas sentenças constitutivas em que a incidência e aplicação se aproximam no tempo). Direito que *incidiu*, e não se aplicou”. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo IV. Rio: Forense, 1974, p. 288.

⁹⁷ MIGUEL REALE. *Lições preliminares de direito*. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 102: “Kelsen, como já dissemos, só considera jurídica a norma que prevê a sanção punitiva, enquanto que, no nosso entender, a concreta juridicidade só se realiza através da conjunção ou complementariedade das duas normas que, a bem ver, se integram numa só, de natureza ao mesmo tempo lógica e axiológica.”

Assim, o modalizador “J” é functor de functor, e aqui sua categoria não é axiologicamente neutra, conseqüentemente, o modal não-axiológico, disjuntivamente, co-integra-se em “J” de forma paraconsistente.

Ora, Kelsen, ao admitir que o juiz concretiza a norma geral e abstrata criando a norma individual com a decisão⁹⁸, assim como ao firmar que “o negócio jurídico é um fato produtor de normas” e “na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito” e “estas normas jurídico-negocialmente criadas...”⁹⁹, data vênica, traduzem, na realidade, sob o âmbito da Teoria do Fato Jurídico, que os funtores da norma operam em nível de fato jurídico, assim como em nível de eficácia legal *a priori* e de eficácia jurídica *a posteriori* (eficácia jurídica ≠ eficácia legal), sem “criação” de norma jurídica concreta individual, e não só exclusivamente de eficácia normativa, ou jurídica (*a priori*), se bem que em Kelsen paira o entendimento de que a produção do direito dar-se em nível exclusivamente de normas e porque vê apenas suportes fáticos abstratos *a priori*, e não suportes fáticos ideais que só se tornam abstratos *a posteriori*, em face da verificação extensão-intenção ou verdade-validade do modal “J”, a exemplo do parágrafo único do art. 1. 573 do CC

100

Ora, se a sentença fosse, como pensou Kelsen, norma jurídica concreta e individualizada e para esta, por outro lado, não interessa, com ficou visto, uma teoria sígnica, mas uma teoria dos códigos para apenas validar ou invalidar, em que paragem ficaria uma sentença declaratória, sabendo-se que

O que se colima, com a ação declarativa, é estabelecer-se a *certeza* no mundo jurídico, ou para se dar por *certa* a existência da relação ou a autenticidade do documento, o que se *mostra* no mundo jurídico; ou para se dar por *certo* que a relação não existe, ou que é falso o documento. Afastam-se dúvidas, de modo que há sempre o enunciado existencial: *é*, ou *não é*.

⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. Baptista Machado, João. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.264.

⁹⁹ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 284-285.

¹⁰⁰ Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I – adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

O elemento da declaratividade aparece em tôdas as ações e sentenças, às vezes com peso ínfimo.¹⁰¹

Dessa forma, aos que acenam para a sentença como norma concreta individual (e não como fato jurídico), sendo a declaratória típica apenas uma dentre a classificação quinária, sua função não seria validar ou invalidar, mas se restringiria ao discurso apofântico, o que contradiria o conceito kelsiano de norma individual, resumindo-o à teoria sýgnica que, como visto, deveria afinar-se simplesmente com uma teoria dos códigos, ou seja, para tal sentença importaria o referente, os estados do mundo real e aí uma teoria exclusivamente dos códigos não daria conta desse fenômeno.¹⁰²

Vislumbra-se, sobremaneira, que a motivação de Kelsen em firmar que tanto as sentenças, quanto os fatos jurídicos e sua eficácia são normas jurídicas (produz falsas ou inválidas igualdades: norma jurídica→fato jurídico=eficácia=efeitos), tendo seu enraizamento na constatação de que os funtores deônticos atuam como operadores *sempre* com modalização *a priori*, não conseguindo visualizar, assim, a idéia de que os funtores, apesar de estarem na norma e nos fatos jurídicos, não são eles que exclusivamente determinam *a priori* a constituição dos fatos jurídicos por um modal “D”.

E isso se dá sob o pálio de que não há funtores fora da norma jurídica e *a priori*, ou mesmo a embaralhar eficácia jurídica e legal, confunde, assim, forma e conteúdo, incidência com aplicação, vontade estatal jurisdicional/vontade estatal legislativa, vontade estatal/vontade negocial, forma/substância, eficácia legal/eficácia jurídica, fato jurídico/eficácia, eficácia/efeitos etc.

Apesar de a observação de Lourival Vilanova de que “se o sistema de Direito positivo fosse *sistema científico*, necessariamente seguiria a lei lógica de não-contradição. Mas não é sistema científico”¹⁰³. Ora, o autor associa a eliminação do princípio da não-contradição só a sistemas científicos, não levando em conta toda lógica posterior a Kurt Gödel, pois mesmo nesses sistemas ainda persiste inconciliável, nos

¹⁰¹ **PONTES DE MIRANDA**. *Tratado das ações*. Tomo II. São Paulo: RT, 1972, p.5.

¹⁰² Argumento contrário vai na esteira dos que entendem a sentença como norma jurídica: “A declaração, todavia, não lhe suprime o caráter de ato de império estatal, como vontade jurisdicional, nem confere à sentença a forma lógica de enunciado descritivo. É enunciado normativo...” **LOURIVAL VILANOVA**. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.127.

¹⁰³ **LOURIVAL VILANOVA**. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.^a ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 181.

parâmetros de uma lógica clássica, a contradição, a indecidibilidade, mesmo que o sistema não se torne inconsistente e trivial.

Um exemplo bem nítido de que o modal “D” se integra ao modal “J”, ou lhe é subjacente, dar-se na hipótese de conflito¹⁰⁴ entre as normas do art. 106 e 219 do CPC:

No código de processo civil brasileiro encontramos um claro exemplo de contradição normativa, mas já convalidado pela doutrina e jurisprudência. Referimo-nos ao caso da prevenção: os artigos 106 e 219 do CPC são contraditórios, mas apenas do ponto de vista da gramatologia, da estática processual. De fato, ambos os dispositivos são, ao mesmo tempo, vigentes e dotados de validade, porém, na dinâmica da aplicação do direito, apenas uma dessas normas possuirá eficácia processual. Assim, tanto do ponto de vista prático quanto do lógico-processual não há contradição, pois a eficácia das normas processuais somente guarda relação de sentido jurisdicional diante de um *tatbestand*. Vejamos: o artigo 106 considera prevento o juiz que **despachar** (determinando a citação do réu) em primeiro lugar. Já o artigo 219 diz ser a **citação** (válida) o ato processual que torna prevento o juízo. Apesar de o artigo 106 mencionar que sua aplicação dar-se-á quando os juízes estiverem sobre a mesma base territorial, o artigo 219 nada refere quanto ao território, de modo a possibilitar o argumento pela existência de conflito normativo. Para solucionar o problema, a doutrina e a jurisprudência em atitude conciliatória estipularam que o artigo 106 trata de competência de juízo, ou seja, somente é aplicável nos casos de os juízes estarem na mesma base territorial. Ao passo que o artigo 219 trata de competência de foro, isto é, só tem aplicação quando os juízes, possivelmente preventos, estiverem em bases territoriais diferentes. Quando a jurisprudência solucionou a questão dessa forma, laborou na desconstrução da contradição através da elaboração de uma lei lógico-deontica não excludente de uma daquelas normas processuais *a priori*, possibilitando que apenas uma dentre as duas continue a ter eficácia diante de uma *fattispecie*: típico logicismo processual excludente da contradição – na dinâmica fática do processo, pois a exclusão de uma dessas normas somente se dá *a posteriori*.¹⁰⁵

Analisar-se a questão sobre o ângulo de que a prevenção independe do direito material perseguido.

Se se colocasse S', S'' sob a representação: sendo F (fato jurídico): “D“(F→R' (S', S''))”, que seria a norma primária; ter-se-ia: “D(não-F→R'”(S', S''))”,

¹⁰⁴ “É um que os sistemas de normas jurídicas contêm contradição (...) Muitas proposições são tidas como compatíveis entre si, até que a interpretação jurisprudencial revela inconciliabilidade entre preceitos tidos por harmônicos (...) A eliminação da contrariedade se dá, pois, via extralógica (...) Provém do sistema, da vontade de constituinte do sistema, das decisões como atos-de-vontade que extratificam o universo de norma (...) É um prevalecimento axiológico ou ontológico (...) Duas normas conflitantes, N e não-N existem qua normas, isto é, continuam válidas, até que o próprio sistema, mediante outra norma (uma norma de interpretação) ou mediante critério normativamente estabelecido (norma de maior nível prevalece sobre a de menor nível que com ela se contradiga) cancele a validade. Por isso mesmo, o que é logicamente impossível, a validade conjunta de normas contraditórias, é empiricamente existente.

LOURIVAL VILANOVA. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.^a ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 188, 189, 193.

¹⁰⁵ PIMENTEL, Alexandre. *Processo telemático*. São Paulo: Saraiva, 2008, no prelo, p. 57-58.

norma secundária. Valendo também “ $D[(F \rightarrow R' (S', S'')) \text{ ou } (\text{não-}F \rightarrow R''(S', S''))]$ ”. Tal representação deontica estaria fora da referebilidade processual, significando o surgimento do fato jurídico e de suas conseqüências sem a intervenção jurisdicional (direito material), representação pela qual a maioria da doutrina entende residir a obrigatoriedade do direito, conjecturando-se existir tal obrigatoriedade na própria norma, sendo lógico-formal deontica, como se se pudesse, absolutamente, no direito, determinar uma intenção sem a verificação da extensão (o juiz julga fatos).

Contudo, para a representação da relação processual, incluso o direito material, sendo o modalizador “D”, ocorreria segundo Vilanova: “ $D(F \rightarrow R' (S', S''))$ ” e “ $D(\text{não-}F \rightarrow R''(S', S'', S'''))$ ”¹⁰⁶, em que S''' só apareceria na perinorma para representar a coação; assim, a endonorma seria determinada *a priori* (mas ainda implicaria a relação de direito material) e a perinorma *a posteriori* (a implicar a relação processual), uma vez que se sabe que não há relação entre S' e S'' e sim entre S' e S''' e S'' e S''' (autor-juiz; juiz réu). Sendo assim, não estaria correta a representação da norma primária na relação jurídica processual, tampouco (S', S'', S''') teriam tal horizontalidade, que não ficou, por Vilanova, solucionada, a se resolver aqui com o modal “J”. E mesmo que S' e S'' transacionassem (e que ocorre, mesmo assim, fora da relação processual), não se poderia falar da exclusão da perinorma, isso só ocorreria em relação ao direito material deduzido, porque haveria a participação de S''' sob a forma do art. 269, III, do CPC. Na relação jurídica processual,

*Não há particularização em três relações jurídicas processuais (autor, Estado; Estado, réu; autor, réu) como pensou Th. Schwalbach (Die Prozessvoraussetzung im Reichprozess, Archiv für die civilistische Praxis, 63, 393): contactos entre as partes é que criam entre elas relações e situações jurídicas particulares (e.g., a respeito de prazos). Cumpre, assim, que não se confundam a relação jurídica processual, o processo, e as diversas relações e situações processuais nascidas durante o processo.*¹⁰⁷

Mas o conflito normativo a que se referiu dar-se apenas entre normas processuais, cuja resolução também acontece somente *a posteriori*, portanto, o modalizador “D” não poderia atuar isoladamente em tal conflito na norma primária. A coação é mais que concretude do suporte fático logicamente ocorrido na hipótese

¹⁰⁶ Segundo LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 59.

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. XXVI.

normativa, é mais, e não só “plus”: efeito para o mundo dos fatos¹⁰⁸, e isso a expressão modalizada por “D” não representaria. Talvez por isso a doutrina clássica coloque eficácia=efeito¹⁰⁹. Além do que o modal “D” não é convincente para explicar as sentenças típicas declaratórias, tendo em vista que

O pressuposto do objeto da declaração é de direito material, por se tratar de efeito da relação jurídica, que se quer declarada, ou da suposição de que alguém quer a declaração da existência ou da inexistência. É de grande relevância saber-se que o pressuposto do objeto é o de ser afirmado que existe ou que não existe a relação jurídica.¹¹⁰

Decorre, por vez, que aí domina o discurso apofântico: ser ou não ser; é ou não é.

Daí já se perceber que razão assiste a Pontes de Miranda, sendo a obrigatoriedade do fato jurídico, não da norma, uma vez que aquela expressão representa exatamente e exatamente só o fenômeno da incidência, como a ocorrer no plano abstrato (a que a lógica da norma chama de modalização deôntica), só que aquela expressão quer se fazer diferente da incidência porque apenas a supõe, como o faz com a concretude do suporte fático que modaliza. Mero contra-senso e um recurso indemonstrável fora de qualquer concretude de suporte fático suficiente, ou seja, fora da existência do fato jurídico, como do referente, portanto.

Por outro lado, ainda, seria incapaz de representar o fato jurídico processual, uma vez que operador deôntico paraconsistente dele é sempre *a posteriori*, que repugna uma modalização *a priori*, como ficou demonstrado no conflito de normas. E nem mesmo a expressão “se não- $F \rightarrow R$ ” (S' , S'' , S'''), sendo S''' o juiz ou a jurisdição, implicaria a modalização só por “D” da endonorma, e S''' já acarretaria outra relação R''' , mesmo que esta contivesse R' e R'' ou as entremeasse¹¹¹, mas se diga que o conteúdo de direito material que a relação processual carrega não lhe pertence e dele mesmo independe, e levaria a confundir eficácia material e processual, fato jurídico material e processual, esferas distintas.

¹⁰⁸ “Em suma, a aplicação da coação para efetivar a sanção segue a via processual, que é uma série de atos normativamente regrados: segue o devido processo legal.” Sem deslembrar que “o uso não unívoco dos termos ‘sanção’ e ‘coação’ é comum.” **LOURIVAL VILANOVA**. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 131. Porém, o autor sustenta que “quando se diz que o direito é um conjunto de normas sancionadas, coercitivas, coativas, necessário é, em análise no interior dos níveis das normas, sublinhar onde a sanção é efeito de antijuridicidade material, onde é consequência processual.” **LOURIVAL VILANOVA**. Op. cit., p. 131.

¹⁰⁹ Ver o Capítulo VI, Eficácia: uma teorização.

¹¹⁰ *Tratado das ações*. Tomo III. São Paulo: RT, 1972, p. 26.

¹¹¹ Em sentido contrário: **LOURIVAL VILANOVA**. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 128.

Ou seja, o modal “J” poderia atuar em toda a extensão da relação deôntica no caso do conflito de normas (arts. 106 e 219, CPC): “J[D(F→R’ (S’, S’’) ou (não-F→R’’(S’, S’))]”, sendo “F” a conduta “A”, referente ao art. 106 (CPC) ou A’, referente ao art. 219 (CPC). E não “dado o fato F, então R’ (S’, S’’), se não-F, então R’’ (S’, S’’, S’’)”¹¹², porque com o modalizador “D” a primeira implicação seria válida para o art. 106 e para o 219 do CPC, ressaltando que S’’’ ou R’’’ não modalizam a norma primária, por óbvio atuar “D” em “R’ (S’, S’’)”, no que ainda persistiria o conflito normativo. Não há como o modalizador “D” atuar em condições de indeterminação da endonorma *a priori*, como ocorre com parágrafo único do art. 1.573 do CC ou do conflito normativo processual sob análise.

*“A relação jurídica processual perfaz-se com a citação do réu (angularidade necessária), ou desde o despacho na petição, ou depois de passar em julgado, formalmente, esse despacho. Mostramos neste livro, como em outros, que não há solução a priori.”*¹¹³

Concluindo-se, sem se considerar o modalizador “J”, a chamada “eficácia interna”, que seria uma eficácia legal, ainda não de fato jurídico, porque deonticamente posta, do art. 106, seria a mesma do art. 219 e, conseqüentemente, a “eficácia externa” não existiria, e aí não haveria incidência sancionatória¹¹⁴ e, como que modalizaria a norma primária seria “D” (“D(F→R’ (S’, S’))” e “D(não-F→R’’(S’, S’’, S’))”), a expressão deôntica cairia no vazio (?). Então, J[“D(F→R’ (S’, S’))” e “D(não-F→R’’(S’, S’))”]

Note-se que tanto a “eficácia interna quanto à externa” vai significar concretamente o que Pontes de Miranda chama de eficácia jurídica, que deonticamente se apresenta na expressão já dada “J[D(C→A) ou (não-A→S)]”.

Não obstante, a resolução do conflito pelo modalizador “J”, que não é axiologicamente neutro, para aquela mesma relação R’ entre S’ e S’’, seria sempre dada por uma única representação, válida a primeira ou a segunda implicação no conflito de normas de que se fala: “J [D(C→A) ou (não-A→S)]”.

Por outro lado, Vilanova sustenta que “o Direito é um sistema com contradições”¹¹⁵ e firma:

¹¹² LOURIVAL VILANOVA. Op. cit., p. 58-60.

¹¹³ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. XXVII-XXVIII.

¹¹⁴ Não se tome aqui o termo sanção no sentido kelsiano de punição, castigo.

¹¹⁵ LOURIVAL VILANOVA. *Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3.^a ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 185.

A lei de não contradição exprime uma relação de impossibilidade *entre enunciados do mesmo tipo sintático*, ou que contenham valores veritativos (verdade/falsidade) ou que contenham as propriedades jurídicas da validade e da não validade. Entre proposições apofânticas, ou entre proposições deônticas, não entre proposições apofânticas e proposições deônticas.¹¹⁶

E termina por concluir que um comportamento efetivo relatado em um enunciado descritivo, em nada afeta o valor jurídico do enunciado prescritivo, contudo, a relação antecedente-conseqüente, no conflito normativo estudado, mesmo que se considere que a contradição ocorre na endonorma, uma vez que tanto a conduta lícita está modalizada no art. 106 e art. 219 do CPC, ainda configura um conflito normativo sem solução *a priori*, mesmo porque não há a relação S', S'' e S''', mas, S' e S''' e S'' e S''' em toda a extensão. Ainda tenha-se em conta que o jurista não leva em consideração que a produção signica do direito é dada por uma unidade “sincategorema+categorema”, porque, como visto, admite uma *hipercodificação* e não uma *hiperconsustanciação*.

Ora, uma proposição descritiva que define a oferta de drogas de um estrangeiro holandês a um brasileiro para consumo próprio, definida em nossa legislação como crime, se fosse verificada em termos normativos de nosso ordenamento, a proposição prescritiva seria consequência imediata da conduta, mas se sabe que nossos tribunais vêm mitigando tal tipificação, em face de propagandas turísticas do carnaval, inclusive com fotos, de que, no Brasil, permite-se tal uso, assim como na Holanda. E não se venha falar só em qualquer tipo de erro como definido no Código Penal simplesmente, cuja própria legislação nacional não aplicaria a brasileiros, porque ninguém se furta a cumprir a lei alegando seu desconhecimento, e, quando o faz, a modalização do erro é sempre *a posteriori*.

A excepcionalidade que ocorre dar-se em face das peculiaridades da lei estrangeira (dentro de uma conjuntura específica), e inaplicáveis ao nosso território, sem a qual tal interpretação mitigatória não seria possível, demonstrando que *a priori* (“D”), de forma lógico-normativa não resolveria o conflito, sem uma modalização “J”, *a posteriori*.

Mesmo porque esses juízos de valor não podem ser verificáveis de forma dedutiva simplesmente, porque não são fatos verificáveis objetivamente (personalidade do delinquente, gravidade do fato) *a priori*, porque se funda num processo axiológico,

¹¹⁶ LOURIVAL VILANOVA. Op. cit., p. 187.

no arbítrio do juiz, numa forte institucionalização, em regras de experiência, a resultar numa reconstrução a partir de uma argumentação entimemática da jurisdição, que constrói e reconstrói, e não só reproduz, um processo argumentativo, ou seja, uma passagem do plano do discurso para o da ação, porque nesse processo se acrescentam premissas, que só em concreto se estabeleceriam as justificativas formuladas para torná-las dedutivas, sem desnotar que as condições de explicação e justificação atuam inseparavelmente, sem se diluir uma na outra.¹¹⁷

Permite, pois, o sistema jurídico, que um determinado tribunal decida diferentemente de outro a mesma lide, ou que os Estados legislem distintamente sobre seus próprios interesses, sendo possível tratar-se certa conduta “A” com sanção “P” em um Estado, e noutro com P’, sendo a possibilidade de uma sentença declaratória sobre o fato “A” firmando-o *ser*, em certo Estado e, a contrário senso, firmando-o *não-ser* em Estado diverso, em que a verdade ou a mentira importariam, o que não torna o sistema inconsistente nem trivial, mas paraconsistente e não-trivial com o modal “J”.

Daí que não se vislumbram incompatibilidades irremediáveis entre a Teoria do Fato Jurídico e a Teoria Pura do Direito. Sobretudo, “... nenhuma língua pode expressar, com inteira justeza, senão a sua própria cultura, e que ela falha, lamentavelmente, quando pretende traduzir a língua (e a cultura nela implícita) de outra sociedade”¹¹⁸. Como falha o direito ao traduzir facticidade em juridicidade, proposição descritiva em prescritiva.

Portanto, a relação preliminar “ $J[D(C \rightarrow A) \text{ ou } (\text{não-}A \rightarrow S)]$ ” exprime a coercibilidade/coatividade do direito e, para Lourival Vilanova, a relação “se A é B, então S deve ser P” ou ainda “ $D(A \rightarrow B) \text{ ou } (S \rightarrow P)$ ”, com as constantes lógicas tradicionais, é que a representaria. Porém, observa-se, segundo o enfoque de uma teoria dos códigos e de uma teoria sínica, em que ambas se prestam em conjunto ao direito para a explicação do fenômeno jurídico, que a análise da intenção a implicar uma verificação da extensão fica totalmente demonstrada por uma lógica deôntica paraconsistente no ordenamento jurídico, ademais existir a norma pressuposta (com seus elementos lógico-imanente e jurídico-positivo), que contém valor extensional-intencional precedente à intencionalidade infraconstitucional, até no plano formal, de

¹¹⁷ **ATIENZA**, Manuel. *As razões do Direito*. 3.^a ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 36.

¹¹⁸ **LOPES**, Eduardo. *Fundamentos da Lingüística contemporânea*. São Paulo: Cultrix, 2000, p. 24.

qualquer intencionalidade normativa,¹¹⁹ fundante, portanto, da validade infraconstitucional ou da eficácia legal; assim como a infraconstitucionalidade ou o elemento jurídico-positivo são fundantes da eficácia jurídica.

De sorte que, para maior profundidade do assunto, passe-se ao texto do professor Edvard Luiz Bonoto¹²⁰:

Como exercício lógico, elaboramos uma imersão ao universo metodológico do direito e ciência jurídica, em especial no aspecto da lógica jurídica. Seguimos inicialmente um exercício inspirado em Lourival Vilanova e a lógica clássica para descortinar uma leitura formal da teoria de Reale, compreendendo o direito a partir de uma célula rítmica que **relaciona fato, valor e norma**.

Acrescentamos à lógica clássica (e lógica formal), as lógicas complementares da clássica (com destaque para a **lógica modal**, que flexibiliza a "lei do terceiro excluído") e as lógicas "rivais" da clássica (a **lógica paraconsistente** e a – possivelmente – **dialética**, que admitem uma racionalidade não-centrada na lei da identidade). Percorremos assim do clássico ao modal; do antinômico ao dialético – da complementaridade à dialética pós-Hegel.

Com tais elementos, passamos a exercitar uma generalização (crítica e desenvolvimento) da teoria tridimensional do direito, com a idéia de que, além da chamada dialética de complementaridade, o valor parecia ser o calcanhar de Aquiles da dialética de Reale. A seguir adentramos à lógica paraconsistente de Newton da Costa e, no final, tentamos terminar o raciocínio com elementos de uma possível lógica dialética.

Sabemos que o percurso é apenas um ensaio teórico.

Elementos de racionalidade paraconsistente

A racionalidade paraconsistente já foi explicitada por grandes nomes da lógica no século XX, destacando-se Newton C. A. da Costa. Uma abordagem dialética da paraconsistência poderia ser então desenvolvida nesse caso. A dialética e a paraconsistência têm uma característica em comum – permitem racionalidades fora do âmbito da obrigatoriedade da identidade, segundo as chamadas leis do pensamento clássico. Assim, contradições, inconsistências e paraconsistências são objetos de interesse da dialética.

A lógica paraconsistente nos chamou a atenção por ter aspectos de interconexão com a dialética e por ter suscitado, no Brasil com Da Costa, uma crítica a Popper, que havia negado a dialética como método científico por aceitar contradições. A lógica paraconsistente se desenvolveu concomitante à teoria tridimensional e já apresenta interessantes inferências sobre esta. Nessa seqüência, Da Costa e Puga destacam:

¹¹⁹ “Se o pesquisador do Direito não fica jungido à descritiva, nem por isso se pode pensar nos *modelos jurídicos* como algo desligado da experiência, pois toda estrutura normativa, enquanto unidade integrante e superadora de uma tensão fatídico-axiológica, é forjada na experiência e vive em função dela.”

REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 166.

¹²⁰ **BONOTO**, Edvar Luiz. Disponível em:

http://www.vermelho.org.br/diario/2004/0919/edvar_0919.asp?NOME=Edvar%20Luiz%20Bonotto&CO D=3745. Acesso: julho/2008. O autor é Doutor em Direito – Filosofia do Direito e do Estado - PUC-SP.

"que teorias complexas como as teorias tridimensionais do direito, sejam, em parte, suscetíveis de formalização ou, pelo menos, que as lógicas que lhe são subjacentes possam ser explicitadas.

A complexidade das teorias não constitui empecilho para as suas codificações lógico-formais. E as tentativas para se chegar a tais codificações evidenciam o significado de numerosos problemas, que na formulação não formalizada das mesmas não se percebe. Assim, **a teoria tridimensional de Reale tem que explicitar, pelo menos, as relações que devem governar os operadores morais, legais e epistêmicos.** Mais ainda, é preciso que se estabeleçam as bases para a introdução de modalidades cronológicas nas lógicas que governam esses operadores." (Da Costa & Puga, 1987)

Em "Lógica deôntica e direito", Da Costa e Puga discorrem sobre o tema:

"Dentre as concepções mais conhecidas do direito, destaca-se, hoje, a teoria tridimensional, que é defendida por vários autores, sob formas diversas (ver Reale [1968]). Em linhas gerais, podemos caracterizar as teorias tridimensionais da seguinte maneira:

(...)

Em poucas palavras, para os tridimensionalistas, a experiência jurídica se desenrola em três níveis, **intimamente inter-relacionados: o do fato, o do valor e o da norma.**

Para jusfilósofos como Reale, o caráter tridimensional do direito não se resume apenas em uma constatação abstrata, que reflete apenas a circunstância de que a experiência jurídica engloba três categorias de elementos distintos, cuja união simples nos daria o fenômeno total. Ao contrário, **há uma interconexão que poderíamos chamar dialética entre as dimensões do direito, que, como processo, se desenvolve no tempo.**" (Da Costa & Puga, 1987)

Da Costa e Puga ressaltam a abordagem dialética de Reale:

"E o nosso autor acrescenta: 'A unidade do direito é uma **unidade de processus**, essencialmente dialética e histórica, e não apenas uma distinta aglutinação de fatores da conduta humana, como se esta pudesse ser conduta jurídica abstraída daqueles três elementos (fato, valor e norma), que são o que a torna pensável como conduta e, mais ainda, como conduta jurídica. Não se deve pensar, em suma, na conduta jurídica como uma espécie de mansão onde se hospedam três personagens, pois, ou a conduta é a implicação daqueles três fatores e com eles se confunde, ou não passa de falaciosa abstração, de uma inconcebível atividade desprovida de sentido e de conteúdo'." (Da Costa & Puga, 1987)

Sobre a lógica deôntica, escrevem também Da Costa e Puga, situando a utilização do cálculo proposicional paraconsistente:

"A **lógica deôntica** se ocupa das propriedades formais dos operadores de obrigatoriedade, de permissão, de proibição e de indiferença, bem como de questões correlatas. Quando tais operadores têm uma acepção moral (obrigatório significa obrigatoriedade moral etc), obtém-se uma lógica relacionada com a ética; quando eles possuem conteúdo jurídico (obrigatório quer dizer obrigatório do ponto de vista legal etc), a lógica resultante é uma lógica deôntica de natureza jurídica, ou, simplesmente, uma lógica legal.

Em virtude das considerações anteriores, percebe-se que a **lógica legal, subjacente a uma concepção do direito como a de Reale, afigura-se um**

tanto complexa. Em sua formulação completa, ela deveria envolver vários tipos de modalidades, tanto legais como morais e epistêmicas, além de operadores temporais.

Não se pretende aqui elaborar tal lógica. Apenas procurarmos dar os passos iniciais nessa direção. Par tanto, trataremos de certos sistemas deônticos, com espécies diferentes de modalidades; esses sistemas foram originados pelo objetivo de melhor se compreender as conexões existentes entre tipos diversos de modalidades, o que se evidencia de grande relevância para se analisar uma teoria tridimensional do direito.

A lógica deôntica pode ser abordada de um ponto de vista descritivo ou de um ponto de vista prescritivo (...) adotaremos o primeiro, embora o segundo se mostre de importância fundamental (...)

Uma lógica clássica kantiana e hintikkiana é um sistema lógico contendo modalidades deônticas e aléticas, tendo por base o cálculo proposicional clássico (...) e, além disso, o axioma de Kant (... obrigatório implica possível) e o axioma de Hintikka (... necessário implica obrigatório) devem ser válidos (...) Assim, tais condições nos permitem construir sistemas lógicos corretos e completos, os quais podem ser kantianos e não-hintikkianos, não-kantianos e hintikkianos, e não-kantianos e não-hintikkianos. (...)

Para obtermos um sistema proposicional paraconsistente, com modalidades deônticas e aléticas, substituímos (...) o cálculo proposicional clássico pelo cálculo C1 de Da Costa (...) podemos generalizar a noção de C-estrutura, obtendo uma semântica para C1, relativa à qual ele é correto e completo. Em C1 podemos tratar dos dilemas morais e certos tipos de contradições sem correremos o risco de trivialização simples ou deôntica (...).

Além disso, é fácil modificar a semântica e a axiomática de C1, obtendo-se, assim, lógicas paraconsistentes que são kantianas e não-hintikkianas, não-kantianas e hintikkianas, e não-kantianas e não-hintikkianas.

Sendo C1 o primeiro cálculo de uma hierarquia Cn (...), **podemos ainda formalizar outras lógicas paraconsistentes com modalidades deônticas e aléticas.**" (Da Costa & Puga, 1987)

Um exercício: n. n e o infinito concreto no direito

Compreendemos que há uma dialética do processo jurídico no processo histórico – o processo jurídico (instituição e instância do direito ao contraditório) no processo histórico (concreto) – o processo (n) e no processo (n). Por esse caminho, se conseguirmos estabelecer uma equação dialética inicial (que dê conta do objeto) e encontrarmos uma linha de elaboração de operadores, poderíamos iniciar uma abordagem dialética da teoria tridimensional do direito passível de formalização.

Tomemos convencionalmente:

n. n por " n " elevado à potência "n" (o que simplificamos para **n. n** por denotar a relação entre duas expressões infinitas);

. provisoriamente como relação **e no(a)**, uma interação ou uma conexão genérica, ainda anterior à utilização de operadores lógicos clássicos, modais ou paraconsistentes; e

F como fato, **V** como valor e **N** como norma.

Tentaremos esboçar elementos para formalizar uma antítese à padronização dos conteúdos valorativos, que envolvem, no direito, conflito e polêmica, mas que na teoria tridimensional de Reale constam aproximadamente como valores normados, que sob um ponto de vista dialético aparecem constantes.

A variável valor, ao nosso ver, deveria ser aceita inicialmente sob a forma paraconsistente, em que se aceitariam ao menos contradições lógicas. Assim, na relação **fato-valor-norma** (F.V.N), teríamos a variável valor (V), no mínimo, como duas variáveis expressando pelo menos dois valores (**Va** e **Vb**, por exemplo), pois o direito – o processo do contraditório – parte do conflito, que pode ser entendido como paradoxo, contrariedade e ou contradição, entre, no mínimo, dois sujeitos (uma pessoa física, indivíduo, ou jurídica e o Estado, ou duas pessoas físicas ou jurídicas, além do Estado...). E desse conflito original, a prestação jurisdicional do Estado, via Poder Judiciário, garante o chamado **amplo direito ao contraditório**, que é a base do processo jurídico num Estado democrático.

Assim, a norma pode ser invocada favoravelmente a "a" ou "b" paradoxalmente. Há uma contradição entre os valores do sujeito "a" e os valores do sujeito "b" além dos valores do Estado de direito – que agora explicita em seu interior valores contraditórios, exigindo dele (Estado) uma decisão. Uma paraconsistência fica caracterizada (em meio a um complexo processo concreto e confuso entre contradição fática, ou real ou concreta, e a contradição formal decorrente do processo jurídico. Onde havia a identidade da lógica formal (V) dos valores normados, há uma contradição lógica, com valores convivendo de paradoxal a contraditoriamente (**Va1.Vb1.Va2.Vb2**).

O fato (F), por sua vez, segue a contradição (ou contrariedade) valorativa, com no mínimo **Fa** e **Fb**, uma vez que se houvesse unanimidade sobre ele, o conflito estaria resolvido e o direito ao contraditório não seria acionado.

No enfoque da norma (N) temos **Na** e **Nb** pois estas variáveis dependem da aceitação ou não da interpretação das normas, e incluem contradição dialético-lógica, ou seja os fatos e normas derivam de ações contraditórias no mundo real e as normas, tanto em sua elaboração quanto interpretação, também expressam ações e interpretações contraditórias, de sujeitos com interesses contraditórios.

Assim, da relação real entre fato-valor-norma (F.V.N), teríamos no mínimo uma relação (**Fa.Fb.Va.Vb.Na.Nb**) no âmbito formal como equação inicial de uma leitura paraconsistente da fórmula original. Como partimos do pressuposto que há contradição de caráter concreto dessas variáveis, com gênese nos sujeitos contraditórios (concretos) que invocam ou contestam o Estado num processo jurídico. teríamos uma equação inicial dialética (**Fa.Fa'.Fb.Fb'.Va.Va'.Vb.Vb'.Na.Na'.Nb.Nb'**). Cada variável necessita ser descrita e explicada concomitantemente. E como vimos anteriormente, a(s) variável(is) de valor(es) tem gênese paraconsistente, então temos (**Fa.Fa'.Fb.Fb'.Va1.Va1'.Va2.Va2'.Vb1.Vb1'.Vb2.Vb2'.Na.Na'.Nb.Nb'**).

Portanto, num início de generalização dialética partiríamos de uma equação que, nas relações entre a dialética concreta e as implicações formais, tende ao infinito, a que resumimos inicialmente por (**n. n**). Isso não está em desacordo com os fundamentos da dialética – tudo se relaciona; a(s) quantidade(s) se transforma(m) em qualidade(s); há unidade e luta de contrários; e dá-se, no processo, a negação da negação... – e o enfoque das multideterminações do objeto de estudo.

Para ilustração de como poderíamos prosseguir no enfoque tendente ao infinito sem perda da referência concreta de uma leitura dialética da teoria tridimensional do direito, poderíamos usar como abordagem comparativa inicial, para posterior estudo de operadores (talvez criação de operadores lógicos dialéticos), a relação entre **integração e diferenciação** na matemática. Nesse processo lógico colocaríamos o conteúdo do operador que chamamos **e no(a)** e grafamos como (**.**). Nosso enfoque vislumbra uma relação dialética entre o infinito e o concreto. Há

muitas, talvez infinitas determinações objetivas para o enfoque do objeto, porém ele não é sempre relativo (no sentido de que haveria sempre infinitas possibilidades subjetivas aleatórias de se apreender e explicar esse objeto). Há um concreto no infinito, que permite – em meio ao complexo – uma solução dialética específica aplicada a um caso concreto, numa relação dialética entre o simples e o complexo – e justamente a esse processo lógico poderíamos associar metaforicamente a relação entre derivação e integração até encontrarmos solução melhor.

Assim, podemos **modalizar dialeticamente** a equação realeana, em suas multideterminações concretas atuais e suas possíveis transformações no processo histórico. No presente, a derivação-diferenciação com base no concreto; na história, a integração com base na generalização dialética.

Tendo:

(F.V.N) como a equação realeana – mais **n** como multideterminações dialéticas presentes (concretas e lógicas), **n** como multideterminações dialéticas no processo histórico (possíveis) e **.** como diferenciação&integração dialética; temos então uma equação geral inicial para formalização do infinito concreto na instância jurídica:

(F.V.N) .n. n

Que pode ser simplificada para

(FVN)n. n

Resumindo: generalizamos então FVN de Reale para **(FVN)n.n**.

A restrição que se faz à generalização feita (FVN) **n.n** é que ela não se refere à norma primária (endonorma), portanto, não identifica o fato jurídico ou a eficácia da conduta lícita. De mais a mais, tampouco trata das conseqüências de sanção da norma secundária (perinorma) ou de coação (jurisdição), que, sem ambas, não há de se falar em juridicidade.

Ou seja, a modalização proposta no texto representa, na realidade, apenas e exclusivamente a diferenciação-integração dialética histórico-jurídica de um discurso “quase-jurídico”, pois, em verdade, apenas penetra as junções e disjunções lógico-jurídicas e sócio-estatal da discursibilidade inerente à relação processual, sem determinação sancionatória.

(FVN) **n.n**, pela sua generalização, torna-se algo de indeterminado ao mundo jurídico, como elemento que penetra o discurso jurídico, mas não faz com que se imponha como jurídico.

Não se deslembre que

Emilio Lask alude por primeira vez a la estructura tridimensional del mundo jurídico, y que en el mismo círculo algo más tarde Kantorowicz acuña el término trialismo. (...) La concepción tridimensional puede considerarse actualmente como la concepción dominante. Nos limitamos a enumerar como sus defensores en

Alemania a Coing y Fechner, en España a Luis Legaz y Lacambra, en Norteamérica a Roscoe Pound y a Jerome Hall, en Méjico a Luis Recaséns Siches, en El Brasil a Miguel Reale y en Australia a Julius Stone.¹²¹

Dessa forma, então, abstraindo-se aquela modalização, com as já aqui dadas, considerando-se os suportes fáticos **C**, **I** e **A**, e tomando-se “**n.n**” por “**n.n**”, ter-se-á:

$$\mathbf{n.n} \text{ (CIA)} \rightarrow \text{(FVN)}$$

$$\mathbf{J} \text{ (C} \rightarrow \text{F)} \wedge \text{(I} \rightarrow \text{V)} \wedge \text{(A} \rightarrow \text{N)}$$

$$\mathbf{J} [\text{D (C} \rightarrow \text{A) ou (não-A} \rightarrow \text{S)}]$$

...

¹²¹ **GOLDSCHMIDT**, Werner. *Introducción filosófica al Derecho – La Teoría Trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. 6.ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1969, p. 19-20. Tradução livre: “Emil Lask alude pela primeira vez à estrutura tridimensional do mundo jurídico, e, no mesmo círculo, um pouco mais tarde, Kantorowicz cunhou o termo trialismo. (...) A concepção tridimensional pode ser considerada como a dominante na atualidade. Nos limitamos a enumerar, como seus defensores, Coing y Fechner, na Alemanha; Luis Legaz y Lacambra, na Espanha; Roscoe Pound e Jerome Hall, na América do Norte; Luis Recaséns Siches, no México; Miguel Reale, no Brasil e Julius Stone, na Austrália.” Em sua nota de rodapé número 7, o autor afirma que “el término ‘tridimensional’ procede de Miguel Reale” (o termo tridimensional procede de Miguel Reale).

PARTE 1

ESPECIFICIDADES DO FATO JURÍDICO

CAPÍTULO I

Fato jurídico

1. Breve Prólogo.

Pretende-se trazer à tona a conceituação do fato jurídico, ciente de questões filosóficas e doutrinárias as mais orbitantes, sem que delas se possa olvidar, mas sob o cuidado de não se enveredar por caminhos por demais escorregadios ao que se pretende alcançar com este trabalho; mesmo que, por um lado, contornem o direito e, por outro, trafeguem em seu interior, como a moral, a sociologia, a filosofia etc., mas que, ao que escolhe o método dogmático para estudos acadêmicos, seria incoerente que delas, em termos, não abdicasse, na medida de sua impertinência.

Portanto, pareceu melhor que se acomodassem apenas certos aspectos de importância doutrinária, ao menos ao sentir com que se tenta impregnar as próximas linhas. Não se quis, pois, dar-se uma profusão tratadística, tanto pela inoportunidade, quanto para se evitar maiores enganos e preocupações com exposições por demais longas, passíveis de encobrir o cerne do objeto em desenvolvimento: O necessário ao que se busca deflagrou a limitação das escolhas.

2. Linguagem e mundo.

É sabido, pois, que o homem, que repousa seu conhecimento e o produz no ir e vir da linguagem, faz dela seu baluarte maior com o qual constrói toda a

realidade circundante para lhe dar significados (não só aos fenômenos naturais), até mesmo àquilo que chama, em contraponto, de idealismo, de ficção¹²².

Na verdade, não há diferença ontológica, relativamente à linguagem para o que se chama de realismo ou ficção (realismo e ficção também são um dado cultural) sem que a linguagem lhes dê tais e quais essências, atributos, ou, enfim, significações, como faz com tudo que toca.

Assiste razão à Searle quando ensina que “na realidade institucional¹²³ a linguagem não é usada meramente para *descrever* os fatos mas, de modo estranho, ela é parte constitutiva dos fatos”¹²⁴, isso porque expressamente o autor admite que ela “cria” parcialmente um fato, mesmo que seja o próprio fato da linguagem.

Nada lhe escapa e com ela o homem faz dos fatos, quer sejam eventos ou condutas, do fenômeno (aquilo que aparece) o que melhor lhe convém ou entende, ora valorando uns em detrimento de outros, ora adjetivando-os de forma a dar-lhes um aspecto de todo humano, dentro da sua própria evolução como ser no mundo. É o que faz quando valoriza espiritualmente ou romanticamente a queda de um cometa, o brilho das estrelas, o nascimento, a morte etc.

Notadamente, a linguagem jurídica também tem o condão de reinventar o simplesmente mundo (factualidade), trazendo tal reinvenção a outro que chama de mundo jurídico, construindo o fenômeno jurídico. O mundo jurídico e o simplesmente mundo (sem qualquer epíteto, que contém aquele), apesar de ser um mundo por si mesmo, tem um fim para além de si mesmo; daí que fenômenos existem indiferentes à linguagem, não obstante, não ocorre o mesmo com o mundo jurídico: seu fim é aquele que se lhe dá e sem tal ingerência jamais seria o que é; dele e nele se abstraem todas as

¹²² “Sendo construída (a realidade) pelo homem, paradoxalmente, à medida em que o ‘mundo real’ adquire dimensão sociológica, ele vai sendo considerado como ‘ilusório’ exatamente por ser fabricado. Já o mundo imaginário, construído através do ‘mass media’ parece tornar-se cada vez mais real ao nível do público. Com isto a linha de separação entre ‘ilusão’ e ‘realidade’ vai desaparecendo, dada a progressiva mistura de informação e ficção, de fatos reais com fatos imaginários.” **MEDINA**, C. A. *Música popular e comunicação*. Petrópolis: Vozes, 1973, p. 32.

¹²³ Em que também se pode colocar o direito, com a ressalva de que nem toda a sociedade é jurídica. Ressalve-se que a referência é apenas a título de explicitação da assertiva de Searle, sem querer enveredarmos na discussão da importância dessa visão institucional do direito para este trabalho dissertativo, lembrando que a doutrina institucionalista é também uma “reação ao estatismo”. **BOBBIO**, Norberto. *Teoria Geral da Norma Jurídica*. Trad. Pavan Baptista, Fernando e Bueno Sudatti, Ariani. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 28-30 e 32.

¹²⁴ Diz Searle: “As regras do xadrez não são como regras de trânsito. Pelo contrário, a própria possibilidade de jogar xadrez depende da existência das regras de xadrez, porque jogar xadrez é agir de acordo com pelo menos um determinado conjunto considerável de regras de xadrez. Chamo tais regras de ‘regras constitutivas’ porque agir de acordo com as regras constitui a atividade regulada por elas.” **SEARLE**, John R. *Mente, linguagem e sociedade*. Rio: Rocco, 2000, p. 115.

necessidades, retirando-se dos fatos sociais, dos eventos naturais etc., seu amálgama, transformando-os, sem que percam sua essência.

E fica aqui um alerta de Roland Barthes¹²⁵:

“...a Língua, como instituição social, não é um ato, escapa a qualquer premeditação; é a parte social da linguagem; o indivíduo, por si só, não pode nem criá-la nem modificá-la; é essencialmente um contrato coletivo, ao qual nos temos de submeter em bloco, se quisermos comunicar; além disso, este produto social é autônomo, à maneira de um jogo que tem suas regras, pois só o podemos manejar depois de uma aprendizagem.”

E o que se pode dizer, fazendo um paralelo com o fenômeno jurídico, é que a “atitude natural”, rejeitada por Hurssel¹²⁶, de que os objetos existem no mundo exterior independentemente de nós mesmos, com sua teoria fenomenológica transcendental, em que tudo que não é “imanente” à consciência deve ser rigorosamente excluído, e que as realidades devem ser tratadas como puros fenômenos, é por demais autoritário, parece de todo abstrato demais e irreal. E o é mesmo.

Ou seja, pretendeu Hurssel, com seu “Dasein” (condição dada da existência humana), que o ato de perceber experiências particulares como universais pudesse se verificar sem o instrumento da linguagem, o que não se mostra, como se constata, viável. Sem a linguagem, tal experiência não poderia ser verificada, identificada.

O significado é histórico, no dizer heideggeriano¹²⁷, não que aquele flua como ao correr calmo de um rio, sem se atentar para o componente das lutas sociais, como induz ao receptor de sua fenomenologia, daí que qualquer outra linguagem seria puramente individual, solitária, sem nada significar no processo de socialização humana, pois os significados não podem ser fixados independentemente da linguagem. Nesse sentido, o direito se distancia de Hurssel.

E aí se recorde as palavras de Eliot:

I have said before that the past experience revived in the meanings not the experience of the one life only but of many generations – not forgetting something that is probably quite ineffable: the backward look behind the assurance of recorded history, the backward half-look over the shoulder, towards the primitive terror.¹²⁸

¹²⁵ **BARTHES**, Roland. *Elementos de Semiologia*. São Paulo: Cultrix, 1984, p. 12.

¹²⁶ **TERRY** Eagleton. *Teoria da Literatura: Uma introdução*. Tradução Dutra, Waltensir. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 75-83.

¹²⁷ **HEIDEGGER**. *Ser e tempo*. Trad. Cavalcante Schuback, Márcia Sá. Petrópolis: Vozes, 2 vols., 2001.

¹²⁸ **ELIOT**, T. S. *The music of poetry*. Londres: Faber & Faber, 1942: “Tenho dito que a experiência impressa nas significações não é apenas uma experiência individual, mas a de muitas gerações – sem

Por outro lado, não obstante às ponderações anteriores, o direito, ao considerar o aspecto meramente ideal da realidade por ele conhecida/construída, coincide/aproxima, assim, seu método com o objeto intencional da filosofia de Hurssel, porque ambos têm um idealismo metódico só atingido através de uma autoconsciência.

E não se poderia deixar de frisar as lições de Edward Sapir de que

O universo das nossas experiências precisa de ser enormemente simplificado e generalizado para que seja possível fazer um inventário simbólico de todas as nossas experiências de coisas e relações; e um inventário desses é imperativo para podermos transmitir idéias.

Os elementos da linguagem, os símbolos que ficham a experiência humana, devem, portanto, estar associadas a grupos inteiros, classes delimitadas de experiência, que não as próprias experiências individuais. Só assim é possível a comunicação entre homens; pois a experiência individual, alojada numa consciência individual, é, a rigor, incomunicável. Para comunicar-se, é-lhe necessário ser atribuída a uma classe que a comunidade humana tacitamente aceita como identidade. É assim que uma impressão singular que eu tive de determinada casa passa a identificar-se com todas as minhas outras impressões a respeito, anteriores e posteriores.

E não basta.

É preciso que a minha memória generalizada, que é minha “noção” desta casa, se dissolva com as noções que todos os outros indivíduos, que virem a casa, dela formaram.

(...)

Mas não podemos contentar-nos com essa medida de redução na infinidade da experiência humana.

Temos de ir ao âmago das coisas e amalgamar massas inteiras de experiências, até certo ponto tão semelhantes que nos permitam – grosseira mas conveniente – tratá-las como idênticas. (...)

Em outros termos, o elemento lingüístico “casa” é o símbolo inicial e final, não de uma percepção isolada, ou sequer da noção de uma coisa particular, mas de um “conceito”, isto é, de uma cômoda cápsula de pensamento, que contém milhares de experiências distintas e é capaz de absorver milhares de outras mais. Se cada elemento lingüístico significativo é o símbolo de um conceito, o desenrolar da nossa fala pode ser interpretado como a apresentação de certas relações estabelecidas entre esses conceitos.¹²⁹

Enfim, levando-se em conta que os dois “significantes” de nosso estudo inicial são |fato| e |jurídico|, dir-se-ia também que a fenomênica jurídica se desenvolve numa relação fixada entre os diversos tipos de fatos jurídicos, cujos conceitos se organizam em determinada classe de origem na medida da interação entre esses significantes.

esquecermos esse algo que é provavelmente muito inefável: o acanhado olhar na confiança do registro histórico, acanhado meio-olhar sobre o ombro, através do primitivo terror.”

¹²⁹ **SAPIR**, Edward. *A linguagem*. Trad. Câmara Jr, J. Mattoso. São Paulo: Perspectiva, 1980, p. 17-18.

E o significante | fato |, como símbolo de um conceito fora do direito, passa, ao se agregar ao significante | jurídico |, a determinar outro conceito, unitário na fusão de ambos, exclusivamente jurídico, sem, contudo, se perderem. Por conta de todas as relações conceituais advindas das mais diversas criações-transformações dessa observação, surge o que se chama de discurso jurídico.

Dentro dessa fenomênica (para não usar o termo fenomenologia, impregnado do pensamento hursseliano), escolheu-se o fato jurídico da sentença para o foco do estudo visualizado na “Parte 2”, no que seja sua natureza e correlativos. Evidente que dentro de critérios que limitam e delimitam o trabalho.

Afinal, como ensina Lourival Vilanova: “Para que exista lógica jurídica é indispensável que exista linguagem, pois com a linguagem são postas significações”¹³⁰.

3. Factualidade e fato jurídico.

Assim, a apropriação de fatos sociais, ou da própria natureza, seletiva, agregando-lhes valores jurídicos reconhecidos como tais porque em normas jurídicas, juntamente com as conseqüências de suas interações, faz com que se dê existência ao mundo a que se chama de jurídico.

Não se deve, contudo, pensar que o fato social contido na norma é fato jurídico, porque nela contido¹³¹. Sua existência, no entanto, ocorre no momento em que aquele fato contido na norma vem a ocorrer no mundo dos fatos, quer seja este mundo jurídico ou, como se disse, simplesmente mundo (factualidade), e mais, que a norma sobre ele incida e como tal passe a existir, indo do abstrato ↔ concreto com a incidência.

A incidência, dessa forma, independe do querer das pessoas, é algo fora do mundo factual, infalível e não condicionado e se passa no plano lógico ou mental (a incidência, nesse sentido, se aproximaria da redução fenomenológica de Hurssel).

¹³⁰ VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3ª ed. Rio: Noeses, 2005, p. 27.

¹³¹ “Em verdade, somente o fato que esteja regulado pela norma jurídica pode ser considerado um fato jurídico.” BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

E, como reputa Marcos Bernardes de Mello, “além disso, a aplicabilidade concerne ao plano da *realização* do direito no meio social, pela imposição de suas normas através dos organismos estatais e que pode, por isso, falhar”¹³².

A observação que se faz é que não é a norma que deve ser *obrigatoriamente* aplicada, porque independe de qualquer vontade humana sua incidência, e mais, tenha-se em vista que pode haver proximidade↔distanciamento, ou mesmo não coincidência entre incidência e aplicação. Configurando-se, pois, elemento de justiça a aplicação, que extravasa o estudo dogmático. A incidência é vênua do sistema¹³³.

E não poderia o legislador dela prescindir, porque o controle que faz é do fato jurídico por ela produzido. Seria como ir de encontro aos postulados mais básicos da ciência, como se negar existência material ao ser humano. Não se poderia negar a incidência, nem obrigá-la a ocorrer, o que se diz é que deve ter ocorrido ou não.

O controle que se exerce é sobre o fato jurídico dela resultante. Ela simplesmente ocorre. O homem simplesmente existe. A questão de poder ou não incidir, quando existente e vigente a norma, dar-se no plano da constitucionalidade e com as peculiaridades do ordenamento jurídico.

Natural que, discricionariamente, escolha o legislador o que deve valorar, o suporte fático abstrato da norma, mas não pode impedir que incida. Poder-se-ia dizer que há normas que excluem o suporte fático de outra e, em seu lugar, por consequência, tomam para si a incidência (como ocorre com a exclusão da ilicitude no Direito Penal). Coisas distintas.

A *obrigatoriedade*, decerto, é o que possibilita que aconteçam as consequências advindas do fato jurídico sem necessidade de interferência da jurisdição, caso se dê eficácia jurídica. A coação, executividade, imunidade jurídica, até mesmo a coercibilidade, são outras facetas que dimanam do não acatamento (ou da desautorização sistêmica) dessas consequências, dessa *obrigatoriedade*, dados pela via do fato jurídico processual, desde que com as virtudes da validade e da eficácia, em princípio.

Nesse sentido, pois, de *obrigatoriedade*, para se evitar também, aos que pensam na obrigatoriedade do direito, a confusão entre a idéia de obrigatoriedade da

¹³² BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 85.

¹³³ Seria, grosso modo, como o “penso, logo existo” de René Descarte, aliás, um titulado nas letras jurídicas, mas conhecido por ser o “pai” da Geometria Analítica.

norma social, moral, mas que pode não integrar suporte fático de norma jurídica, reservou-se a *obligatoriedade* apenas para o fato jurídico, como antecedente à validade e à eficácia jurídica.

Lógico, então, falar-se em juridicização do fato, já que ele, que estava em abstrato/idealizado previsto na norma, se deu em concreto. Assim, esse fato, quer seja apenas um evento (sem a conduta humana), ou quer seja conduta social, ou quer seja mesmo um fato já juridicizado, um ato-fato etc., em caso de concreção de seu suporte fático, por previsão em norma jurídica, exsurge efusivo o que se chama de fato jurídico.

A essas ocorrências do fato (evento, conduta e o próprio fato já juridicizado; a mora; o fluir do tempo; dados psíquicos, como desconhecimento ou conhecimento de vícios; probabilidades, como lucro cessante etc.) e que sobre quaisquer delas, se previstas como hipótese na norma, mesmo que não o sejam da natureza, concretizem-se, incidindo a norma e os tornando fatos jurídicos, resultado dessa incidência, poder-se-lhes-ia denominar de suportes fáticos da norma que incidiu.

Inevitavelmente, o fato natural, o evento da natureza, assim como o fato da conduta e o próprio fato jurídico podem ser objeto de previsão de norma jurídica (suportes fáticos), e se assim o forem, sua concreção passível é de produzir fato jurídico, porque como suportes fáticos da norma vieram a se concretizar, desde que com a incidência passem a existir.

Fato, assim, que não interessou ao mundo jurídico, porque lhe falta representação em abstrato-idealizada normativa, é simplesmente facticidade, inoportuno ao mundo do direito, ficando aos dissabores do simplesmente mundo.

Diante dessas observações, visualiza-se que, no mundo dos fatos, já imperaram um ser e um dever ser, de forma tal que o homem se impunha frente ao outro pela suas próprias forças, dentro do seu grupo ou fora dele, a esse mundo, simplesmente mundo, que deixou marcas indelévels, e ainda deixa, numa separação apenas abstrata e para definir a terminologia utilizada, diz-se que esse ser (vontade egoística) tem como seu correlato o dever ser (força de mãos próprias).

E ao mundo jurídico, diz-se que há o *dever-ser* e o *ser* intencionais (a norma, vontade estatal) e o *ser* e o *dever-ser* extensional-intencional (a jurisdição, força estatal). Ambos são, por assim dizer, uma unidade, um produto com forma e substância próprias, processo produtivo de um sistema de significação jurídica.

O *ser* se sobrepõe à vontade egoística (*ser*) e o *dever-ser* à força de mãos próprias (*dever ser*), determinando relações de toda ordem e as mais diversas. Às vezes,

contudo, o simplesmente mundo se sobrepõe, por permissivo do mundo jurídico, como na defesa da vida, da incolumidade física ou do patrimônio.

Outras vezes, o mundo jurídico sucumbe diante do dever ser da vontade egoística, caso das revoluções populares ou de golpes de Estado, que, vitoriosos, tratam logo de impor uma nova ordem, assimilando ou não a anterior.

Se for possível nenhuma ordem diversa impor, não é questão a ser aqui discorrida, muito menos resolvida. A opção feita foi quanto ao *ser* e ao *dever-ser*, que, não só ao simplesmente mundo, supõe-se, assim como ao mundo jurídico, furtaram-se vontade e força para sua concepção.

E por que quer o homem a criação de fatos jurídicos? Seria, sem ele, inviável a vida em sociedade? Crê-se que a própria existência deles responde a tais indagações.

Uma conclusão inexorável se pode de logo tirar: os fatos jurídicos, por intrínseco, são tão complexos quanto complexa é a linguagem que o cria e a mão que a impulsiona, porquanto tanta diversidade de linguagem e de mãos humanas.

A finalidade do fato jurídico é, nada mais nada menos, do que a criação de efeitos, mas não qualquer efeito, porém, efeitos jurídicos. Não se quer dizer, não obstante, que os fatos jurídicos existentes, só por conta desse “status”, necessariamente venham a gerar efeitos jurídicos, que vão atuar no mundo dos fatos, porque vinculados a este.

Destarte, poder-se-ia seguramente afirmar que o fenômeno jurídico se dá em correlação com a existência de norma, de sua incidência e de surgimento do fato jurídico, ou seja, a relação norma → incidência → fato jurídico, de forma mais simplificada, representa o fenômeno jurídico em sua matriz primeira.

A incidência, sobretudo, é o resultado da *eficácia normativa* ou *legal*: se a norma é existente (publicada/promulgada) e vigente, tem capacidade para incidir; não se coaduna, entretanto, com a idéia de validade e eficácia jurídica, que sobrevêm à existência do fato jurídico.

A eficácia normativa, assim, não passa de uma potencialidade, inerente à norma existente (publicada/promulgada) e vigente, para incidir, não porque lhe falte algo interno, por inacabado, condicional, a termo, por insuficiência ou deficiência, mas apenas à guisa de fatores externos, fora de sua internalidade, enquanto não ocorra a concreção da hipótese de incidência.

Claro que se poderia falar em dimensão política, normativa e sociológica desse fenômeno. Na primeira, em que se criaria a norma e na terceira em que se revelaria corretamente a sua incidência, que não são objeto desta investigação, senão quando, aqui e ali, for de bom alvitre a elas a referência, não para robustecer a pesquisa, mas para deixar mais claras suas distinções e o afã da busca.

A normatividade, sem nenhum engano e sem os excessos atribuídos à Kelsen, é também ponto culminante para o que se aqui propõe e exatamente nesse sentido aponta-se o corte epistemológico deste trabalho, dando-lhe feição dogmática.

Nessa leva, característico primeiro do fato jurídico material é sua *obligatoriedade*, sem que, para tanto, preciso que, depois, possa gerar efeitos (o testamento revogado é sem eficácia porque não é; o que é obriga, mas também pode não gerar efeito, em princípio, no mundo jurídico, ao menos até a “causa mortis”; a irradiação de seus efeitos depende de fato superveniente, morte conhecida, mesmo por presunção jurídica, não se vinculando a esta, assim, à existência ou à validade, porque já existe testamento).

A *mortis causa*, portanto, no testamento, segundo Marcos Bernardes de Mello, é elemento integrativo, “que deflagra os efeitos do negócio jurídico”¹³⁴.

Não que a *obligatoriedade* garanta a produção de efeitos jurídicos, mas garante o “conjunto eficácia”¹³⁵, assim como não o faz a própria eficácia (a exemplo de hipoteca sobre bem, que pereceu, ao menos sua eficácia específica. *Essa é a teoria ponteana.*)

Ou seja, o fato jurídico obrigatório, que é o existente, pode se integrar a demanda e, se for também válido e eficaz, as consequências dele oriundas, se não “recebidas” ou, por ventura, não se autorize seu “recebimento” fora da jurisdição, podem ser impostas pela “força”, através do mecanismo judicial, do fato jurídico processual, com as particularidades inerentes à validade e à eficácia deste, e não só daquele, sem deslembrar que a sentença rescindida pode ainda manter o direito material nela “contido”.

A *obligatoriedade* não é da norma jurídica, mas do fato jurídico por ela produzido, como é corriqueiro constar em nossa doutrina¹³⁶, em face da idéia de a

¹³⁴ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 213.

¹³⁵ Dele se tratou no Capítulo VI.

¹³⁶ “Toda norma é impositiva, vincula sujeitos.” **FERRAZ Jr**, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4.ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 129.

obrigatoriedade do direito, elemento sem o qual, é o que se alega, este não passaria de qualquer processo de adaptação social¹³⁷.

Não se pense com isso que os efeitos decorrem da lei (como se diz do ato estrito senso) ou da vontade (ato negocial). Como se viu, todo efeito jurídico é decorrência de fato jurídico existente, válido e eficaz, com as virtudes de cada um de seus planos fenomênicos e de suas particularidades.

Efeitos não são da lei, são do fato jurídico cujo suporte fático revela o modo que deve conectar-se, ou se não deve, a vontade, conforme a espécie do ato jurídico, se negocial, ou se ato ou fato *stricto sensu*, ou se ato-fato etc.

A propósito, a oposição aqui assumida é a de que o “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, com toda sua carga de vicissitudes, significa dizer que se alguém agir ou deixar de agir contra a norma, receberá as conseqüências resultantes da obrigatoriedade do fato jurídico, instauradas por incidência normativa puramente não material, que pode se dá, *a posteriori*, pela via do direito processual, do fato jurídico processual, mas propriamente de ato judicial (decisão interlocutória, sentença, acórdão).

Em verdade, não se pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, quer em virtude ou não de lei. O que se pode fazer é impor-lhe conseqüências devidamente autorizadas, até mesmo pela força, porque o fez ou deixou de fazê-lo contra a norma. Grosso modo, o direito substancial prescreve, mas não impõe; o processual não prescreve, impõe; o Executivo aplica a imposição.

Aos mais desavisados, não se cuida aqui de entoar o velho psicologismo de Capitant¹³⁸ ou enveredar aos limites naturalistas, porque tais abordagens tendem a substituir o jurídico do seu discurso.

A *obrigatoriedade* de que aqui se fala não é a “possibilidade de imposição da norma pela comunidade jurídica” ou pela “autoridade que detenha o poder de realizar”, essa possibilidade gera-se a partir das conseqüências do fato jurídico

¹³⁷ “A obrigatoriedade da norma jurídica reside, em última análise, na sua incidência.” **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38-39. Não se pense que a incidência é obrigatória. Esta ocorre independentemente de qualquer obrigatoriedade, apenas resulta da concreção do suporte fático. Ninguém se obriga a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da norma, nenhum evento se obriga a ocorrer, mesmo que o natural seja acontecer, agir ou não agir: o que a “norma” (“rectius”, fato jurídico) obriga é ao recebimento das conseqüências nela previstas quando da concreção referida, criando o fato jurídico, que, se existente, também o será obrigatório.

¹³⁸ **CAPITANT**. *L’Illicite*. Tomo I. L’impératif juridique. Paris, 1929, p. 13. Apud **LOURIVAL VILANOVA**. *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa oficial, 1947, p. 93-94.

processual, evidentemente a considerar as hipóteses de fatos jurídicos da classe administrativa no que podem impor aos jurisdicionados sem a intervenção jurisdicional prévia e demais hipóteses constitucionais ou da força de mãos próprias derivada.

A *obligatoriedade* é mesmo do fato jurídico material existente, e, em assim sendo, tome-se com atenção as lições de Marcos Bernardes de Mello¹³⁹.

Insiste-se na questão do fato jurídico existente ser obrigatório, em face, como se viu, de que, no processo, não se discutem fatos brutos, o mínimo que se pode fazer é discuti-los em caso de sua *obligatoriedade* material, ou, ao menos, perseguida como fato de juridicidade. Este seria aquele fato ainda não propriamente jurídico, vinculado ao exercício do direito de “ação”. Não é fato propriamente jurídico, por não sê-lo por incidência de norma de sua categoria jurídica.

Uma das injunções de tais conseqüências, advindas de fatos jurídicos processuais eficazes, neste trabalho, chama-se de executividade (largo senso) e não de *obligatoriedade*, característico, como já salientado, de fatos jurídicos, desde que existentes.

Os limites e os cortes epistêmicos em que se circunscreveram tais exposições têm em vista a proporção de interesse e de importância para a compreensão geral desta exposição e, principalmente, não reprisar todo o estudo, e diga-se, insuperável, do fato jurídico elaborado por Pontes de Miranda e reelaborado por Marcos Bernardes de Mello, cuja leitura, portanto, é crucial para a compreensão deste trabalho.

4. Fato jurídico material e fato jurídico processual.

Tem-se reparado que as grandes dificuldades que surgem com o estudo do fato jurídico é, sem receio de incorreções, que as produções doutrinárias, que a tanto se dedicam, o fazem de forma genérica, sem fazer a devida separação do fato jurídico material e do fato jurídico processual com a mesma profundidade e conseqüência, aplicando toda sorte de matizes, conceitos, implicações da Teoria do Fato Jurídico ponteano, deveras sem sequer um domínio básico, indiscriminadamente ao fato jurídico processual que, ao menos é o que aqui se sente, não seria de todo possível, compatível,

¹³⁹ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 75.

sem as observações que aqui se prestam e como se verá ao longo dos textos que se seguem.¹⁴⁰

As questões de existência, validade e eficácia do fato jurídico material e tudo que as cercam promovem, por ventura, um chacoalhar infundável de imprecisões, de incompreensão do fato jurídico processual que, ao longo deste estudo, espera-se, que não mais, oxigená-lo.

Um exemplo relevante que torna a discussão mais acirrada, quando se trata de distinção entre institutos processuais e materiais, é o que se dá com relação à fraude contra credores e à fraude à execução.

Humberto Theodoro¹⁴¹, em seus estudos sobre a natureza jurídica da ação pauliana, conclui que sua natureza é declaratória e que não assiste razão, tanto por uma concepção ultrapassada quanto anticientífica, a Pontes de Miranda, que sustenta ser constitutiva. O debate travado por aquele autor intenta reduzir o instituto da fraude contra credores ao da fraude à execução, uma vez que deixa nítido que se trata de ineficácia e não de invalidade do negócio jurídico subjacente à questão e que o erro cometido de se afirmar sua natureza constitutiva é tomar a norma concreta como única e última fonte de definição do instituto, sem atentar aos fins colimados pelo legislador e, também, que o intérprete não deve se apegar à literalidade da lei, porém, apóia-se sobre as seguintes premissas:

a) ao tempo do Código, a doutrina brasileira não havia desenvolvido, ainda, a teoria da *ineficácia* como fenômeno distinto da nulidade e da anulabilidade;

b) ao sancionar a fraude contra credores, o Código levou em conta o conflito de interesses entre o poder de dispor do devedor e o direito à garantia patrimonial com que conta o credor e valorizou a repulsa que a consciência social faz a toda espécie social de má-fé.

c) declarando *anulável* o ato do devedor prejudicial à garantia do credor, o objetivo visado com tal sancionamento foi, sem dúvida, o de sanar o seu prejuízo, restabelecendo a garantia patrimonial violada pelo ato do devedor insolvente.¹⁴²

¹⁴⁰ “Na parte relativa à classificação, porém, demos ênfase às espécies tradicionais, sem nos dedicarmos ao estudo em campos geralmente classificáveis como de Direito Público (p. exemplo, os atos processuais, os atos de Direito Administrativo). Em essência, porém, estes são atos jurídicos *lato sensu*, com as particularidades de que se revestem em razão do ramo do direito em que se inserem. Não tivemos, está claro, a pretensão de elaborar uma Teoria Geral do Fato Jurídico, mas sim de desenvolver um estudo sistemático e generalizante, numa certa medida, do fato jurídico, com especial empenho de tornar didática a sua exposição.” **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. XXVII.

¹⁴¹ **THEODORO JÚNIOR**, Humberto. *Fraude contra credores – a natureza da sentença pauliana*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997.

¹⁴² **THEODORO JÚNIOR**, Humberto. Op. cit., p. 179.

Ora, em todo seu estudo sobre fraude contra credores, o autor cita a Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda, na qual se baseia para dissertar sobre os três planos fenomênicos, o da existência, o da validade e o da eficácia.¹⁴³ Ademais, não lhe assiste razão ao destacar que “nos fins do século XIX, a doutrina nacional não conhecia, no plano da patologia do ato jurídico, senão o binário *nulidade-anulabilidade*”¹⁴⁴, mesmo porque o Código Civil é de 1916, século XX, período em que Pontes estruturara sua teoria e que veio a influenciar toda a doutrina e jurisprudência, a maneira de se interpretar o direito, mais precisamente aquele Código. Sem deslembrar que “a *actio arbitraria* é que se chamava *actio pauliana*. A diferença é irrelevante para o direito material e foi grande o mérito de “Th. Reinhart, em 1871, ter mostrado que a distinção só se passava (em direito clássico) no plano do direito processual”¹⁴⁵. Portanto, a assertiva “a)” de Theodoro não encontra, no caso, justificativa histórica.

Pontes de Miranda, de forma rigorosa e científica, separa bem o que seja substância de direito material (fraude contra credores) e de direito processual (fraude à execução, revocatória falimentar), o que no magistério de Theodoro é confundido, pois, inequivocamente, quer inserir à fraude contra credores os efeitos da fraude à execução; a primeira de direito material; e a segunda de direito processual. A doutrina ponteana, como se sabe, não trabalha com norma concreta, que para Kelsen seria a sentença e o próprio negócio jurídico e, sim, com suporte fático concreto e abstrato, e jamais se apegou à literalidade da lei.

E afirma Pontes:

Os negócios jurídicos que têm por objeto bens em execução, isto é, sujeitos à penhora ou outra medida constritiva executiva, são ineficazes; não são nulos. Aqui, o corte passa-se no plano do direito processual e o instituto não se confunde com o da fraude contra credores, que é de direito material. Não há *inexistência*, nem *nulidade*, da relação jurídica; há *ineficácia*, tal como ocorre com a compra-e-venda da coisa alheia. Se o direito material contém regra jurídica sobre inexistência (não provável!), nulidade *ipsu iure* ou anulabilidade, é outra questão. No plano do direito processual, é impertinente discutir-se o *consilium fraudis*: basta o fato da alienação ou gravame. Às vezes se fala de fraude à execução, mas a fraude, no caso, está *in re ipsa*.

À fraude à execução não se exige, pois, má-fé, ou culpa do adquirente ou possuidor.¹⁴⁶

Dessa forma, não se pode coligir o patrimônio do devedor, na fraude contra credores, em nível de garantia; não esta, mas o ato ou atos é que determinaram a

¹⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 165.

¹⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 173.

¹⁴⁵ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo IX. Rio: Forense, 1976, p. 450-451.

¹⁴⁶ PONTES DE MIRANDA. Op. Cit., p. 447.

pretensão à ação pauliana e, conseqüentemente, à desconstituição do negócio jurídico fraudulento. Não se podendo reduzir os artigos 106-113 (antigo Código Civil) a instituto meramente processual.

“Quando se procede à penhora, os bens são do devedor, *como quaisquer outros*. A situação nada tem, nesse ponto, com a alienação de bens litigiosos ou sujeitos a direitos reais.”¹⁴⁷

Não há, pois, de se confundir, a repulsa à má-fé com o direito à garantia patrimonial do credor e o poder do devedor de dispor, querendo justificar que se deva estender à ação pauliana, como sua verdadeira eficácia, como o fizeram Conforti, Carnelutti e Liebman¹⁴⁸, “a responsabilidade executória a determinados bens do terceiro, precisamente aqueles que foram objeto do ato fraudulento, importa ver-se *antes* da força da sentença (constitutiva negativa)”¹⁴⁹, os bens expostos à eventual execução forçada. Assim, o exposto por Theodoro à letra “b)” também não se sustenta.

Ora, à letra “c)” não há que se discutir quanto à anulabilidade do ato, admitida pelo próprio Theodoro, apenas quando alega que

Visando coibir a fraude contra credores e restaurar a garantia genérica do credor sobre o patrimônio do devedor, o Código declarou, textualmente, que o ato de disposição deste, praticado em estado de insolvência, era anulável. Mas não o fez dentro do conceito que a própria codificação assentara para os efeitos da anulabilidade, e, sim, para alcançar uma eficácia especial ou *sui generis*.¹⁵⁰

O autor se apóia, para afirmar que os efeitos dados a essa anulabilidade não são os próprios da invalidade no art. 113 do antigo Codex Civil (atual art.165), arrematando: “Se, pois, sua eficácia não é da anulabilidade, nada impede que a doutrina se afaste da literalidade da lei para definir qual a verdadeira natureza da sanção aplicável à fraude contra credores, levando em conta os interesses tutelados e os objetivos visados pela tutela concebida pela lei, na espécie.”¹⁵¹

Pois bem. O insigne autor confunde, também, sanção de invalidade com ineficácia relativa: ineficácia relativa não é sanção de invalidade, mas retirada da

¹⁴⁷ PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 453.

¹⁴⁸ PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 453.

¹⁴⁹ PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 452-453.

¹⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores – a natureza da sentença pauliana*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 180.

¹⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 180.

vontade (vox): ao suporte fático retira-se a vontade¹⁵², como se dá na revocatória falencial, o ato jurídico continua, vai-se ao plano do mundo fático. Revogação não é anulação, é mais profunda, pois tira a vox do suporte fático.

Ora, Pontes afirma que o art. 110 (atual art. 162, CC) “contém regra jurídica de ineficácia, e não sobre invalidade. E está certo, porque pagamento é ato-fato jurídico”¹⁵³. Salientando que não se pode invocar o art. 107 (atual art. 159, CC), salvo se já instalado o concurso de credores, irrelevante também se a dívida era prescrita. E mais: “ato-fato jurídico não se rescinde, nem se revoga, nem se anula. Expele-se do mundo jurídico, ou se lhe tiram os efeitos, no todo ou em parte”¹⁵⁴. E demonstra que ambas, as ações revocatória falencial e de anulação por fraude contra credores, são constitutivas negativas,¹⁵⁵ uma operando diretamente contra o ato e a outra diretamente ao suporte fático.

“O direito civil e o comercial comum não têm ação declarativa de ineficácia relativa (...), exceto quanto às espécies do art. 110 (atual art. 162, CC).”

Mas não se deve confundir dívida e garantia, como bem o diz Pontes de Miranda¹⁵⁶, a ponto de levar a interpretações equívocas quanto à anulabilidade e à ineficácia. Como ocorre com o art. 111 (atual art. 163, CC), em que a sentença de anulação apanha apenas a garantia, e não a dívida. Por outro lado, para demonstrar, mais uma vez, que Pontes não se apega à letra da lei, ele próprio levanta crítica quanto à expressão “revogados” inserta no parágrafo único do art. 113 (atual 165, que, por sinal, não traz mais o termo), afirmando que “não temos mais, no direito civil, a revogação do ato jurídico em fraude contra credores – temos a anulação”¹⁵⁷, pois revogar significa tirar a vox ao suporte fático (como na revocatória falencial¹⁵⁸), que se dava no direito romano, o que não ocorre na anulação do direito geral, que ataca o ato em si.

Ora, o art. 113 (atual 165, CC, que não se refere mais a “atos”, mas a “negócios”), certamente está a tratar de negócios jurídicos e, por óbvio, por não haver palavras inúteis na lei, não se há de considerar que esse artigo refira-se ao pagamento

¹⁵² **PONTES DE MIRANDA**. *Tratado de Direito Privado*. 2ª ed. Tomo IV. Campinas: Bookseller, 2001, p. 549.

¹⁵³ **PONTES DE MIRANDA**. *Tratado de Direito Privado*. 2ª ed. Tomo IV. Campinas: Bookseller, 2001, p. 519 e 539.

¹⁵⁴ **PONTES DE MIRANDA**. Op. cit., p. 540.

¹⁵⁵ **PONTES DE MIRANDA**. Op. cit., p. 542, 552 e 562.

¹⁵⁶ **PONTES DE MIRANDA**. *Tratado de Direito Privado*. 2ª ed. Tomo IV. Campinas: Bookseller, 2001, p. 486.

¹⁵⁷ **PONTES DE MIRANDA**. Op. cit., p. 523.

¹⁵⁸ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. 227.

(ato-fato jurídico, que não está sujeito à invalidade), como o fez o art. 110 (atual art. 162, CC), o que seria de todo inútil o art. 113 (atual 165, CC), e se assim o é, não aporta a questão da ineficácia referida naquele, não se podendo adotar outra que não a hipótese de sua anulação, como resta claro à letra da norma (art. 165, CC atual), tanto quanto o era no art. 113 (CC antigo).

Vê-se, assim, o quanto há de controvérsia entre o fato jurídico material e o fato jurídico processual.

4. 1. Distinções fundamentais.

Dir-se-ia que quando a incidência normativa se dá exclusivamente sobre suporte fático produtor de direito material, surge o fato jurídico material. Apesar da aparente vagueza da descrição proemial, a ele, indiscutivelmente, aplica-se a Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda, conforme se verá ao curso da pena.

E, em contraponto, o direito formal aqui deduzido, objeto do estudo que se desenvolve, limita-se apenas ao Direito Processual Civil, à lei que “é a que regula a constituição, o desenvolvimento e a terminação da relação jurídica processual”¹⁵⁹, no que concerne, mais especificamente, ao conjunto do fato jurídico processual da sentença.

Evidentemente não se quer excluir a teoria do maior mestre das letras jurídicas do fato jurídico processual, seria mesmo empreitada impossível, fadada ao fracasso. Assim, a preocupação inicial é tanto quanto à que se refere à terminologia utilizada, quanto aos conceitos revisitados e a todas as particularidades inerentes.

O que se faz, e o que se pretende, tenta-se torná-los os mais próximos possíveis, dentro, é claro, da estruturação e limitação aqui concebida destes apontamentos.

Direito, portanto, formal, público, mesmo que, por vezes, seja nítida a publicização do direito material heterotopicamente nele posto, o que não o torna, com tal inclusão, de direito processual. Daquela afirmação, ver-se-ão as circunstâncias em que o mestre a afirmou, no que diz respeito a ser possível ao direito processual exclusivamente produzir direito material.

¹⁵⁹ **PONTES DE MIRANDA.** *Comentários ao CPC.* Tomo I. Rio: Forense, 1973, p. 32.

Noutras palavras, os bens da vida, que são os vinculados aos fatos jurídicos materiais no processo, quando geram *obrigatoriedade*, podem ser recebidos de imediato (salvo regra de direito material, mas *sempre* independem de regra de direito processual para seu plano de existência), o que não implica recebimento de todos os seus efeitos jurídicos (caso ultrapasse a *obrigatoriedade*, para, assim, ingressar no plano de validade e do conjunto efeito), e disso se ocupa o direito material e o processual.

Sem deslembrar que direito material e processual têm estatutos distintos e, no crivo de Marcos Bernardes de Mello, “as normas de *direito formal*, diferentemente, não geram direitos subjetivos, ou transindividuais, mas estabelecem, criam e regulam os instrumentos para que os direitos materiais (=substanciais) sejam exercidos”¹⁶⁰.

Na realidade, esses instrumentos só são criados quando há controvérsia em face do “recebimento” dos efeitos oriundos do fato jurídico ou, então, porque o ordenamento não permite, de mãos próprias, que sejam “recebidos” todos, ou certos efeitos jurídicos, no que o fato jurídico material ingressa no plano do *dever-ser* axiológico pelo instrumento processual, de obrigatório (existente), talvez válido (putativo) ou suspensivo de efeitos específicos ou próprios, mas acautelado, agregando-lhe a executividade, imunidade etc. Seus atributos, material e processual, são distintos. Sem a jurisdição não haveria sentido em se falar em *dever-ser* quer axiológico ou não, talvez apenas no caos nas relações humanas.¹⁶¹

Oportunamente, ver-se-á que o fato de direito material, se “constitui”, *também*, extraprocessualmente (não, a rigor, no plano da existência), e a complementação com o direito processual, quando este também participa de sua “constituição”, dar-se na direção dos efeitos “ex tunc e “ex nunc” etc., de criação de imunidade jurídica, ou de “recebimento” deles (efeitos) por meio da força estatal, enfim, do modo com que o sistema permite que o suporte fático material entre no mundo jurídico para gerar todos os efeitos do fato jurídico ocorrido e, exceptualmente, permitir que a sentença integre suporte fático de norma material.

Relativamente às regras de direito processual, há de se ter em conta que sua aplicação é resultado de provocação ao juiz, respeitada a relação processual autor-

¹⁶⁰ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, nota 120, p. 74.

¹⁶¹ Nesse sentido, Carnelutti, de que, ao desobediente, sem a certeza de ser punido, a sanção não encontraria êxito. **CARNELUTTI**, Francesco. *Teoria geral do direito*. Traduzido por A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p.108.

juiz, juiz-réu¹⁶². Sem, no entanto, a interferência da jurisdição (Estado-juiz), ante a posição que ocupa no processo, não há que se cogitar de fato jurídico processual. Portanto, residualmente, à míngua de melhor concisão, se definiria o fato jurídico material.

Acredita-se, assim, na suficiência desses interesses e necessidades, tendo em vista os entrelaçamentos que os atam e os desprendem mais ampla e verticalmente no correr deste árduo labor (pela ousadia do tema e do posicionamento que se lhe conferiu), prazerosamente construído.

5. Considerações gerais sobre norma jurídica e fato jurídico.

O que importa saber é que o fato jurídico é pressuposto para dimanar todos os efeitos jurídicos, explícita ou implicitamente, no ordenamento, constituindo, assim, a razão de todos os institutos jurídicos, de todas as categorias jurídicas. A fonte de toda eficácia jurídica.

E o que dizer da norma fundamental produzida revolucionariamente, sem norma que lhe anteceda a produção? Pratica-se um ato político ou jurídico?

Permita-se aqui fazer a observação de que tal ato, que se pratica antes mesmo de existir ordenamento jurídico, não teria qualificativo de jurídico, este reservado àqueles inseridos, ao menos, dentro de um sistema passível de ser chamado de jurídico.¹⁶³

A lógica ensina que não se pode qualificar o inexistente, salvo aos que pensem que “inexistente” já é qualificação, o que parece de nenhuma valia e juridicamente equivocado. A inexistência é conceito do mundo dos fatos, não é categoria jurídica, conseqüentemente metajurídico.¹⁶⁴

Os significados são históricos e fixados pela linguagem, o que não quer dizer que a expressão lingüística é só o que conta, e até assim se poderia pensar, desde que se saiba que nem mesmo a lingüística trata as palavras ou os significantes apenas

¹⁶² **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1973, p. XXIX.

¹⁶³ “Toda definição do direito, mesmo moldada em termos genéricos, tem em mira o fenômeno jurídico como algo real, algo que se realiza nos marcos de um determinado ordenamento.” **SALDANHA**, Nelson. *Filosofia do Direito*. 2ª ed. Rio: Renovar, 2005, p. 67-68.

¹⁶⁴ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 68.

em si mesmos, sem fixá-los aos conteúdos que deles emanam. Arbitrário pode ser o significante (“palavra”), mas não seu conteúdo (conceito), ou seu uso.

Importa sim, para o mundo jurídico, o conteúdo normativo, apesar deste só poder ser fixado lingüisticamente e, inevitavelmente, pende a lembrança do magistério de Bobbio¹⁶⁵ de que “a relação jurídica é caracterizada não pela matéria que constitui seu objeto, mas pelo modo com que os sujeitos se comportam um em face do outro”.

Também merece redobrada atenção essa visão de Bobbio¹⁶⁶ de que se uma relação para ser jurídica implica que deve haver uma norma que a regule, se bem que uma norma não é jurídica porque regule tal relação, mas por ser regulada por ela, como afirma, devolve-se àquelas questões já tratadas de que a norma não obriga, não impõe, porém o faz o fato jurídico por ela produzido.

Acentue-se que, no dizer de Marcos Bernardes de Mello¹⁶⁷, “o mundo jurídico é *definido* pelas normas jurídicas, *construído* pelos fatos jurídicos e *integrado* pelas relações jurídicas”. Por outras palavras, o mundo jurídico é estruturado por uma correspondência entre normas, fatos e situações jurídicas (lato senso), delimitando um sistema de significação codificado.

Enfim, as situações jurídicas ocorrem em nível de fato jurídico e não de norma jurídica, como se possa pensar. Ou seja, os fatos jurídicos nascem em face da incidência normativa direta sobre o suporte fático; desenvolvem-se, transformam-se e terminam não à vista de normas jurídicas em si mesmas ou apenas incidentes, mas com o surgimento de fato jurídico substitutivo, para transformar e “extinguir”.

Daí se dizer que não é no plano das normas que o direito se revela, mas nos planos fenomênicos do fato jurídico por ela produzido. Não se pense, porém, que o plano normativo não é jurídico. O plano normativo é o círculo fundante do mundo jurídico, no interior do qual os planos de existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos estão. Não há relações entre normas, ou de normas com fato jurídico, mas entre fatos jurídicos associados à alteridade.

Aliás, o direito não se resume a normas porque um produto, que ficou patente com a distinção entre facticidade e fato jurídico e, de outra sorte, com sua

¹⁶⁵ **BOBBIO**, Norberto. *Teoria Geral da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 43.

¹⁶⁶ **BOBBIO**, Norberto. Op. cit., p. 43.

¹⁶⁷ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

fusão; mas é preciso, neste estudo, colocar-se seu “objeto” numa visão normativa para, assim, dar-se conta do propósito que se quer atingir.

...

CAPÍTULO II

Plano da existência ou fenomênica da existência do fato jurídico

1. Planos do mundo jurídico.

As pontuações sobre a fenomênica do fato jurídico material são delineadas pelo estudo dos planos do mundo jurídico, o da existência, o da validade e o da eficácia, que obras como as de Pontes de Miranda e as de Marcos Bernardes de Mello, insuperavelmente, trouxeram aos apaixonados pelo direito, tanto quanto aos seus estudiosos, uma visão inesgotável desse fenômeno.

Deixando sempre claro que não se trata de pôr a mostra classificações e estruturas que dessem conta de toda a panorâmica que estudos mais específicos delas requerem, e por demais tornariam esta proposta infundável e fora de alçada.

O que se fez, primordialmente, foi trazer uma soma de conhecimento que fosse suficiente, para usar um sintagma ponteano, para o desenvolvimento deste estudo, com as particularidades aqui sobrepostas.

Delineamento que, não se teme dizer, quer significar uma contribuição para a compreensão do fenômeno jurídico que, inevitavelmente arraigada em tormentosas abstrações que se insurgiram ao correr da leitura de suas obras, ao sofrer de

tanta compressão, extravasaram o plano mental e sobrelinharam este projeto de leitura academicamente edificado e, ousadamente, desejoso da melhor cientificidade.

2. Antecedente lógico de validade e eficácia.

Viu-se que a incidência normativa sobre o suporte fático previsto na norma (hipóteses de incidência) opera o surgimento do fato jurídico, melhor do fato jurídico e do *ser* do fato jurídico material é do que aqui em diante se cuidará.

Preciso, então, como foi relatado nos estudos anteriores, que exista norma jurídica, incidência normativa e produção do fato jurídico, para que se possa cogitar de sua entrada no plano de existência. De forma que, inicialmente, equacionou-se: norma → incidência → fato jurídico. Pois bem.

A norma jurídica, afinal, deve ser existente e, para tanto, deve já ter sido promulgada/publicada, assim como vigente (capacidade de incidir). Superadas essas etapas, passa-se a saber se o fato jurídico produzido é mesmo existente.

Disso decorre que toda atenção ao suporte fático abstrato, tanto quanto ao concreto, é necessária, se se quer saber de sua ocorrência factual e isso só se realizará se for *suficiente* o suporte fático.

Ou seja, que todas as hipóteses previstas na norma tenham se materializado. Em caso de *insuficiência*, não é o fato jurídico. Dedutivamente, o excesso de fatos em concreção não será fator de sua inexistência, podendo, apenas, em caso de previsão, que certa norma incida ao revés ou infortúnio de outra.

Entretanto, a questão da realização plena do suporte fático se dá, ou é possível que isso ocorra, ou mesmo até não se possa prever, numa transformatividade ou transmaterialidade processual, uma vez que, e já a isto se referiu, o sistema jurídico é algo idealizado, ou seja, o que exatamente ocorre na factualidade pode não ser de todo coincidente com a previsão expressa normativa do fato valorado (suporte fático abstrato), exigindo-se a mediação da interpretação, recorrendo-se, conforme o caso, a questões de prova etc.

E, como se sabe, não se discute mais se o que se decide judicialmente é a “verdade” dos fatos ou não: tudo se resume na racionalidade e nas provas, nas ficções e presunções jurídicas.

Os fatos são o que são, e levados ao processo pela representação, pela narrativa, não perdem sua dimensão de fatos, não se dissolvem no fato jurídico, assim como os fatos jurídicos suportes fáticos de normas não se dissolvem na massa dos fatos.

Como tais realidades não podem ser modificadas (ocorrem ou não), a "verdade" torna-se o provável, o mais próximo, o possível, o presumido, o provado, ou até consigo mesma coincida em correspondência de semelhança a mais próxima da igualdade: a "verdade", enfim, é o que a jurisdição "diz".

A decisão judicial não pode produzir sozinha algo cuja substância se constitui também materialmente, porque julga fatos, mais propriamente suportes fáticos, e se o faz com os suportes fáticos materiais dos fatos jurídicos, a atuação da jurisdição, decerto, sobre esse algo não pode ter controle do *ser* ou *não ser*, mesmo que, por conjectura, possa livrar-se de todo ardil, ou mesmo que se considere aquela integrante de suporte fático material, o que não a torna de direito material. Sua atuação, *data venia*, gira em torno do *dever-ser* axiológico (aqui posto na questão da eficacização, executividade largo senso etc.).

Nesse raciocínio, o *ser* do fato jurídico material vincula-se à sua *obrigatoriedade* (concreção suficiente do suporte fático material); e a sua imposição-coatividade, ao fato jurídico processual, *dever-ser* não neutro. E isso se dá a partir do momento em que o Estado toma para si o poder de ingerência na vida social (salvo, por óbvio, a autorização legal de se tomar em mãos próprias ou antecipadamente essa coação). Eficácia e validade ocupam outros planos, tais que não o da existência.

O particular, por exemplo, não pode "declarar" a existência ou inexistência de relação jurídica, ou decretar nulidade de "cláusula contratual"; mesmo em se considerando que aquela não gera efeito algum, porque inexistente, e nesta possa ser decretada a nulidade; afinal, efeitos ocorrem ou não ocorrem, mas, sendo possível, desfazem-se juridicamente. E se nulo, é a regra, efeito jurídico não é.

Imaginemos um negócio jurídico como a compra e venda (art. 481 do CC), em que determinado preço ficou acertado. No momento do adimplemento da obrigação de pagar, houve discórdia em relação ao contrato.

Como nos negócios jurídicos se permite que a vontade atue, até certa medida, com autonomia (auto-regramento, autonomia da vontade), a parte que resiste não deve e não pode agir de mãos próprias a resolver a controvérsia.

Dessa forma, a jurisdição passa a atuar para dizer que norma material incidiu e se tal *incidência* "acarreta" invalidade, ou, se não incidiu, que não é, ou que se

encontra perfeito, acabado e a ninguém assiste reclamar. O negócio jurídico existiu, válida e eficazmente, é certo? Sim. Não. Talvez. Quem decidirá, quase sempre, será a jurisdição:

A) Se não houve vontade acordada, contrato não *é* (por insuficiência de elemento nuclear do suporte fático).

B) Se viciada, *é inválido* (nulo ou anulável, por deficiência de elemento complementar do suporte fático).

C) Se pende condição suspensiva, “ineficaz” *é* (por ainda não ser possível o exercício do direito, por deficiência de elemento complementar ou integrativo do suporte fático, que ainda não se concretizou, artigos 121 e 125 do CC, mesmo que gere efeitos tais que não para o recebimento dos efeitos específicos do negócio desejado (art. 130 do CC).

Não deslembrar que a questão de validade e eficácia *é* opção legislativa. Quanto à questão de existência, mesmo que de “lege lata” atribuam-se efeitos de fato jurídico inválido ao inexistente, viu-se que se trata de coisas distintas.

Nesse diapasão, a *insuficiência* gera *sempre* a inexistência do fato jurídico que se queria; e a *deficiência* sempre a *invalidade*, mas *não* sempre “ineficácia”.

No entanto, se houver previsão legal, pode subsistir outro (negócio) que não querido, mas que mesmo assim o quisessem as partes se conhecessem a insuficiência do suporte fático, desde que já contenha todos os pressupostos deste último (mútuo, art. 588 do CC, sem tradição, inexistente, *é* promessa de mútuo): tinha-se um, quando na realidade era outro, sendo questão de insuficiência do primeiro, e não de deficiência. Em paralelo, o art. 170 do CC permite, impropriamente, a dita “conversão do nulo”, mas que o faz *ex novo*.

Adentrando no caso do art. 108, CC, que feita escritura particular, quando deveria ser pública, “ineficaz” para a transmissão, restaria uma promessa de compra e venda com os efeitos reais do negócio jurídico do art. 1.417 do CC, em caso de registro.

Na realidade, se não houve os pressupostos de suficiência da compra e venda, esta não *é*; se por deficiência, esta não *vale*; não se precisa indagar mais nada.

O que ocorre *é* que as pessoas praticam atos jurídicos visando a um fim, a efeitos, e se o fim que se busca não ocorre em decorrência da não materialização do fato jurídico (inexistência) inicialmente querido, em que não surgem efeitos próprios do ato

que se queria realizar, pode subsistir outro, como no exemplo dado, se houver sua previsão legal, e o ato praticado não será de todo inútil.

Ou, por outro lado, se se materializa e não pode gerá-los, os efeitos, (nulidade), “repete-se o ato”; mas, em verdade, não é repetição (repetir o nulo?), apenas a lei cria um mecanismo para que uma parte exija o correto cumprimento do negócio, para que não reste sem finalidade e, como foi dito, o fim de todo ato jurídico, ao menos em princípio, é gerar efeitos jurídicos.

Ou ainda, se não os gera para sempre (anulabilidade), pode-se confirmá-lo, fazendo com que adentre ao mundo jurídico com sua “eficácia” indelével.

Reestrua-se, sobretudo, a relação precipuamente concebida norma → incidência → fato jurídico, como na Fig. 2.



Fig. 2. Fenomênica da existência do fato jurídico material.

Observando-se a figura acima, nota-se que se cuida apenas de suporte fático que não fato jurídico, exemplo que esclarece com mais ênfase a fenomenologia da existência do fato jurídico material e a entrada do suporte fático no mundo jurídico em seu plano de existência.

Para arrematar, destaque-se que o fato jurídico é composto de parte do mundo dos fatos (factualidade) e parte do mundo jurídico (hipótese de incidência),

considerando-se que a norma pertence ao mundo jurídico com seu suporte fático abstrato, sem, no entanto, perderem, cada um deles, suas particularidades. Que não se confundem abstrato e concreto já se disse, porque estamos no terreno da função e não se trata, pois, de eliminarmos ou depurarmos os defeitos da linguagem, mas sem olvidar as lições de Pinto Ferreira, revisitando Pontes de Miranda, de que “é *sujeito* o ser que tem a experiência e *objeto* o ser que é conteúdo da consciência do sujeito. Entre ambos se travam, relações, que são as relações entre o Eu e o mundo”.¹⁶⁸

Assim, ao verificar a jurisdição que norma incidiu, esse “dizer” desprende-se de uma pura realidade social e prende-se à realidade jurídica. Se na prática outra incidência houve que não a que ficou dita, volve-se à aplicação incorreta, descompassada, que revela outra faceta dos efeitos do fato jurídico: sua efetividade, cuja visão socializante extravasa os limites dogmáticos do direito e deste estudo.

Foi o que se deixou claro no “Capítulo I”, que a ciência do direito é algo idealizante e, como tal, seu método de aplicação segue na esteira subjetiva da imperfeição humana, em que os erros não são meros atropelos, mas, se bem que indesejáveis, parte constante nas relações intersubjetivas.

A jurisdição pode até, autorizada pela própria lei, interpretar suportes fáticos, extraídos sistematicamente dos princípios, costume, analogia e até mesmo da equidade (o juiz julga fatos). Se fato jurídico ocorreu, a jurisdição, necessariamente, deve “dizer” que norma incidiu, ou que não, que pode não ser exatamente aquela que se alega litigiosamente.

Não que já não tenha incidido, em face do processo, mas se tal incidência não é reconhecida pelos interessados ou se, por outro lado, o próprio reconhecimento dela não autoriza ainda o “recebimento” de todos os seus efeitos, preciso ainda se faz a intervenção da jurisdição e isso se dá por meio do fato jurídico processual.

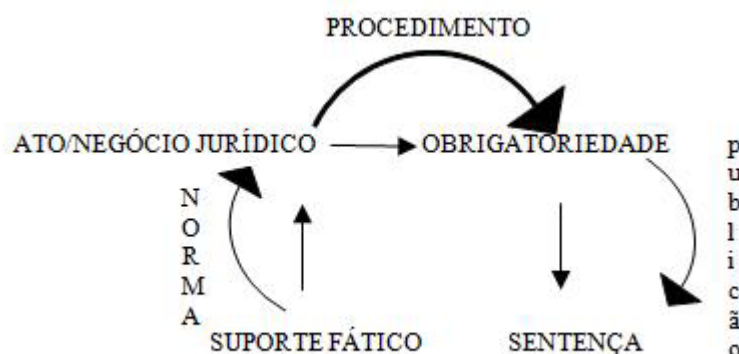
¹⁶⁸ **PINTO FERREIRA.** *Teoria científica do conhecimento*. 2.^a ed. Recife: Editora da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco – Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino – Curso de Direito, 2000, p. 31, citando **PONTES DE MIRANDA.** *O problema fundamental do conhecimento*. Rio: Editora Globo, 1937: “Se eliminarmos o *sub* do (sub-jeito) e o que chamamos de *ob* do (ob-jecto), sem importar como o faremos, restaria algo que independe da posição entre sujeito e objecto, o *jecto*, um invariante funcional, o que faz ao ser, ser sujeito e ser objeto.” Fica a crítica de que, se colocarmos o *jecto* como tudo que se apresenta, de ordem física ou psíquica, sem considerarmos o lado de quem vê ou o outro lado (do que é visto, se supõe), eliminando as oposições, o que restaria seria uma “não-significação”, um “não-conteúdo cultural” e essa não-significação ou esse não-conteúdo já são também uma significação ou um conteúdo insertos na própria linguagem decodificante. Ou seja, o *jecto* seria função de si para si mesmo e determinante funcional da relação sujeito-objecto, e isso levaria ao dilema de ser o *jecto* um sincategorema, predicável de si mesmo e determinante de predicados (?).

O fato jurídico material, composto que é de parte do mundo jurídico, que não se dissolve na massa dos fatos, e parte do mundo dos fatos, que não se dissolve na juridicidade, tem suas partes indissociáveis no conjunto-unidade do fato jurídico, contudo, sem se confundirem: pura representação.

Para que se conceba sua invalidade, não é necessário que se entenda “extinta sua composição jurídica eficaz” (invalidade, art. 48 do CC). Pois os fatos jurídicos e os fatos do mundo são apreendidos por representação, quer sejam fenômenos físico, biológico, lingüístico, ou qualquer outro e deixam suas marcas, às vezes indelévels (estado civil de divorciado, por exemplo, com continuidade do parentesco por afinidade). Os fatos jurídicos não são modificados ou “extintos” por normas jurídicas, mas por fatos jurídicos, quando incidem normas e produzem fato jurídico modificativo ou “extintivo”.

A rigor, então, a modificação e a “extinção” se devem ao fato jurídico produzido e não a incidência direta da norma¹⁶⁹ sobre o que se quer “extinguir”, como e quando se dá essa produção é móvel deste trabalho. A incidência da norma apenas *faz* o que “extingue”, trazendo novo fato jurídico. A norma, assim, não incide diretamente sobre o fato a “extinguir”, a transformar, o outro produzido é que “extingue”, transforma, ocupa um lugar na cadeia de elos de fatos jurídicos estruturante do direito. O fato produzido, assim, não incide, porque não é norma.

Tal distinção é essencial para o estudo das singularidades do fato jurídico material.



¹⁶⁹ “O fato jurídico somente deixa de existir se desconstituído por um novo fato jurídico. A resolução, a rescisão e as demais formas de desconstituição dos fatos jurídicos são, em si, fatos jurídicos.” **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 68.

3. Singularidades do plano da existência do fato jurídico.

Fatos jurídicos não incidem, mas, por certo, produzem direito. Repare-se, no entanto, o que acontece com as “sentenças constitutivas”, que se diz “criar” ou “desconstituir” o direito material a que se refere, que está nela “contido”. Ora, a sentença é fato jurídico, melhor, ato judicial, que é também ato jurídico processual.

A norma processual incidente, que permite a produção do fato jurídico processual da sentença, que supõem as mais abalizadas doutrinas “criar ou “desconstituir” fato jurídico de direito material, sendo de direito processual, não poderia incidir e produzi-lo isoladamente, mas, de outro modo e, apenas sob o aspecto que aqui se fixará, “(des)constituí-lo coadjuvante ou disjuntivamente”.

O problema maior se dá quando ocorre previsão normativa, em suporte fático de direito material, de suporte fático de natureza processual.

Os planos fenomênicos do fato jurídico material, sua existência, validade e eficácia não dizem respeito ao direito material nela (sentença) discutido e decidido, seus suportes fáticos são completamente distintos.

Não se duvida que o fato jurídico é produzido pela incidência da norma jurídica, assim como só fato jurídico desconstitui fato jurídico, e para corroborar a posição aqui assumida, medite-se sobre o magistério de Marcos Bernardes de Mello:

Quando, porém, mesmo sem distinguir taxativamente, o ordenamento traça normas que, pelo seu conteúdo, destinem-se, especificamente, a uma das espécies, atendendo às suas características típicas e peculiares, tais normas não são aplicáveis à outra espécie, nem por analogia. Por isso é que não são aplicáveis ao ato jurídico *stricto sensu* as normas gerais relativas à eficácia, ou seja, aquelas normas referentes às determinações inexas (termos e condições) e anexas (modos ou encargos), uma vez que são próprias dos negócios jurídicos, fugindo, assim, à natureza específica dos atos jurídicos *stricto sensu*. Os atos jurídicos *stricto sensu* são incondicionais, inatérveis, e não podem ter seus efeitos sujeitos a modos ou

¹⁷⁰ “A obrigatoriedade das normas jurídicas reside, em última análise, na sua incidência. Se o fato previsto (suporte fático hipotético) acontece no mundo, a norma jurídica incide e a partir daí subordina a seus preceitos as condutas a ela relacionadas. Essa subordinação da conduta à norma geral traz, em consequência, o dever da comunidade jurídica de fazer realizar o direito do modo o mais coincidente possível com as prescrições de suas normas.” **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39, citando **PONTES DE MIRANDA**. *Tratado de direito privado*. Tomo IV. 3ª ed. Rio: Borsoi, 1972, p. 36.

encargos, exatamente porque neles a vontade não tem escolha de categoria jurídica, limitando-se à prática do ato.¹⁷¹

Por fim, o estimado autor refere-se aos atos processuais como de Direito Público, afirmando que “em essência, porém, estes são atos jurídicos *lato sensu*, com as particularidades de que se revestem em razão do ramo jurídico em que se inserem”¹⁷². Com o que há de se concordar, desde que se considere que é sua eficácia, e não seus efeitos, que são incondicionais, inatérveis, não sujeita a modos ou encargos.

Dessa forma, as observações feitas de que a sentença, exclusivamente, não produz fato jurídico material reside mais especificamente em que o suporte fático deste nada tem a ver com o suporte fático do fato jurídico processual de que se cuida (relatório, fundamentação e dispositivo; publicação, assinatura etc.), ao menos em relação à sua “constitutividade” processual, sendo espécie distinta e com regramentos bastante particulares.

A sentença como fato jurídico processual não produz direito material, porque fatos jurídicos não incidem e o que produz fato jurídico é a incidência da norma sobre o suporte fático. A confusão que ocorre dar-se por conta de que é no momento da publicação da sentença que ela passa a existir como ato da jurisdição, e não apenas como ato isolado do juiz.

Momento esse que também se confunde, para certas espécies de fatos jurídicos materiais, adicionando-se o trânsito em julgado e até mesmo posterior registro, que fique bem certo, a produção de todos os efeitos previstos na norma jurídica material ou, mais precisamente, de todos os seus efeitos próprios e específicos por meio de *eficácia necessária* decorrente da sentença.

A sentença, quando prevista como suporte fático do direito material nela decidido, é, como já se noticiou, apenas suporte fático da norma jurídica, que não se dilui na massa dos fatos, e, mais denotadamente, suportes fáticos não incidem.

Feitas tais ressalvas, tome-se o divórcio (art. 1571, CC) como ilustração: “A sociedade conjugal termina: (...) IV – pelo divórcio. Dúvida não há, por certo, de que é o divórcio elemento do suporte fático do fato jurídico terminativo da sociedade conjugal. Mas não é simplesmente assim.

¹⁷¹ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 192.

¹⁷² BERNARDES DE MELLO, Marcos. Op. cit., p. XXVII.

É certo que só as pessoas casadas podem se divorciar, uma vez que o casamento (art. 1.535 etc., CC) “estabelece a comunhão plena de vida com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (art. 1.511, CC). E, operadas as incidências legais, surge o vínculo conjugal.

Na realidade, a visão singela de que só o divórcio é suporte fático único do término do casamento, na hipótese do inciso IV do art. 1.571 do CC, não procede, nem o é também exclusivo da norma referida, não porque em decorrência óbvia dos outros seus incisos, mesmo que se entendesse que no dispositivo em comento há, não obstante, quatro normas.

Explica-se melhor: A aplicação das normas deve, no caso do término da sociedade conjugal, ser sistemática. Só deve haver divórcio em caso de haver fato que contrarie a norma do art. 1.511 do CC sistematicamente, uma contradição aparente que se revela por ausência de preceito neste dispositivo (mas não é condição *sine qua nom* do preceito está no mesmo dispositivo, salvo para quem ver norma como texto), porém, de outra sorte, sua existência pode encontrar-se na correspondente norma do art. 1.573 e em tantas outras do CC, e esse fato necessariamente será jurídico, *antecedente lógico* da decretação do divórcio.

A extinção, assim, do fato jurídico da sociedade conjugal pressupõe o rompimento da comunhão plena de vida, definitivamente reconhecida na sentença de divórcio-remédio ou divórcio-sanção, transitada em julgado. Observe-se que se disse “reconhecida” e, por conseqüência, “desconstituída”, em face de que, antes de algo constituir-se juridicamente, precede-o *efeito* ou *força* de declaração.

A sentença, e só ela, não a rigor, para concluir o raciocínio, frise-se, seria o fato jurídico desconstituído do vínculo criado com o fato jurídico do casamento, já que o suporte fático da norma do art. 1.571, IV do CC concretizou-se. Deveras também não é bem assim.

Deve-se cautela, no entanto, uma vez que a sentença reconheceu o fato jurídico decorrente da contrariedade sistemática à norma do art. 1.511 do CC, que, como se trata de norma publicizada, as partes não estão, por previsão expressa, autorizadas a fazê-lo, considerando que o Estado tomou para si esse “dizer”, ou “reconhecer”, ou o conceder o “recebimento” de todos, ou de alguns efeitos, pelo mecanismo da jurisdição (separação, divórcio).

Não obstante, caso há em que o interessado pode fazê-lo, como ocorre em decorrência de “causa mortis” (art. 1.571, I, CC). A morte é provada pela certidão de

óbito, sem intervenção jurisdicional, exceto a presumida. Quer dizer, o rompimento da sociedade conjugal aqui dar-se sem interferência da jurisdição, pelo fato jurídico estrito senso morte. Sem deslembrar também a possibilidade do rompimento da sociedade conjugal, hoje, administrativamente.

Se bem que a concretização do suporte fático do término da sociedade conjugal, ao coincidir com a publicação da sentença/trânsita, e só por essa circunstância, confunde-se com a própria sentença, daí se dizer que ela “desconstituiu” o fato jurídico material do casamento, “extinguindo-o”, suplantado pela sentença, que seria único fato jurídico “extintivo” dele (mas tal hipótese não é relevante aos atos negociais e a todos aqueles em que a sentença não é suporte fático expresso da norma jurídica material).

E também não é, contudo, incólume esse entendimento, apesar da quase univocidade da doutrina. Não se deslembre de que a publicização, heterotopicamente feita, do direito material, não o torna processual, como a materialidade que se atribua a este não o torna de direito material¹⁷³.

Analizando mais aguçadamente, pelo prisma do plano da existência, a sentença não constitui (escopo reservado apenas a norma incidente produtora de outro fato jurídico) o término da sociedade conjugal, tampouco foi criada unicamente pela incidência da norma do art. 1.571, ou porque a jurisdição, isoladamente, disse que incidiu.

Prima facie, pareceria que o que fez foi “extingui-lo”, por força desse mesmo dispositivo, porém, a incidência de normas processuais em suportes fáticos também processuais em concreção é que produz o fato jurídico da sentença, demonstrando, ao menos, a premissa de que a “extinção” do fato jurídico é feita por outro.

Diga-se não unicamente pelo fato jurídico da sentença, que é suporte fático, que não seria ela o próprio fato jurídico do término do casamento, tarefa destinada à incidência normativa pertencente a espécies jurídicas compatíveis. Sob esse aspecto é que se diz que a sentença “desconstitui” ou que tem eficácia desconstitutiva.

Mesmo que, aparentemente, traga a sentença em si contida direito material, a sentença do divórcio não incide sobre o fato jurídico do término do casamento: a norma do art. 1. 571 é que incidiu sobre seu suporte fático em concreção, que, por mera previsão legal, é o próprio ato judicial da sentença. Questão de

¹⁷³ **PONTES DE MIRANDA.** *Comentários ao Código de Processo Civil.* Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. 46.

cientificidade a distinção. Mesmo por esse ângulo, então, concretizando-se o fato jurídico da sentença, que é suporte fático do art. 1. 571 do CC, essa norma incide e, assim, estaria rompido o vínculo jurídico do casamento. O que faz apenas concluir que não foi a sentença unicamente que rompeu tal vínculo.

Para se dar conta, assim, dessa problemática investigativa do *antecedente lógico* da sentença de divórcio, rompimento da comunhão plena de vida, em que ocorre, e exatamente aí, o surgimento do fato jurídico, agora material, deflagrador da existência de desconstituição do casamento, aprofunde-se mais a questão.

O casamento, fato jurídico resistente, *a priori*, a “ $D(C \rightarrow A)$ ou (não- $A \rightarrow S$)”, representação deôntica da norma significa que “C deve implicar A ou não-A deve implicar S”, a outros fatos jurídicos de sua classe, sendo o rompimento também fato jurídico de direito material, não podendo espécie processual produzir espécie material, cujo fazimento se antecipa a qualquer sentença, é preciso, pois, concentrar, por outra via, o foco da pesquisa sobre o fato jurídico da sentença, de outro ramo que não o do direito substancial.

Mormente o que “desconstitui” a sociedade conjugal é também fato jurídico material, *antecedente lógico* do fato jurídico da sentença, que “vem” em seu corpo decisório, *feito* em outra incidência que não de norma processual.

E é tal sua eficácia processual (sentença), amalgamada à existência daquele *antecedente lógico*, que, somadas (existência do *antecedente lógico* + eficácia da sentença), permitem a desconstituição do casamento. Essa força processual da sentença (imunidade, certeza) é o “instrumento” de “entrega” da eficácia do *antecedente lógico*, um mecanismo necessário, por previsão legal.

Tome-se, agora, o exemplo do rompimento da sociedade conjugal por divórcio direto consensual: Comprovada separação de fato há mais de dois anos (art. 1.580, §2.º, CC; art. 226, §6.º, CF), hoje prazo superado com a reforma constitucional, os cônjuges simplesmente a reconhecem, provam, e a jurisdição homologa por sentença, porque o legislador não faz concessão à jurisdição de prequestionar os motivos; as razões não precisam ser conhecidas, apesar de se lhe permitir o viés da conciliação.

Ora, a concreção que se deu foi a do suporte fático dos mencionados artigos, cujos efeitos, ou parte deles, não poderiam ser “recebidos” de mãos próprias pelos cônjuges, porque o legislador fez de ordem pública a instituição da família, sendo

necessária a intervenção da jurisdição ($J^{174}[D(C \rightarrow A) \text{ ou } (\text{não-}A \rightarrow S)]$), para que a eficácia prevista na norma seja concedida, conforme o mecanismo já exposto. A representação deôntica significa que “é extensional-intencional que C deva implicar A ou não-A deva implicar S”.

Ademais, ensina o mestre de todos das letras jurídicas:

Se esse ramo de direito exige a “ação”, ou a “ordinariedade” ou a “sumariedade” ou a “especialidade” de rito (“ação”), é que o legislador lançou mão da técnica do direito processual, ou com o propósito de a materializar, ou, apenas, pelo hábito, ou desenvoltura, ou desatenção, de misturar direito material e processo¹⁷⁵.

Por esse prisma, poder-se-ia dizer, descritivamente, sem querer agora finalizar a questão, deixando-a para outro momento, que no *processo nascem, se desenvolvem e terminam fatos jurídicos*.

E, como ensina Pontes de Miranda¹⁷⁶: “a lei processual é, quase toda, direito formal, e ramo do direito público. O fato de ser formal não tira ao direito processual o gerar direitos de ordem material, dentro da sua formalidade fundamental”.

Esse gerar direito material de que fala, entende-se aqui como resultado de duas substâncias: a de direito material e a de direito processual, na regulação do tráfego jurídico de certos direitos materiais, configurado na unidade do direito.

Por hora, entretanto, é o que se tem a relatar desse mecanismo, deixando-se, *opportune tempore*, seu desenvolvimento.

...

¹⁷⁴ “J” Modal da jurisdição, de segundo nível, axiológico.

¹⁷⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. 2.^a ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 57.

¹⁷⁶ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. 32.

CAPÍTULO III

Planos da validade e da eficácia ou fenomênica da validade e da eficácia do fato jurídico

1. Invalidade: conseqüente possível de existência (e antecedente possível de eficácia) e seus desdobramentos.

O que se viu em relação à existência do fato jurídico reporta-se ao *ser* ou *não ser*. O que agora se verá relaciona-se ao *valer* ou *não valer*.

É tormentosa questão a invalidade do fato jurídico, diferindo a cada sistema jurígeno. Pode-se dizer, inicialmente, que o que *é* pode *valer* ou não. Foi dito que a *obligatoriedade* é “poscedente” à existência e, agora, que a *invalidade* também o é.

Não confundir, portanto, nulo com inexistente. Ao nulo deve-se a deficiência; ao inexistente, a insuficiência. De logo, naquele há imperfeição, mas ainda assim se fez; este sequer se fez.

Frente ao que já foi exposto, há de se ter em mente que há *atos* jurídicos existentes, só obrigatórios. Há *atos* jurídicos válidos e inválidos. Mas nem todo fato jurídico é válido ou inválido. Assim, não se pode decretar a invalidade de um

nascimento (fato jurídico *stricto sensu*), de uma aluvião etc. Os eventos são o que são como fenômenos naturais, mesmo que tenham carga jurídica. Não se cogita se foi nulo ou anulável, seria ilogicidade. Os efeitos já brotam.

Se uma canção é composta, prescindível o querer nisso; se feita por um louco ou por menor impúbere, é irrelevante, o ato de compor resulta numa situação irremovível, que já implica direito autoral, em face do *ato-fato* de compor. Não há que se dizer sobre validade ou invalidade. Os efeitos exsurgem.

Se, por outro lado, pratica-se um *ato ilícito*, também não há, pelas mesmas razões, que se ater à validade ou invalidade. Os efeitos advêm.

Agora, se se quer adquirir um bem móvel, a vontade é cerne do núcleo do suporte fático (não se compra sem querer), tampouco sem pagar. Se por menor impúbere ou púbere, o primeiro negócio é nulo; e o segundo, anulável, por expressa previsão legal.

Se capaz, há poder de escolha, dentro de certos limites, de categorias jurídicas, de determinar efeitos a dimanar do *negócio jurídico*; assim, contrata-se fiduciariamente, por “leasing”, com auto-regramento etc.

Por outro lado, se a decisão é de casar, não se pode escolher *qualquer* categoria jurídica, nem previamente *quaisquer* efeitos (apesar de a vontade integrar o cerne do núcleo do suporte fático e ser possível a escolha de regime), estes já se encontram definidos, assim como aquela, a liberdade é mínima, apesar de negócio jurídico.

Porém, sem utilidade, uma vez que qualquer efeito nasce de fato jurídico, e não da lei, que apenas incide e por si só nada gera; não confundir com aquelas situações jurídicas (largo senso), como a menoridade etc., em que a norma já incidiu.

Razão disso é que dentre as diversas espécies de fatos jurídicos estão também

a) os atos jurídicos (cuja vontade é cerne do núcleo do suporte fático), como os negócios jurídicos, em que se tem poder de auto-regramento; passam pelo plano da validade;

b) os fatos jurídicos estrito senso (em que não há vontade alguma, porque meros eventos valorados na hipótese normativa); não passam pelo plano da validade;

c) o ato-fato (cuja vontade é irrelevante, mas de conseqüente geralmente irremovível, somente interessando o resultado); não passa pelo plano da validade;

d) os atos jurídicos estrito senso (a vontade apenas não pode determinar categoria jurídica ou efeitos)¹⁷⁷;

e) os fatos jurídicos ilícitos (cuja vontade é também irrelevante).

Inegavelmente, a invalidade (nulidade, anulabilidade) pode ou não gerar efeitos jurídicos (casamento putativo); a inexistência, jamais. Deve-se redobrar o cuidado neste atual estudo, tendo em vista a confusão que se propala ao se confundir “efeitos materiais” com efeitos jurídicos.

Não significa dizer, porém, que as nulidades, mesmo que não gerem efeitos jurídicos, não possam ou não devam ser decretadas pela jurisdição, tendo em vista a cláusula de sua inafastabilidade (art. 5.º, XXXV, CF), destacadamente quando se trata de normas cogentes.

Independentemente à discussão de que possam ou não casar pessoas do mesmo sexo, tome-se como axioma legal a heterossexualidade. Com essa premissa, dir-se-ia que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é inexistente¹⁷⁸, e não nulo, mesmo que o legislador lhe dê efeitos semelhantes. Caso, porém, ocorram factualmente, os efeitos que se geram não se dizem jurídicos, são apenas “efeitos materiais”, por insuficiência de suporte fático.

E assim são chamados porque, na realidade, todos aqueles efeitos, que pareciam jurídicos, apenas pareciam, podem, exclusivamente de forma prática, penetrar em esferas jurídicas alheias, se bem que já atingiram a do próprio Estado, já que a insuficiência é do cerne do suporte fático de norma publicizada (art. 1.514), como são as de direito de família. Assim, tal união não seria casamento, portanto, cuida-se de fenômeno não jurídico, que sequer entrou no plano da existência.

Com isso, pode-se concluir que só há acesso ao plano de validade ou de eficácia quando, necessariamente, há concreção suficiente de suporte fático, para adentrar ao plano da existência. Se não se *fez* fato jurídico, não foi suficientemente em concreção seu suporte fático.

Noutra linha, o casamento, que contivesse as hipóteses legais do art.1.548 do CC, seria inválido, mais precisamente, nulo; e o que contivesse as hipóteses

¹⁷⁷ Segundo a Teoria do Fato jurídico ponteana.

¹⁷⁸ Nesse sentido: **THEODORO JÚNIOR**, Humberto. *Fraude contra credores – a natureza da sentença pauliana*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 166-167.

do art. 1.550 seria anulável. As razões da escolha não pertencem ao mundo jurídico, mas ao sociológico, histórico, cultural, político etc.

As nulidades, não taxativamente, foram enumeradas no art. 166 do CC: basicamente são quanto à pessoa, ao objeto, à forma e à finalidade.

Percebe-se, então, que o legislador estabeleceu graus de invalidade, um mais severo; outro, menos. Mas há uma irreduzibilidade: a invalidade dos atos está diretamente vinculada à violação de normas jurídicas, apesar de correntes contrárias¹⁷⁹. Conseqüentemente, a nulidade e a anulabilidade diferem apenas em grau, evidentemente com as particularidades pertinentes.¹⁸⁰

1. 2. Grau maior de invalidade.

A se pensar que a nulidade é uma sanção deferida ao ato defeituoso, já que não se conforma eficientemente a concreção ao suporte fático hipotético, essa desconformidade contraria o direito, uma vez que as relações jurídicas, como se colocou, ocorrem em nível de fatos jurídicos.¹⁸¹

Então, o fato que se forma com déficit passa a existir como um “ente” estranho ao ordenamento, em uma analogia despreziosa, como um vírus, que para tanto possa ou não haver antídoto, daí todo o sistema imunológico reage para expulsá-lo e, como em algumas patologias,

1) há efeitos que se podem reparar, com sua total extirpação (art. 169, CC), sem afetar o sistema;

2) e outros que, irremediavelmente, por deixarem marcas indeléveis, o sistema invoca seus mecanismos de defesa, que são formas de convivência estigmatizadas, mas que garantem a sobrevivência de partes afetadas (art. 1.561, CC);

¹⁷⁹ **FERRAZ JÚNIOR**, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 120: “A nulidade, salvo casos excepcionais, não é sanção, embora seja uma consequência jurídica.” Ao que parece op autor confundi sanção com castigo, e não como categoria eficaz.

¹⁸⁰ Apesar de grandes autores falarem de nulidade, anulabilidade e nulidade relativa, a exemplo de **BATISTA**, Sílvio Neves. *Ensaio de Direito Civil*. São Paulo: Método, p. 67-70.

¹⁸¹ Há autores, a contrário senso, como **CAVALCANTI FAVERET**, Arthur José. *A estrutura lógica do Direito*. 2.^a ed. Rio: Renovar, 2003, p. 14, que entende a sanção como um castigo; por outro lado, afirma que “assim, como qualquer disposição legal se refere a um evento qualificado como ato jurídico, ainda que não o diga expressamente, ela traz implícito que o evento satisfaça as condições previstas na disposição geral. Não satisfeita alguma dessas condições, o ato é tido por nulo, ou seja, como não ocorrido”. Confunde, assim, o autor os planos da existência e da validade do ato jurídico. O próprio **HART**. *The concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 28-30, leciona que nulidade não é sanção.

3) noutro, nada há que fazer, e a parte afetada sucumbe (art. 48, parágrafo único, CC).

Daí que, inarredavelmente conhecidas essas vicissitudes, não se pode dizer, de forma peremptória, que a nulidade não gere efeitos jurídicos.

Contudo, por essa ótica, o ato invalidante seria ainda ato ilícito, cuja sanção é a nulidade e, como o nulo, em regra, não produz efeitos, não há efeitos a desfazer ou a desconstituir: a decretação da nulidade basta para tanto, ou seja, a desconstituição apanha tanto o ato, quanto seus efeitos.

Vale lembrar que não é o direito que é nulo, ou os efeitos, ou a vontade, é o ato jurídico, que, dessa forma, deve ser desconstituído, “extinto”, por outro de natureza compatível. “Não existir não é sanção – é repulsa radical; nulidade o é.”¹⁸²

E se deu o legislador sanção de nulidade em face da importância que traz consigo, não poderia permitir a impotência da jurisdição diante do nulo, justificando seu conhecimento de ofício. Daí que “a nulidade produz ação, mas independe de “ação”¹⁸³, podendo ser pronunciada *incidenter*.

Não se esquecer que nos negócios pendentes não há invalidade, apenas pendência, que implica “ineficácia”, nada tendo a ver com invalidade, deficiência de suporte fático, resolvendo-se em perdas e danos em caso de não haver ratificação; o “defeito” é no cumprimento da prestação, do objeto e não por deficiência do cerne do suporte fático, como ocorre com a venda a “non domino”, que se não é *dominus* o vendedor, propriedade não tem e não a pode transferir no acordo de transmissão, questão, portanto, de “ineficácia” do negócio, que existe válido.

Outro exemplo é o do gestor de negócios sem poderes, ou que os excedeu; ou quando extinta a procuração, ou falta poderes na procuração; a respeito, também, os negócios condicionais e a termo.

Não há de se confundir tal nulidade com a processual (que não pode ser alegada por quem lhe deu causa e a seu favor, artigos 243, e 245, *caput*, CPC).

A *convalidação*, que é *ato-fato*, da nulidade, decerto, é uma possibilidade colocada pelo sistema para se evitar que relações jurídicas específicas não atinjam os fins por conta de inação do interessado num certo lapso de tempo, em homenagem,

¹⁸² **PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito privado*. 3ª ed. Tomo IV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 57.

¹⁸³ **PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito privado*. 3ª ed. Tomo IV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 58. Distinção ponteana: ação, inflamação do direito (ação material); “ação”, de direito processual.

quicá, ao “dormientibus non seccurrit jus”, facilitando o tráfego das relações intersubjetivas. Mas, diga-se, não torna o nulo válido. É questão de manter eficácia.

A decadência ou caducidade, como se anotou (art. 48, parágrafo único, CC) fulmina a nulidade. A prescrição também (art. 206, §3.º, VII, CC), exemplos dados por Marcos Bernardes de Mello¹⁸⁴.

Ambas podem ser conhecidas de ofício pela jurisdição (artigos 219, §5.º; 220; 269, IV, CPC), e em caso de falta de prequestionamento e preclusa a rescisória, não sendo hipótese do art. 468 do CPC, desde que não se trate de direitos da personalidade e os referentes ao estado das pessoas, e não alegada em exceção (excepcionando a regra geral do art. 190 do CC), ressaltando-se ainda os absolutamente incapazes e a hipótese do art. 181 do CC, efeitos geram-se da invalidade. Vale lembrar que a prescrição encobre a pretensão e a ação, mas o direito resta lido. A decadência e a preclusão atingem o próprio direito.

A *sanação*, por outro lado, porque se “repete” o negócio nulo, a rigor, não sana, porque surge negócio novo, em face da deficiência do anterior. Mas se diz efeito, sem rigor, de *sanação*.

1.3. Grau menor de invalidade.

A anulabilidade não é de menor importância do que a nulidade, não que se saiba que ocorra mais uma que outra, que não é questão de direito, mas de estatística.

A anulabilidade tem nos vícios da vontade sua fundamentação, mas não absolutamente; defeitos a geram também, porque afetam o cerne do suporte fático do ato. E estão enumerados, não taxativamente, do art. 138 ao 165 do CC. Não confundi-la, no entanto, com a rescindibilidade, que afeta o objeto do ato. Questão importante quando do estudo da rescindibilidade da sentença.

Há quem fale em nulidade relativa e anulabilidade, como o fez Carnellutti, citado por Marcos Bernardes de Mello.¹⁸⁵ E tantos mais. Confundindo o plano da validade com o da eficácia. E como já foi posto, não se quer aqui esgotar o tema, empreitada despropositada, frente ao que se quer contribuir, tanto quanto fora de

¹⁸⁴ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 235.

¹⁸⁵ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.

nossas forças, apenas se traz ao “corpus” aquelas questões mais básicas, porém, fundamentais ao objetivo traçado.

Quando foi preciso abordar mais a matéria, assim se fez, considerando à repercussão em nosso trabalho e as limitações acadêmicas dessas preleções.

A nulidade não gera efeitos jurídicos, sua putatividade sim, em definitivo a eficácia, para sempre. Ao contrário, a anulabilidade gera efeitos jurídicos “ab initio” (não há nulo desde início), antes mesmo de confirmação e até que se a decrete os produzirá. Decretada, porém, a eficácia deve ser desconstituída “ex tunc”, até lá produzirá efeitos jurídicos, pois a decretação da anulabilidade do ato o “extingue”, substituindo-o, porque o fato jurídico substitutivo não substitui a eficácia do anterior, mas é preciso se peça seu exaurimento, “desconstitutivo” dos efeitos anteriores.

E aí, também, ficam à mercê do legislador as escolhas do que é anulável. Sendo que o conceito de defeito do ato jurídico é mais amplo do que o de vício, a exemplo da incapacidade relativa, que é defeito, e não vício.

No direito administrativo, afora exceção aqui e ali, como ocorre com o princípio da aparência, as “anulabilidades” são tidas por nulidade. Trata-se, portanto, de direito público, caso do direito processual, com regramentos próprios.

A anulabilidade precisa de “ação”, e o direito que se exerce em reconvenção é ação (# “ação”) e distinto de exceção, portanto, direito negativo. “Não há exceção dilatória na anulabilidade.”¹⁸⁶

A prescrição, dessa forma, encobre a eficácia da ação, mas não o torna válido. Coisas distintas. Basta pensar que a prescrição é renunciável, sem olvidar do que reza o art. 882 do CC.

Quanto ao direito processual, na verdade, não há propriamente anulabilidades, mas rescindibilidade.

Em se tratando de direito material, pode-se por a validade ou invalidade sob uma fórmula lógica proposicional:

Tomando-se “P” pelo suporte fático suficiente; “p” como suporte fático deficiente; “Q” pelas conseqüências de “P” e “q” pelas de “p”, teríamos:

$$\{[(P \vee p) \supset (Q \vee q)] \cdot (P \vee p)\} \supset (Q \vee q)$$

¹⁸⁶ **PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito privado*. 3ª ed. Tomo IV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 73.

2. Eficácia: conseqüente possível de existência e validade.

Viu-se que há fatos jurídicos que não passam, nem poderiam, pelo plano da validade, indo diretamente ao plano da eficácia, gerando efeitos jurídicos, assim como os fatos jurídicos “*stricto sensu*” e o ato-fato. Ato que gera efeito jurídico é, indiscutivelmente, eficaz, se para sempre, é outra questão.

Na espécie dos atos publicizados, a eficácia decorre de previsão legal, já está lá estabelecida, no sentido de incidir imediatamente seu regramento sobre o fato jurídico, as partes não têm autonomia para escolher qualquer eficácia e esta ocorre, necessariamente, sem que se possa modificá-la, ampliá-la, restringi-la ou evitá-la, ou seja, as conseqüências da eficácia é que podem ser evitáveis. Portanto, “toda e qualquer conseqüência que se atribua a um fato constitui eficácia jurídica”¹⁸⁷, ou a eficácia é que se constitui em relação de função com os efeitos. E como tal, não permite determinação inexa (termos e condições) e anexas (modos e encargos). Viu-se que só excepcionalmente o ato nulo produz efeito. Por sua vez, o ato anulável gera efeitos interimísticos, até que se decreta a anulação, com a coisa julgada. Evidente que efeitos tais podem ser antecipados, para que não seja sem finalidade a sentença, pelo risco da perda do próprio objeto da demanda.

3. Singularidades dos planos do fato jurídico

Há certos efeitos que não podem ser diretamente “recebidos” pelas partes, sendo necessária a intervenção da jurisdição, porta pela qual penetram o mundo jurídico e adentram ao plano da eficácia.

Pois, como se demonstrou, o fato jurídico pode ser existente, e não valer; válido, sem efeito; existente e válido, e ainda, ou talvez sempre, não gerar efeito, ao menos em termos de sua eficácia específica. Mas não é somente isso o que ocorre com a sentença “desconstitutiva”, ou, como se costuma dizer, de “efeito desconstitutivo”.

A sociedade conjugal, já a ela se reportou, quando atingida por fato jurídico (a que se chamou de *antecedente lógico*) também material, da mesma espécie, portanto, do daquela (artigos 1.573, 1.580, §2.º etc., CC), oriundo de incidência normativa outra que não a que deu origem a sentença (artigos 162, §1.º; 458+publicação;

¹⁸⁷ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69.

CPC) ou ao seu término propriamente (art. 1.571, CC), fulmina a comunhão de vida plena (art. 1.511, CC, sistematicamente).

De maneira tal que, apesar de existente o *antecedente lógico*, sua existência, conforme o caso, *deve ser* reconhecida e preservada em sentença, para que possa, assim, ser eficaz, o que não importa dimanar todos os efeitos *coadjuvantemente* (direito material+direito processual). Com o registro integrativo da sentença transitada em julgado, sim, os produzirá totalmente.

É preciso, então, que se destrinchem efeitos do fato jurídico material e os do fato jurídico processual, sem essa particularidade há de se fazer confusão neste estudo, inclusive entre forma e substância, e isso ao direito, ao menos, deve ficar bem decodificado.

Ciente de que uma separação de fato por dois anos (ou a qualquer tempo, na conformidade da recente Emenda Constitucional), mesmo que ainda não reconhecida (separação judicial), não produz ou não produzia unicamente “efeitos materiais”, tendo-se em conta que a incidência normativa do *antecedente lógico* não ocorre com/na sentença, precede-a, sendo inquestionavelmente fato jurídico e este dimana efeitos jurídicos (entretanto, ao revés, os suportes fáticos da sentença nela se concretizam e se *fazem na/com a sentença*), tanto que, reconhecida em decisão (a separação de fato ou rompimento da vida em comum), seus efeitos, diz-se, “retroagem”, a exemplo de não se configurar o abandono do lar etc.: declara-se, depois se desconstitui, nos termos que aqui se quer estabelecer.

A rigor, os efeitos não retroagem para alcançar uma situação de fato, nem poderiam, pois se estar a falar de situação de fato mesmo, factual, do simplesmente mundo, que não se cuida de reprisar filme de fatos da vida.

O que se dá é o reconhecimento de que houve mesmo rompimento da vida em comum (a que se chama de sociedade de fato), desde a data que se “deu”, e esse se dá é do *antecedente lógico*, que é imprescindível, e não poderia, no entanto, haver gerado apenas “efeitos materiais”, que, por ficção incompleta jurídica, agora, pela sentença, se lhe empresta o qualificante jurídico, declarando no plano da existência processualmente (coisa julgada) e constituindo no plano da validade e/ou da eficácia:

Uma das convicções centrais é a de que o processo, ou a sentença, que nele se profere, não cria regra jurídica nova, nem, portanto, altera a incidência da regra de direito material. O erro só afeta a aplicação. O que incidiu, incidiu. Se passa em julgado a sentença que decidiu mal, tal preclusão apenas faz colocar-se à

*frente do interesse estatal da realidade do direito, que fracassou (a despeito de ser precípua), o interesse de não se deixar aberta a porta ao bis in idem.*¹⁸⁸

Porquanto, e isto já foi inserido, o sistema precisa reconhecer, por seus próprios mecanismos, já que não o permite aos particulares, a autenticidade/certeza do *antecedente lógico*, ocasionador do rompimento da sociedade conjugal (vida em comum), não ainda do vínculo jurídico.

Como se sabe, no rompimento da vida em comum (art.1.572, § 1.º; 1.573, IV, CC), não há dúvida, a jurisdição declara a existência de uma situação de fato ou, em outras palavras (declara para depois constituir) a inexistência da sociedade de fato (vida em comum), que é um componente da sociedade conjugal (= sociedade de fato+vínculo jurídico), em face de certos efeitos jurídicos tais que só o Estado pode *desfazê-los* ou *fazê-los*.

A declaração gera-se sob a influência de seu plano fenomênico da existência da vida em comum, elemento do casamento (razão de se manter ainda o vínculo jurídico), nem por isso se dissolve na juridicidade, e se limita a reconhecer apenas uma separação factual, e, em seguida, “constituir” a produção de alguns efeitos para “desobrigar”, a exemplo, do dever de fidelidade. Aos apressados, poder-se-ia dizer, também, que é de mera referebilidade processual, como parece. Mas não é bem assim.

Se com a declaração, e, empós, a “desconstituição”, esta não fosse de efeito “ex tunc”, a ambos os cônjuges poderia ser-lhes imputadas condutas infieis, abandono de lar etc. Hipótese, portanto, descartável, que transformaria a separação em um instituto inútil, contrário às intenções do legislador, enfim, em letra morta.

De outra sorte, o divórcio direto, desde que haja separação de fato (sentido da ruptura da vida em comum incontornável) há mais de dois anos ou no sentido proposto pela reforma constitucional que afetou a separação de fato, “quebra o vínculo jurídico”, e, percebe-se, o único agregado material é o lapso de tempo maior que na separação de fato judicialmente posta.

Repensando bem, veja-se que, estruturalmente, a distinção entre separação judicial e divórcio é apenas quanto a diferenciação do ingrediente tempo, que não pode haver divórcio direto sem separação de fato ou rompimento da vida em comum previamente estampada na separação judicial, ao menos até antes da famigerada alteração consitucional, não se estar a falar do divórcio com base em descumprimento

¹⁸⁸ **PONTES DE MIRANDA.** *Comentários ao CPC.* Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. XLVI.

dos deveres do casamento, litigioso, o que também não afetaria o raciocínio, pois atinge, vai até ao plano fenomênico da validade e da eficácia do *antecedente lógico*.

A distinção relevante, porém, e aí em que reside a diferença, é que aquela (a separação judicial) não quebra ou quebrava o vínculo jurídico, e este (divórcio) sim. Evidente que o legislador é livre para estabelecer efeitos estes ou aqueles, mas não pode destruir os conteúdos lógicos mínimos da ciência do direito, mas particularmente do fenômeno da incidência normativa e do fato jurídico.¹⁸⁹

Dentro, entretanto, desses fenômenos jurídicos materiais e processuais descritos, como se depreende, não se pode confundir a existência do *antecedente lógico*, que se associa à incidência material, e quanto a esta o Estado não tem poder para tanto (salvo o controle de constitucionalidade difuso/concentrado), porque apenas “diz” se é ou não fato jurídico e não se é ou não a norma capaz de incidência. Recolhe-se a “dizer” se incidiu ou não, nesse sentido, não a rigor, poder-se-ia dizer que o direito processual “constitui” o material no plano existencial.

Assim, atente-se que, nas hipóteses de que se trata, o legislador quis afetar, através da jurisdição, o plano da eficácia, ou, conforme o caso, ou da validade e da eficácia (impedimento) do *antecedente lógico*, em relação ao casamento, fazendo a distinção entre os efeitos da separação judicial e os do divórcio.

Assim se tem por indiscutível:

Primeira hipótese (separação judicial): separação de fato + tempo → rompimento da vida em comum → sentença constitutiva + efeito declarativo =, desobrigação dos deveres do casamento + reconhecimento do desfazimento da sociedade de fato (= separação judicial), dizendo-se que não houve quebra do vínculo jurídico, as partes continuam ou continuavam casadas, mas as pondo em uma nova situação jurídica.

Assim se tem por discutível:

Segunda hipótese (divórcio): separação de fato + tempo (= separação judicial) + tempo → “sentença desconstitutiva” = rompimento do vínculo conjugal (= divórcio), dizendo-se que houve quebra do vínculo jurídico, as partes não são mais casadas. Elucidativamente, veja-se a figura abaixo.

¹⁸⁹ “Aliás, dizer que o legislador pode destruir a separação entre inexistência e nulidade é o mesmo que supô-lo apto a, por exemplo, decretar a mudança de sexo ou abrir audiência na lua.” **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio: Forense, 1974, p. 21.

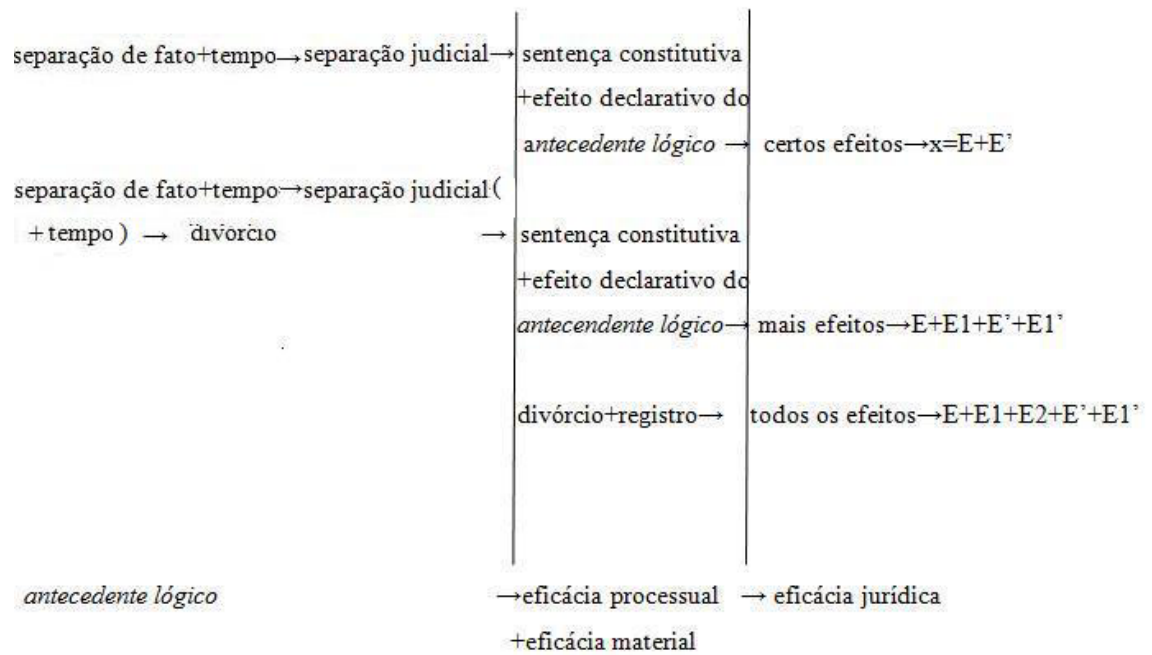


Figura 4. Estrutura elementar do fato jurídico da separação/divórcio.^{190 191 192}

Observando-se bem a Figura 4, não se sabe por que cargas d'água o acréscimo maior de tempo configuraria uma mudança estrutural na primeira relação. Claro que não. O que acontece é que o legislador autoriza ou autorizava, na primeira hipótese (separação judicial), apenas a entrega de alguns efeitos jurídicos; enquanto que, na segunda hipótese (divórcio), os efeitos, em caso de ser realizado o ato integrativo do registro da sentença, dão-se em sua totalidade. Nada mais que isso.

A cautelaridade numa separação de corpos de pessoas casadas (a exemplo da exclusão da mulher ou do homem da residência do casal por violência) não visa só a garantir a utilidade do processo principal, que nem precisa haver, porque a nova situação jurídica produzida independe da distribuição do processo principal: os efeitos “desconstitutivos” prevalecem de qualquer forma. Não seria concebível que, por ausência da principal, o cônjuge subtraído ao lar por atos de violência a ele retornasse incólume simplesmente.

Em ambas, em regra, os efeitos do rompimento da sociedade conjugal ou da vida em comum retroagem ou retroagiam (“ex tunc”), e os concernentes à quebra do vínculo não (“ex nunc”).

¹⁹⁰ Primeira linha: Leia-se “x” igual à soma dos efeitos material e processual.

¹⁹¹ Segunda linha: Leia-se “x” igual à soma dos efeitos material e processual cumulativos.

¹⁹² Terceira linha: Leia-se “x” igual à somatória de todos os efeitos do conjunto eficácia material e processual. E=eficácia material. E'=eficácia processual.

Qual seria, para a ciência do direito, a importância disto, de haver-se menos com a existência do que com a validade ou eficácia do fenômeno jurídico?

De tudo que já foi dito, percebe-se que o conceito do *ser* do fato jurídico é mais fechado, tudo é mais bem posto e, por outro lado, o conceito de inexistência é metajurídico, se bem que se sabe que o existir ou inexistir, por si mesmos, nada acrescentam ao mundo jurídico, nada mais nada menos porque é um conceito estático e injurídico.

O existir simplesmente, a validade e a eficácia, ao direito, associados às normas cogentes, de ordem pública, como se queira denominá-las, quando não operam, fora da jurisdição, transformação jurídica necessária para que se obtenham os efeitos previstos no ordenamento, cabe ação constitutiva. Diferentemente daquilo que existe e é válido e eficaz, com as particularidades já revisitadas, caso permita a lei a manifestação de vontade extrajudicial.¹⁹³

Noutra moldura, *valer e eficaz* já apontam numa outra direção: acenam para uma transformação do que já *é* e nessa sede se dão as relações humanas, assim como as jurídicas, indissociavelmente postas. Não há, portanto, liberdade no existir, que é de somenos importância, apesar de aparentemente a afirmação proclamar uma falsa incoerência, já que tudo vem depois.

Malgrado posições contrárias, fora que devem estar da dogmática jurídica, o sentido de existir ao direito é algo dirigido, mais acentuadamente no fato jurídico estrito senso da sentença, previamente, e apenas isso, se não se pretende que a inutilidade profane a ciência jurídica. Em um mundo de perfeições humanas, talvez não restasse espaço às normas jurídicas; sequer, também, à arte, como quis profetizar Piet Mondrian.

Tanto que, assim bem encartado, distorções não há quanto à natureza constitutiva, tanto quanto ao efeito declaratório do *antecedente lógico*, da sentença de separação judicial ou do divórcio. Sem deslembrar que a sentença de natureza declaratória reconhece a existência ou inexistência de relação jurídica, que é conceito do mundo jurídico; ou a falsidade ou a autenticidade de um documento, “portanto, a qualquer efeito vinculativo, ou extintivo, ou modificativo”¹⁹⁴.

¹⁹³ **PONTES DE MIRANDA.** *Tratado das ações*. Tomo III. São Paulo: RT, 1972, p. 10: “Se o interessado pode obter a constituição sem ser preciso que proponha ação, o que se há de entender é que a ação constitutiva não cabe, isto é, não há necessidade da tutela jurídica.”

¹⁹⁴ **PONTES DE MIRANDA.** *Tratado das ações*. Tomo III. São Paulo: RT, 1972, p. 7.

Documento posto a carga de juridicidade. Assim como falsidade e autenticidade. Não sendo, na realidade meros fatos, mas suportes fáticos, porque deve haver interesse jurídico em relação a eles.¹⁹⁵

Não se vem ao processo discutir se uma carta de amor é de autoria de ciclano ou fulano, meramente com essa intenção, exceto se houver nisso relação com o mundo jurídico, tanto para prevenir (ameaça), quanto para corrigir (lesão a direito), pois deve haver carga de juridicidade, fato de juridicidade ao menos.

Enfim, como se observou neste trabalho, não se vai à jurisdição discutir fato que não tenha obrigatoriedade, ao menos *in potentia*: fato de juridicidade. Que não se discute fatos brutos se torna a dizer. É preciso, no mínimo, o lampejo de juridicidade naquilo que se busca na jurisdição, que tem por função “dizê-la”, mesmo que seja o próprio direito processual a perfazê-la, quando não identifica, previamente, o interesse de agir ou em decorrência mesmo do exercício da tutela jurisdicional.

E se “direito” não há, o “dito” fica sendo o “direito”. Não se lhe permite dizer mais nada. Daí, então, mais intensamente, a constatação de ser o direito processual também substância.¹⁹⁶

Saliente-se que, em regra, como acontece em relação às nulidades, a nulidade do ato processual, princípio da abstenção do material, não atinge o direito material discutido, salvo se este

Por si, atribui efeitos negativos “materiais” à nulidade do ato processual. Só os atos processuais são atingidos, e a enumeração deles é taxativa.

Nenhum fato de direito material pode ser fundamentado de invocação de nulidade dentro do processo, salvo se consta do próprio pedido e a sentença tem de decretá-lo.¹⁹⁷

Não se deve, respeitando-se o que foi dito, baralhar os expedientes: efeitos são por autorização da eficácia, não são a própria. Dessa arte, então, há de vir que, mesmo em se atribuindo efeito de direito material a direito processual, este não se torna, nem um ao outro, aquele, pois que têm conjuntos eficácias distintos.

Num paralelo, grosso modo, o mesmo se diga com a dita sanção da nulidade: não há, no entanto, por se dizer efeito da sanção, negócio sanado, apenas se repete, com suporte agora eficiente, negócio jurídico tido insanável, substituído “ex novo”.

¹⁹⁵ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo V, Rio: Forense, 1974, p. 416.

¹⁹⁶ “Mas o ato processual, ele mesmo, tem forma e substância” (...) **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo III, Rio: Forense, 1974, p. 323.

¹⁹⁷ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo III, Rio: Forense, 1974, p. 322-323.

A repetição, sem rigor, se associa apenas ao plano da existência e não ao da validade ou eficácia, porque existem o ato inválido e o ato ineficaz no insanável. Não há efeito do novo sobre o anterior, o efeito jurídico brota apenas daquele.

Para robustecer o argumento, à vista de tais digressões, outra relação próxima da realidade do fato jurídico do término da sociedade conjugal seria: (direito material) = ação de constituição no plano material da existência do *antecedente lógico* + (direito processual) “ação” de constituição, no plano da existência, da validade e da eficácia do direito processual → divórcio = “efeito constitutivo” ou, como se prefere chamar, *efeito coadjuvante* de validação e eficacização do *antecedente lógico* ou *efeito disjuntivo* da sociedade conjugal.¹⁹⁸

Assim, não se constituem “efeitos jurídicos retroativos aos materiais” do que não se constituiu como direito previamente, do que não é, e não se diga que foram constituídos na sentença unicamente, em face da força executiva, coativa ou imunizante dela: os efeitos da sentença são outros, próprios (ação ≠ “ação”), mesmo que se complementem, de direito material e processual.

E só, tais que a eficácia está prevista em normas processuais e servem para “dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha o direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”¹⁹⁹.

Daí justificar-se o cognome de sentença de “efeitos constitutivos ou desconstitutivos”, e não que seja sua *natureza* constitutiva ou desconstitutiva porque “cria” direito material isoladamente, distintamente daquilo que se chama de *força da sentença* por “desconstituir ou “constituir” fato jurídico de direito material, que a sua natureza não é a mesma dos efeitos que impõe, sua eficácia é que pode ser declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva: a eficácia é poscedente à existência do fato jurídico material e não precisa ocorrer ao mesmo tempo ou simultaneamente como acontece ao fato jurídico processual.

Claro que os efeitos podem refletir bem a coisa, porque o móvel, o “comportamento”, dela diz muito, mas, em ciência, não se deve definir algo somente por seus efeitos, preciso ter-se a certeza da coisa em si mesma, ficando mais fácil, mais provável, daí, prever efeitos. É o que deve, pensa-se, fazer a ciência jurídica.

¹⁹⁸ Ação e “ação” são termos utilizados aqui no sentido ponteano de inflamação do direito e de remédio processual, respectivamente.

¹⁹⁹ **CHIOVENDA**, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol.1, Campinas: Bookseller, 1998, p. 67.

Enfim, a (des)constitutividade é aqui vista sobre o prisma de uma unidade (des)constitutiva material-processual, tendo em vista que passa a ser um *ente* (*ser+dever-ser*) independente da norma ou do suporte fático que lhe foi imprescindível. E não uma ou outra coisa isoladamente. A materialidade é *a priori* enquanto a processualidade é *a posteriori*. Em suma, a existência (“constituição” material) se dá *a priori*; e a processual, *a posteriori*, certificando a incidência, garantindo o conjunto eficácia pelo fato da eficacização da sentença, não seus efeitos²⁰⁰.

Num paralelo com a doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual, mesmo admitindo que “a constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico”²⁰¹, afirma que “quem constitui faz *mais* do que declarar e “quem somente declara não constitui”, arrematando, para justificar a distinção entre sentenças declarativas e constitutivas, que, “às vezes, há *maior* eficácia constitutiva, e são elas constitutivas, com efeito declarativo” e “outras vezes, é *maior* a eficácia declarativa, e são declarativas, com efeitos constitutivos”²⁰².

Colocando o eminente mestre que esse hibridismo, esses campos cinzentos existem na ausência de melhor classificação, porque se esbarra na natureza das coisas e “o mundo não é como *queríamos* que fosse”.

E arremata dizendo que o sentido de “declarar” posto nas sentenças constitutivas ou desconstitutivas está relacionado com o direito material, concluindo que *esse sentido “é o de dizer que já se constituíra, antes, alguma relação jurídica, em oposição a só se constituir agora”*²⁰³. Rui Barbosa levava a extremos tais premissas:

Rui Barbosa (*A Transação do Acre no Tratado de Petrópolis*, 50) aludiu à existência dos julgados “meramente declarativos”, distintos das sentenças constitutivas; porém não precisou – e então não podia fazê-lo, salvo com antecipação de décadas – se se referia a sentenças declarativas, propriamente ditas, ou a sentenças declarativas e sentenças com elemento declarativo. Apenas como que viu, de longe, esse elemento, quando disse que sentenças como as de divórcio, de interdição, ou de adoção (então, havia as cartas de adoção, ef. Ordenações Filipinas, Livro II, Título 56, pr., e Livro III, Título IX, §2, e Título 59, §11, e a esses julgamentos confirmativos é que havia de referir-se Rui Barbosa), embora não sejam declarativos, “o princípio geral de que o caráter das sentenças é declarativo subsistirá ileso”.²⁰⁴

²⁰⁰ A teorização sobre o conjunto eficácia foi feito no Capítulo VI.

²⁰¹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 56.

²⁰² PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 56.

²⁰³ PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 56.

²⁰⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. Tomo II. São Paulo: RT, 1972, p.17.

E isso reflete exatamente o que se vem dizendo, que a jurisdição, nas sentenças constitutivas, vincula sua atuação aos planos da validade e da eficácia do *antecedente lógico*.

Por outro lado, este trabalho edificou-se, também, na certeza de que se pode, como aqui se fez, ir além da “declaração *mais* constituição”, albergada por Pontes de Miranda, mas colocada por Liebman em contraponto a Chiovenda, tanto quanto ao lecionar que, nas desconstitutivas, cuja declaratoriedade antecede-a, não ultrapassa o simples motivo, a questão prejudicial, ou elemento computável do *decisum*.

Sem deslembrar que a classificação quinária ponteana das ações tem por base a predominância, força maior de um ou outro efeito, e não ausência. Aqui se diria do conjunto eficácia, que se confundiria com sua natureza jurídica no sentido ponteano.

Quatro conclusões. Primeira: a separação judicial por ser sentença constitutiva mantém ou mantinha uma *situação de fato* preexistente (efeito declaratório), *certificando-a*, que não poderia, por óbvio, alterá-la ou não mantê-la, ou seja, ou reconhece que há ou que não há ruptura da vida em comum para dar-lhe efeitos jurídicos. Não se poderia, em princípio, “apagar” a factualidade no mundo dos fatos por decisão; fatos são o que são.

Segunda: esse reconhecimento prévio vai transformar também o mundo jurídico, em face da força “desconstitutiva” que flui em nível dos deveres conjugais etc. Assim, certifica factualmente, válida e eficaz (e não efetiva) juridicamente, trazendo certeza jurídica a uma relação jurídica.

Ora, a declaração se presta justamente à existência de separação de fato ou ruptura da vida em comum, mesmo posta à carga de juridicidade não deixa de ser fato, factualidade, o que seria estapafúrdio o direito desprezá-lo em qualquer que seja a ficção jurídica.

Sendo assim, a jurisdição julga suportes fáticos, que são fatos valorados, não fatos brutos, o que não implica deixar de sê-los ou percam sua natureza por meio da juridicidade e deixe de julgar fatos. Os fatos nela não se diluem nem a juridicidade neles. Questão de ciência mesmo.

Pode-se, assim, alegar que não houve situação jurídica transformada? Claro que houve, pois o vínculo jurídico que ainda se mantém resta, agora, corroído, fragilizado, modificado, prestes a sucumbir, e o separado de fato, por sentença, passa ou passava a ser separado por direito e essa situação jurídica é, sem equívoco, nova, liberando dos deveres conjugais.

Aliás, toda sentença tem por fito trazer certeza jurídica, independentemente de ser dessa ou daquela eficácia, certificando a incidência normativa sobre os suportes fáticos que julga.

Daí é peremptória a conclusão de que uma sentença de natureza declaratória pode criar situação jurídica nova por *efeito*, e não só a desconstitutiva por *força*. Da sentença “constitutiva” da separação judicial resultaria: certeza da situação de fato + certeza da situação jurídica transformada, com predominância de constitutividade, na linguagem ponteana.

Terceira: a “sentença desconstitutiva” do divórcio direto não só certifica, em face do *antecedente lógico*, mas também leva ou levava coadjuvadamente seus efeitos aos da separação, mantendo ou bicertificando a situação de fato anterior e atribuindo novos efeitos jurídicos à situação jurídica precedente, se os efetiva ou não, volve ao plano sociológico do direito, porque as partes podem manusear, em comum acordo, os efeitos, não a eficácia; no caso há predominância de constitutividade, na linguagem ponteana.

E observe-se que a prestação jurisdicional independe de haver situação de dúvida, nem relativamente à jurisdição ou às partes; na separação consensual ou no divórcio direto, o que a jurisdição faz é certificar a concreção do suporte fático abstrato da norma, não repele, a rigor, uma situação duvidosa, pois, em hipótese, a incidência deve coincidir com a aplicação.

A declaratividade, para o mundo jurídico, funciona como certeza jurídica de que *é* ou não, o que não implica um contraponto à dúvida jurídica, sendo a incidência incondicional.

A premissa de que há dúvida entre as partes porque provocam a jurisdição é falsa, só a conclusão é verdadeira, que certifica, pois a dúvida pertinente ao direito, em relação as partes, deve ser objetiva e se é objetiva, na realidade, não o é dúvida para o juiz (art. 126, CPC): o Judiciário não é órgão de consulta.

A certeza que a jurisdição traz ao mundo jurídico não tem como correlato, por óbvio, uma situação de dúvida subjetiva, mas de verificação de correspondência dos suportes fáticos, verossimilhança, verdade possível, porque seu papel é “dizer” o direito, haja ou não dúvida.

Quarta: Da “sentença desconstitutiva” do divórcio resulta: nova certeza da separação de fato + certeza da situação jurídica nova. Portanto irrelevante dizer-se que a “sentença constitutiva” certifica e efetiva (mas valida e eficaciza) o direito

potestativo, enquanto a sentença declaratória traz apenas uma certeza jurídica.²⁰⁵ A sentença declaratória tem eficácia declaratória, portanto, integra os efeitos do fato jurídico que certificou; quer dizer, atua no plano da existência do direito material coadjuvadamente, mesmo porque a eficácia do direito material, neste caso, é regulada totalmente por este.

De tudo que aqui se tentou explicar, resta a ilação de que a sentença constitutiva de separação ocorre ou ocorreria sempre em duas etapas, relativamente à “constituição” do *antecedente lógico* no plano existencial como elemento complementar do suporte fático ou da eficácia do fato jurídico extintivo do casamento:

A primeira em que as normas de direito material incidem para criar o *antecedente lógico* que se integra ao suporte fático do fato jurídico a “desconstituir”, a que Pontes de Miranda chamou de “declarar, no sentido processual, é menos e mais do que isso; é não condenar, não-constituir, não-executar, não-mandar; mas, apenas, enunciar, autoritativamente, que *existe*, ou que *não existe*”²⁰⁶ (plano processual); e firma: “Na constituição, também se interpreta e aplica lei, e também se pode errar; mas, em tal caso, o erro é no plano declarativo, e não no constitutivo, que vem, logicamente, após aquele e nele está, *ex hipótese*, o *decisum*, tendo sido a declaração (1) simples motivo, ou (2) questão prejudicial, ou (3) elemento computável do *decisum*”²⁰⁷.

Nessa etapa, direito material e processual se completam, para, juntos, “constituírem” o *antecedente lógico*; portanto esse “declarar” processual do *antecedente lógico* não lhe “constitui” no plano da existência material, mas lhe reconhece a incidência processualmente (coisa julgada material, se de carga não inferior a 3 (três).

Ressalvando que não há plano constitutivo, muito menos dentro do plano declarativo, o que se declara é que há ou não incidência, conseqüentemente, fato jurídico, aí se poderia falar em constituição de fatos jurídicos, cujos suportes fáticos foram suficientes (mas o plano é o da existência material do *antecedente lógico*).

Se, por outro lado, se formou deficientemente, há que se decretar sua invalidade (atingindo o plano da existência, pois se o nulo e o anulável geram efeitos não se pode dizer que é inexistente, mas que existe inválido); se nulo, há que se desconstituí-lo, o ato, (plano da existência, mesmo que gere efeitos, e que também existe nulo).

²⁰⁵ **DIDIER JR.** Braga, Paula Sarno.Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 2.^a ed., Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 329-333.

²⁰⁶ **PONTES DE MIRANDA**. Op. cit., p. 56.

²⁰⁷ **PONTES DE MIRANDA**. Op. cit., p. 55.

Se anulável, apenas pode haver desconstituição do fato jurídico que já se encontrava no plano da existência e no da eficácia (decretação de anulabilidade, aí cabe também, se pedido, a desconstituição dos efeitos). Se anulável, mas sanado, a sanção vai constituir o ato em validade. Não se podendo concluir, a rigor, que essas desconstituições ou constituições, porque atingem o plano da existência, que possa se dizer que o ato inexistiu. Não há, a rigor, um plano constitutivo. Sem deslembrar que há nulidades que se convalidam para sempre e que geram efeitos para sempre. Só há três planos do fato jurídico: o da existência, o da validade e o da eficácia.

A segunda em que se prolata a decisão “de eficácia desconstitutiva”, mas que se entende aqui só atingir o plano da validade ou da eficácia, a que Pontes de Miranda deu o caráter de criar o próprio direito material, ou seja, atingindo o plano da existência pelo revestimento da sentença ao seu conteúdo, a gerar o próprio direito material e afirma que se deve entender, relativamente aos que chamam “declarar” ao invés de constituir, que “esse ‘declara’ está aí no sentido de direito material, que é o de dizer que já se constituíra, antes, alguma relação jurídica, em oposição a só se constituir agora”²⁰⁸, sendo, para Pontes, apenas troca de sentido de constituir por declarar, que rejeita, e, neste trabalho, ocorre com a concreção dos suportes fáticos materiais, extraprocessualmente, que não na sentença.

Ou seja, declarar que se “constituiu” materialmente mais declarar que se “constituiu” no processo é o que faz a sentença declaratória, sem constituição de situação jurídica nova até agora. Nas (des)constitutivas “declara-se” (que é o constituir-se de direito material) mais o “declara-se” (enunciação, sentido lingüístico, de direito processual, que equivale a constituir-desconstituir) resultando, em outras palavras, que esse primeiro declara é de referebilidade material, de pura constitutividade material, no sentido já colocado e o segundo “declarar” a constituição ou desconstituição processualmente é apenas no sentido enunciativo, portanto, o eminente doutrinador não admite, tecnicamente, o termo “declarar” na constituição, com o que se concorda, exceto no aspecto exclusivamente enunciativo, com os aspectos já postos.

Para Pontes de Miranda, então, o divórcio resultaria da eficácia derivada do elemento declaratório mais a eficácia derivada do elemento constitutivo, ambas em termos de direito processual, predominando o segundo.

²⁰⁸ **PONTES DE MIRANDA.** *Comentários ao CPC.* Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 56.

Porém, neste trabalho, o que se quer dizer é que, nas sentenças constitutivas, o direito material se “constitui”, e não é simplesmente enunciado lingüisticamente como declaração, ou dependa do enunciado “declaratório” processual, no sentido de criação do *antecedente lógico*, mas apenas de constituição em validação ou eficacização.

Por isso se dizer que essa constituição processual do *antecedente lógico* é validativa ou eficaz, portanto, complementar de suportes fáticos ou de eficacização, resultado da complementação, por constituição, da eficácia da sentença, que, somadas essas duas etapas, “ipsis litteris”, resulta na constituição ou desconstituição do direito material, com as particularidades já colocadas.

Isso tudo, também, é remanescente do pensamento ponteano, e diga-se correto, quando difere força ou efeito da coisa julgada material e sua eficácia constitutiva, coisas distintas.

Evidentemente, esse conjunto eficácia (E) perfaz uma força, que não pertence a um só dos elementos-efeitos do conjunto “{n}”, mas seria aquela cuja irradiação dimana do conjunto eficácia preponderantemente, constituindo situação jurídica nova mais que declarando em face da força jurídica que a “sentença constitutiva” tem de transformar o mundo jurídico eficacizando-o, porque a função da sentença é eficacizar e não é à toa que a denominação ponteana é dada por eficácia declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva.

Para que não sobreleve nenhuma dúvida sobre a posição que se escolhe, de que às “sentenças constitutivas” não geram direito material isoladamente, ou seja, pelo fato jurídico exclusivamente processual, posição destacada em Pontes de Miranda, quer se deixar bem claras duas premissas já inadiáveis.

Primeira: A posição do eminente doutrinador considera que, em relação às “sentenças constitutivas”, a regra processual dessas sentenças é regra de forma que basta por si mesma para a criação de direito material. Destacando que há outras regras de forma, como as que determinam o modelo do ato negocial de um contrato, que é de direito material.

Aclarando mais o raciocínio ponteano: no divórcio, a desconstituição de direito material se daria por regra de forma de direito processual, inadmissível, na linha

do grande mestre, que fosse por regra de direito material, já que precisa de sentença, suporte fático²⁰⁹. Ponto óbvio por observância literal do art. 1. 571, IV, CC.

Assim, implica dizer que a regra de fundo, imprescindível ao caso, é de direito material. O problema, em se admitindo simplesmente essa hipótese para o divórcio, é que a sentença (sem deslembrar que o divórcio hoje não só se dá por sentença), que é suporte fático do término do casamento, seria também regra de fundo, uma vez que afirma que a constituição do direito material se dá na sentença e que assim ela “criaria” o próprio direito material com sua força constitutiva, portanto, a sentença não só revestiria com sua forma, já que houve criação por ela constituída, mas resultaria do enchimento dos elementos materiais nela contidos, componentes da substância material colacionada e, assim, seria apenas invólucro, e não haveria de se entender que a norma, de direito material, do art. 1. 571 incidiu sobre a sentença (divórcio), que já seria também fato-conteúdo, substrato, suporte fático (?). Claro que sim.

Tal confusão levar a pensar que prevaleça forma processual sobre conteúdo material, uma vez que se poderia concluir que se tal norma incidiu sobre o conteúdo da sentença (e não sobre a própria sentença como ato processual), apenas confirmaria a premissa que se defende, porque se deve ter em conta a incidência da norma que colocou a sentença como suporte fático e não o próprio suporte fático (que é a sentença mesma), a criar direito, como na hipótese analisada. Tal raciocínio é plenamente aplicável para qualquer hipótese constitutiva, como a uma das mais, poder-se-ia dizer, redundante, caso da adoção.

Essa idéia parece um contra-senso com tudo aquilo que foi posto, caso não se fizesse um apanhado sistemático de normas outras que não só a do art.1.571, IV, CC, sem deslembrar que o conteúdo que a sentença vincula não lhe pertence, ainda mais a se pensar que a última incidência foi a de direito material e não a de direito processual. Mais uma razão para se convolar o mecanismo descrito.

Do contrário, resultaria uma celeuma enorme entre forma e fundo (conteúdo): Ou seja, o elemento declarativo, no plano processual, “constituiria” o *antecedente lógico* na desconstituição do vínculo conjugal no plano do direito material.

E em assim sendo o magistério ponteano, tomado *ad litteram*, restaria que as sentenças constitutivas, que por si mesmas constituem direito material, o fazem apenas porque lhe dão forma. Forma e fundo de direito material independem da forma e

²⁰⁹ **PONTES DE MIRANDA.** *Tratado das ações*. Tomo III. São Paulo: RT, 1972, p. 10: “A sentença só é constitutiva se a decisão do juiz é elemento do suporte fático do exercício do direito formativo.”

fundo de direito processual no plano da existência. Nesse plano, as duas se integram, não se põe uma em lugar da outra. Certo que não há forma sem conteúdo. Conotação sem denotação anterior. Interpretação sem compreensão anterior etc., o que não se pode é embaralhar todas elas, porque compõem uma estrutura de elos em cadeia.

Para a sentença, dar-se forma é existir, ser publicada, e o conteúdo, que pode ou não haver, que vincula, é de direito material, que não se torna processual em face do vínculo, nem a forma processual que se integra à nova situação jurídica do casamento com o divórcio vai implicar a “criação” de direito material processualmente, porque aí se teria de admitir que o direito material fosse incapaz de dar-se forma e fundo, ou a inutilidade da forma material, ou mesmo da incidência reveladora (incidência abstrata, deôntica) em composição com a eficácia jurídica (incidência concreta). O problema de forma, no sentido que se defende, é questão de validação ou eficacização do direito material.

Para deixar bem clara a posição aqui assumida, entenda-se que, quanto ao plano da existência material do *antecedente lógico*, nele é que se constitui ou desconstitui direito material, sem que dependa de regra de forma de direito processual, em que sua processualização é revestimento que não o “cria” nem o “descria”, mas é condição de validação ou de eficácia, embora Pontes de Miranda ensine que

O que vai ser processual realizar-se-á dentro do processo. O que é de direito material continua preso, lá fora, a esse direito (procuração judicial, consentimento do marido para a mulher estar em juízo ou da mulher para certos pleitos do marido). O ato processual de revestimento é, na maioria dos casos, a *homologação* (e.g., Código de Processo Civil, arts. 269, III, e 1.097). A homologação é expediente de *processualização* (ou de *estatalização*, se empregarmos a expressão ‘processo’ em sentido amplíssimo que abranja o processo do Código de Processo Civil e o dos juízes arbitrais.²¹⁰

A forma da sentença (relatório, fundamento, dispositivo etc.) coincide com sua existência e só ocorre no exato momento em que é publicada, passando a existir como tal. Sentença também é substância de direito, independente do conteúdo material. E também é ato formal. Em outros termos, a regra da forma de um contrato pertence ao direito material, assim como a de fundo, mesmo que intervenha a jurisdição para eficacizar ou validar.

E mais: “Cumpre não confundirmos regras de direito material e *regras sobre o conteúdo*, bem como regra de direito formal e *regra de forma*. A regra sobre

²¹⁰ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo III. Rio: Forense, 1974, p. 17.

forma dos negócios jurídicos de direito material é de direito *material*, e só raramente processual (e. g., sentença constitutiva, jurisdição voluntária constitutiva)”²¹¹. Neste trabalho não se vislumbram tais raras exceções.

Segunda: Daí que a sentença como suporte fático do término do casamento é regra de forma indiscutivelmente, mas não para servir ao plano de existência do direito material. Tal concepção problematizada consiste em se pensar ou fazer a diferença de que o constituir-se fato jurídico material (existência do *antecedente lógico*) ainda não é o constituir ou desconstituir processual, que o faz quanto à eficácia constitutiva material, sem prejuízo do plano de existência.

Assunto por demasiado deflagrador de controvérsias por suas idiossincrasias, no entanto, a colocação de Pontes de Miranda é terminantemente iluminadora:

O efeito constitutivo suscita problemas sutis e dignos das boas inteligências, pela constitutividade mesma que pode nascer do direito material e projetar-se no direito processual, utilizando-lhe a forma e o próprio ato do juiz. Infelizmente, os legisladores do Código não tinham vivas as noções de direito material e formal, o que nos aumentou o trabalho de interpretar e construir.²¹²

Não se quer aqui, como se anota, e serve como alerta aos mais céticos, sustentar-se a declaratividade da desconstituição, como o faz Chiovenda²¹³, ou a da invalidade, porém, e disso não se abstém, de recortar mais a estrutura do fato jurídico e suas inter-relações estruturantes, senão colocar os pontos sobre os ii. A saber, também, a relação

norma jurídica



suporte fático = fato jurídico → eficácia jurídica,

dada por Marcos Bernardes de Mello²¹⁴, ainda não é suficiente para representar a realidade do fenômeno jurídico em seus três planos.

²¹¹ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. 51.

²¹² **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. 90.

²¹³ **CHIOVENDA**, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol.1, Campinas: Bookseller, 1998, p. 244.

²¹⁴ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74 e **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, nota 57, p. 29 e p. 10.

A relação da “Figura 1”, aqui elaborada no “Capítulo II”, representa apenas a entrada do suporte fático no mundo jurídico, sua concreção suficiente. Se daí em diante vai ou não ser válido ou gerar efeitos é outro problema que a relação não destaca. Então, para usar uma imagem lógica que pudesse dar conta, ao menos em parte, do “tráfego jurídico” em seus planos, elaborou-se a Figura 5 abaixo.

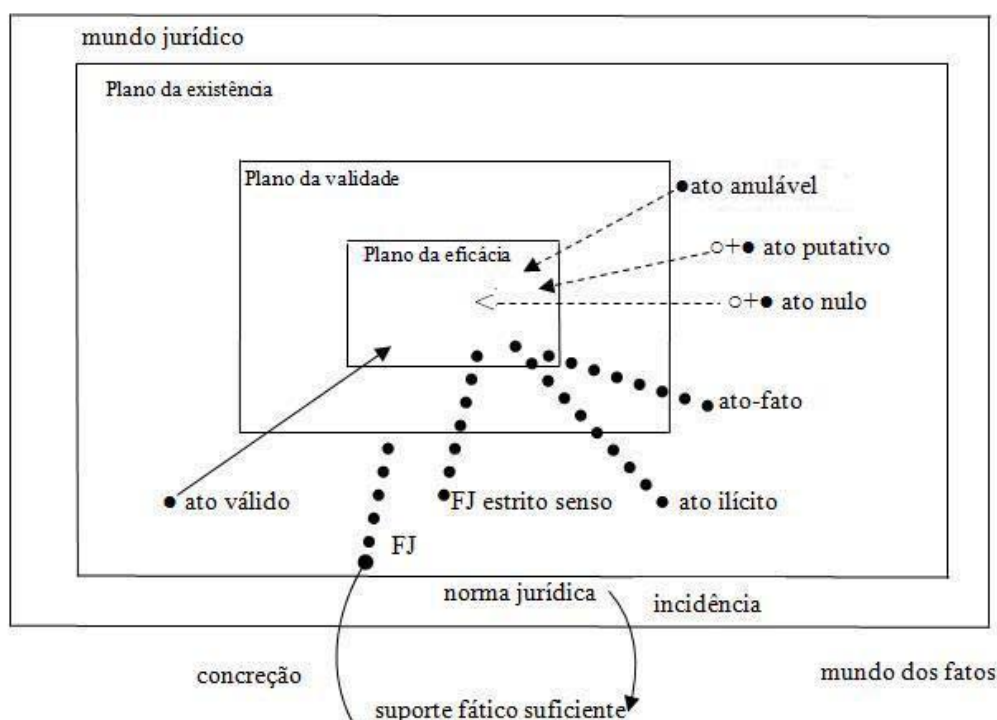


Fig. 5. Fenomênica do fato jurídico ponteano sem interferência judicial.

Tenha-se que “FJ” = fato jurídico; “●” = existente; “○” = nulo; “▶” = efeito (jurídico/normativo); “>” = sem efeito; “----” = invalidez/deficiência; “—” = válido. A finalidade dos fatos jurídicos é criar efeitos, por isso, na representação, todos buscam o núcleo (plano da eficácia), mesmo que não atinjam sequer o plano da validade. A concreção e a incidência representam-se por uma curva cheia, para distinguir da reta cheia, que tem significado distinto. O serrilhamento ou ponteamento, na passagem de plano, implicam que não lhe tocam. Observação: Sob o ponto de vista da teoria da eficácia desenvolvida no Capítulo VI, “▶” e “>” seriam ambos conjunto eficácia e não efeitos, sendo “>” conjunto eficácia vazio.

...

PARTE 2

ASPECTUALIDADES²¹⁵ DO FATO JURÍDICO DA SENTENÇA

²¹⁵ Aspectualidade no sentido de uma produção jurídica, adaptado da idéia de aspectualidade proposta por **GREIMAS**, Julien e **FONTANILLE**, Jacques. *Semiótica das paixões*. São Paulo: Ática, 1993, p. 15, cujo sentido é de “um emaranhado de processos”, de produção.

CAPÍTULO IV

Natureza jurídica da sentença

Nada se põe no mundo jurídico sem a conduta humana, sem a linguagem, diferentemente do mundo dos fatos. A vontade egoística tem como seu correlato o dever ser, que contém a força de mãos próprias. Já o mundo jurídico traz à tona, com seu método idealizante, o seu professar conteudístico do *ser* e do *dever-ser*. Este não contém àquele, mas, quando agregados, adquirem força proposital, numa soma de esforços com os quais exalam suas substâncias. Cada um a realizar determinado intento para o qual foram concebidos. São uma unidade, portanto, como o é o fato jurídico, indissociáveis, mas sem se confundirem, independentes, autônomos, e sem perderem suas próprias finalidades. Diríamos, grosso modo, que esse microcosmo jurídico tem relação de pertinência, em nível mesmo de pele, membrana, invólucro em que se permeia, filtra-se o que deve ou não ser processado pelo núcleo, a isso se chama de Constituição; e ao núcleo de fato jurídico.

Permita-se, nessas breves considerações, expor as lições de Irineu Strenger:

Freqüentemente assistimos os especialistas em disciplinas particulares marginalizarem a questão, sob fundamento de que o assunto desborda de sua competência, pois tal estudo por seu *abrangimento* geral entre apenas no âmbito jurisdicional do jusfilósofo.

Contudo, trata-se de posicionamento defeituoso, a partir da concepção de que não há jurista no pleno sentido do termo, sem os pressupostos formativos da filosofia do Direito, e a ausência de estudo sistemático dessa questão é grave lacuna da literatura jurídica.

(...)

Nossa primeira e constante aspiração é saber o que são as coisas, através do que indagamos a propósito daquele que a experiência nos oferece: o que é? A resposta a esta interrogação é a *definição* da coisa.

É-nos, contudo, impossível discernir imediatamente o que uma coisa é, mediante ato de apreensão único, porque o termo de nossa primeira captação é vago, defeituoso, indeterminado, impondo-se reiterados esforços do nosso conceito inicial, preencher o vazio e determinar caracteres.²¹⁶

²¹⁶ **STRENGER**, Irineu. *Direito moderno em foco*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 304.

Corroborando o acima trasladado com o magistério de Miguel Reale, tenha-se que

Estruturas-modelos, compreendidos em seu valor próprio e em função da totalidade do ordenamento, poderá abranger, em toda a sua diversificação dinâmica, as múltiplas modalidades de determinação ou de revelação jurídicas conaturais à moderna sociedade plural.²¹⁷

E arremata Strenger: “Pensamos que realmente há necessidade sempre de se conciliar uma certa invariabilidade das coisas em relação ao seu devir permanente.”²¹⁸

1. Ideomotricidades constitucionais.

Não se pretende trazer à luz classificações ou esmiuçar a estrutura jurídica da atual Constituição brasileira, tampouco estudar a contento seus elementos, objetivos etc., mas destacar uma noção básica e geral, fundamental e apropriada para este trabalho.

A lição de José Afonso da Silva é de que é

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.²¹⁹

Por outro lado, não se poderia imiscuir de falar que o Estado brasileiro tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art.1.º, CF).

E, muitas vezes, na ausência de norma expressa, a jurisdição vai buscar seu supedâneo de decisão até mesmo nos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, que é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e

²¹⁷ REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 167.

²¹⁸ STRENGER, Irineu. *Direito moderno em foco*. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 308.

²¹⁹ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37-38.

regionais; e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação (art. 3.º. CF).

Não que seja tudo retórica, diante das realidades nacionais, mas, como já se disse, o direito é algo idealizante por método e, inaceitavelmente, constitucionaliza simbolicamente, numa atitude que descarta uma maior integração entre a Zetética e a Dogmática, a querer resultar inconciliável uma lógica jurídica extensional-intencional.

Assim, se bem se raciocinar, toda essa imensa empreitada é dividida, dando a cada um deles funções e especificidades, apesar de lá e aqui, as tarefas se identificarem: Ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário. Aqui interessa este último.

Dividir tarefas não é dividir soberania, esta é uma unidade pertencente à República Federativa do Brasil, nem se distribui, tampouco, parcelas de soberania, simplesmente ela é exercida em conjunto, porque os três poderes são uma unidade indissolúvel.

Ora, se o Legislativo faz as leis, como atividade principal, posto tudo que já se explanou, o Executivo não as aplica, em face de que a incidência normativa é algo que não depende de “vontade” estatal ou humana. A matéria existe. A incidência cai sobre o fato concretizado. É inevitável.

E o “dizer” se incidiu ou não a isso se reservou o Poder judiciário como atividade principal. Ao Executivo, funções várias: de cumprir o comando judicial, de administrar interesses públicos, de organizar, administrar e construir a sociedade segundo aqueles fundamentos e objetivos constitucionais etc., tudo sob a égide da lei e da Constituição, e qualquer dos três Poderes a ela se submetem.

Todos os Poderes, dessa forma, precisam ajustar-se ao labor concedido constitucionalmente, fazendo-se necessário que respeitem o sistema constitucional, devendo-lhe obediência, com todas as normas que lhe são inerentes e que lhes constituíram.

Portanto, as regras para a criação legislativa e as de atuação executiva estão postas na Constituição, assim como as do Poder Judiciário. Porém, a lei federal tem sua substância extraída do texto da Constituição Federal; a estadual, da Constituição Estadual e Federal.

A municipal, da Lei Orgânica do Município, produto prioritário legiferante, com a qual cumpre papel constitucional, que revela também o modo, a forma com que age ou exerce seu poder, ou seja, de como se manifesta em face de sua principal tarefa o Município.

O próprio Executivo, cuja mais importante forma de manifestação é o decreto, tem também sua substância extraída da Constituição.

Ora, se tudo isso está bem certo, falta, agora, saber de que se extrai o provimento jurisdicional (sentença, sentido estrito, que é o que interessa à pesquisa).

Em caso de ser a resposta a norma infraconstitucional (art. 162, CPC), o problema fica facilmente dirimido. Em sendo assim, parece estranho que exista uma substância produzida, legislante e executiva, bem posta constitucionalmente, e, de outra sorte, não aconteça o mesmo com a sentença, magma maior produzido pelo Poder Judiciário, que é seu monopólio, salvo a sentença arbitral, também por autorização constitucional, mas que, essencialmente, é a forma mais destacável de como se expressa perante as relações jurídicas, até mesmo antes de acontecerem, como é o caso do controle concentrado.

Sabendo-se que os três poderes representam uma “vontade” unitária, com base na soberania, pode-se concluir que há uma “vontade” executiva que se manifesta por decreto, uma legislativa por lei e uma judiciária por sentença, a somatória dessas “vontades” configura uma “vontade” única, que é a da República Federativa do Brasil.

No caso de atuação da soberania, essas três “vontades”, que são uma, se desmembram em uma “vontade legislativa, estampada na norma existente e vigente, incidente no caso em concreto, de que decorre o comando da “vontade” judicial, configurada na sentença trânsito, resultando na manifestação da “vontade” executiva, cumprindo o dispositivo da sentença.

Não há como negar que a unidade da “vontade” estatal foi mantida, nem que ela emana da Constituição, portanto, sua natureza é constitucional, tanto que a Carta Máxima é expressa em proclamar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (art. 5.º, XXXV, CF). E como já se disse, se não há “direito”, “o dito fica sendo”.

2. Conceito jurídico-constitucional da sentença.

Daí se poder dizer, preliminarmente, que sentença²²⁰ é o simulacro²²¹ da vontade estatal manifesta pelo procedimento dela legitimante, ativado jurislativamente.

²²⁰ **BOBBIO**, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 149: a “norma jurídica é aquela que, independentemente da forma que assuma, do conteúdo que possua, do fim a que se proponha, é estabelecida pelo poder soberano, ou seja, por aquele poder que em uma dada sociedade não

Portanto, não seria o meio de execução a definir sua natureza jurídica e, nesse raciocínio, então, está essa vontade em nível constitucional, uma vez que a própria Constituição adotou a reserva da cláusula jurisdicional, pondo inafastável qualquer lesão ou ameaça a direito, e a resposta à ameaça ou à lesão dar-se por sentença, “vontade” manifesta do Poder Judiciário.²²²

E, além disso, comporta aquele mecanismo ao qual se referiu no Capítulo II, levando sua força ao fato jurídico material, e independentemente disso também é fato jurídico processual, e isso é substância de direito.

Sendo, ressalte-se, o incluir-se a dimensão política na definição, em termos constitucionais, para os que vêem a dimensão política a desconfigurar o jurídico, saiba-se que o político-constitucional também integra o ordenamento jurídico constitucionalmente; portanto, a definição é jurídica, em nível de ordenamento, pois seu viés político-constitucional nele está ínsito. Prescindível, assim, a distinção. O mundo jurídico seria, então, fundado por um vetor extralógico, a Constituição.

De outra feita, a tese de ato de “vontade” estatal não leva a nenhuma incongruência com a teoria constitutivista (teoria unitária), porque seria corolário da teoria declarativista da jurisdição (teoria dualista). Não se trata disso.

No dizer de Calmon de Passos “são coisas distintas o direito à prestação da atividade jurisdicional, direito a uma resposta do juiz à postulação que lhe é dirigida (...) e o direito ao bem da vida (...).

Mas a pretensão à prestação da atividade jurisdicional, que se formaliza com o processo é, por seu turno, um bem da vida, uma vantagem, objeto de um *outro* direito²²³ subjetivo²²⁴ público, constitucionalmente assegurado a todo e qualquer sujeito de direito, pelo ordenamento jurídico”^{225 226}.

é inferior a nenhum outro poder, mas que está em posição de dominar todos os outros. Uma norma é sempre uma expressão de poder.”

²²¹ “Entenda-se simulacro como uma imagem sem semelhança, construída sobre uma disparidade, sobre uma diferença, interiorizando uma dissimilitude. O simulacro, que não é cópia, reprodução ou simulação, inclui em si o ponto de vista diferencial, o observador faz parte do próprio simulacro.” **DELEUZE**, Giles. *Op. cit.*, p. 263-264.

²²² “Sentença é ato estatal. Como ato de tal natureza, tem força que é acima dos atos de direito privado...” **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 89.

²²³ “(...) É por isso uma concepção anti-histórica e errada a de que os direitos, em sentido subjetivo, não sejam senão resultado do direito, em sentido objetivo.” **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, versão condensada pelo próprio autor. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 81.

²²⁴ “Para início de conversa, a expressão ‘direito objetivo’ não designa uma subclasse, mas todas as classes dos entes (*idest* as normas) que estão incluídos no universo a que se refere a teoria do direito. Além disso, a expressão ‘direito subjetivo’ designa uma subclasse cuja subclasse contraposta não é a que se designa pelo nome de ‘direito objetivo’, mas aquela a que comumente se atribui o nome de ‘obrigação’ ou ‘dever’ ou similares. De um lado, não existe coisa alguma que não seja direito objetivo; de outro, o

3. Sentença como ato de fala.

Toda sentença é também “sentença declarativa (lingüisticamente)”, além de um ato ilocucionário, um proferimento performativo (porque “o fato de dizer alguma coisa faz com que isso seja verdade”²²⁷)²²⁸, que é governado pela intencionalidade (presumida ou não, do próprio sistema), seus efeitos (do *dever-ser*) já o são atos perlocucionários, para usar a terminologia criada por Austin²²⁹, estes se relacionam com as conseqüências ou com os efeitos de nosso agir, e, também como aqueles, são atos de fala, a menor unidade completa possível de comunicação lingüística humana sempre que falamos ou escrevemos²³⁰. Assim como a sentença é uma unidade (*ser+dever-ser*).

O tipo de finalidade do ato de fala declarativo “é provocar uma mudança no mundo, representando-o como tendo sido mudado. (...) As declarações se destacam entre os atos de fala pelo fato de só fazerem mudança no mundo em virtude da realização bem-sucedida do ato de fala.”²³¹ Por isso a força da coisa julgada material no elemento declarativo de que fala Pontes de Miranda: *fala* é anterior a *langue*.

E todas as finalidades do ato de fala (assertiva, diretiva, compromissiva, expressiva, declarativa) podem ser executadas declarando que o estamos executando. Questão de ciência lingüística, não de jurídica.

Searle ensina que “na realidade institucional”²³² a linguagem não é usada meramente para *descrever* os fatos mas, de modo estranho, ela é parte constitutiva²³³

que não é direito subjetivo não é o direito objetivo, mas, sim, a obrigação.” **BOBBIO**, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Editora Manole, 2007, p. 143.

²²⁵ **CALMON DE PASSOS**, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed., vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 20.

²²⁶ Fica-se, contudo, com a idéia de direito subjetivo proposta por **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: RT, 1974, p.51-56: “O direito subjetivo é todo direito de que a regra objetiva dota os sujeitos de direito, conferindo-lhes projeção própria, atuação voluntária ou não.” “O direito subjetivo é ‘individualização’ da posição jurídica, o reconhecimento de alguém, a quem o direito objetivo concede ou reconhece tal posição, pode *invocá-lo*, não como sujeito ativo (a titularidade objetiva também o pode, como se reclamo aos guardas do jardim a livre abertura dos portões, ou quanto a automóvel que embarça a entrada), e sim como sujeito ativo em que o direito se presenciou, fazendo-se ‘linha’, em vez de uma das linhas indefinidas da superfície, e se localizou, tornando-se ‘invocável’ e ‘realizável’ na espécie individual.”

²²⁷ **SEARLE**, John R. *Mente, linguagem e sociedade*. Rio: Rocco, 2000, p.108.

²²⁸ Com as ressalvas já feitas de que não existe “verdade formal ou material”.

²²⁹ **AUSTIN**, J. L. *How to do things with words*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1962. (Ed. Brasileira Quando dizer é fazer. Porto alegre: Artes Médicas, 1990.)

²³⁰ **SEARLE**, John R. *Mente, linguagem e sociedade*. Rio: Rocco, 2000, p. 127.

²³¹ **SEARLE**, John R. Op. cit., p. 137-139.

²³² Em que também se pode colocar o Direito.

dos fatos”, isso porque expressamente admite que ela cria *parcialmente* um fato. Mas a linguagem já é um fato.

Por sua vez, frise-se, que ela (a sentença como linguagem jurídica) ao participar da produção de fato jurídico material, necessariamente engendra aquele mecanismo que já se colocou (não confundir com o fato de ela própria ser fato jurídico processual, *feito* com sua publicação etc., e ora o legislador permitir seu desfazimento de fato jurídico processual (art. 486) nos moldes do fato jurídico material, e ora a equiparar à “norma” individual (art. 468).

A equiparação do art. 486 pode ser explicada no sentido de que se obtenham certos efeitos: quando a jurisdição homologa a incidência da norma sobre seu suporte fático não verifica se incidiu ou não a norma material, apenas homologa.

Quanto à equiparação à norma individual, peca por confundir o conceito de norma, conotando ou que deveria denotar (o abstrato e o geral), e o de fato jurídico, resultado da incidência normativa.

É certo que fatos jurídicos não incidem e sim a norma, conseqüentemente, tal articulado ainda está impregnado daquela idéia de ser a sentença uma “norma” entre partes, em face da força vinculante, da autoridade da sentença, assim como o direito privado por demais já o foi da idéia de que o contrato é lei entre as partes (“*pacta sunt servanda*”), em face, também, da força vinculante.

São resquícios de doutrinas que repousam num passado distante, já transpassadas pela modernidade. Nem a sentença é norma individual, porque se o fosse, não seria nem em sentido formal, tampouco em material, similar ao que ocorre às normas jurídicas. Ou por conta da coisa julgada, que se quer se sustenta à nulidade, ou à rescindibilidade, ou mesmo a ineficácia.

Muito menos seria o negócio jurídico lei entre as partes. Se norma produzisse eficácia jurídica, seria fato jurídico no sentido que já se colocou. E fato jurídico normativo é expressão que atenta tanto à lógica quanto à dogmática, à ciência do direito, à linguagem do direito: a normatividade é jurídica porque engendradora no ordenamento, mas entra como eficácia legal (eficácia diferente de fato jurídico), como fundante para a eficácia jurídica. A norma, portanto, é a película que circunda o mundo

²³³ Diz Searle: “As regras do xadrez não são como regras de trânsito. Pelo contrário, a própria possibilidade de jogar xadrez depende da existência das regras de xadrez, porque jogar xadrez é agir de acordo com pelo menos um determinado conjunto considerável de regras de xadrez. Chamo tais regras de ‘regras constitutivas’ porque agir de acordo com as regras constitui a atividade regulada por elas.” SEARLE, John R. *Mente, linguagem e sociedade*. Rio: Rocco, 2000, p. 115.

jurídico, pela qual precisa passar o suporte fático suficiente para que surja o fato jurídico. Lei e norma, também, têm conceitos bem nítidos na ciência do direito, não se devendo, pois, usá-los indiscriminadamente.

Nesse raciocínio, Manuel Atienza, em estudos sobre silogismo teórico e prático, demonstra que quando a passagem das premissas à conclusão não é necessariamente feita, sendo apenas plausível ou provável, às vezes chamada de argumentos indutivos ou não dedutivos, não se deve entender como do particular para o geral, mas trânsito do particular para o particular.

A exemplo (relativamente ao direito penal) de que não se deve considerar um fato provado aplicando-se às regras de experiência ou por que seja altamente provável, mas por ser certeza absoluta, em face do *favor rei*, mostrando seu caráter fortemente institucionalizado.

E afirma que o silogismo judicial conclui com um enunciado normativo que estabelece que “A” e “B” devam ser condenados, ao passo que na sentença (ato perlocucionário) não só se diz, mas se condena, passando do plano do discurso para o da ação. Extraíndo-se a ilação da diferença entre o enunciado performativo ilocucionário (norma) e o performativo perlocucionário (sentença).²³⁴

Mas o que faz, decerto, com que declare, certifique, reconheça, imunize, complemente eficácia, verifique a incidência normativa pelo procedimento, decorre das vicissitudes do objeto da sentença, e se encerra todo esse fazer no momento em que autentica a incidência normativa em sua fórmula de sentença, não porque ela mesma os constitua isoladamente (como a linguagem constitui a comunicação).

A sentença legitima aquela incidência (a que se chama de efeitos externos, porque material), dizendo que norma incidiu, porque o fato juridicizado já estava ingresso no mundo jurídico; ingresso, talvez ainda não válido ou efectual, que não completado em eficácia por força da sentença, porque o produto ainda não se completara. Coisas distintas.

Quando o juiz subsume o fato em concreção à norma, o faz identificando o suporte fático (fato + valor), atestando que norma incidiu, mais tais instâncias já ocorreram no plano da existência do *antecedente lógico* ou estão por ocorrer, como na ameaça de lesão a direito (que também é uma ocorrência no plano lógico de incidência

²³⁴ **ATIENZA**, Manuel. *As razões do Direito*. 3.^a ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 29-37

da norma no mundo jurídico) e o que se constitui materialmente não se constitui na sentença ou com a sentença, mas abstrata e concretamente na norma e na incidência.

Daí que não se justifica a confusão que reina entre a coisa em si e os efeitos da coisa (causa e efeito) na temática processual, se bem que se firma, para a ciência do direito, que seria mais apropriado falar-se em condição e consequência (antecedente e conseqüente), como sinaliza Marcos Bernardes de Mello.²³⁵

“Se a madeira não é a árvore de que provém, também ela não é a cadeira de que foi feita, mas a cadeira, mesmo enquanto *produto*, permanece sendo madeira, como a árvore de que provém, ainda depois de produzida e dissociada do processo de sua produção e do seu produtor. Será sempre e necessariamente árvore, natureza.”²³⁶

Toda norma²³⁷, do ponto de vista formal, é proposição²³⁸ e, como tal, traz consigo um juízo, porque revela a forma²³⁹ lógica da “sentença declarativa (sentido lingüístico)”²⁴⁰. Mais uma razão para não se pensar que sentença é norma individual.

4. Conectividade entre meios de execução e a natureza jurídica da sentença.

A hipótese de que a natureza da sentença é determinada pelos meios de seu cumprimento, como aponta moderna doutrina (Marinoni), mesmo em se afirmando ser um fato jurídico meramente processual, peca por colocar causa (condição) e efeito (consequência), eficácia e efetividade, fato jurídico material e fato jurídico processual numa vala comum: Se, no caso da tutela inibitória, a jurisdição entendesse por um meio executivo por ordem, a sentença seria mandamental.

²³⁵ “Além disso, não caberia, em terminologia jurídica, usar linguagem própria das Ciências Naturais. Mais correto seria falar em condição e consequência do que em causa e efeito.” **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

²³⁶ **CALMON DE PASSOS**, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed., vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21.

²³⁷ “A norma jurídica converte-se em proposição jurídica, que apresenta a forma básica da lei.” **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, versão condensada pelo próprio autor. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 67.

²³⁸ **BOBBIO**, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 72-73.

²³⁹ “Se a proposição é concebida também como imagem de um possível estado de coisas, o que a proposição pode fazer, no melhor dos casos, é o que faz uma imagem pintada ou uma imagem plástica, ou um filme; e ela não pode, em todo caso, colocar o que não é caso.” **WITTGENSTEIN**, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. 4ª ed. Rio: Vozes e Ed. Universitária São Francisco, 2005, p. 191.

²⁴⁰ “Trata-se, em outras palavras, de pôr em evidência, ou revelar, a “forma lógica” das sentenças declarativas (= proposições).” **SCHMITZ**, François **WITTGENSTEIN**. Trad. Marques, José Oscar de Almeida. São Paulo: Estação Liberdade, 2004, p. 58. Sentido lingüístico.

Caso entendesse por meio executivo lato senso, seria executiva. Falta cientificidade em tal posicionamento.

Veja-se que a natureza jurídica da sentença está sendo relacionado com seus efeitos sociológicos (efetividade), que não encontra suporte na natureza jurídica da sentença, porque *natureza jurídica é o que faz com que seja e não o que é pelo que faz* (art. 468 e 486 do CPC), ao menos em ciência. E assim os meios de cumprimento de uma sentença existem para torná-la efetiva, quando for eficaz.

Seguindo, portanto, tal raciocínio, uma sentença inexecutável apresentaria uma contradição aparente, uma vez que não teria natureza jurídica em face da ausência do meio executório. A liquidação ou a “compensação” feita em reconvenção que apura saldo inexistente; cumprimento espontâneo; ou a que nunca chegou a ser executada; ou as “sentenças satisfativas”, frente à possibilidade atual de “cumprimento de sentença declaratória” (art. 475-N, CPC), que venham a ser executadas, tendo em vista que aquele autor também afirma que sua natureza dar-se no momento de seu proferimento, assim como proclama que depende, indissociavelmente, dos meios executivos.

Ou seja, tal concepção é completamente aleatória, não científica, ficando ao acaso, à própria sorte, à efetividade, a obtenção do bem da vida perseguido.

Adverta-se que a sentença não pode ter ora uma natureza, ora outra, e ser assim manipulada só refugaria e convalesceria o pensamento de Kirchmann²⁴¹, para quem o direito não é ciência. Frise-se, porém, que tal hipótese encontra óbice no princípio da contradição (ao menos numa lógica clássica), em que uma coisa não pode ser e não-ser, ao mesmo tempo e idêntico aspecto. Mas não é apenas isso.

De mais a mais, ao se afirmar que uma sentença tem sua natureza jurídica em face de seu cumprimento e que este está a depender do bem da vida perseguido e também que certas sentenças têm natureza independente de seus efeitos por conta da natureza do bem da vida buscado, colocando tudo em certo sentido, não é ainda fazer ciência do direito, ou conhecer a natureza da sentença, como não seria se fazer física nuclear dizendo-se que o átomo é indivisível “de um certo ponto de vista”, ou que as partículas elementares são entidades físicas “num certo sentido”.

Como se dizer que um signo é semelhante ao seu objeto: o significante |boil, então, seria igual ao «animal», em certo sentido saussuriano, que diz que o

²⁴¹ KIRCHMANN, Julius Hermann von. *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961. Apud Herkenhorff, João Baptista. *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2006, p. 60.

significado de boi não é o animal boi, mas sua imagem psíquica, como os estóicos faziam a diferença entre a representação psíquica e o real; mas a palavra |boi| não tem a textura do «animal», tampouco sua dimensão etc.

O que se quer dizer é que «animal» não representa apenas uma entidade semântica, um conteúdo, mas o resultado do que se sistematiza quando posto com outros conteúdos; o objeto ||boi|| torna-se significante de sua função, por exemplo, «fazenda», «campo» etc. Ou seja, seu significado só pode ser conhecido dentro de um processo de significação codificado.

Nem um retrato ou mesmo um filme (símbolos icônicos) podem guardar as propriedades de uma pessoa, há de se anotar. Se for dito que a sentença pode ser tomada como objeto da tutela jurisdicional, ainda não se está fazendo ciência do direito ou lhe identificando a natureza, está se fazendo observações como a de um banhista, em que o mar se torna do tamanho do alcance de seus olhos.

A contradição a que aqui é referida, inconciliavelmente, não é só a aristotélica de que “ninguém pode conceber a identidade do ser e não-ser”, que se supor Heráclito teria respondido ‘o ser e o nada são o mesmo’, nem aquela ‘que aparece em um raciocínio incoerente ou proveniente da ausência de racionalidade’, tampouco ‘a que surge do pensamento racional (...), ou aparece ao termo de uma dedução correta a partir de premissas consistentes’²⁴².

Mas aquela que não se permite chegar a uma abstração tal que autorize comparações com aquelas questões mais intrigantes da Física, em que a luz ora se comporta como onda ora como partícula (embora quando se comporte como partícula não o faça como onda²⁴³; permanecendo válida a hipótese aristotélica?).

Tendo, por assim dizer, naturezas antagônicas, identidades que se excluem, mas se complementam, uma vez que se constata realidades distintas: uma física, do mundo dos fatos naturais ou dos eventos da natureza (pensamento empírico/racional); e outra, a criada pelo próprio homem (pensamento racional); naquela não pode ele alterá-la ou equacioná-la sob a fórmula sim/não, a transformar

²⁴² MORIN, Edgar. *O método. 4. As idéias, habitat, vida, costumes, organização*. 3ª ed. Trad. Machado da Silva, Juremir. Porto Alegre: Editora Sulina, 2002, p. 220.

²⁴³ Explicação dada pelo dinamarquês Niels Bohr (1885-1962) em 1928 e ficou conhecida como o princípio da complementaridade, porque depende de como se realiza o experimento. Ou seja, em fenômenos como a difração e a interferência ela se comporta como um fenômeno ondulatório, enquanto que no efeito fotoelétrico ela se comporta como partículas portadoras de energia (fótons), conforme a equação de Einstein, que define que a energia fotônica da luz é igual a “ $E = h \cdot f$ ”, onde “h” é a constante de Planck e “f” é a frequência.

uma realidade física noutra fisicamente aceitável, chamando-a, por exemplo, de “quanta”.

E isso em nada lhe vai modificar a natureza e o alcance de seu caráter de complementaridade, que não a concilia fisicamente, que não apazigua a contradição na construção do mundo dos pensamentos, mas a ele se integra.

De outro lado, esta (a realidade produzida pelo homem, pensamento racional), certamente ele procurará construí-la com os instrumentos de que dispõe, porque tal contradição lhe é conciliável, evitável e totalmente sob o domínio das idéias, se bem que, no dizer de Morin, “há contradições que nascem em sistemas fechados e podem ser superadas, no próprio quadro da lógica clássica, num meta sistema aberto, mas há contradições insuperáveis seja qual for o nível do pensamento”²⁴⁴. O que não é o caso da natureza jurídica da sentença.

O Estado Democrático de Direito, pelo viés do ordenamento jurídico, legitima o modo do *dever-ser* do direito pela sentença, que é fórmula de verificação e confirmação dos seus postulados, como ocorre com as “regras de calibração”: funcionalidade $\Rightarrow$ procedimento $\Rightarrow$ sentença.

Não existem elementos suficientes para se dizer qualquer diferença²⁴⁵, segunda o modelo do art. 461-A do CPC, de natureza jurídica, por conta de uma sentença *efetivar-se* mediante executividade direta e outra que se efetive por meio direto; a natureza jurídica não muda em face de seus efeitos no mundo dos fatos, aqueles, por sinal, como visto, predispõem-se a atingir o mundo dos fatos sociais, extrajudicialmente.

O conceito de sentença deve dizer mais de sua natureza jurídica, o que ela é. Aqui se define preponderantemente. Sua classificação deve dizer mais de seu *topoi*. Aqui se descreve preponderantemente. Nesse sentido, observe-se que o §1º do art. 162 do CPC, apesar de dizer que “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações prevista no art. 267 e 269 desta Lei”, na verdade, diz menos o que ela é, porque o seu ser decorre da “vontade” estatal constitucionalmente estabelecida posta no seu comando, portanto, fora do direito infraconstitucional, do que de suas conseqüências, de seu lugar-comum, que orbita, precipuamente, o direito processual

²⁴⁴ MORIN, Edgar. *O método. 4. As idéias, habitat, vida, costumes, organização*. 3ª ed. Trad. Machado da Silva, Juremir. Porto Alegre: Editora Sulina, 2002, p. 226.

²⁴⁵ Em sentido contrário: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 141.

como ato jurídico estrito senso da classe processual²⁴⁶, e, nesse sentido, ter-se-ia não olvidar que se faz a diferença entre eficácia e efeitos, portanto, o ato jurídico processual da sentença assim é chamado em face de que é o seu conjunto eficácia que é irresolúvel, ou seja, tem sua eficácia prevista “in abstracto” na norma jurídica quando se torna fato jurídico, e não o conjunto dos efeitos, conforme discorrido no Capítulo VI.

Dizer que é “ato do juiz” é classificar para daí, pragmaticamente, revelar sua atuação e não a causa (condição, ato estatal). O presidente não é a República Federativa do Brasil. O Senador não é o Senado Federal, nem o Deputado a Câmara, tampouco o Presidente do Congresso Nacional é o Congresso Nacional, porque praticam atos de “representação” (ou apresentação) ou qualquer que seja.

Mas não se lhes nega que, segundo regras estabelecidas em determinado *topoi*, que pode ser a própria Constituição, que não possam produzir conseqüências ou efeitos pelo que fazem com aquilo que “representam”, dado expressarem não uma vontade própria, mas o da própria entidade mas mesmo essas conseqüências não têm o condão de consubstanciar a natureza jurídica do que “representam”, como o símbolo que se põe no lugar de um conteúdo.

Claro que podem (os efeitos²⁴⁷), de certo modo, dela dizer o bastante para que se a identifique, mas suas conseqüências jamais poderão garantir sua definição ou o que é em si mesma. O mesmo vale para qualquer sistema, mesmo o do Código de Processo Civil.

A título de colocar o raciocínio sob uma imagem mais apreensível, imaginemos que em determinada escola, cheia de janelas de vidro, possa se vê, através delas, que existem diversas pessoas sentadas em carteiras estudantis e que ainda exista alguém, um adulto, em pé, à frente de todos, falando e articulando.

Inicialmente, concluiríamos que há um professor lecionando a seus alunos, o que pareceria óbvio, pois é uma escola, com pessoas sentadas em carteiras estudantis e tem alguém à frente de todos gesticulando e falando. Porém, um observador mais curioso, adentrando a escola, percebe que não se trata de nada disso: o homem à

²⁴⁶ “A sentença pode ser considerada como fato jurídico processual, da classe dos atos jurídicos em sentido estrito...” **LOURIVAL VILANOVA**. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.45, nota 1.

²⁴⁷ “Desde Savigny, que teve o grande mérito, entre tantos outros, de identificar a espécie, a doutrina definia o fato jurídico como todo acontecimento capaz de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, ou, ainda, qualificar coisas e pessoas. Pontes rompeu com essa noção e demonstrou que não é cientificamente correto definir a causa por seus efeitos.” **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Prefácio*. In: *Capacidade postulatória*. **CAMPOS GOUVEIA**, Roberto. No prelo.

frente é um representante do sindicato patronal criticando os demais professores, lá sentados nas carteiras, por conta de terem aderido à greve.

O que faz com que seja uma aula não é apenas a aparência de aula (escola, carteiras, pessoas e quem parece ser o educador por ali estar, ou seja, sua descrição), mesmo porque pode haver aula embaixo de uma árvore, desde que os personagens estejam agindo conforme as regras de uma aula, com os pressupostos e os conteúdos de uma aula.

O que ela (a sentença) é em decorrência do Poder Judiciário não pode ser modificado em cada *topoi* processual que ocupa. Não se lhe pode mudar a natureza do que é o direito processual, que posto em nível do sistema constitucional (“vontade” estatal), mas daquilo que faz como consequência do que é (fato jurídico processual).

Tampouco se pode mudá-la pelo que é processualmente por fazer-se produto sentença no mundo jurídico. Efeitos da sentença $\neq$ fato jurídico processual da sentença, ainda que se considerem apenas seus efeitos próprios.

A própria sentença declaratória não vai significar sempre que seja satisfativa, mesmo porque a satisfatividade não é efeito da sentença (tampouco diz de sua natureza e está atrelada ao esgotamento da efetividade), mas resultado das implicações da natureza do próprio bem da vida.

E como sua finalidade é “entregá-lo”, em simulacro na própria sentença, deve haver, portanto, uma plastificação de efeitos ao bem que se visa atingir, ou seja, uma determinação de efeitos adaptados à natureza do bem da vida a ser entregue, porque qualquer sentença predispõe-se a ser efetiva (fato jurídico da sentença $\Leftrightarrow$ conjunto eficácia processual), produto de juridicização.

Assim, se não se pode mais mandar, executa-se, “sub-roga-se”, que a finalidade do produto direito (*ser+dever-ser*) não pode restar em meios inermes, porém não se deve confundir efeito preponderante (força) com demais efeitos de peso inferior a 5 (cinco), segundo a classificação quinária de Pontes de Miranda.

O homem que pratica um homicídio não é homicida só porque é um homem, mata porque é um homem que é homicida. Trocando em miúdos: o que é, é o homem; matar é a consequência do que faz do que é, pois só o homem pode ser homicida. Homem $\neq$ matar. Homem homicida $\neq$ homem. Há distinção salta aos olhos, ao menos em lógica.

Em suma, não se cogita de um conceito universal, mas de encontrar seu viés sistêmico em que o modelo não é mera forma, mas substância e forma. Um

conceito, pois, não seria universal, apenas seu uso, e este aqui se limita ao direito processual estudado, porque comum ao objeto em qualquer de suas manifestações. Tenha-se, então, a definição como um conceito suficientemente distinto e adequado.²⁴⁸

Sentença eficaz deve ser cumprida (em que momento não importa), mormente o sentido finalístico de ser fato jurídico (existente, válido e eficaz) é o de operar transformação no mundo dos fatos, o que não significa uma mudança meramente física. Que ser direito o objeto da demanda não é, necessariamente, ser *corpus*, uma vez que, de alguma forma, e por ser fato jurídico vínculo entre o plano dos fatos sociais ou eventos e o plano jurídico, deve provocar alterações sociológicas; se precisa de executividade, de mandamentalidade (etc.) para se efetivar é outra questão.

Disso deflui que qualquer que seja o efeito da sentença, mesmo o meramente declaratório, implica probabilidade de efetividade no mundo dos fatos, mesmo que já esteja em si mesma, pois não se deve conceber fato jurídico inócuo, como mera proposição.

Se é que assim se possa dizer de algum que seja, mesmo do testamento revogado (este já não é); a rigor, tão certo que tanto há complexidade de efeitos quanto de sua própria composição de fato jurídico e do bem da vida perseguido.

Não há razão de ser, crê-se na crítica levantada pela doutrina²⁴⁹ de que o conceito de sentença era, no modelo primitivo processual, puramente topológico²⁵⁰. A uma, porque se permitia a executividade de honorários periciais e das custas no mesmo processo, assim como na hipótese do art. 914, I, do CPC e nas ações ditas “possessórias” e a continuidade do processo na fase recursal; a contradição era apenas aparente (*a priori*), dentro, é claro de uma lógica clássica, não de uma lógica paraconsistente (da qual se voltará falar), tendo em vista os permissivos do sistema processual.

²⁴⁸ **KANT**, Immanuel. *Lógica*. 3.^a ed. Trad. Antônio de Almeida, Gottlob Benjamin Jäsche de Guido. Rio: Tempo Brasileiro, 2003, p. 109 e 158.

²⁴⁹ **BARBOSA MOREIRA**. *Revista dialética de Direito Processual*, n. 39. In: A nova definição de sentença (Lei n. 11.232/2005, p. 78-85).

²⁵⁰ “É que as perspectivas de sentença como ato que encerra o processo e como ato decisório que toma forma determinada estende o conceito de sentença e atos que não resolvem efetivamente um conflito jurídico de interesses (razão pela qual inclusive não se pode dizer que está declarando, constituindo ou mesmo criando a norma definidora do conflito). Ter-se-ia a noção simplesmente como sendo a sentença um ato sobre a prestação jurisdicional e não ela própria. A sentença não seria o ato que declararia a norma cogente do caso concreto, mas tão-somente o ato que se manifesta positiva ou negativamente sobre o estabelecimento dessa norma.” **BELLINETI**, Luiz Fernando. *Sentença civil – perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994, p. 94.

A duas, porque, subseqüentemente, o Estatuto da Advocacia admitiu a executividade de honorários sucumbenciais também no mesmo processo. Ou seja, na realidade (questão de má formulação legislativa): nunca foi condição *sine qua nom* da sentença por termo ao processo, muito menos na atualidade, apesar de persistir hipóteses desconsideráveis (art. 267 e 329 do CPC).

A três, porque, bem ou mal, as últimas reformas do Código de Processo Civil, ao trazer expressamente que a sentença não mais punha termo ao processo, viram-se, sobremaneira, no dilema de procriar sentenças, ou como querem alguns, decisões interlocutórias com conteúdo de sentença ainda recoráveis sob a formatação anterior e com a chancela de nossos tribunais, numa clara constatação de que há uma tendência de sincretização do critério topológico e conteudístico. Nada disso, ainda, afeta a natureza jurídica da sentença.

E, como antes das reformas, não se extinguiu o processo com a sentença (sendo mera possibilidade), impertinente falar-se em anterior critério topológico absoluto, mas em apego a uma terminologia e conceitos ainda atrelados a idéias conservadoras. É mito, pois, pensar-se que o conceito de sentença era meramente topológico porque na redação legislativa ordinária assim se visualizara.

De tal sorte que o esgotamento da eficácia jurídica da sentença pode resultar, ao final, efetividade, com ela não se confundindo. Mas, de plena coerência, sustentar-se que não há razão “lógica”, mas só se for de lógica puramente empírica, apesar das implicações do termo na ciência do direito, de se fazer diferença entre executividade lato senso e executividade estrito senso: ambas são cumprimento de sentença ou da antecipação de seus efeitos, mas não se pode desprezar a força eficaz preponderante de uma e de outra, lógica jurídica. Dizer que tudo é cumprimento de sentença é nada dizer das intrínsecas da coisa, e isso é questão de ciência jurídica e não de simples pragmatismo.

Veja-se o que acontece com a decisão interlocutória, num paralelo com o que foi dito: Nos efeitos da antecipação da tutela, pressupõe já existir o *antecedente lógico*, ou seja, o direito material, criado por fato jurídico material ou sob a fórmula daquele mecanismo já estudado.

E se assim o é, naturalmente a jurisdição já disse que norma incidiu, por isso antecipa mérito, havendo ou não aquela coadjuvação entre direito material e direito processual, como ficou aqui acertado.

Por outro lado, ao falar-se de efeitos de sentença em procedimento cautelar, subtenda-se que não houve antecipação de mérito porque a jurisdição ainda não “disse” que norma incidiu sobre o fato jurídico do bem da vida perseguido, e não produziu direito material algum; portanto, os efeitos têm referebilidade apenas processual, de garantia da viabilidade do processo principal. É o que se dá naquela hipótese do art. 130 do CC.

Sendo assim, se se analisar a natureza jurídica da sentença sob o prisma de seu meio de execução nas duas hipóteses mencionadas, por certo, perderíamos todas as particularidades inerentes a uma cautelar e a uma antecipação meritória. Mais uma razão de se repudiar tal teoria.

Noutro prisma, ao se afirmar que o conceito atual de sentença esteja agregado ao seu conteúdo, devem-se fazer algumas observações, uma vez que o conteúdo do fato jurídico que certifica não lhe pertence propriamente.

E não se venha falar que o texto tem autonomia hermenêutica em relação ao objeto referido e o intérprete não pode disso se desvincular, que sentença é forma, e seu conteúdo jurídico-processual liga-se a questões meramente processuais e o “conteúdo” que vincula, fora dessa dimensão, é material.

Logo, ao constituir, desconstituir, declarar, condenar, executar ou mandar, não poderia passar a ser o próprio fato jurídico extraprocessual; quem assim se preste a enxergá-la (a sentença) há de fazê-lo pela via do simulacro, daí se dizer que sentença é o simulacro da vontade estatal manifesta pelo procedimento dela legitimante, ativado jurislativamente. Mas esse *prius*, como salientado, é de pura visão constitucional.

A sentença, que é fato jurídico processual, não cria fato jurídico material, eficaciza, quando integrante de suporte fático de direito material, pois fatos jurídicos não incidem, mas a norma jurídica, e a norma processual não incide sobre a norma de direito material, nem sobre o fato jurídico material.

Caso se a equipare à norma individual, estaríamos afirmando, também, que, como tal, incide sobre o suporte fático trazido aos autos para formar o fato jurídico material, em face de ter como consequência, para os que assim proclamam, que o que “cria” o direito material é a “norma individual”, ou melhor, que a sentença seria o

próprio direito material.²⁵¹ Além de soar uma contradição inconciliável com a evolução da doutrina separatista do direito material e processual.

Deveras, então, a sentença pressupõe, traz como consequência, enfim, “implica” a autenticação da incidência normativa material sobre o suporte fático, ela não é o fato jurídico material, que se eficaciza nela ou com ela, todavia, assim pode ser considerada com relação às hipóteses de direito processual. Tomando-se “implica” nesse sentido, não há que se criticar juridicamente, ou mesmo levantar digressões lingüísticas sobre o signo.

No caso da inépcia da inicial, ela é o próprio indeferimento porque é fato jurídico processual a inépcia que com ela, a sentença, se forma, podendo-se designá-la, também, relativamente ao direito processual, como sentença terminativa, desde que se considere apenas a incidência de normas processuais, sem o intuito de seu enquadramento em nova classificação.

Ser fato jurídico processual, não obstante, não é empecilho de ser situação jurídica, nem no sentido chiovendiano de não ser *circunstância dependente de outras sucessivas tais que delas necessite para a produção de efeitos jurídicos* (a exemplo da decisão trânsita que reconhece a perempção, da que não caiba recurso etc.).

Por outro lado, no sentido ponteano, situação jurídica, lato senso, é o resultado da consequência produzida pelo fato jurídico, em qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito. E já se disse que as relações jurídicas, espécies daquela, ocorrem em nível de fato jurídico, com o componente da alteridade. Estritamente, relação e situação jurídica diferem de eficácia jurídica.

Ora, só os fatos jurídicos produzem eficácia jurídica, só as normas criam fatos jurídicos, só a eficácia dos fatos jurídicos pode proporcionar efeitos; e estes, efetividade e esta satisfatividade; não seria, pois, outra coisa que não o fato jurídico da sentença, que ainda não produziu seus efeitos, ou se já os produziu na dimensão sociológica, a determinar uma situação jurídica processual. Situação jurídica tida como fato jurídico existente.

Não se há, portanto, de concordar, em termos, com o defendido por Chiovenda²⁵², ao afirmar que só a sentença não passível de recurso estabelece uma situação jurídica.

²⁵¹ **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 264: “A descoberta do direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto.”

Sabe-se (art. 518, CPC) que recurso não conhecido é recurso inexistente²⁵³, e mesmo assim não se há de negar que não estabeleceu a sentença uma, por sinal, nova situação jurídica desde lá (coisa julgada). Situação jurídica não se dá só por que a sentença é irrecorrível; relação, lato senso, é espécie de situação e independe de que todos, ou certos efeitos, careçam de outros por vir.

Daí que se pode ver a natureza jurídica da sentença como algo que se constitui não só infraconstitucionalmente, e assim se haveria de melhor falar em sentenças de eficácia “constitutiva, declarativa, condenatória, executiva e mandamental”.

Seja como for, olhando pelo lado constitucional, define-se o que ela é; de outro, visualizando-a sob o enfoque processual e pela carga material que carrega, estar-se-ia a descrevê-la por seus efeitos preponderantes, ou como “objeto” da tutela judicial.

Na primeira hipótese, diz-se o que é; nas demais, o que faz com o que é.

5. Impossibilidade de ser a sentença norma individual ou ato-fato.

Sentença, já ensinava Pontes de Miranda²⁵⁴, é “ato estatal, porém não lei”, e a dizia não lei em agravo à pérola do art. 468 do CPC e, quiçá, também, de resquícios inadvertidos do “pacta sunt servanda”; e aqui se diga não norma. A considerar só o fato da sentença, seria o “objeto” da prestação jurisdicional. Mais uma razão para não se identificar simplesmente sua natureza jurídica com seus fins, com sua posição ou efeitos em face da relação processual.

Expressão, aliás, forjada por Ludovico Mortara (“forza di legge”) no projeto italiano de código de 1926, como assim também pensara Oscar Bülow;

²⁵² **CHIOVENDA**. *Principii di diritto Processuale*. Nápoles: reimpressão, p. 859, apud **BARBOSA MOREIRA**. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 39. In: *A nova definição de sentença* (Lei 11.232/2005).

²⁵³ Apesar de se afirmar que “se o tribunal *ad quem*, ou o juízo dos embargos no mesmo plano (Código de Processo Civil, artigos 839 e 840) *não conhece do recurso*, recurso não houve, nem, pois, extensão; portanto, tudo se passa no plano da *existência* e a decisão é *declarativa*. (...) A decisão de não admissão do recurso (e.g., de não-recebimento da apelação) é negativa da extensão, — é óbice à constituição da extensão da relação jurídica processual. A decisão na segunda instância *declara* que se constituiu ou que se não constituiu a extensão. **PONTE DE MIRANDA**. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 4ª ed., Rio: Forense, 1964, p. 21. E **PONTE DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo VII. Rio: Forense, 1975, p. 29

²⁵⁴ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 84.

resumindo Pontes de Miranda que “o problema de teoria do direito grita dentro do texto de lei como o art. 468” (CPC):²⁵⁵

(Projeto Italiano) Art. 290: “La sentenza che decide totalmente ou parzialmente una lite, ha forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa...” (“A sentença que decide a lide, total ou parcialmente, tem força de lei no limite da lide e da questão decidida...”)

Porém, autores há que a defendem como norma individual, a despeito de toda cientificidade da Teoria do Fato Jurídico. Desses autores modernos, o que mantém esta posição é Fredie Didier Jr., quando afirma que “a sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente *norma individual, definida pelo Poder Judiciário*, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material”.

E, posteriormente, apesar de alegar que seu efeito anexo emana da lei, relativamente à hipoteca judiciária, firma que a decisão “é tratada como se fosse um fato, cujos efeitos independem da vontade, e não um ato voluntário, cujos efeitos são determinados pela vontade”. Concluindo que é encarada “como um ato-fato, que seria algo tratado pelo direito como se fosse fato”. E mais:

Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado Liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.²⁵⁶

Comece-se a análise das idéias do autor, no que toca à premissa de ser sentença norma individual definida pelo Judiciário, que tem o diferencial da coisa julgada material.

²⁵⁵ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 152-153.

²⁵⁶ **DIDIER JR.** Braga e Oliveira, Rafael Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 2.^a ed., Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 260-261.

Ora, afirma-se que o juiz deve buscá-la na norma geral e abstrata e tudo em conformidade com a Constituição, isso é nada mais nada menos do que aplicar a norma jurídica ao caso concreto, e não criar norma, o que parece um contra-senso. Lembrando que o controle de constitucionalidade afeta a eficácia legal.

O que se nota, mesmo a par da cientificidade do direito, é a possibilidade de uma visualização do estudo da norma sobre o prisma de um “texto”, um dispositivo legal (ou, noutro prisma, paire um raciocínio fortemente institucionalizado).

E aí o texto se ressentia daquele que colocou a pedra fundamental do positivismo jurídico, Kelsen²⁵⁷, que mesmo afirmando que “a norma individual, que estatui que deva ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial”²⁵⁸, repudia a hipótese de se extrair novas normas das já vigentes a partir do conhecimento que se dá com a interpretação.

Hipótese que deu azo aos embates entre a Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica de Austin²⁵⁹. Além de que a visão se corrobora em Kelsen sob o fundamento da *Grundnorm*, em que a norma superior validaria a inferior.

Tanto Kelsen, que adota a concepção normativista jurídica, quanto, a exemplo, Carl Schmitt, que adota a concepção do normativismo sociológico, bem se diga, em ambos não havia preocupação com o conteúdo axiológico da norma, que, assim, poderia assumir qualquer valor.

Visões, portanto, que não encontram hoje supedâneo em nosso ordenamento. Ou, por outro lado, permaneçam diluídas naquele texto as lições de Bobbio²⁶⁰ de que toda sentença, assim como a norma, é sempre uma expressão de poder.

E, com bem esclarece Marcos Bernardes de Mello, “a determinação ou indeterminação dos enunciados normativos é questão absolutamente irrelevante quando se trata de caracterizar a normatividade; importa, tão-somente, no que se refere à sua

²⁵⁷ **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 273.

²⁵⁸ **KELSEN**, Hans. Op. cit., p. 264-265: “A descoberta do direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto.”

²⁵⁹ **BOBBIO**, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Editora Manole, 2007, p. 184-185.

²⁶⁰ **BOBBIO**, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 149.

interpretação”²⁶¹. Em outras palavras, a interpretação busca suportes fáticos abstrato, ideal e concreto.

Quanto à interpretação, tanto quanto ao sistema lingüístico em que se insere, dir-se-ia, parodiando Foulcault: o direito, como um sistema constituído/construído para enunciados possíveis de normas (atos performativos ou ilocucionários), tem na estrutura destas um conjunto finito de abordagens de suportes fáticos que autoriza um número infinito de desempenhos (atos interpretativos).

Mas o resultado do campo das conseqüências desses acontecimentos discursivos (atos perlocucionários), em compensação, é um conjunto sempre finito e efetivamente limitado das únicas seqüências normativas que tenham sido formuladas, implícita ou explicitamente, ao menos em dogmática jurídica.

E as condições para tanto como já estivessem homologadas para uma direcionada enunciação: norma → jurisdição (poder fazer/dever fazer). Ou por uma linguagem greimasiana²⁶²: ordenamento jurídico/saber fazer → jurisdição/dever fazer.

A respeito do princípio da legalidade, que diz dever ceder espaço à crítica judicial no sentido de se interpretar a norma conforme a Constituição, nada mais é do que ceder lugar à normatividade, que não pode ser vista mais como lei, dispositivo, texto, algo isolado²⁶³.

É o que faz o neoconstitucionalismo, que tem, a saber, duas acepções principais, como leciona Walber Agra²⁶⁴: “uma neoliberal, fundamentada na *lex mercatoria*; e outra de cunho social, fundamentada na concretização dos direitos fundamentais”.

Ou seja, “uma tentativa de dar ‘sentido’ à Constituição, fazendo com que ela perca seu caráter retórico e ganhe vida no cotidiano social” e, por conseqüência, viabilizando “a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade” dentro do Estado Democrático de Direito.

Quanto a ser tratada a decisão como um fato ou como um ato-fato, que seria como se fosse um fato, nada disso procede. Há seis observações a fazer.

Primeira: Em sendo a sentença qualquer das hipóteses dada de vontade estatal, ato jurídico judicial estrito senso ou ato decisório do juiz, sem a vontade

²⁶¹ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, nota 17-A, i, p. 22.

²⁶² **GREIMAS**, Algirdas Julien & Fontanille, Jacques. *Semiótica das paixões*. São Paulo: Ática, 1993.

²⁶³ **FRIEDRICH MÜLLER**. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 3.ª ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Renovar, 2005.

²⁶⁴ **AGRA**, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ª Ed. Rio: Forense, 2007, p. 29-30.

magistral não se dá sentença, sua vontade não é irrelevante porque a eficácia da sentença está predeterminada em normas jurídicas, assim também não o seria para qualquer outra eficácia própria, porque está prevista em lei; ou porque tem o dever de julgar (art. 126 do CPC).

Os efeitos anexos publicísticos independem das partes, do juiz ou do conteúdo da sentença por constatada previsão legal (art. 466, CPC), porque tais efeitos dependem do pressuposto do fato jurídico da sentença, o que nada afeta sua natureza jurídica constitucional ou processual, sem desnotar que o elemento constitutivo da seqüela, que deve operar a hipoteca judiciária, esta contido no mandamento judicial do registro.

Mas se pode dispensá-lo em outros casos de efeito anexo. Instituto, diga-se, existente desde as Ordenações Filipinas (Livro III, Título 84, §14).

Quando Pontes de Miranda se referiu a que os efeitos anexos da sentença são efeitos do “fato da sentença”, a observou como um pressuposto, não o fez com o sentido de enquadrá-la, à vista dos efeitos anexos, à espécie ato-fato jurídico²⁶⁵, basta, com a devida cautela e paciência, compulsar sua obra:

A sentença é *fato*, pois acontece no mundo, e toma o seu lugar no tempo e no espaço. É, também, *ato* – ato do Estado, do juiz – que constitui a prestação jurisdicional esperada desde o início do processo, e *ato de justicamento*. E é *documento*, porque é forma palpável, visível, da vontade do Estado (do juiz) e do seu conteúdo.²⁶⁶

Muito ao contrário: “Também é possível que o pressuposto de fato para a execução seja efeito secundário, mas próprio da sentença (aliás, nesse sentido havemos de interpretar o art. 466: a hipoteca judiciária diz respeito à eficácia condenatória da sentença, *força ou efeito*.”²⁶⁷

Não se pode, contudo, compreender o pensamento ponteano, se não se atém com verticalidade à sua classificação das sentenças típicas favoráveis quanto à sua eficácia, para isso até elaborou uma tabela lógica e prática sobre a carga de eficácia das sentenças. Na hipótese da sentença condenatória, o texto acima quer significar que o efeito executivo (e não eficácia, porque sua eficácia é condenatória, carga 5) é secundário (carga 3), mas é próprio da sentença condenatória, que se liga ao efeito (carga 3), e ambos lhes são próprios.

²⁶⁵ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 66.

²⁶⁶ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo VII. Rio: Forense, 1975, p. 19.

²⁶⁷ PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 69.

Daí que, nesse sentido, o pressuposto, que é a sentença, da hipoteca judiciária, também é pressuposto para a executividade (carga 3), efeito secundário, no caso da condenatória (a eficácia específica – “força” – é termo geralmente usado para a carga 5, e a “própria” como um gênero que engloba ainda os efeitos).

Há de se entender, assim, que se não houvesse tal carga não se haveria de falar em efeito secundário, e sem este cairia no vácuo a própria hipoteca judiciária, em face de sua finalidade de seqüela.

Portanto, para Pontes de Miranda, só as sentenças, no mínimo, de carga executiva 3 ou 4 podem ser pressupostos para a hipoteca judiciária²⁶⁸ e seu registro é ato integrativo de eficácia real; antes é só título, dando, a quem o tenha registrado, apenas direito de seqüela, não de preferência.

E como tal, a hipoteca substitui a ação executiva de sentença, ou seja, garante a execução, não o crédito. E conclui, chamando a questão para a sua teoria das ações, sem se desatar da idéia anterior, adequando-a a boa ciência²⁶⁹:

Não há por onde se meter na pesquisa de boa classificação das sentenças, menos ainda das ações, como elemento diferenciador a hipoteca judiciária. Se a sentença de condenação autoriza o pedido da hipoteca judiciária, tal efeito é fruto da lei, que o criou, que o regulou, que o ligou à condenação; e não a sentença mesma, ou da condenação.

Não é, sob nenhuma hipótese, ato-fato; neste, a vontade é irrelevante, não implicando dizer que não possa existir, mesmo pode ocorrer contra ela (o que não é o caso do magistrado por suspeição, incompetência, impedimento ou por não ter participado dos debates orais e da instrução e aí não implica, também, tornar-se ato-fato por a prestação jurisdicional ter de ser, de qualquer forma, oferecida pela jurisdição).

A decadência (ato caducificante), mesmo que o indivíduo não a queira, ela ocorre, em decorrência do lapso de tempo e de sua inação, contra a própria vontade.

Segunda: O fato que se põe ao termo ato-fato pode ser fato do mundo dos fatos (sendo ato real no dizer da doutrina), com conseqüências no mundo jurídico e naquele, porque foram valorados, geralmente são irremovíveis (factualidade).

Assim, estão, de certa forma, vinculados à conduta humana, e, como se estudou, a factualidade não se dilui na juridicidade, ou esta naquela, sendo apenas

²⁶⁸ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 111.

²⁶⁹ PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 71.

reversível por pura ficção jurídica, que só reverte seus efeitos jurídicos e não necessariamente o de sua condição de ser fato-efeito no mundo dos fatos.

Terceira: De outra sorte, o ato-fato pode não ser um ato real, que decorre de um evento, indenização ou caducidade sem culpa (não confundir culpa, ausência de vontade, ilicitude e ato-fato), basta observar a hipótese do adimplemento sem o *animus solvendi* (se “C” manda pagar a “A” e este o faz a “B”; e “B” é credor de “A”, o pagamento é eficaz; até mesmo no pagamento indevido deve-se considerar a norma do art. 877 do CC); e nada disso tem a ver com o que é sentença.

Quarta: É dever de o juiz cumprir a norma do art. 466, sem a necessidade de requerimento, apesar de a praxis ter essa tendência, em face de haver efeitos anexos publicísticos, mesmo que não o faça voluntariamente; por sinal, o instituto é de direito material, que apenas anexa seu efeito à sentença²⁷⁰.

Regra de direito material heterotopicamente posta em direito processual, tanto que se for revogada a lei material que a previa e não houve registro, cai no vácuo a hipoteca judiciária. Esse dever, porque os efeitos estão em lei previstos, não a transforma em ato-fato sentença. Aliás, letra morta hoje, em vista das reformas do processo de execução.

Para ampliar a discussão: “há efeito anexo privatístico, convencional, que podem provir de acordo ou de declaração unilateral”²⁷¹ (prospecto de um banco que promete certa quantia aos que vencerem a causa contra “A”).

A classificação dos fatos jurídicos dada por Pontes de Miranda é totalmente científica, e não foi à toa que colocou “fato” na expressão ato-fato, deixando nítida a diferença entre fato jurídico estrito senso, ato jurídico estrito senso e aquele.

Quinta: A interpretação das sentenças não obedece às regras jurídicas aplicáveis à lei ou à norma, ou às dos negócios jurídicos. Leis há que devem ser interpretadas estritamente, outras não. Mas as sentenças devem sempre ser interpretadas estritamente, com seus princípios e regras próprias. Não se pode, a exemplo, aplicar o *favor rei*.

Busca-se a interpretação no pedido, na defesa do réu, quanto ao pedido imediato etc.; relativamente ao direito material (pedido mediato), suas regras; cumpre-se o que foi expresso. Aliás, nem a coisa julgada material pode salvá-la da nulidade (não confundir com rescindibilidade), e mesmo a existente e válida pode ser inexecutável.

²⁷⁰ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 70.

²⁷¹ PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 66.

Sexta: De mais a mais, o seu componente, advirta-se, lógico-constitucional não a torna norma individual, e o que tem em comum com a “vontade” legislativa (normatividade), com a “vontade” Executiva (decreto) é ser também uma expressão de poder: “vontade” Judiciária.

Conclusivamente, as dissimilaridades, a considerar sentença norma individual, geram um campo cinzento e desvantajoso para a ciência do direito. Não há que edificar, sob o pálio da inovação, utilizando-se de uma terminologia desarraigada da ciência jurídica e que já gerou, como ainda o faz, posições antagônicas e inapropriadas, a emaranhar uma taxionomia construída há quase um século, a serviço, afinal, como já foi colocado, de reavivar o pensamento de Kirchmann, para quem o direito não é ciência. Sentença, portanto, não é norma individual, tampouco ato-fato, segundo o que se depreende da Teoria do Fato Jurídico.

6. Constituição e Jurisdição: interligações.

O Estado Liberal de Direito substituiu o absolutismo antecedente em que a vontade estatal, representada pelo próprio soberano, unitário em sua pessoa, pela idéia de que tal vontade estaria melhor “concretizada na lei”. Nesta, certamente, seria, como se pensou, controlável e previsível, por previamente conhecida, sem destinatário certo.²⁷²

Assim a unidade estatal do absolutismo foi superada pelo dogmatismo da lei, por uma ordem antecipada e supostamente discutida, composta não por uma vontade unitária e exclusiva, mas como suposto resultado de uma conjuntura doxal que almejava refletir a ideologia²⁷³ dominante.

O princípio do “Estado Unitário” fora derrocado pelo princípio da legalidade no corpo positivista dessa nova maneira de ser do Estado, de declarar sua vontade, cuja reprodução foi operada pelo sistema legal.

²⁷² Tal alusão representa, assim, o ideário de Montesquieu, quando afirma que o julgamento seria o “texto exato da lei”, que não poderia ser “uma opinião particular do juiz”, estampado em seu “Do espírito das leis”.

²⁷³ Ideologia para **EAGLETON**, Terry. *Teoria da Literatura: Uma introdução*. Tradução Waltensir Dutra. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 20-21: “A estrutura dos valores, em grande parte oculta, que informa e enfatiza nossas afirmações fáticas, é parte do que entendemos por “ideologia”. Por “ideologia” quero dizer, aproximadamente, a maneira pela qual aquilo que dizemos e no que acreditamos se relaciona com a estrutura do poder e com as relações de poder da sociedade em que vivemos. Não entendo por “ideologia” apenas as crenças que têm raízes profundas, e são muitas vezes inconscientes. Considero-a, mais particularmente, com sendo os modos de sentir, avaliar, perceber e acreditar, que se relacionam de alguma forma com a manutenção e reprodução do poder social.”

Diga-se que essa vontade estatal, sentido figurado, é traduzida em vontade humana jurídica, porque esse Estado Liberal está inserido numa ordem jurídica estabelecida e conhecida e, como explicitado, nada se põe no mundo do direito sem a vontade humana e sem a linguagem.

Assim, a vontade, que era concretude da unidade da pessoa do soberano, passa a presentificar-se de forma abstrata na lei. O Estado, antes unipessoal, agora, sob uma reprodução (cópia)²⁷⁴ legal, forja, como se pensara, a etapa na qual a “ação” dar-se em caráter objetivo. A lei é menos um direito do que a indiferença do Estado sobre a vontade individual, que não tarda a afirmar-se em detrimento do sujeito social.

Pois “o Estado Liberal de Direito erige-se sobre as promessas de neutralidade e de não intervenção, a fim de viabilizar o desenvolvimento pleno dos indivíduos, à margem da atuação dos poderes públicos”²⁷⁵.

Como a lei emanava do Estado, era preciso criar o caminho para que a ela se chegasse, melhor, para que essa vontade fosse acessível. Daí o embrião do que se entende hoje por “exercício do direito de ‘ação’”.

Como o próprio Estado Absoluto, a lei surge arbitrária em seu nascedouro, porque, como no soberano, a forma de sua produção já a tornava legítima, não se cogitando da justiça de seu conteúdo: há ingerência estatal era mínima, principalmente no que concerne às relações privadas.

Sendo assim, a “vontade” da lei confunde-se, agora, com a “vontade” do Estado, não mais com a do soberano, relegando à função jurisdicional o mero papel de sua aplicação e ao executivo o de cumpri-la. A grande novidade é que essa vontade passa, em termos, de imediata para uma generalizada mediatidade.

A jurisdição apenas a afirmava tal e qual, tendo em vista que a ela não lhe era dado nenhuma margem interpretativa. E, no dizer de Montesquie, tal poder jurisdicional era um “poder nulo”. Era, essencialmente, uma troca de sujeitos, mas com o mesmo papel.

A Burguesia, assim, passa a ter o caminho livre à implementação de seu discurso; sem interferências indevidas, podia planejar o futuro de forma permanente, estável. Não se protegia, assim, um direito particular, individual, coletivo etc., mas um

²⁷⁴ No sentido proposto por **DELEUZE**, Giles. *Lógica do sentido*. 4ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 263: imagem dotada de semelhança.

²⁷⁵ **PEREIRA**, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 453.

direito público, a vontade estatal. Surge, então, o embrião de concepção de “exercício do direito de ‘ação’” como direito público objetivo (Mortara).

Tudo isso ocorria, portanto, no dizer da doutrina, no plano da “ação” (Chiovenda²⁷⁶), que não se confunde com o direito material. Para aquele, por um viés publicista de atividade da jurisdição ao caso concreto, revela a vontade da lei.

Se bem que o próprio Chiovenda admitia a possibilidade de aplicação de princípios, analogia, equidade e outras regras inferíveis do ordenamento jurídico²⁷⁷. Para Carneluti²⁷⁸, por um ângulo privatista, a jurisdição depende de um conflito de interesses para sua atuação.

Em ambos, ainda não havia a dimensão axiológica, a jurisdição ainda estava presa, de certa forma, à vontade formal da lei. Certo é que a separação entre direito material e “exercício do direito de ‘ação’” fica clara.

Carneluti esforça-se para dar um sentido privatístico a esse “direito”, pois que a jurisdição só poderia ser provocada em havendo um conflito de interesses: a justa composição da lide, então, põe-se como elemento essencial ao “exercício do direito de ‘ação’”.

Chiovenda coloca o papel da jurisdição como de função meramente declaratória, porque ligada a revelar estritamente a vontade da lei, que coincidia com a vontade do Estado. Carneluti mostra que é concreta a vontade abstrata da lei: a sentença é, assim, algo interno, integrando o ordenamento (teoria unitária ou constitutiva), a sentença cria norma individual: mas a jurisdição não cria norma que não existia, porque se encontra na lei abstratamente, “cria-a” concretizando aquela²⁷⁹.

Em Chiovenda é algo externo, apenas se a declara (teoria dualista), revelando-a. Em Kelsen, a sentença cria a norma individual porque individualiza a norma superior às partes, respeitando a verticalidade e só na horizontalidade haveria

²⁷⁶ **CHIOVENDA**, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol.1, Campinas: Bookseller, 1998, p. 42-49.

²⁷⁷ **CHIOVENDA**, Giuseppe. Op. cit., p. 62.

²⁷⁸ **CARNELUTTI**, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Queiroz, A. Rodrigues e Anselmo de Castro, Arthur. Rio: Âmbito Cultural, 2006, p. 117 e 135-148.

²⁷⁹ Para Aristóteles “o julgador que se faz legislador no caso concreto é um homem équo (*o epieikès*). A prudência de seu reto juízo – novamente a aplicação do *orthós logos* se releva como sendo um critério para o aperfeiçoamento ético até mesmo da própria *dikaíosyne* – permite-lhe discernir que uma mecânica subsunção do fato à norma criaria uma situação de injustiça para aquele que é parte em um processo público. Recorre-se, portanto, a um critério de abrandamento da rigidez legislativa perquirindo-se a *mens legis*, assim como a *mens legislatori*, fazendo-se o julgador como se o próprio legislador fosse caso este estivesse diante da concretude casuística.” **BITTAR**, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. 3ª ed. Rio: Forense Universitária, 2005, p. 166.

discrecionalidade para o julgador²⁸⁰, portanto, a jurisdição concretiza a norma existente abstratamente. Kelsen é adepto da teoria unitária, assim como Carnelluti e Calamandrei.

O que mudou, na realidade, não poderia ter sido a natureza da sentença, mas a concepção do modelo de Estado: declarava-se a vontade da lei em Chiovenda, assim como se declara a concretização da vontade abstrata da norma ao caso concreto (kelsen) porque assim autorizaria o modelo conceutivo estatal.

A versão ponteana para o sentido da jurisdição é “o de poder dizer o direito (*dicere ius*), razão porque se há de exigir o pressuposto conceptual de julgamento, de “dizer” (*dictio*) qual a regra jurídica, o *ius*, que incidiu”²⁸¹. Aliás, se se tomasse ao pé da letra tal premissa, poder-se-ia chegar, inadvertidamente, à concepção declarativista da jurisdição.

Argumento, ainda, que não dissecar bem as sentenças homologatórias, como a que ocorre com a transação, negócio jurídico de direito material: nesse caso, não verifica a jurisdição que norma incidiu, ao menos em relação ao direito não processual (transação), e o que faz é apenas observar sua regularidade, ou seja, se as partes são capazes e se o objeto é lícito ou não vedado em lei ou que não atenta contra os bons costumes.

Não há, definitivamente, naquela hipótese, discursividade interna do negócio jurídico de direito material, porque este não é objeto da causa e a jurisdição não “diz” a norma incidente, aquele, por sinal, ocorrido alhures ao processo.

O caráter “declaratório” da sentença não está mais posto de forma a revelar uma vontade já estabelecida, mas uma vontade abstrata que vai se concretizar no momento da aplicação do direito ao caso concreto, dentro dos pressupostos do modelo de legalidade, previamente concebido.²⁸²

A jurisdição, em outras palavras, hoje, ao “criar” o direito²⁸³, no sentido de poder transgredir a norma expressa, jamais o ordenamento jurídico²⁸⁴ (em que se

²⁸⁰ Diga-se que a sentença, assim como a norma, também é sempre uma expressão de poder, tendo em vista que a norma sancionadora só é jurídica se uma norma a sanciona, e esta também é jurídica se for sancionada e assim sucessivamente, até chegarmos à norma fundamental de que fala Kelsen, e esta não é sancionada por nenhuma outra, mas é vênua do sistema, de tal maneira que se pode, *mutatis mutandis*, justificar o “poder” da sentença arbitral também na vontade estatal.

²⁸¹ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. 99.

²⁸² No sentido de que a normatividade é extralingüístico estatal-social: **FRIEDRICH MÜLLER**. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 3.ª ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Renovar, 2005, p. 38-39.

²⁸³ “O que ocorre, na verdade, é que o intérprete (geralmente o juiz) na solução dos casos, tomando como fundamento os princípios que norteiam o sistema jurídico, extrai norma que torna específico aquele princípio. Assim, não há criação de norma nova, mas apenas, revelação de norma que existe de modo não

encontra a norma jurídica), no que seja seus fundamentos e objetivos constitucionais, sobre o qual se funda o Estado Democrático de Direito, o faz em sintonia com ele.

Não se sabe, pois, que vontade há de ser aplicada, no que há por trás da vontade abstrata (*a priori*), ainda não identificada concretamente no ordenamento, *a posteriori*. Busca-se, contudo, a harmonia possível, sustentável, nada mais sendo idealizado a título de declaração da vontade estatal no corpo da sentença, permitindo-se que tal idealização se dê em nível abstrato, mas determinável *a posteriori*, no modelo de concepção do Estado Constitucional, que, frise-se, é posto extrallogicamente.

Essa abstração volitiva do Parlamento perde sua exclusividade (lei, emendas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções; *rectius*, normatividade), sua produção torna-se eclética: Judiciário (súmula vinculante²⁸⁵, as deliberações dos Tribunais Regionais do Trabalho²⁸⁶), Executivo (decreto autônomo²⁸⁷, art. 82, VI, CF; medida provisória, resoluções do Conselho Internacional de Preços²⁸⁸); como também a perde o Judiciário, relativamente à sentença arbitral, com o aval do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, essa vontade estatal sempre teve como pano de fundo a vontade política que emana dos três poderes e cada vez que tais poderes refletiam o pulsar da vida social, o espírito do povo, no dizer de Savigny, cada vez mais também a necessidade do justo, do harmonioso, do equilibrado ficava patente.

O que decorreu do Estado Democrático de Direito não foi o rompimento com o princípio da legalidade (plano formal), mas o reconhecimento do sentido de torná-la, aquela vontade, cada vez mais abstrata, contudo determinável positivamente,

expresso, implícito, no sistema jurídico. **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 29.

²⁸⁴ “O ponto de vista segundo o qual a interpretação seria o conhecimento do direito positivo e, como tal, um processo para extrair novas normas das já vigentes é o fundamento da denominada jurisprudência conceitual, também descartada pela Teoria Pura do Direito. Esta destrói a opinião de que se possam criar novas normas por via do conhecimento, opinião essa que, em última análise, surge da necessidade de representar o direito como um ordenamento forte, que determina a conduta humana e, em particular, a atividade dos órgãos aplicadores do direito, principalmente, dos tribunais; de modo que a função destes, assim como a interpretação, deve ser assim encarada como o processo especial de normas já existentes, que deverão ser descobertas por um determinado procedimento. É a ilusão da segurança jurídica que a teoria tradicional do direito – consciente ou inconscientemente – se esforça por manter.” **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, versão condensada pelo próprio autor. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 120.

²⁸⁵ É discutível a normatividade em atos que não tenha caráter abstrato e geral, como a súmula vinculante, que não se submete ao controle de constitucionalidade, mas à revisão ou ao cancelamento. Trata-se, portanto, de discussão que gira em torno de sua eficácia legal.

²⁸⁶ Essas estão sujeitas ao controle concentrado, por seu caráter geral e abstrato, segundo o STF, ADI 681/DF.

²⁸⁷ RTJ 142/718.

²⁸⁸ STF, Pleno, ADI 8-0/DF: a tais atos de caráter normativo permitiu-se o controle de constitucionalidade.

jurislativamente, quando não é mais exclusivamente produzida pelo Parlamento (plano material/formal), porque o sentido de norma diferencia-se do de lei.

A legalidade formal, que não permitia o transubstanciamento da dicotomia legalidade material/vontade estatal, deixa de ser único sinônimo de direito, passando a ser mais um elemento constitutivo.

O *ser* do direito transmuda-se e se deixa perpassar por um conjunto de princípios, regras, normas, jurisprudência, estratégias intelectuais interpretativas conhecidas e reconhecidas etc. A Constituição, em princípio e nesse contexto, assume compromissos, objetivos e fundamenta todo o ordenamento.

Com efeito, outra grande novidade do Estado Democrático de Direito é a mitigação da “legalidade” material e formal, agora sob o índice da normatividade, antes na posse exclusiva do Parlamento, consubstanciando não uma ingerência de um poder em outro, sobretudo indicando uma minimização/compensação do princípio separativo, porque com ele (o Parlamento) ainda permanece o poder reformador originário, que ainda mantém a formatação dos meios de produção do direito, mas agora controlado e completado o produto jurislativamente.

...

CAPÍTULO V

ESTRUTURA DA SENTENÇA

1. Plano de existência do ato jurídico da sentença.

Para existir sentença²⁸⁹, deve-se ter por preenchidos certos pressupostos, como qualquer fato jurídico. Justa ou não, nula ou rescindível, eficaz ou ineficaz. No primeiro caso, no sentido puramente dogmático e estrito, em suma, é justa se o que se “disse” coincide com a incidência no caso em concreto, o que sobra fica à sociologia.

Se como tal só se dá em relação processual, não havendo esta, sentença não há: é mera aparência (= parecer+não ser)²⁹⁰. Em resumo: para que *seja*, também se faz necessário que tenha sido prolatada por **a)** órgão jurisdicional, **b)** publicada (sua entrega ao escrivão ou em audiência a torna existente; em diário oficial corre o prazo do recurso)²⁹¹, **c)** não haja extraterritorialidade e contenha a **d)** assinatura do juiz.

Há outros casos mais controvertidos, como o da sentença duplificante, “que é a segunda sentença no mesmo processo”, dita “inexistente”, “salvo se a outra era nula”; se de juízes diversos, existe a segunda, que é rescindível. Assim como se a parte ou as partes não existe e se atribuiu direito a quem não existia.²⁹²

²⁸⁹ “Sentença que se não publicou não é sentença (ou *ainda* não é sentença). Não tem qualquer eficácia porque *não é*. O nada não tem efeitos. Só o juiz, que profere a sentença, pode publicá-la. Na superior instância, a publicação é por órgão do tribunal coletivo.” **PONTES DE MIRANDA**. *Tratado da ação rescisória da sentença e de outras decisões*. 4ª ed. Rio: Forense, 1964, p. 311 e *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 148.

²⁹⁰ Veja-se o que se disse neste trabalho sobre aparência no Capítulo IV, Item 4.

²⁹¹ No sentido de a sentença só ter existência depois de publicada: **CÂMARA**, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 16ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 452. **BARBOSA MOREIRA**, José Carlos. *O novo Processo Civil brasileiro*. 25ª ed. Rio: Forense, 2007, p. 84-85. A falta de assinatura também implica em sua inexistência: **LIEBMAN**, Enrico Túlio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Vol. I, trad. Dinamarco, Cândido Rangel. Rio: Forense, 1985, p. 244.

²⁹² **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 48-49.

2. Embargos de declaração.

Os embargos de declaração, como recurso, se limitam, em geral, à inteligência da sentença e buscam sua interpretação autêntica²⁹³. E se pode nele destacar, como recurso, a inexigibilidade de preparo (art. 536, CPC). Seu “efeito” é suspensivo²⁹⁴ (art. 538, CPC). Naturalmente, a apelação devolverá a matéria, sendo irrelevante valer ou não a sentença ou a decisão declaratória. Na hipótese de não serem conhecidos, o prazo da apelação já está corrido desde lá.

3. Obscuridade.

Em havendo obscuridade, os declaratórios lhes são suficientes; tornando-se outra vez, já não servirão, segundo Pontes de Miranda²⁹⁵, podendo recair na rescisão²⁹⁶. Assim, sentença deve ser clara, precisa.

Porque, se é ambígua, obscurece, dificultando o tato do recurso tanto quanto à execução, mesmo inviabilizando-a, porque não se sabe ao certo seus enunciados. Ao se tomar o termo obscuro no sentido de difícil de entender juridicamente, deve-se saber se o é em face da construção lingüística, se isso em si mesmo compromete o jurídico, ou se, por outro lado, o todo do texto não o faz.²⁹⁷

Deve-se colocar a obscuridade, portanto, em relação não só ao texto, com suas indeterminações jurídicas ou imperfeições lingüísticas e não apenas em termos de a construção se tornou complexa em face do objeto para quem o decifra: se viu só o texto, e não o contexto.

Trocando em miúdos: se há dúvida objetiva, porque na obscuridade a pouca visão acarreta dúvida, é porque provém do próprio texto gerado em face de ambigüidades: resolve-lhe os embargos; se de quem o decodifica, não lhe cabem.

²⁹³ **BARBOSA MOREIRA**. *O novo Processo Civil brasileiro*. 21.^a ed. Rio: Forense, 2000, p. 156.

²⁹⁴ Tal efeito, para alguns, decorre mesmo da recorribilidade, em face de se pensar que submete a sentença à ineficácia, assim como não se pode atribuir, de imediato, aos embargos efeito que o recurso principal não terá.

²⁹⁵ **PONTES DE MIRANDA**. Op. cit., 1974, p. 86: “Embargos de declaração só se opõem uma vez. Não há embargos de declaração a sentença em embargos de declaração.”

²⁹⁶ Mas há quem entenda que não. **COELHO GONÇALVES**, Helena de Toledo. *Embargos de declaração: soluções sistêmicas para as lacunas da lei*. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006, p. 167-168.

²⁹⁷ **BITTAR**, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 357-363.

Lembrando que surge dúvida objetiva quando não se sabe se se disse “a” ou “b”, mas aí já se cai na questão de ambigüidade.

Sem desnotar que o termo ambigüidade diz respeito a mais de um sentido²⁹⁸, o que por si só, não traz obscuridade, pois é comum a polissemia no discurso jurídico, daí a importância do contexto²⁹⁹. O mesmo se diga com relação à vagueza, que é o termo que se sabe que não é correto para o contexto, pois está a implicar mais de um uso impertinente ao discurso; se este é capaz de ser solucionado, não interfere.

Portanto, o termo dúvida, há de ser visto objetivamente e não como falta de manuseio de códigos jurídicos ou lingüísticos por conta do intérprete.

3. 1. Contradição e omissão.

Basta pensar que se pode partir de enunciados verdadeiros e se chegar a falsos. Ou mesmo o inverso: partir-se de enunciados falsos e resultar em verdadeiros. Argumentos que parecem válidos, mas não o são, chamam-se falácias. Há falácias de concernência e de ambigüidades: nas primeiras as premissas não se atinem às conclusões; das segundas já se tratou. Em resumo, aqui se diz “a” e acolá “b”.

Não se pode tomá-la, sem reservas, a contradição, no sentido da arqueologia do saber³⁰⁰: para esta, “analisar o discurso é fazer com que desapareçam e reapareçam as contradições. Deve-se compulsar a lógica dos enunciados jurídicos, sem deslembrar que como tal, em se tratando de julgar fatos, como faz a jurisdição, deve-se ter atenção àquela arqueologia.

A contradição pode ocorrer entre capítulos da sentença, ou entre os enunciados de fundamento e dispositivo. À contradição cabem os embargos.

Ora, como exposto, a contradição pode atingir fatalmente a decisão, a fazer com que os embargos operem substancialmente sobre seu conteúdo. Daí os denominados embargos declaratórios com efeitos infringentes ou modificativos, capazes de alterar seu conteúdo material, exigindo-se, então, que o contraditório seja instalado.

Sabe-se que a jurisdição não precisa apreciar todos os pontos do pedido (art.131, CPC), de outra sorte, há pontos controvertidos, e estes podem ser fixados pelo

²⁹⁸ WALTON, Douglas N. *Lógica informal–manual de argumentação crítica*. Trad. Franco, Ana Lúcia R. e Salum, Carlos A. L. São Paulo: Martins fontes, 2006, p. 336-337.

²⁹⁹ LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 9.

³⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. 7.^a ed. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. Rio: Forense Universitária, 2007, p. 171.

juiz (art. 331, CPC), sobre os quais necessariamente deve se manifestar, a exemplo da prescrição ou da decadência.

Caso os fixe, e não os aprecie; ou caso apenas as partes os tenham levantados: a omissão da análise de tais questões remonta ao próprio mérito da causa, ou melhor, é questão que tanto pode com ele se confundir, ou ser antecedente lógico para o pedido.

Se não a viu, cabem os embargos, de maneira que, pela via oblíqua, vão gerar alteração ao objeto da prestação jurisdicional, e aí se assenta o contraditório, e vão a título modificativo, em face da omissão.

Tecnicamente se diria, em sentido estrito, que não houve julgamento material porque não “disse” a norma que incidira, sequer coincidindo incidência e suporte fático equivocados, o julgado ou seu conteúdo material é mera aparência. Lato senso a sentença é injusta.

Não se discute se usou mal esse ou aquele argumento jurídico, se a premissa embate-se com a conclusão, que, como se viu, pode-se partir de premissas verdadeiras e se concluir o falso. Portanto, em princípio, com os embargos, não se discute o erro *in judicando*, mas o *in procedendo*.

Cabem embargos de qualquer decisão, com as particularidades já referidas.

3.2. Erros materiais.

Erros materiais podem nunca convalescer, nem mesmo contra a Fazenda Pública: se a contadoria do foro calculou juros “a”, mas seriam “b”, e as partes não viram e vieram a juízo seis anos depois requerendo precatório complementar, deve-lhes ser concedido.

Não se poderia pensar que os erros materiais pudessem ser opostos apenas pelo Erário, flagrante afronta ao princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e uma disparidade de armas inconciliável com o Estado Democrático de Direito.

O mesmo se o erro foi quanto à pessoa: independe da coisa julgada, desde que não atente contra o *decisum*. A questão, portanto, não deve sobrelevar ao mérito. Se a decisão esquece-se de condenar em honorários sucumbenciais, quando

deveria, ou mesmo que não se tenha requerido, não importa, a previsão é legal e devem ser conferidos (art. 20, CPC).

Clareza e precisão, indubitavelmente, são questões concernentes à dignidade da justiça e que afeta, significativamente, a qualidade da prestação jurisdicional, para que não sejam subvertidos os anseios, fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito.

4. Elementos formais da sentença.

Sua formatação básica deve ter os elementos relatório, fundamentação e dispositivo. Evidente que, mesmo presentes todos eles, pode não haver eficácia. Basta pensar na hipótese, já analisada, de ser ininteligível.

4.1 Relatório.

O relatório é um resumo dos principais fatos e razões de direito alegados pelas partes, e do que houve de relevante ao processo. A lei dos Juizados Especiais mitiga sua exigência (art. 38 da Lei n. 9.099/95).

A jurisprudência, a troco de celeridade ou de falta de pessoal, vem, de certa forma, corrompendo o elemento relatório. O relatório é a história do processo e só se realiza com manuseio sério de suas peças, muitas vezes delegado a servidores.

Por essa observação, percebe-se, e não são poucos os casos, que o julgamento por antecipação depende de um sóbrio manuseio de peças, quando não de vários volumes e aí esse fazer se sobressai para uma perfeita ou deficitária compreensão da lide.

Não querendo espinhar, volva-se a alguns critérios de ordem: tem-se aceito sua ausência nas hipóteses, e se diga esparramadas, de ausência de prejuízos às partes, até mesmo permitindo-se que se reporte a relatório de outro processo (*per relacionem*).³⁰¹ Tomem-se em termos tais extravagâncias.

³⁰¹ A ausência dos requisitos ínsitos no art. 458 do CPC implica vício da sentença. A falta de relatório ou de motivação importa em nulidade (nesse sentido: **ALVIM PINTO**, Teresa Arruda. *Nulidades da sentença*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990, p. 142. **SANTOS**, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed., vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 339 e 401). Por sua vez, a ausência de dispositivo, segundo **GRECO FILHO**, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. Vol. II, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 257.

Não deve faltar-lhe o nome das partes, não basta o “e outros”. Conseqüentemente, não fazendo coisa julgada em relação à pessoa omitida. Não pode restringir os pedidos, apenas limpá-los de coisas tais que não lhes aumentem ou diminuam. Sua ausência é causa de nulidade, sanável, suprível “ex officio”, na terminologia do Código de Processo Civil (CPC).

4.2. Fundamento e dispositivo.

A fundamentação está elevada a nível constitucional (art. 93, IX, CF). Seu mister maior, se bem que não os evite por completo, em face das imperfeições e sectarismos humanos, é impedir a arbitrariedade, “o decidir por decidir”, “ou o eu acho”, ou seja, impedir a primazia da subjetividade do julgador desprovida de qualquer elemento objetivo jurídico.

Questão de legitimidade, que sempre deve haver, mesmo que concisamente (artigos 165, 459, CPC). De qualquer forma, é dever do juiz fazer com que o “texto” se imponha como jurídico.

Há fundamentos de fato e de direito. Os fatos são o que são, e penetram o processo por narração, por representação. Nele também se inclui a persuasão racional do juiz. A causa de pedir é posta sob o crivo jurisdicional, ou seja, saneada a demanda, sem necessidade de provas, analisam-se os elementos do suporte fático³⁰², porque, não se deslembre, julgam-se fatos. Mas não é simplesmente assim.

Como se teve oportunidade de ver ao longo deste percurso, o que se traz ao processo não são fatos brutos, mas fatos que se supõem obrigatórios, no sentido que foi posto. Mesmo quando é caso de aplicação do art.4.º do CPC, as hipóteses que contém não são desconstituídas de juridicidade: o que vem à discussão judicial está, necessariamente, associado à juridicidade do documento ou da relação como fato de juridicidade.

Ou seja, não apenas se apontam meros elementos de suporte fático, mas o próprio fato de juridicidade, que há de conter, ao menos, elemento jurídico a ser avaliado. Coisas distintas. Não haver direito à parte, não implica que se vão discutir fatos não jurídicos, a jurisdição analisa fatos valorados, para lhes dá certeza jurídica, o

³⁰² **PONTES DE MIRANDA.** *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. São Paulo: Forense, 1974, p. 18: “o autor aponta o suporte fático; ao juiz cabe ver qual a regra em que se aloja e da qual se irradia o direito”.

que não significa dizer que cuide de fatos brutos, por conjectura, mesmo porque pode haver suporte fático como mera factualidade, por isso sua afirmação de jurídico é que deve ser fundante.

O Judiciário não é fonte de consultas, tampouco lhe é pertinente o debate de fatos não jurídicos, não postos à carga de juridicidade, salvo para dizer que lhes nega juridicidade e aí o dito fica sendo o direito. A questão pode recair na possibilidade jurídica do pedido, em questões pré-processuais, na existência ou regularidade da relação, ou de falta de condições da ação.

Como o fundamento contém a apreciação da causa de pedir e representa o espaço em que o juiz expõe sua motivação, suas razões de decidir, não fazem coisa julgada (art. 469, CPC), salvo se, em processo incidente, algum ponto controverso (questão incidental), do qual dependa o mérito da causa, por não estar contida no pedido sua apreciação ou por que o rito não lhe permitia, seja dessa forma provido. Os motivos não fazem coisa julgada, salvo nas hipóteses legais, a exemplo do art. 42 do CPC.

Sua falta é causa de nulidade, sanável, suprível “ex officio”. Sua deficiência é causa de rescindibilidade. A eficácia de coisa julgada provém de seu dispositivo, nele está a mandamentalidade, a declaratoriedade, a (des)constitutividade, a condenatoriedade ou a executividade. Sua falta gera nulidade.

...

PARTE 3

EFICÁCIA E EFEITOS DA SENTENÇA

CAPÍTULO VI

Perspectiva atual da eficácia da sentença

1. Eficácia: uma teorização.

Há eficácia dita total, segundo Marcos Bernardes de Mello³⁰³, quando, para todos os efeitos produzidos, ocorre “E” e não “E-n”. Opta-se, neste trabalho, por tomar “E” como conjunto eficácia, formado por elementos eficaciais “E1, E2...” e “n” como conjunto dos efeitos jurídicos, cujos elementos são “n1, n2...”

“E”, como conjunto, não se relaciona em termos de função consigo mesmo, mas com o conjunto “n”. Da função “ $n=f(E)$ ” é que vai resultar sua imagem “(E1, n1)...”. Portanto, “E” chama-se de domínio da função e “n” de contradomínio. Assim, os efeitos jurídicos que resultam alteração factual, no sentido posto, têm um componente eficaz (E1), atrelado ao mundo lógico-jurídico; e “n1” ao mundo dos fatos, a se considerar, também, que não existem efeitos no mundo dos fatos, de causa jurídica, que não sejam autorizados por uma determinada eficácia e que a eficácia exaurida (E1) e o efeito exaurido (n1), “(E1, n1)”, é aquilo a que se chama de efetividade, que vai corresponder a alguma mudança de fato; a efetividade, portanto, tem parte no mundo jurídico e parte no mundo dos fatos, da mesma forma que os fatos jurídicos as têm. Só que o direito não garante efetividade, assim como não garante que a conduta normatizada ocorra como deve ser, com a diferença de que a efetividade se passa totalmente no mundo dos fatos.

Como inexistente efeito jurídico igual a zero ($n=0$, como se poderia deduzir de “E-n”), mas “{ } ou $\emptyset$ ”, conjunto vazio, não sendo, tampouco, “E” elemento do conjunto {n}, ou este daquele, desconsiderou-se a expressão “E-n”.

Aliás, a eficácia total poderia ser representada pela função “ $f:E \rightarrow n \mid I(f) \subset n$ ”. Sendo que, inevitavelmente, “ $n \text{ e } E \subset \{N \text{ sem o zero}\}$ ”. E mesmo que houvesse impossibilidade técnica de se cogitar de função, que não é o caso, seu estudo

³⁰³ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

sob o prisma de relação não alteraria a conclusão a que se quer chegar de separar eficácia e efeito em conjuntos distintos, mas implicados.

Ou seja, que exista uma função de “n” em “E”, tal que os elementos da imagem de “f:E” estejam contidos em “n”, assim como os de “E” neste tenha correspondência, desde que “n” e “E” pertençam ao conjunto dos números naturais sem o zero: (“f”= função; “E” = conjunto eficácia; “{n}” ou “n” = conjunto dos efeitos; “n1”= elemento; “f” = imagem; “N” = conjunto dos números naturais; I = tal que).

Em outras palavras, o conjunto de todos os efeitos ({n}) passíveis de serem produzidos pelo fato jurídico é o contradomínio da função e não o que faz com que tenha eficácia total, pois, como função, pode faltar (n1= um efeito, a exemplo de negócios jurídicos fora da relação processual, ou mesmo dentro dela). Mas o contradomínio não precisa ter a mesma quantidade de elementos ou ser igual ao domínio da função “f(E)”, como ocorre quanto aos efeitos anexos da sentença, por exemplo, a se considerar apenas os efeitos próprios ou específicos. Podem sobrar elementos no contradomínio (n), mas não no seu domínio (E).

Em verdade, não é só um fato jurídico específico que tem o condão de produzir todas as eficácias e efeitos da relação jurídica, é uma sucessiva série de fatos jurídicos, portanto, de eficácias e efeitos que vão se formando como em um “efeito dominó”, em uma cadeia jurídica, cuja eficácia total seria o limite da somatória de cada eficácia de cada um dos fatos jurídicos.

Por esse prisma, então, a teoria dos conjuntos de Georg Cantor seria a menos indicada para o estudo do conjunto total de eficácia e do conjunto total dos efeitos, sinalizando-se para a aplicação da teoria dos conjuntos de Zermelo-Fraenkel³⁰⁴ em que só existem conjuntos cujos elementos são também conjuntos, mesmo a se considerar a hipótese do “continuum”, que não é nem verdadeira nem falsa, segundo demonstrou Kurt Gödel³⁰⁵. Ou seja, se o conjunto eficácia é sempre produzido e pressupõe um fato jurídico existente, mesmo que nulo, pode-se afirmar que o conjunto eficácia (primeira proposição) faz parte do fato jurídico mesmo que nulo, porque se sabe que existe fato jurídico, portanto, conjunto vazio e, mesmo que a eficácia da sentença não possa ser manipulada pelas partes (plano do verbo), mesmo que se desista de um

³⁰⁴ **KRAUSE**, Décio. *Introdução aos fundamentos axiomáticos da ciência*. São Paulo: EPU, 2006.

³⁰⁵ **LOURENÇO**, Manuel. *O teorema de Gödel e a hipótese do contínuo*. Lisboa: Galoust Gulbenkian, 1979. Kurt Gödel convivia diariamente com Albert Einstein em Princeton-USA e chegou a provar matematicamente que a matemática como um todo não pode ser apreendida com axiomas e regras.

pedido (ainda não há sentença) ou se substitua o conjunto eficácia (acórdão), continua a existir conjunto, função.

Mas, parodiano a antinomia do mentiroso: se todo efeito é autorizado pelo conjunto eficácia, mas pode ou não ocorrer e ainda ser manipulado pelas partes, ver-se-á que a primeira proposição (conjunto eficácia) não faz parte do conjunto imagem, qualificado de efetividade (imerso no mundo dos fatos).

Na verdade, então, o conjunto eficácia e o conjunto dos efeitos produzem o conjunto imagem que é exatamente a alteração no mundo dos fatos, a efetividade. O efeito jurídico, por outro lado, pertence ao conjunto “n” (contradomínio) e que vai implicar efeito propriamente jurídico, porque elementos-conjunto de “E” e de “n” formam pares, dos quais se extraem a efetividade.

E mesmo que se tomasse por completa a relação do eminente doutrinador, só seria verdadeira, assim como a que foi colocada, quando se tratasse apenas de constituição de efeitos específicos de atos jurídicos da mesma espécie, pois não se poderiam baralhar os efeitos da sentença (fato jurídico processual $\rightarrow E'$ e $\{n'\}$) com os efeitos do fato jurídico material ($\{n\}$). Coisas diversas.

Redundando que uma função, como posta, $f:E \rightarrow n$, em se tratando de “sentença de (des)constituição”, seria de referebilidade apenas material, devendo haver outra função de referebilidade processual diversa $f':E' \rightarrow n'$ e a união das duas funções resultaria em um conjunto de $E \cup E'$, considerando que outras eficácias jurídicas estariam contidas naquelas duas porque de fatos jurídicos distintos.

Ou ainda, dado o fato F, existe uma eficácia “E”, tal que a eficácia total (E_t) pertence ao conjunto total dos fatos jurídicos (F_t), pois a relação jurídica comporta-se como uma cadeia de elos de fatos jurídicos, como uma estrutura.

Ou seja, a relação aqui dada ainda careceria de outros acréscimos, pois ao se colocar E' e $\{n'\}$ não se estaria falando de efeitos não próprios do fato jurídico da sentença (como os anexos), quanto aos anexos e demais, a representação poderia ser outra; tarefa, aliás, mais apropriada a uma teoria estruturalista do direito, que ultrapassa os objetivos desta exposição.³⁰⁶

³⁰⁶ “A teoria dos modelos jurídicos, embora ainda no seu nascedouro, encontra valiosos subsídios paradigmáticos na filosofia da linguagem e na lógica, embora especificamente não se constituem em instrumento utilizáveis a partir de seus pressupostos, mas, sem dúvida, contribuem para a formação de um pensamento racional capaz de interpretar validamente as situações existenciais, que no Direito assumem feição histórico-funcional inconfundível em virtude de sua polarização no *sentido de normatividade*..” **STRENGER**, Irineu. *Direito moderno em foco*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 312.

Mas estaria a salvo a função que foi posta, relativamente aos efeitos anexos, com a solução da teoria das funções, tendo-se que o elemento “{n1}” do conjunto “{n}”, que não encontra correspondência em um elemento ({E1}) ou noutra qualquer, não é suficiente para descaracterizar a função existente entre “E” e “{n}”, porque todos os elementos do contradomínio não precisam se corresponder a todos os de seu domínio, os elementos deste sim necessitam ter correspondência no contradomínio. Havendo a possibilidade de estar previsto um efeito (n1) sem a devida correspondência (E1), portanto, que não se manifestou, com o elemento conseqüente-efeito (expressão de Vilanova), mas fato-efeito segundo a aplicação que se deu à teoria dos conjuntos de Zermelo-Fraenkel, ao se tomar o conjunto efeito como totalidade ou o próprio elemento como um conjunto, que, de concepção de causalidade jurídica, passaria a condição de causalidade limitada, uma vez que sempre se implicariam (conjunto a implicar conjunto).

A irradiação de um fato-causa e de um fato-efeito seria representada por um par (E1, n1), não significando $E1=n1$, determinante da imagem da função. Ainda mais que cada elemento do par binário corresponderia a dois conjuntos de significação jurídica e assim sucessivamente e não a algo puramente matemático (1, 2, 3), daí se poder afirmar, com Zermelo-Fraenkel, que E1 e n1 seriam conjuntos e não só elementos de conjunto.

Para uma visualização melhor, imagine-se que o conjunto eficácia “E” é a munição; e a arma, fato jurídico; e “n” o conjunto dos efeitos (acionamento do gatilho, fundante da função): sendo o conjunto bala (=domínio da função), de elementos-conjunto = “{E1-ogival, E2-jaquetada, E3-de chumbo, E4-de aço...}”. E o conjunto-efeito (=contradomínio da função), de elementos-conjunto = “{n1-madeira, n2-pedra, n3-areia, n4-papel...}”, ao dispará-la, a exemplo, formar-se-á um par eficácia-efeito jurídico=“(E1-ogival, n1-madeira)”, que se alojaria no alvo, causando uma mudança no mundo dos fatos, que seria, conforme o caso, a perfuração da árvore. A arma é o fato jurídico; o conjunto munição é a eficácia; o acionamento da arma, efeito; exaurimento do efeito (=arma disparada + acerto do alvo=efetividade). Efetividade exaurida é satisfatividade (o acerto correto ou desejado no alvo).

Por esse raciocínio, não há de se negar que os efeitos-fatos manifestos de “{n}” estão em correspondência no plano da eficácia jurídica “E”, podendo, conforme o caso, irradiarem-se alguns de imediato em pares ordenados, ou em outro momento, não implicando, dessa feita, que ele, o conjunto eficácia, já não exista com ou sem

elementos-conjuntos, principalmente a se falar de ato jurídico estrito senso sentença da classe processual.

Alguns efeitos irradiando-se, outros que não, ou se ainda nenhum deles, não significa dizer que não vão fazê-lo, pois o conjunto já estaria totalmente formado, em decorrência direta de permissivo da própria lei, e não estar formado (desmuniciada a arma), não significa sua inexistência como conjunto que não pode gerar função eficácia-efeito (ato nulo).

Ou seja, uma coisa é está completo o conjunto eficácia porque não prescinde de suporte fático que não os já constituídos suficientemente no fato jurídico que implica aquele conjunto eficácia (caso da sentença); ou incompleto o conjunto dos efeitos porque se vinculam a outro fato jurídico (fato jurídico processual e causa morte *no testamento*); outra vazio (ato nulo); aquela outra é não existir conjunto (inexistência de fato jurídico). Assim, só na hipótese do ato nulo seria verdadeiro “ $E=\{\}$ ”. O conjunto eficácia é também conjunto que, em certo momento sistêmico, pode não ser vazio, a depender da hipótese “de lege lata” ou de “lege ferenda”, ou passar a vazio (ato putativo).

A eficácia total ou parcial; plena ou limitada, definitiva, resolúvel ou interimística; própria, anexa ou reflexa; “ex tunc”, “ex nunc” ou mista; putativa ou não, é também uma questão de se adjetivar o que já existe, que é a eficácia, melhor, o conjunto eficácia. Mais apropriado seria falar em efeitos esses ou aqueles ainda não emersos. Mas uma razão para se adotar a expressão *conjunto eficácia*.

A eficácia (fato-causa) apenas autoriza, permite, viabiliza a produção de efeito (fato-efeito), e não é ela mesma; aquela é conjunto-elemento que se corresponde com os elementos ou elementos-conjunto dos efeitos “ $\{n\}$ ”.

Só, portanto, o ato jurídico nulo é incapaz de produzir efeitos, porque incapaz, também, de constituir os pares ordenados como unidades de significação, ou todos os fatos jurídicos que devesse, decorrendo “ $E = \{\}$ ”, mas não E' , porque não há elemento no conjunto dos efeitos $\{n\}$.

Também não “ $E = 0$ ”; não existem efeitos jurídicos nulos; efeitos ou eficácia jurídicos apenas inexistem. Como é certo que não há “fato jurídico inexistente”, simplesmente não se fez.

A exemplo, o fato jurídico do casamento pode constituir o vínculo conjugal, relação de parentesco, comunhão de bens etc., gerando diversos elementos-conjunto, se bem que na hipótese putativa não está apto para a produção de toda a

cadeia factual, porque a corrente que deveria se formar com cada elo preenchido de fato jurídico, apesar de ainda contínua, há elos vazios que se entremeiam no percurso gerativo da eficácia total por conjuntos vazios e, note-se, tomando como paradigma o ato putativo, que os elos de fato jurídico ou de eficácia jurídica não se rompem em face de um deles ser conjunto vazio, a cadeia eficaz ou de fato juridicizado permanece no *continuum*.

Ou seja, a eficácia-causa dar-se apenas no mundo jurídico, no plano do verbo, a partir de um fato jurídico existente não nulo; o fato-efeito atuando no mundo dos fatos. A relação é em nível de correspondência, não de igualdade. Se pudermos pôr a questão em termos de relação de causalidade, melhor se explicará o fenômeno, como bem se depreende do cotejo com a lição de Lourival Vilanova:

O que se acha em um ponto do tempo e do espaço, como estado, início ou mudança de estado, em estática ou em transformação, existindo ou vindo a existir, não é autodeterminado, como causa-de-si-mesmo. Sendo causa-de-si-mesmo, seria a um tempo causa e efeito, o que destruiria a polaridade relacional dos dois termos. (...)

Ou, pelos menos, seria uma trajetória que se fecha, como um sistema de pontos, onde não se pode fixar o ponto inicial e o ponto terminal.³⁰⁷

Tal afirmação encontra suporte na idéia de que “enunciar que A é causa de B adiciona uma relação que não é temporal”, mas lógica. E como no caso dos efeitos da sentença, da eficácia de coisa julgada, minimamente e apenas “ad argumentandum”, na causalidade jurídica, em nível de conjunto eficácia (fato jurídico, atuação no mundo lógico-jurídico) e de conjunto dos efeitos (atuação, por exauriência, no mundo dos fatos), dir-se-ia:

Perfaz-se o conjunto: os fatos tais, que são causas de alterações no mundo exterior; como se perfaz o conjunto: os fatos tais, que são efeitos do mundo exterior. Mas sabemos que um conjunto ou classe *não é um dado imediato de nossa percepção exterior*. É uma construção conceptual que assenta operações lógicas definidas.³⁰⁸

Como foi visto, a incidência ocorre independentemente da vontade humana, não comporta nenhuma condicionalidade e tem como causa a concreção do suporte fático suficiente, que faz a norma, inevitavelmente, incidir, causa mesmo,

³⁰⁷ LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 1.

³⁰⁸ LOURIVAL VILANOVA. Op. cit., p. 3.

porque aí há um determinismo inegável, se tal incidência é reconhecida ou não, é outra questão que diz respeito à sua aplicação, e aí reside a falibilidade humana.

A incidência ocorre em nível abstrato; dizer-se que ocorreu, quando não; ou dizer-se que não ocorreu, quando sim; ou seja, se a aplicação não coincide com a incidência, não se deve confundir incidência e aplicação, reprovável cientificamente. Coisas distintas.

A incidência, portanto, como algo infalível, é causa do fato jurídico, não se podendo negar o determinismo, relação de causalidade ilimitada entre norma-incidência — suporte fático suficiente — fato jurídico — eficácia, essa corrente, depois de formada, jamais é rompida, porque deve ser vista em termos de conjunto, de vínculo de conjuntos, vazios ou não. Só a inexistência prévia, e não a desconstituição posterior de elementos de conjunto a romperia; mesmo a desconstituição do ato inválido, que é existente, não o faria, apenas esvaziaria certo elo, certo conjunto, tornando-o vazio e não inexistente, elo é conjunto ou elemento-conjunto, automaticamente preenchido pelo fato da sentença.

Certos vazios mesmo, como se estudou na Introdução, são preenchidos pela própria sentença quando processa fatos brutos provisoriamente traduzidos como fatos de juridicidade, mas, ao final, sem os etiquetar, e ainda assim não deixa de compor um produto de juridicidade, a própria substância da sentença (epi-substância).

Ou seja, para “romper” a corrente, termo desconstruído com a tese, a inexistência do fato jurídico deve ser prévia, mas se é prévia é porque também não existia cadeia a partir dele, e tal hipótese cairia numa tautologia por não levar em conta a hipótese.

Não se pode tornar algo existente em inexistente (a exemplo do nulo), questão mesmo da natureza das coisas, resumida em um axioma de Pasteur de que na natureza, e isso se tome a qualquer mundo, mesmo ao jurídico, nada se perde, nada se cria, tudo se transforma, no sentido de que tudo se forma em termos de estrutura, de elos.

Tome-se o exemplo do testamento³⁰⁹, a partir da premissa do conjunto eficácia e numa visão puramente de direito material para se depurar o raciocínio, sem se

³⁰⁹ “Dizemos *poderão produzir sua eficácia* porque há fatos jurídicos que existem, mesmo validamente, mas não podem produzir seus efeitos, como é exemplo o testamento antes da morte do testador. Embora a *missão* do fato jurídico, é, sem dúvida, a produção de eficácia jurídica, esta não lhe é essencial à existência, como se vê.” **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Prefácio*. In: *Capacidade postulatória*. **CAMPOS GOUVEIA**, Roberto. No prelo.

considerar ainda os artigos 982 e ss do CPC: Evidente que testamento se faz em vida, o fato jurídico do testamento surge antecedentemente ao evento morte (inútil dizer, concernente ao seu plano de existência, “para depois da morte” no art. 1.857 do CC), portanto, se há suficiência de suporte fático (forma, capacidade e bens), surge o negócio jurídico e o conjunto eficácia do testamento. Ora, a *mortis causa*, então, nada teria a ver com a questão do suporte fático do testamento (existe e, em hipótese, válido) e sim com a integração de conjunto efeito {n}, de liberação de efeitos, constituição de conjunto efeito em função (conjunto imagem) na estrutura de elos em cadeia dos fatos jurídicos. Em havendo testamento, a *mortis causa* faria incidir a norma do art. 6.º, do art. 1.784 e do art. 1.877 do CC etc., formando uma estrutura de elos em cadeia. Ver Fig. 6.

A *mortis causa*, então, não seria suporte fático de eficácia, tampouco do negócio jurídico, suporte fático só o tem fatos jurídicos e não o conjunto eficácia, por isso se conjecturaria que, no sentido exclusivamente material, o evento morte seria elemento constitutivo de efeitos e não do suporte fático do testamento. Eficácia não é fato jurídico, nem efeito, em relação ao fato originário. Não confundir, aliás, como já ficou posto neste trabalho, com o caso de a boa-fé ser suporte fático ideal dos negócios jurídicos, ou seja, a função do art. 113 do CC, nesse sentido, é de complementação de suportes fáticos, e não de integração de eficácia, assim como no direito consumerista.

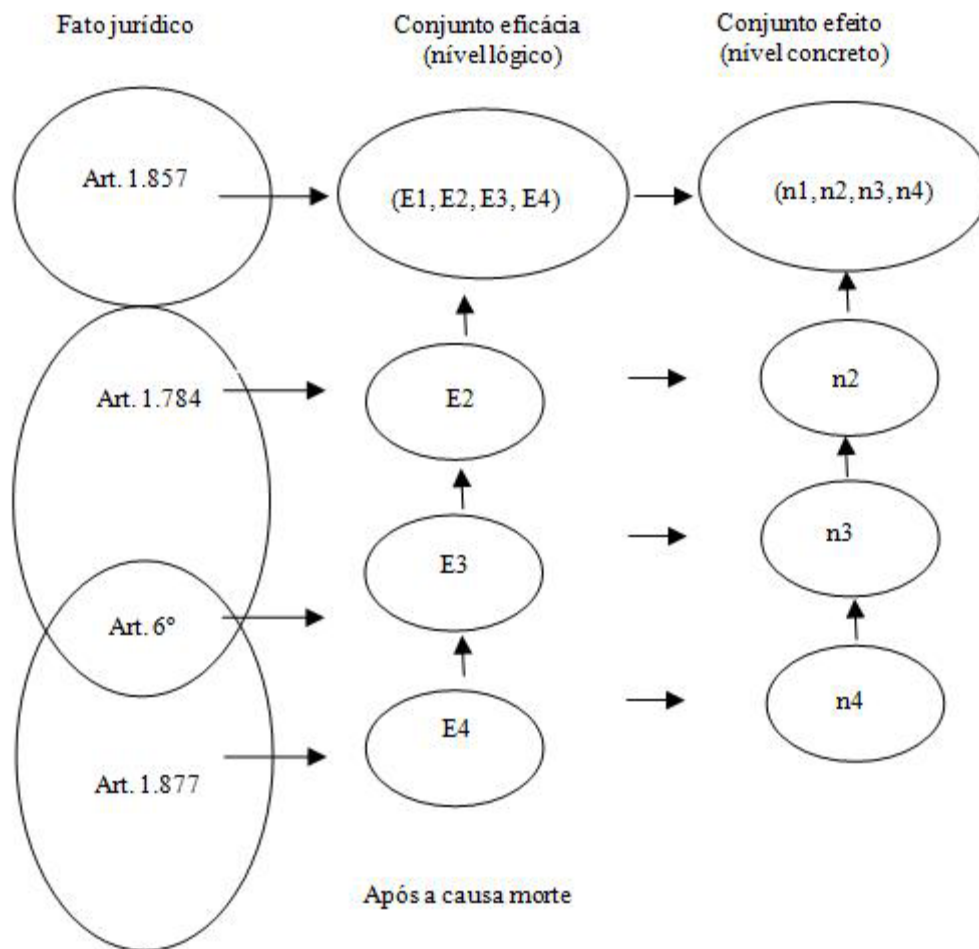


Fig. 6. Estrutura jurídica de direito material do testamento, desconsiderando-se o direito processual. A *mortis causa*, nessa hipótese puramente de direito material, seria elemento integrativo de efeitos. O conjunto eficácia do testamento, porque existente este, já estaria formado com (E1...) e a causa morte apenas deflagraria o exercício do direito nele contido.

Por outro lado, se os efeitos do negócio jurídico exigem manifestação judicial, em face de que eles não podem ser recebidos diretamente pelos sujeitos de direito, não há que se falar em conjunto eficácia completo (relação de função) do negócio porque o *antecedente lógico* será validado e eficazizado pela sentença, que age como elemento complementar no plano da validade e da eficácia. É o que acontece com o testamento em consequência do art. 1.877 e 1.784 do CC e sua repercussão processual, o que manteria coerência com a expressão deôntica “J[D(C→A) ou (não-A→S)]”, aqui desenvolvida, em operando a *causa mortis*, porque necessitaria de intervenção judicial. Se fosse sem atuação jurisdicional ocorreria “D(C→A) ou (não-A→S)”, como na Figura 6.

A má-fé, é a regra, faz com que seja o ato inválido, porque fere o suporte fático do negócio jurídico: o ato terá de ser desconstituído. A boa-fé, como suporte fático dos negócios jurídicos, tem força tal que a putatividade do ato faz com que a decretação da nulidade ou da anulabilidade produzam seus efeitos “ex nunc” (art. 1.561, CC), ou seja, seu conjunto eficácia permanece a produzir seus devidos efeitos anteriores à sua desconstituição, deixa de “existir” o ato, não o conjunto eficácia e o elo que restou vazio de fato jurídico material preenche-se com a sentença, mantendo a estrutura em cadeia, em elos. Admitir-se sua inexistência fora do sentido de elos em cadeia é, ao mesmo tempo, apontar que o seu conjunto eficácia independe mesmo do fato jurídico (espécie de ultratividade), pois ao de boa-fé (na putatividade) permanece o conjunto efeito {n}, cuja invalidação e eficacização de “E” foram dadas pela sentença. No direito do consumidor, a boa-fé é suporte fático ideal de todas as relações de consumo, sendo causa de invalidade (nulidade).

A própria morte, vista pelo lado puramente biológico, não torna algo inexistente simplesmente, como num passe de mágica se faria algo desaparecer, apenas transforma um elo da cadeia humana tornando parte dela vazia, sem, no entanto romper o ciclo, os conjuntos que a compõem como uma estrutura. Onde começa e termina o ciclo já é outra questão: nascimento — morte — vida ou big bang — vida — big bang, ou qual? Independe mesmo da opção, pois tudo se passa no plano do conjunto-verbo.

E não se venha falar de fato jurídico que não se conhece (como a morte desconhecida), no mundo exclusivamente extrajurídico, que, por sinal, o direito pode resolver por presunção, tampouco de norma sem capacidade de incidir, do que já se tratou. A morte biológica desconhecida gera fato de juridicidade, que ainda ou talvez nunca se juridicizará.

De outra sorte, problema maior surge com a relação entre fato jurídico e eficácia jurídica, que autor mesmo como Marcos Bernardes de Melo afirma não ser relação causal.³¹⁰ Ou mesmo ao se dizer que a causalidade é restrita à natureza.³¹¹ Tais apriorismos não invalidam a conclusão a que se chega, como se verá.

A abordagem da questão de se tratar como relação de não causalidade ou de indeterminação entre fato jurídico e eficácia jurídica, quando feita pelo prisma de seus efeitos, resulta numa inadvertida premissa de que *se* há fato jurídico, *então* há

³¹⁰ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18-26.

³¹¹ **LARENZ**, Carl. *Metodología da ciência del derecho*. Trad. Ordeig, Enrique Gibernat. Barcelona: Ariel, 1966, p. 171.

eficácia jurídica: a expressão é verdadeira ou falsa, que, para os lógicos, não interessaria à normatividade, ao direito.

Tudo reside em se igualar o conjunto eficácia com o conjunto de seus efeitos, em se igualar os elementos daquele aos deste, sem se atentar quanto à relação de função que os domina, como a toda natureza, de conjunto para conjunto, de elemento-conjunto para conjunto-elemento em nível de correspondência, e não de igualdade, ou mesmo de se colocar que o conjunto eficácia é o mesmo conjunto dos efeitos. Ou mesmo se acreditar que a produção de efeitos é necessária ao fato jurídico. Basta uma exceção para se invalidar o absolutismo da asserção. Ter eficácia não é necessariamente produzir efeitos, como no testamento, na sentença a que se suspendeu a execução, no negócio a termo etc.

Se partirmos da observação do ato jurídico nulo ($E=\{\}$), significa dizer que não há elementos contidos no conjunto “n”, vazio, não se dando correspondência no conjunto “E”, ou então se diga que a correspondência é de conjunto vazio para vazio, que não seria pura inutilidade (porque será, inevitavelmente preenchido pela sentença), porque inexistem elementos, e não conjunto, que só é vazio e serve como suporte, como sustentação, elo, vínculo da cadeia jurídica de que foi falada, desde que preenchida por sentença; conseqüentemente, não existem também elementos no conjunto eficácia, mas existe conjunto, portanto, função que se estruturou com o fato de juridicidade, ou, posteriormente, com a sentença.

A única possibilidade de não existir conjunto eficácia seria a própria inexistência de fato jurídico, daí, o que não se *fez* não é jurídico, impertinente tratá-lo em nível de conjunto vazio. Mas o nulo e o anulável são atos jurídicos existentes. O inexistente, não o oculto, não se presta a nenhum tipo de função, de elo.

Outra imagem do que se afirma em relação ao ato putativo (paradigma) poderia ser elaborada: Considerem-se: a) a existência de determinado subconjunto fato jurídico (SFJ); b) o conjunto de sua eficácia (E); c) o conjunto de efeitos (n); d) o conjunto dos efeitos-fatos irradiados (En); e) o subconjunto do mundo dos fatos (S-MF) em que se irradiou os efeitos; f) o subconjunto do mundo jurídico em que se deu o conjunto eficácia (S-MJ). E F' (fato jurídico da filiação), E' conjunto eficácia de F'. Conjunto sentença constitutiva/desconstitutiva (S-CD). E'' (conjunto eficácia de S-CD). Conjunto eficácia X.

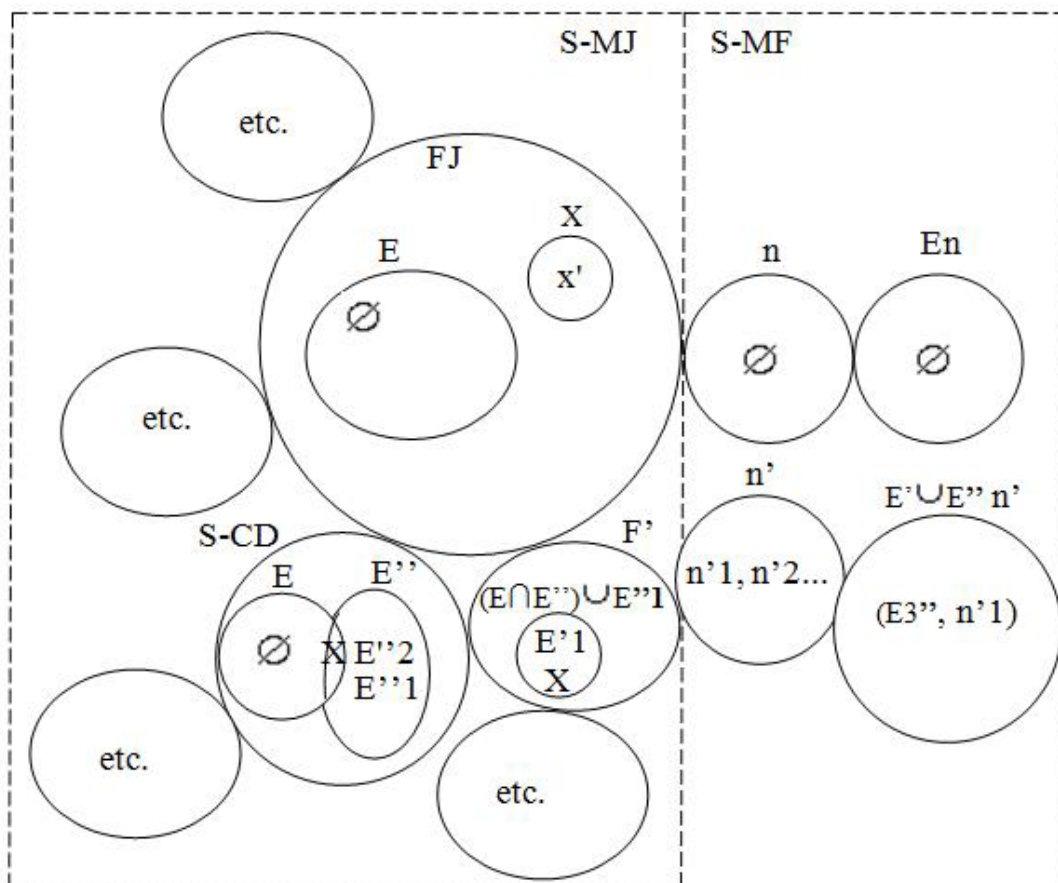


Fig. 7. Estrutura jurídica do casamento putativo sem boa-fé dos cônjuges de que resultou filho.

Ora, já se discutiu, na Introdução, que o sistema processa fatos de juridicidade, ou fato jurídico (como o é o ato putativo). A desconstituição deste não invalida a cadeia jurídica que se formou. Em sendo, por hipótese, nulo, sem boa-fé e sem prole o casamento, já se anotou que o sistema processa a nulidade, que não é fato bruto ou sequer apenas fato de juridicidade.

Dessa forma, ao desconstituir o casamento nulo, após o trânsito em julgado da sentença, é como se não tivesse existido, veja-se bem, “como se não tivesse existido” no sentido que apanha também os efeitos (“ex tunc”), o que é mera redundância já que o conjunto eficácia foi-lhe desde início vazio, mas não inexistente, não se precisando, decerto, desconstituir efeitos jurídicos inexistentes. Permanecendo válida a hipótese que foi dada. E aí a sentença torna-se elo vital na cadeia, vinculando todos os outros, como uma estrutura de verdade-validade do sistema, não passível de ser desconstruída, porque a sentença vinculou fatos jurídicos existentes, cujo conjunto eficácia emergiu vazio não por conta da desconstituição do ato, mas porque já o era na eficácia que implica, resultando, nessa “estrutura” jurídica inapagável, que nem por

forças outras jurídicas (como a rescindibilidade ou a “querela nullitatis”) o sistema permite seu desfazimento, mas tão-somente sua reestruturação, permanecendo como cadeia jurídica, estrutura de consolidação do ordenamento jurídico, de verificação de seus postulados. Nessa seara, pode-se concluir que a intersecção entre as eficácias de S-CD e FJ no ato nulo é conjunto vazio. Veja-se a figura abaixo.

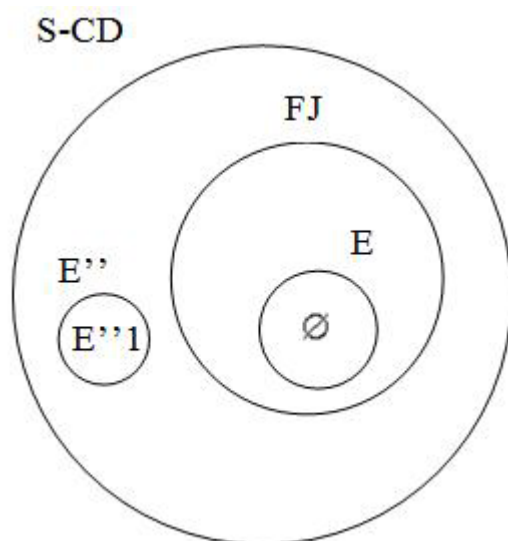


Fig. 8. Conjunto eficácia de sentença de desconstituição de ato nulo.

O conjunto intersecção do ato jurídico nulo é igual a $E'' \cap E = \emptyset$, pois só resulta a eficácia da sentença como fato jurídico processual, tendo em vista o conjunto eficácia material vazio.

No ato putativo existe intersecção (X, por exemplo, eficácia do próprio ato jurídico putativo). Não deslembrar a teoria dos conjuntos de Zermelo-Fraenkel, de que todos os elementos de um conjunto são conjuntos. Podendo conviver, no ato jurídico, distintos conjuntos eficácias, como subconjuntos de cada elemento eficaz (E1...). Se, por outro lado, fosse a hipótese de casamento entre pessoas do mesmo sexo, inexistente, portanto, o paradigma, não seria uma questão de se romper a cadeia, simplesmente não se fez a partir dele, e tudo se passa no mundo dos fatos, mera aparência e restaria apenas e isoladamente o conjunto do fato jurídico da sentença como substância única de juridicidade e elo primeiro da cadeia, como já se demonstrou na Introdução a sistemática do processamento de fatos brutos ou de fato de juridicidade, inexistindo a referida cadeia de elos entre as classes de ato material e processual, ao menos da mesma esfera jurídica, em princípio, uma vez que, no casamento inexistente, poderiam resultar outras conseqüências jurídicas, a exemplo da pena, do dano moral etc.

E a cadeia começaria pela própria sentença, e não pelo ato material. Por isso não se desconstitui o inexistente, declara-se no plano do direito processual e nada se desconstitui no plano de existência material.

Na realidade, nada disso tem a ver com tautologia ou desapego ao pragmatismo. Contudo, não se pode conhecer uma ciência só em face de seus parâmetros visíveis ou assimiláveis dentro de uma lógica ou conceito clássicos, ou simplesmente de uma lógica deôntica ou de conceitos jurídicos que se querem isolar em um sistema inafetável ao mundo em que se insere.

O fenômeno jurídico é irreduzível a apenas uma lógica ou a um mundo, como qualquer fenômeno, a concepção do método é que pode ser vetor desse isolamento, de pureza, essa, sim, inexistente. Foi nesse sentido que Bohm, Vigier, estimulados pelas idéias de Broglie propuseram uma teoria física fundada em parâmetros ocultos, contrapondo-se à mecânica quântica tradicional e à chamada interpretação de Copenhaga da microfísica.³¹²

Faça-se um pequeno enxerto das discussões acima suscitadas:

Bohr e os seus seguidores vêem na relação de indeterminação um fenômeno originário do ser; tem uma exigência objectiva só o que é mensurável, mas não o que lhe é complementar. Von Weizsäcker ensina que, subjacente à física clássica, existe uma ontologia que hoje já não se pode manter; nela, a natureza foi pensada, de modo cartesiano, como algo existente em si; mas, pelo contrário, as leis físicas não existem na natureza sem a nossa intervenção, são antes leis da possibilidade de produzir fenômenos mediante o experimento. Só existe propriamente o que deste modo pode aparecer. A filosofia da escola de Copenhaga poderia resumir-se na proposição: só é possível o ser que, com a ajuda de algum dispositivo de medida, é suscitado como real.

Em contraposição a este enunciado, Bohm ensina que as leis causais são operantes na natureza em si mesma. A natureza é infinitamente complexa, estruturada num número infinito de estratos; e cada um deles possui uma autonomia apenas relativa, pois mostra efeitos dos estratos que residem em maior profundidade, cujos parâmetros permanecem por agora ocultos.

Bohm resume sua filosofia no enunciado: «O caráter essencial da investigação científica consiste em que ela se move para o absoluto, enquanto estuda o relativo na sua inesgotável multiplicidade e diversidade».³¹³

Mormente que colocar a causalidade sob a fórmula *se-então*, como o fez Heisenberg, resultaria num enunciado verdadeiro ou falso, que nada impede do antecedente ser falso e o conseqüente verdadeiro; agora, numa visão de eficácia jurídica

³¹² HÜBNER, Kurt. *Crítica da razão científica*. Trad. Morão, Artur. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 27-28.

³¹³ HÜBNER, Kurt. *Crítica da razão científica*. Trad. Morão, Artur. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 29.

igual a efeito jurídico: *Se* fato jurídico, *então* deve-ser efeito, tal expressão pode ser válida ou inválida.

Por outro lado, segundo o que se colocou neste estudo, se se tomar “*dado* fato jurídico, *então* deve-ser conjunto eficácia”, a expressão será sempre válida. Portanto, a modalização deôntica aqui proposta garante o conseqüente para qualquer hipótese.

E a expressão “*se* fato jurídico, *então* eficácia” seria verdadeira ou falsa, descartável pela lógica deôntica. E “*dado* fato jurídico, *então* deve-ser efeito”, também pode ser válida ou inválida, uma vez que a modalização deôntica não garante, nesses termos, o conseqüente, os efeitos. Tais noções são fundamentais para a compreensão da posição escolhida quanto à coisa julgada material, eficácia e efeitos da sentença.

Como se descreveu na Figura 5, qualquer fato jurídico tende ao centro, ao plano da eficácia, mesmo que não gere efeito, basta que exista. Mesmo porque ter eficácia não é necessariamente gerar efeitos, próprios ou específicos do ato, e sim conjunto eficácia. Se assim está bem encartado, todo fato jurídico tem-lhe vinculado um conjunto eficácia.

Voltando à causalidade, “evidentemente Heisenberg confundiu a validade do princípio de causalidade com sua aplicabilidade”³¹⁴ (se conhecermos exatamente o presente, podemos determinar o futuro, dizia, subtenda-se “*então*” antes de “podemos”), já que a invalidade do princípio da causalidade, supostamente, foi por ele definitivamente estabelecida.

No entanto, “um evento não deve definir-se por ser, em princípio, exatamente medível”³¹⁵, impossibilidade que ocorre com relação à incidência. E, mesmo assim, a causalidade ilimitada continua válida para diversos sistemas.

Tanto assim que para Kant “a física explicita apenas o que cada autoconsciência pressupõe *a priori*”³¹⁶ (dado sem experiência), sendo o único meio legítimo de considerar a natureza, mas, em contraponto, para o operativismo de Reinchenbach³¹⁷ (dado da experiência) a física não seria nem verdadeira nem falsa, porém representaria um esquema de dominação da natureza, como se, para ambos, o Eu produzisse ele próprio o objeto.

³¹⁴ HÜBNER, Kurt. *Crítica da razão científica*. Trad. Morão, Artur. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 24.

³¹⁵ HÜBNER, Kurt. Op. cit., p. 24.

³¹⁶ HÜBNER, Kurt. Op. cit., p. 17.

³¹⁷ HÜBNER, Kurt. Op. cit., p. 32.

Em Heisenberg, “não é a consequência que é falsa, mas o pressuposto”³¹⁸, pois que não se pode, em princípio, conhecer o presente em todos os seus elementos determinantes e é esse não considerar que faz com que seja a relação de indeterminação.

Assim, a não aplicação do princípio da causalidade a certos fenômenos é o que distingue a mecânica quântica (escola de Copenhaga) da física clássica. Portanto, a causalidade ilimitada, que aqui se a emprega para a relação entre fato jurídico e eficácia, porque, mesmo imensuráveis fisicamente os eventos ou fatos valorados, o seu conjunto eficácia pode ser determinado, garantidos seus elementos eficaciais.

Porém, de causalidade limitada a relação entre o conjunto eficácia e o conjunto dos efeitos (em termos, decerto, de probabilidade, de indeterminação), porque sobre estes o controle é do mundo dos fatos, porque operam no mundo dos fatos, em que as pessoas decidem por eles ou não, fazendo acordo, antecipando-os ou deles se esquivando etc.

Daí se poder entender melhor a questão do ato putativo que, mesmo a produzir efeitos, não toca o plano da validade, porque eficácia e efeitos, a rigor, nada têm a ver com o plano da validade, mas com a eficácia específica, própria ou total do conjunto dos fatos ou dos fatos jurídicos compostos nas incidências. Ou seja, depois de constituído o fato jurídico, pode mesmo o conjunto eficácia dele não mais depender, caso do ato putativo, na decretação de efeito “ex nunc”, e não “ex tunc”.

Seja “E” conjunto eficácia total e “{n}” conjunto total dos efeitos de determinado fato jurídico, decorrendo “ $n = \{\emptyset, ..., n1, n2, ... \}$ ” função de “ $E = \{E1, E2, ... \}$ ”. Tal expressão estaria mais em consonância não só com o ato jurídico putativo, mas ainda com outros que gerem também, conjuntos ou subconjuntos com elementos-conjunto efeitos faltantes.

Dessa forma, “ser e ser medido não exprime exactamente o estado de coisas,”³¹⁹ atitude extremamente empirista. Há, na própria física, grandezas que não se associam a nenhum significado físico, a não ser por um esforço especial de construção de dispositivo de medida, e mesmo assim seria inconcebível um número de dispositivos de mensuração que disso dê conta, mas se sabe que a maior parte dos operadores possíveis na mecânica quântica não representa grandezas mensuráveis.

³¹⁸ HÜBNER, Kurt. Op. cit., p. 23-24.

³¹⁹ HÜBNER, Kurt. *Crítica da razão científica*. Trad. Morão, Artur. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 30.

Tal como ocorre entre o conjunto eficácia e o conjunto dos efeitos (causalidade limitada), mas não entre o fato jurídico e aquele conjunto (causalidade ilimitada), restando que o princípio da causalidade não é nem verdadeiro nem falso.

Numa tentativa de compatibilizar os modais deôntico e lógico, se não importa à causalidade física o ser verdadeiro ou falso, mas mero postulado prático, assim também é irrelevante para a causalidade jurídica o ser verdadeiro ou falso, válido ou inválido o fato jurídico, “significando unicamente o *desafio* a que para todo X se *pressuponha* e se *procure* um Y existente”³²⁰, em termos de eficácia-efeito, ou seja, casos há em que o plano da eficácia se anteporia ao da validade e a Figura 5 seria reescrita com o plano de validade e eficácia trocados, porque os apriorismos podem ser substituídos por outro (?).

Percebe-se, então, que a causalidade natural “se fato jurídico, *então* conjunto eficácia”, é necessária, provável, em termos lógicos; e “*dado* fato jurídico, *então* deve-ser conjunto eficácia”, em nada se contrapõem uma e outra relativamente à causalidade. Com o que já foi exposto, portanto, o modal axiológico e o deôntico não são, em princípio, incompatíveis, valendo a expressão, dada na Introdução, “J [D(C→A) ou (não-A→ S)]”.

Pode-se entender o exercício de direito de “ação” como uma forma provisória de se atribuir juridicidade ao fato, constituída com a distribuição da petição inicial, passando a existir precariamente como fato de juridicidade (C) a ser discutido processualmente, que ainda não é fato jurídico, e, sendo assim, também surge o “conjunto eficácia” também precário, sendo que todo fato jurídico, como estudado, está vinculado ao seu conjunto eficácia, independente de valer ou não, de gerar ou não efeitos, e tende ao centro (plano da eficácia, Fig. 5) exatamente à busca de seus elementos.

Nesse raciocínio, a jurisdição pressupõe, antecipa juridicidade para fazer valer seu mecanismo teórico codificado (teoria dos códigos), tendo-se em vista que não pode, como exposto na Introdução, processar a autenticação de fatos brutos, uma vez que toda questão litigiosa é, de antemão, questão de juridicidade e esta, na via processual, supõe fato jurídico ou de juridicidade para acionar seu mecanismo juridicizante, mesmo que precariamente, e não só suporte fático valorado, ainda assim, como dito, suporte fático valorado supõe categoria jurídica.

³²⁰ HÜBNER, Kurt. Op. cit., p. 32.

Quando Lourival Vilanova firma que o conceito de direito não pode ser inferido, porque o referente seria do mundo empírico e aqui se disse, na Introdução, citando-o, que os fenômenos não podem ser apreendidos somente pela razão, conflui com a idéia de que os conceitos teóricos provêm da “espontaneidade do pensamento” em sua autoconsciência lingüística, “não da percepção – e justamente por isso não são de natureza empírica”³²¹ (acrescente-se “não só dela”), estimulada sim pelas observações, mas não por elas exclusivamente determinada.

Não obstante ao que se disse, há um contraponto com o aqui discorrido em Lourival Vilanova³²² que merece ser explicitado:

Tanto a causalidade natural como a causalidade jurídica encontram na proposição implicacional sua adequada forma sintática. Numa como noutra, há variáveis, há relações entre variáveis, e, acrescentemos, há relação funcional (mais que relação). Numa e noutra, podemos aplicar a função $y = f(x)$, onde y representa a consequência (ou o efeito, no plano real), e x representa a hipótese (a causa, ou o fato jurídico, no plano real).

Como se pode notar, há uma discordância, não taxionômica, mas categorial entre o contido no texto acima e a proposta aqui definida: no texto, o efeito é função do fato jurídico, o que, *prima facie*, pareceria em ordem, uma vez que só há efeito se se antever fato jurídico, que sua causalidade jurídica, segundo Vilanova, dar-se sempre norma — fato jurídico — eficácia, com o que se há de concordar quanto à causalidade, todavia, para o autor, fato jurídico→eficácia=efeito³²³, significando que a cada fato jurídico dado (x) deve ocorrer um determinado efeito.

Ora, se as premissas fato jurídico→eficácia=efeito foram tomadas, então efeito= f (fato jurídico), simplesmente dessa forma vai significar que pode haver um fato jurídico que é igual ao seu efeito, ou que ele mesmo seja efeito, e isso é inadmissível e poria a função como uma equação intraduzível em termos de dar conta do fenômeno jurídico.

Também a função em análise só pode traduzir o efeito de cada fato jurídico que é posto (F' , F'' , F''' ...) e jamais vai poder representar todos os efeitos do mesmo fato jurídico F' , por exemplo. Pois ao se pretender identificar uma função de conjunto das eficácias de F' , ter-se-ia que considerar o fato jurídico como uma constante

³²¹ HÜBNER, Kurt. *Crítica da razão científica*. Trad. Morão, Artur. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 35.

³²² LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47.

³²³ LOURIVAL VILANOVA. Op. cit., p. 15-16; 22.

da função $y=f(x)$, que resultaria em $\text{Efeito}=f(F')$, a exemplo, e se teria que considerar $\text{Fato jurídico}=\text{eficácia}$.

Assim, para cada eficácia se teria um efeito, mas como eficácia não é efeito, não se poderia determinar os elementos do conjunto eficácia e os do conjunto efeito. Ou seja, $y=f(x)$ se tornaria uma função constante, uma vez que toma $\text{fato jurídico}=\text{eficácia}=\text{efeito}$, e cairia no vazio.

Cumprе salientar que o autor não toma o fato jurídico como um conjunto, tampouco o efeito, segundo a teoria de Zermelo-Fraenkel, ou como aqui foi feito ao se colocar “ $n=f(E)$ ” ou “ $f:E \text{ em } n$ ”, sendo que “ $I(f) \subset n$ ”, $n \in E \subset \{N \text{ sem o zero}\}$ e $n \neq E$ ”. E mesmo que o referido autor tomasse fato jurídico como um conjunto, a função, em relação ao que se sustenta, redundaria também em fracasso, porque tomaria diversos fatos jurídicos e, conseqüentemente, encontraria diversos efeitos de fatos jurídicos distintos.

Por outro lado, se fosse tomado $\text{fato jurídico}=\text{eficácia}$, numa tentativa de compatibilizar a função com a teorização da eficácia aqui proposta, nada adiantaria, porque a função passaria a representar os efeitos de cada eficácia posta: $\text{Efeito}=f(\text{eficácia})$, daí que a cada eficácia ($\text{Eficácia}'$, $\text{Eficácia}''$, $\text{Eficácia}'''$...) teria que corresponder a distintos fatos jurídicos (F' , F'' , F''' ...), tendo em vista que cada fato jurídico produz determinados conjuntos eficácias próprios e outros não próprios, assim como outro conjunto de efeitos, em cadeia, em elos, redundando em nenhuma utilidade para o estudo dos efeitos produzidos por um fato jurídico gerador do conjunto eficácia.

Sem os delineamentos a que aqui se referiu e sublinhados não há como conceber a função “ $y=f(x)$ ” dada para o que se propôs, sendo “ x ” fato jurídico e “ y ” efeito a dar conta do fenômeno jurídico.

A razão, pois, de se colocar o conjunto efeito como função do conjunto eficácia, é que o conjunto eficácia é prévio, conhecido, tendo seus elementos predeterminados na relação de causalidade norma — incidência — suporte fático suficiente — fato jurídico — conjunto eficácia. Sendo, assim, a eficácia jurídica do ato jurídico estrito senso da sentença é previamente estabelecida, e aí se verifica rapidamente a hipótese.

Quando se trate de negócio jurídico, há uma eficácia também prévia ou provisória, determinável, e o que se deve verificar é se o efeito produzido ou a se produzir está ou não autorizado por essa eficácia. Ela ocorre no plano abstrato, do verbo; aquele se dispersa no mundo dos fatos. O cientista do direito não pode sair

buscando certo efeito para conformá-lo a certa eficácia, porque não deve confiar a juridicidade ao mundo dos fatos; sobre este não tem controle; sobre aquela sim, confinada no mundo jurídico, antevendo-se sempre a correspondência de suportes fáticos. Diferentemente do que deve fazer em relação aos suportes fáticos e às normas.

Não custa salientar que, em havendo litígio, demanda, lide, a jurisdição não julga efeitos ou fatos jurídicos, mas suportes fáticos valorados como fato de juridicidade ao menos, nem as pessoas a provocam com o intento de determinar apenas eficácia, porque querem efeitos, como se estes fossem a própria eficácia. Julgam-se fatos, juridicizando-os e determina-se o alcance do conjunto dos efeitos predeterminando o conjunto eficácia. Conhecido este, passa-se, conforme o caso, a constituir ou desconstituir aqueles ou a novos produtos.

Como foi estudado, a causalidade ilimitada aplica-se ao conjunto eficácia, por isso sua determinação antecede; ao conjunto dos efeitos aplica-se a causalidade limitada, assim, na impossibilidade de se verificar ou de se ter controle de todos os efeitos previamente, estrutura-se a função em termos da eficácia para efeitos.

Como foi posto, em termos de conjunto, o conjunto eficácia (e não o conjunto efeitos) passaria a elemento atemporal e incondicional, independentemente de qualquer termo, estando, é claro, constituído o fato jurídico no plano de sua existência. Dessa forma, o *fato jurídico não poderia ser ora causa, ora efeito*³²⁴ em um mesmo elo da cadeia³²⁵ da qual se falou, isso ocorre quando se considera que a eficácia legal (a norma) produz efeitos jurídicos sem a concreção de suporte fático suficiente, sem *antecedente lógico* e já se anotou que efeitos geram-se a partir do fato jurídico produzido, e não da norma. Portanto, eficácia legal ≠ eficácia jurídica; eficácia ≠ efeito.

2. Eficácia e efeitos da sentença: considerações gerais.

Há, nitidamente, “eficácia da sentença (sentido estrito)” e da decisão interlocutória. Talvez não ainda eficácia de coisa julgada formal ou material que, para a classificação das sentenças de Pontes de Miranda, só esta teria a sentença e o que disso

³²⁴ **LOURIVAL VILANOVA**. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 197-198 e 201.

³²⁵ “A relação que, num ponto da série, é efeito de um fato jurídico, passa ao tópico funcional de fato jurídico em face de novas relações eficaciais.” **LOURIVAL VILANOVA**. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 165. A que se tenha como que o fato jurídico que deu causa (fato-causa) ao conjunto eficácia não acarretará outro fato jurídico (fato-efeito). Este fato efeito é diretamente ocasionado pelo conjunto eficácia no mesmo elo da cadeia nalgum ponto da série da cadeia (fato jurídico – eficácia – efeitos ... — ... fato jurídico – eficácia – efeitos...).

sobeja é apenas efeito processual, pois relaciona eficácia e efeitos ao conteúdo de direito material.³²⁶

O que a doutrina ainda chama de eficácia da sentença é a eficácia de coisa julgada formal ou da coisa julgada material ou da qualidade dos efeitos desta. Eficácia da sentença é, pois, aqui, dita como um conjunto que reflete um estado de fato e jurídico que existia a certo momento do qual emana força e efeito em pares ordenados por elemento-conjunto eficácia e elemento-conjunto efeito, anotando que, segundo Pontes de Miranda, “eficácia é a propriedade de ter força ou efeitos”³²⁷.

Mas a força de coisa julgada que possa adquirir a sentença por ser irrecurável, por não se ter conhecido o recurso ou porque não se recorreu é a mesma da eficácia da sentença tradicionalmente posta. Não obstante, a força da decisão que resolve mérito pode ser eficácia de decisão interlocutória, podendo mesmo adquirir o “status” de coisa julgada formal e material.

Distintamente da coisa julgada (formal), quando se operou o recurso e ainda permitiu que se discutisse, no mesmo processo, o bem da vida perseguido; e, em assim sendo, o acórdão, ao final, substituto da sentença, é que faz, na realidade, coisa julgada formal e o “plus” da material, não mais a sentença (sentido estrito). Este é o corte epistemológico que se dá, ou seja, acórdão = *vera sententia*, na hipótese de existência de recurso.

A eficácia da sentença aqui defendida não é só aquela concernente à continuidade da relação jurídica processual que se esgotou, mas aquela que ocorre antes mesmo de haver sua extensão, com o esgotamento pelo juiz “a quo” daquele “momento em que faz entrar na espécie abstrata a espécie fática”³²⁸, e o publica. Mas não, em princípio, eficácia de coisa julgada formal ou material.

Não se quer, contudo, refazer a confusão na doutrina entre essas acepções, como Carnelutti, ao afirmar que o efeito da decisão é que é a coisa julgada. Ou se afirmar que a sentença que põe termo ao processo, como na sistemática anterior, é a coisa julgada.

³²⁶ “O conceito de ação, a classificação das ações por sua eficácia, tudo isso consulta o direito material, porque o fim precípua do processo é a realização do direito objetivo. Na própria classificação das ações e das sentenças, o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material. A margem de liberdade que se lhe deixa é pequena, mas existe. **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. 225.

³²⁷ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 76.

³²⁸ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 122.

Ou como o fez Manuel Gonçalves da Silva, ou Segismundo Scaccia, ao dizer que a coisa julgada é efeito da sentença. Também como o disse João Monteiro, ao alegar que findo o ofício do juiz, a jurisdição do respectivo prolator, surge a coisa julgada. Ou como a maioria da doutrina, ao se contentar em chamar de eficaz a sentença a que não cabe mais recurso ordinário e extraordinário.³²⁹

Fora, em termos, também, e só no que tange ser referido apenas à sentença, das lições de Pontes de Miranda, é verdade que “assim, a eficácia da coisa julgada material depende daquela conjunção de dois elementos de classificação em duas classificações diferentes, o trânsito formal em julgado e o elemento declarativo”³³⁰.

Portanto, se tem por duas acepções: a eficácia da sentença propriamente dita (estricto senso) e, na segunda, a eficácia da sentença que resta pendente de “decisum” do tribunal. Ou seja, há uma eficácia sem ser ainda de coisa julgada, inerente ao conteúdo que já está definido (porque não pode mais alterá-la o juiz) à sentença “e a eficácia de coisa julgada material atrelada ao término da extensão, *uma* das possíveis eficácias da sentença.”³³¹

3. Efeitos da sentença pendente de acórdão.

A afirmação de não ter eficácia jurídica a sentença desde seu nascedouro, ou tampouco a de suspendê-la o “uso do recurso”, encontra óbice, preliminarmente, ao menos: a uma, em que se já não nascesse eficaz, não teria o “recurso” (“rectius”, a decisão que o recebe declarando em que efeitos) o que suspender.

E já se demonstrou que eficácia da sentença é conjunto — E’ — e os efeitos o conjunto “{n’}”; a duas, se pode também haver executividade provisória em situação de “recurso” de efeito devolutivo ou suspensivo (art. 475-M, §1º, CPC), não há que se lhe negar “ab initio” conjunto eficácia jurídica, não de coisa julgada.

Seu único requisito de eficácia³³² é ser existente (jurisdição+ publicação) e não nula, porque se sabe que a própria rescindibilidade pode ser superada com a

³²⁹ PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 132-138.

³³⁰ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 141.

³³¹ PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 209.

³³² “O ser fato jurídico e o produzir eficácia jurídica se passam no mundo de nossos pensamentos, não no campo da factividade material. (...) Não altera em nada a natureza do ser humano. Não lhe acrescenta nem subtrai, fisicamente, coisa alguma, porque apenas são atribuições (imputações) que as normas jurídicas lhe fazem. Suas repercussões no plano social são constatáveis, como quando vemos o proprietário usar o bem que lhe pertence, por exemplo.” BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

preclusão, para, assim, permitir-se que permaneça definitivamente com toda sua potencialidade no mundo jurídico.

Não só, pois, no sentido que ensina Barbosa Moreira³³³ de que “todo ato jurídico é, em tese, suscetível de produzir efeitos no mundo do direito” e de que “os efeitos podem ser considerados em potência (como passíveis de produzir-se)”, sempre atento a que “a relação jurídica processual tem regras de constituição, desenvolvimento e mesmo estrutura diferentes de uma relação jurídica de direito material”.³³⁴

Façamos, de antemão, algumas observações pertinentes, tomando-se o direito material, frisando-se que “tanto nos direitos eventuais como nos condicionais existe subordinação a evento futuro e incerto”³³⁵, sendo o direito eventual incompleto, futuro; os condicionais, define o Código Civil (art. 121): “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

Ante razões óbvias, deve-se descartar qualquer possibilidade de associação com o fato jurídico processual da sentença, só à guisa de hipótese complementar, aos que insistem que a recorribilidade “suspende a eficácia”, talvez a confundir com a eficácia de direito material (pré-processual, talvez já ocorrida) ou com a eficácia da coisa julgada, sem levar em conta o próprio fato jurídico da sentença.

Tenha-se, *a fortiori*, que “o direito *a termo* é noção que não se deve confundir: Há uma situação jurídica perfeita e acabada, apenas subordinada a efeito temporal. O que se alega para o futuro é sua execução”³³⁶.

E se assim o fosse, grosso modo, a sentença atrelada a um termo, como se dá no direito material, apenas confirmaria a premissa de que com a sentença se dá a eficácia e se a adquire, na hipótese pertinente, o direito ao seu cumprimento, às consequências de sua eficácia, em que momento isso ocorre é outra questão.

Na sentença com reservas (art. 460, CPC), impropriamente chamada de condicional, a condicionalidade é do objeto da relação jurídica de direito material, não da sentença. Não se reduz a tal, no entanto (aos que acenam com o manejo do recurso à “suspensão da eficácia da sentença”), em virtude de que, por hipótese, fossem “esses atos integrativos, como se os denominam em direito material, não comporiam o suporte

³³³ **BARBOSA MOREIRA**, José Carlos. *Conteúdo e efeitos da sentença*. Revista de Processo, vol. 40, São Paulo: RT, p. 7-12.

³³⁴ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 31.

³³⁵ **VENOSA**, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 6ª ed., vol. 1, São Paulo: Atlas, 2006, p. 351.

³³⁶ **VENOSA**, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 350.

fático do negócio jurídico (ou, por conjectura, da sentença) e, portanto, não interfeririam quanto à sua existência, validade ou eficácia própria, mas atuariam no sentido de que se irradiasse certo efeito que se adiciona à eficácia normal do negócio jurídico”³³⁷. Esse efeito que se adiciona é de um elemento-conjunto do conjunto efeito a que se diz eficácia normal. Aqui, portanto, fala-se de negócio jurídico, o que é inaplicável à sentença.

Caso se entenda que sentença é ato jurídico “stricto sensu”, saiba-se que quanto a esses atos, embora a vontade seja elemento cerne do suporte fático (juiz), a irradiação de sua eficácia é imune ao querer das pessoas, pois seus elementos-eficácias são predeterminados por lei, sendo imutáveis em face da vontade.

Podendo mesmo, nas hipóteses cabíveis, as partes transacionarem, relativamente aos efeitos, após o trânsito em julgado, o que não vai implicar mudança de eficácia, que predeterminada; modifica-se, sim, a efetividade da sentença, fora do mundo jurídico. A eficácia dessa espécie não pode ser subordinada a “condições e termos”.³³⁸

De modo que, mesmo que se considere que a eficácia específica do fato jurídico da sentença é a imunização definitiva do direito material nela reconhecido e coadjuvantemente constituído, ou sua execução (em sentido largo), haveria na sentença uma eficácia normal ou inicial própria, ou ainda que se diga, grosso modo, que atos integrativos gerem eficácia completante, “em que cada um dos atos tem eficácia própria, as quais, somadas, produzem a eficácia total do ato jurídico”³³⁹, haveria ainda assim, também, para a sentença, eficácia, pois mesmo que limitada, parcial, protraída, qualquer que seja, máxima não se poderia limitar, reduzir ou protraír o que não existe, os epítetos, portanto, agregam-se ao que já é, e aqui eficaz, mas uma justificativa para se denominar conjunto eficácia e separá-lo do conjunto efeito.

Descortine-se o que dissera Marcos Bernardes, “data maxima venia”, a questão de ser total ou parcial, plena ou limitada, instantânea ou protraída, a “ineficácia” não diz respeito à sua inexistência, mas, relativamente à sentença em sentido estrito, ao efetivo exercício em sua totalidade dos direitos, pretensões, ações e exceções que dimanam dela; em verdade dimanam dela e do conjunto eficácia do bem da vida

³³⁷ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

³³⁸ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 35.

³³⁹ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44.

perseguido: conjunto eficácia $\neq$ fato jurídico ($E \cup E'$), e não dos conjuntos eficácias de todos os atos processuais e judiciais advindos do processo precedentemente à sentença, salvo, no sentido já visto, a hipótese de se estabelecer uma estrutura de elos em cadeia à eficácia jurídica dos fatos jurídicos.

A considerar a sentença existente e válida, deve-se, concomitantemente, afirmar que o conjunto eficácia (E') não pode ser nulo ou inexistente, o que aqui já foi demonstrado: eficácia inexistente é como fato jurídico inexistente, apenas não é, portanto, conceito extrajurídico.

Com o que se pode afirmar que ineficácia não significa inexistência do conjunto eficácia, mas só que o conjunto efeito é vazio, ou não esteja completo ainda, por faltar elementos de correspondência no conjunto eficácia concernentes aos do conjunto efeito. E aí o conjunto eficácia, se daqueles previstos em lei, não encontra elemento de correspondência no conjunto dos efeitos (vazio, incompleto ou suspenso).

Desse “status” de ser o fato jurídico processual da sentença inteiro, acabado, perfeito, e o depender, para seu cumprimento ou execução, de atos posteriores, de circunstâncias outras ou da passagem do tempo, relaciona-se com os efeitos que deve produzir para transformar o mundo dos fatos de forma exauriente, mas não de sua *força* de sentença, ou de coisa julgada, em suma, eficaz.

4. Efeitos da sentença pendente de recurso.

A “sentença”, por exemplo, já assinada pelo juiz, e ainda em sua exclusiva esfera é só ato do juiz e não da jurisdição, e ainda não é sentença, e, não confundir, a publicação não lhe dá qualificação de sentença, já que não se pode qualificar o que não existe: nasce no mesmo instante daquela. A publicação é da substância do próprio ser da sentença e não poderia ser ato do conhecimento exclusivo do juiz; não se devendo entender o art. 164 do CPC (“os despachos, decisões, sentenças e acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes”) de outra forma.

Mas não se pode dizê-lo da norma jurídica em *vacatio legis*, já que existente ao mundo jurídico desde a promulgação e/ou publicação. Enfim, sem publicação não há forma nem existência de sentença, que sem tal pressuposto não há sua constatação.

Noutro quadro, a eficácia da sentença não está atrelada à sua “suspensividade” em decorrência de recurso ou de seu trânsito em julgado, alguns de

seus efeitos sim, embora se possa, mesmo pairando recurso, permitir executividade, mesmo com marca de provisoriedade (artigos 461 e ss; 475-I, §1º e ss; 587; 730; 733 e ss; CPC).

O recurso nada retira ou agrega, e, a rigor, nem o acórdão, porque ele a substitui totalmente, portanto, não é questão de agregar ou retirar, mas de não mais subsistir a sentença (art. 512 do CPC), a não ser como elo de uma cadeia estruturante da qual se falou.

Veja-se a dicção do art. 475-M: “A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribui-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.”

“Rectius” e a rigor: a impugnação ou a apelação (art. 518, *caput*), acertadamente afirma o legislador “...o juiz, declarando os efeitos em que a recebe...”, não adquire “eficácia suspensiva”, que não poderia um ato processual de particular suspender ou receber força tal que suspendesse a eficácia de ato da jurisdição (direito público em que a eficácia, no sentido posto, não é determinada pela vontade das partes). Os vários pedidos, por exemplo, dirigidos ao juiz, significam várias “ações”, a que pode a parte desistir de um ou de outro, a cada uma delas corresponde uma eficácia (E’), cuja desistência não vai significar manipulação da eficácia pela vontade das partes, mas dos efeitos. Quanto ao bem da vida, que não resta mais perseguido, não o afeta tal desistência.

O que vem corroborar o entendimento de que o que já é eficaz pode dimanar efeitos, e estes podem ser suspensos (não a eficácia), e só o faz não porque suspenda ato seu anterior (sentença, ou sua eficácia, já que esta é estado daquela, *status interno*), que não pode alterá-lo.

Nos artigos 285-A, 296 e 463 (com efeito modificativo) do CPC, quando há retratação, a sentença não subsiste, portanto, nada tendo a ver com o conjunto eficácia anterior; porém, em sendo a sentença eficaz, portanto capaz de gerar efeitos no mundo dos fatos (efetividade³⁴⁰), estes podem ser suspensos.

A suspensão dos efeitos ocorre tendo em vista que a incidência das normas processuais autorizadoras da eficácia dar-se sobre o fato jurídico da sentença

³⁴⁰ “Os embargos de declaração foram interpostos com o único intuito de protelar a *efetividade* da decisão do tribunal” (EDcL 157.722-6/01 da 3ª Câ. Civ. do TAPR). Ou seja, a posição de que os efeitos concretos da sentença configuram sua efetividade não é estranha à jurisprudência, fora, portanto do mundo jurídico, ao qual integra a eficácia.

independente de ato judicial posterior a ela: se os suportes fáticos de tais atos se consubstanciarem (sem suspensividade), dar-se integração de efeitos. Nesse sentido “não é o juiz que lhe confere eficácia, segundo quer; é o direito processual, segundo a sua concepção da questão e da sentença.”³⁴¹

E somente em se tratando de inconstitucionalidade poder-se-ia desconsiderá-la, com as particularidades já expostas, uma vez que impediria a própria incidência da eficácia legal prevista na norma, quer seja material ou processual, e “norma que incide é norma que deve ser *obrigatoriamente aplicada, sob pena de violação da ordem jurídica*”³⁴².

Se assim será, ou em que momento e de que forma, é questão que diz respeito à aplicação de seus efeitos (cumprimento da sentença): (CPC) “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:...””, caso especial que também é excepcionado pela regra do seu §§ 2.º e 3.º, relativamente aos efeitos (Grifado.)

Caso fosse ineficaz, efeito nenhum se formaria e não se precisaria suspendê-lo ou, peremptoriamente, como o faz o referido articulado vedando seu cumprimento de logo. O que não ocorre de imediato é a eficácia de coisa julgada, já que ainda não transitou; sendo assim, o fato jurídico já se formou suficientemente, porque não depende da suficiência de suporte fático de outros fatos jurídicos que não o da sentença para tanto. Enfim, o que se pode é suspender efeitos e não eficácia: aqueles dimanam em correspondência a esta, mas com ela não se confundem.

Tanto o juiz não pode suspender a eficácia da sentença, quanto não lhe dá eficácia quando lhe “atribui efeito devolutivo”, veja-se o §1º do art. 518: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.” Ou seja, o conjunto eficácia da sentença independe da concreção do suporte fático do §1.º do art. 518 do CPC, que apenas autoriza a irradiação dos efeitos determinados por aquele conjunto eficácia da sentença, questão de integração de efeitos, de constituição de efeitos a partir

³⁴¹ **PONTES DE MIRANDA.** *Comentários ao CPC.* Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 398.

³⁴² **BERNARDES DE MELLO,** Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11.) A observação que se faz é que não é a norma que deve ser obrigatoriamente aplicada, tendo em vista que pode não haver proximidade, ou mesmo coincidência, entre incidência e aplicação. A obrigatoriedade é das consequências advindas do fato jurídico. A coação é outra faceta que dimana do não acatamento dessas consequências, pela via do fato jurídico processual.

da constituição da relação de função entre “E” e “n”, dando origem ao conjunto imagem³⁴³, e não de suportes fáticos a se acrescentar à sentença.

Ora, se o juiz não a “receberá”, aqui se entenda como não a conhecerá, diferentemente do *caput*, não há que dar efeito algum, e, se assim o é, sua eficácia independe de ato do juiz, e não é ele que constitui ou desconstitui efeitos correspondentes à eficácia prevista em lei, que nada lhe agrega à eficácia que já possui³⁴⁴.

Também não é a súmula que lhe dá eficácia, apenas integra efeitos e permite que se gerem imediatamente, em face da segurança jurídica em destaque pelo respaldo de entendimento de tribunal superior, legalmente expresso.

Reiteradamente, ainda, o §1º do art. 475-M afirma literalmente que “ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exeqüente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

Primeiro, a caução não é prestada nos autos (que é processo sem procedimento; e o que se designa de “autos apartados”, no §2º, também é processo)³⁴⁵.

Segundo, tal parágrafo deixa claro que, ao mencionar o prosseguimento da execução que se pode requerer, logicamente não está a se referir à eficácia jurídica da sentença, e a caução serve como um meio de garantia imediata à parte executada em caso de inversão de sucumbência e, denotadamente, a caução não lhe dá eficácia, porque já a tem, mas executividade (consequência de eficácia, no caso, de integração de efeitos).

Terceiro, não é qualquer impugnação, mas a que traga à discussão as matérias do art. 475-L do CPC, ou que seja hipótese de nulidade etc.

E, como se observa, mesmo o juiz já tendo atribuído efeito suspensivo à executividade, a execução pode ser instaurada, desde que prestada caução arbitrada, suficiente e idônea. Do que se conclui que nem mesmo o efeito suspensivo proclamado por ato judicial é capaz de suspender a executividade ou seu cumprimento, que se diria da própria eficácia da sentença³⁴⁶.

³⁴³ Ver Fig. 6, p. 151 e p. 150.

³⁴⁴ Em simples paráfrase, poderíamos dizer que uma arma carregada é eficaz para matar sem que se precise puxar o gatilho: puxar o gatilho é extrair efeito de seu estado de municada. Pode se efetivar acertando-se a pessoa; e ser satisfativa, em caso de se realizar o acerto desejado.

³⁴⁵ O que sobe aos tribunais é processo e não autos.

³⁴⁶ Em sentido contrário: **BARROS LEONEL**, Ricardo de. *A eficácia imediata da sentença e as reformas do Código de Processo Civil*. In: Revista de processo. Vol. 119. Ano 30. São Paulo: Instituto

E, seguindo-se esse raciocínio, não poderia o juiz já lhe ter dado efeito suspensivo ou ter “suspendido sua eficácia”, como se afirma e, ao mesmo tempo, ao arbitrar a caução, passe a sentença de ineficaz a eficaz, como um elemento completante da sentença: o conjunto eficácia da sentença independe de caução, não é seu pressuposto, mas apenas elemento de integração efectual, tampouco o conjunto eficácia formado pelo fato jurídico da caução autoriza eficácia à sentença, apenas efeitos.

Com relação à recorribilidade, que pode apenas definir se há ou não efeito de coisa julgada formal, mesmo ainda não se consumando o prazo para a apelação, pode a sentença ser executada (execução provisória).

Convém não deslembrar que a não interposição de recurso não é condição “sine qua nom” para o trânsito em julgado da sentença: pode haver recurso e a sentença já ter transitado em julgado; basta o seu não-conhecimento ou não cabimento do recurso. Intentar dizer que todos esses efeitos não provêm da eficácia da sentença (estrito senso) é atentar contra os princípios mais básicos de lógica natural e de lógica jurídica.

Pontes de Miranda admite a existência de eficácia em sentença recorrível e ensina, tendo em vista que faz a diferença entre sentença e sentença final (= *vera sententia*): “A sentença sujeita a recurso não é, ainda, a prestação jurisdicional entregue; é ato judicial, que pode ter alguma eficácia, não é, *ainda*, a sentença ‘final’”³⁴⁷. Essa eficácia a que se refere é a que afirma ser de ato público, de autoridade do ato ou de eficácia resolúvel.

Não obstante tal confusão entre sentença sujeita a recurso, sentença final (acórdão ou a própria sentença), autoridade de ato e eficácia resolúvel, em verdade, é questionável dentro da perspectiva aqui composta: sentença final não é um *plus* da sujeita a recurso, uma vez que o acórdão a substitui e é ele que se sujeita à execução: a sentença não muda ou se aperfeiçoa (como se continuasse a “existir”), apenas é substituída na cadeia estruturante (art. 512 do CPC), não mais subsistindo.

Brasileiro de Direito Processual, janeiro de 2005, p. 123, afirma que “o recurso não pode suspender aquilo que ainda não possui eficácia e praticamente não produz efeitos imediatos. Ele apenas mantém a ausência de eficácia que ela possui (a sentença) e continuará possuindo, a menos que se lhe conceda expressamente a executoriedade (eficácia) imediata, ou até que advenha seu trânsito em julgado”. Nesse sentido: **BARBOSA MOREIRA**, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 255. Na realidade, faz-se confusão entre eficácia de coisa julgada e efeito do fato jurídico processual da sentença.

³⁴⁷ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII. Rio: Forense, 1975, p. 287.

De antemão, lembrar que, mesmo se se considerasse o prazo para apelação como um “termo” à sentença, e que, a rigor, não se poderia, expressão adequada para os negócios jurídicos³⁴⁸, ainda assim não se destoaria do aqui sustentado, tendo em vista que o negócio a termo já é acabado, perfeito, com conjunto eficácia formado cheio. O que se relega ao futuro é seu exercício, limitante ou não dos efeitos, como ensina, relativamente ao fato jurídico material, Marcos Bernardes de Mello³⁴⁹, que com o termo inicial a eficácia produzida é total. Uma coisa é certa: só se pode limitar a o que já existe, o que já é.

Como não se pode diferir o conjunto eficácia, aí ser mais apropriado falar-se em diferimento ou limitação de efeitos, conseqüentemente, ou se tem ou não se tem eficácia, o que dela decorre, sim, pode ser suspenso, diferido ou limitado.

De sorte que, identicamente, pode dizer-se do art. 518 do CPC: não se atribui efeito suspensivo à apelação, mas o juiz, por ato judicial próprio, pode suspender à executividade (por decisão), os efeitos concretos da sentença, sua efetividade, fora, portanto, do conjunto eficácia.

Quando a jurisdição, em relação ao fato jurídico da sentença propriamente dito, esgota-se, sem extensão, na fase executória aplica suas conseqüências jurídicas ao mundo dos fatos, que se exaure na efetividade. Se confirmada ou reformada, cumpre o acórdão, e não a sentença que prolator.

O recurso ou a recorribilidade, na verdade, nada suspendem: o ato judicial é que pode fazê-lo (art. 518/520/521/475 etc., CPC) em relação ao exaurimento da eficácia, aos efeitos, à efetividade, como resta da análise feita ao § 1º do art. 518.

Se bem que o Código de Processo Civil não fala em suspensão de eficácia da sentença, contudo, refere-se a ela no art. 467: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” Sentido, aliás, como é sabido, que só define mesmo a coisa julgada formal. A coisa julgada material já é se falar em um *plus* efícial.

³⁴⁸ “No estado da sociedade humana, nos povos de civilização ocidental, já não é mais possível tratar-se a relação jurídica processual, nem a sentença, como em plano igual àquele em que se situam os negócios jurídicos privados. A mentalidade, a que essa equiparação correspondeu, passou para sempre; *salvo regressão psíquica e social*. A sentença é, hoje, *prestação de direito público*, que se deve e se entrega em virtude de se haver estabelecido relação de direito público.” **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII. Rio: Forense, 1975, p. 311.

³⁴⁹ **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39-40.

Ora, analisando o texto, é a coisa julgada que se torna não sujeita ao extraordinário e ordinário, uma vez que o texto determina, em face da oração intercalada “que torna imutável e indiscutível a sentença” como epíteto restritivo de “eficácia”, de seu extrato semântico, que não é qualquer eficácia, mas a que acarreta a indiscutibilidade e imutabilidade. A imutabilidade, pois, é da eficácia do acórdão que esgotou a prestação cumprida pelo Estado-juiz. O argumento da doutrina é que sentença aí está no sentido largo, o que não é suficiente para se contrapor aos argumentos aqui expostos, não se podendo igualar decisão colegiada à decisão “a quo”, mesmo que aquela possa, por vezes, ser prolatada pelo relator, e que, conseqüentemente, substituirá a do juízo anterior.

A coisa julgada material é, pois, um “plus” eficaz. Na ação rescisória, já o é a coisa julgada material que se sujeita à desconstituição. E, segundo o que se viu neste trabalho, a recorribilidade não torna ineficaz ou eficaz a sentença, mas se associa a obstar a formação da coisa julgada e aí se deve fazer a distinção que aqui se estudou entre fato jurídico, conjunto eficácia e conjunto efeito.

Portanto, mesmo à letra do legislador, os aspectos de imutável e indiscutível sentencial, postos no art. 467 do CPC, não são pressupostos de existência de eficácia, mas para torná-la imutável e indiscutível, mesmo porque são sintagmas qualificantes, o que já pressupõe, como se viu, existir eficácia.

Outra, ser coisa julgada material, ou formal, não vai descortinar eficácia ou encobri-la: o conjunto eficácia é consequência de sentença existente/publicada, com as peculiaridades que se agregou aos contornos de validade e de eficácia, pois uma sentença que condenasse alguém à escravidão não teria conjunto eficácia a se corresponder em termos de função com o conjunto efeito, pois lhe sobraria elementos de eficácia em seu domínio, não sendo, portanto, função em relação ao conjunto efeito (portanto, não os podendo gerar), apesar de existente e válida e de ter conjunto eficácia (não vazio), porque não pode eficacizar direito material inexistente; mas não seria nula a sentença como afirma Chiovenda³⁵⁰.

Por fim, o art. 475-J (CPC) condiciona a instauração da fase executória ao requerimento do credor. Aqui fica mais nítido que as condições para que a sentença possa produzir suas consequências, e estas só têm *potencial* de se produzirem caso seja eficaz, tanto que o credor pode requerer seu cumprimento, e o obstáculo que se pode

³⁵⁰ **CHIOVENDA**, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, Campinas: Bookseller, 1998, p. 239.

criar é quanto aos efeitos da execução (ou do cumprimento), estes podem ser suspensos nas hipóteses estabelecidas no *codex* processual.

Eficácia³⁵¹ da sentença, advinda de puro ato jurídico estrito senso, como já se salientou, diz respeito não a algo atuando no mundo fático (efetividade), mas a um estado dela (“status” irremovível, e o acórdão, não podendo obrigar o juiz a decidir dessa ou daquela forma, a substitui totalmente, coisas distintas; distinto de eficácia da coisa julgada). Não confundir com o fato irremovível do ato-fato jurídico.

Pode até mandar julgar de novo, porque não era caso de inépcia e o processo não está maduro para que mesmo o faça etc., mas não pode impor que julgue de tal ou certa forma, condicionando o livre convencimento.

Ressalte-se que não se discute (no sentido de verificar, aqui empregado ao direito material) a eficácia normativa (capacidade de incidir da norma), que é questão de controle de constitucionalidade, competência exclusiva do STF e diz respeito à normatividade em tese, como também não se discute que a incidência da norma processual se dá com a sentença, porque formada no exato momento do fato jurídico processual.

Vale lembrar que na situação, *incidenter tantum*, de inconstitucionalidade, quando o juiz *a quo* a afirma, o faz sem autenticá-la, não indo sua verificação de inconstitucionalidade para o dispositivo da sentença, tendo em vista que está a cuidar de norma jurídica, que só ao STF cabe a autenticação de inconstitucionalidade, e só assim ocorre porque houve a alegação de formação de fato jurídico produzido por ela. Quando, porém, o faz em controle abstrato, está a analisar sua capacidade de incidir, que é inerente a existir, ser promulgada/publicada e vigente, para autenticar sua invalidade ou validade, sem discutir fatos jurídicos materiais por ela criados.

³⁵¹ “Em verdade, o conceito kelseano de eficácia jurídica corresponde àquele que denominamos de *efetividade da norma*, e não constitui dado inerente à juridicidade em si, mas é questão que se situa na dimensão sociológica do fenômeno jurídico.” **BERNARDES DE MELLO**, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano de eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, nota 29, p. 17.) Em **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 265, afirma-se, equivocadamente, que “a norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial. Antes dela, não tinha vigência”. Confunde, pois, dimensão sociológica (efetividade) com sua juridicidade (eficácia normativa); validade e vigência: “quando se fala no processo de ‘validade’ da norma, nada mais se deve exprimir com isso, senão a existência específica da norma, a maneira especial com que ela se apresenta, diversa do ser da realidade natural, que decorre no espaço e no tempo” **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, versão condensada pelo próprio autor. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 57.

Quando se trata apenas de questões meramente processuais, a autenticação dessa verificação integra o dispositivo da sentença, apenas não faz coisa julgada material, nem poderia, cuidando-se apenas de fato jurídico processual, como no caso de inépcia da inicial, podendo, salvo exceções legais (perempção, que é efeito anexo), ser renovado.

A nova sistemática processual e os delineamentos expostos, seguramente, alteram a visão com que se encara eficácia e efeitos da coisa julgada e os do fato jurídico processual da sentença na doutrina atual. Daí já se notar que aqui é fundamental se fazer a distinção entre eficácia da sentença, eficácia de coisa julgada material e efeitos.

6. Eficácia e efeito da coisa julgada.

Distintamente, a coisa julgada formal, que é aquela que diz respeito apenas ao processo em que foi proferida e aí se deve fazer a diferença entre a eficácia constitutiva (a eficácia *erga omnes* não explica o que parece efeito anexo³⁵²) e a declaratória (coisa julgada material, se suficiente; imanente às declarativas e a quase todas as condenatórias), ou entre o elemento constitutivo e o declaratório da coisa julgada material, que impõe o julgado (sentença, acórdão, decisão do relator), porque seu fundamento, não consequência, é o “ne bis in idem”, a função positiva é que é resultado deste (atendimento à sentença pelas autoridades).

“Ora, a coisa julgada material nem prejudica nem aproveita terceiro.”³⁵³ E, quando o atinge, o faz por expressa disposição legal (intencional) ou pela natureza do bem perseguido (ocasional), nas diversas exo-relações.

Nesse sentido, a coisa julgada não permite que se discuta, *no mesmo* processo, o que se discutiu e foi julgado (*res iudicata*), fazendo coisa julgada formal, cujo “plus” é tido como coisa julgada material e não se pode mais tornar a discussão *noutro* processo.

Diante do que foi dito, já que não se pode conceber efeitos fora da declaratoriedade, constitutividade, condenatoriedade, mandamentalidade e executividade, se “consequência de eficácia, eficácia é”³⁵⁴, então a coisa julgada material é eficácia da

³⁵² PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 67.

³⁵³ PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 51.

³⁵⁴ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 51.

sentença (“vera sententia”), existindo outras eficácias que não a de coisa julgada material. Deve haver, portanto, outros efeitos que não se relacionam com a coisa julgada material, com seu elemento declarativo, e, dessa forma, Pontes de Miranda elaborou sua tabela de cargas.

De outro modo, também, mesmo a se considerar que só o elemento declarativo faz coisa julgada material, inegavelmente os outros elementos, presentes nas sentenças típicas, geram, de qualquer sorte, sua carga própria (de força ou eficácia), que não de coisa julgada material, de eficácia predominante (força) ou não, mas é eficácia, e já que esta autoriza efeitos, estes há independentemente da predominância da eficácia específica da sentença (força).

Não se pode, contudo, desprezar o conjunto de efeitos produzidos de conjuntos eficácias distintos, ainda que não caracterize a ação de direito material preponderantemente.

Ou seja, existe, por óbvio, eficácia em sentenças que não fazem coisa julgada material (cautelares, jurisdição voluntária), cujos elementos declarativos têm carga inferior a 3 (três), havendo ainda outras cuja coisa julgada material tem carga eficaz inferior a 5 (cinco), concluindo-se que há eficácias declarativas não preponderantes que fazem coisa julgada material, resultando em eficácia (e não força) de coisa julgada, vê-se que o elemento preponderante (força sentencial não é o declarativo).

Para Botelho de Mesquita³⁵⁵, a execução provisória não limita a eficácia da sentença (com razão, no sentido aqui proposto), apenas a imutabilidade (sem razão) e que esta não é da declaração, mas da condenação (sem razão). Pontes de Miranda³⁵⁶ ensina que a sentença de execução provisória é sentença com reserva, em que a jurisdição antecipa a eficácia resolúvel.

No entanto, segundo o aqui traçado, são os efeitos que são resolúveis, não a eficácia, advirta-se, como já relatado, e eficácia é a propriedade de ter força para a produção de efeito em termos de função, mas isso se dá em outro conjunto que não o da eficácia ({n}, por exemplo), não irradiar efeitos não é o mesmo que não existir conjunto eficácia ou elementos eficaciais.

³⁵⁵ **BOTELHO DE MESQUITA**, José Ignacio. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. Vol. 2.ª São Paulo: RT, 2005, nota 26, p. 111.

³⁵⁶ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 76.

Liebman³⁵⁷ sustenta que a preclusão dos meios de impugnação da sentença não se confunde com sua eficácia (com razão) e que a coisa julgada não é efeito da declaração (com razão, só no sentido de ser conjunto eficácia), ou seja, efeitos jurídicos gerar-se-iam independentemente da coisa julgada e a imutabilidade é que os torna imutáveis (sem razão, torna imutável o conjunto eficácia).

Em outras palavras, na execução provisória não há adiantamento de parte da eficácia (mas de parte dos efeitos), mas da própria eficácia (com razão, porque não se pode adiantar partes do conjunto eficácia, que assim deixaria de ser função de {n}).

Ora, glosando o raciocínio ponteano, se há elemento declarativo de carga 3(três) ou 4 (quatro), faz-se a coisa julgada material, donde se conclui que esse elemento não é preponderante, pois sem carga 5 (cinco). Desse modo, a força da sentença não é declarativa, sendo assim, a coisa julgada material é uma eficácia, e aí pode ou não autorizar efeito.

É preciso, assim, separar-se eficácia e efeito, como já se fez em capítulo anterior, tomando-se o conjunto eficácia do fato jurídico processual da sentença (E') e o conjunto dos efeitos "{n'}". Na execução provisória, por exemplo, o conjunto eficácia está completo, e dar-se nos mesmos termos da definitiva (art. 475-I, § 1.º, CPC).

E na sentença com reserva de efeitos (não de eficácia), resolúveis, podem todos eles ser entregues provisoriamente, efeitos tais que encontram a devida correspondência no conjunto domínio da eficácia (E'), ainda não de coisa julgada formal ou material. A "suspensão" é de efeitos, não de eficácia.

Nesse caso, há elementos do conjunto dos efeitos que estão em correspondência no conjunto eficácia, com a advertência de que não sobram elementos no domínio de E', talvez não no contradomínio (n'). Tudo ocorre no plano das regras de forma, em nível de função.

Enquanto que o conjunto eficácia da coisa julgada material (E''), na execução provisória, ainda não se constituiu imutavelmente (por lhe faltar a coisa julgada formal), tampouco o dos seus efeitos {n''}; não por falta de constituição suficiente ou complementar na formação de "suporte fático da coisa julgada material", pois não é esta fato jurídico, tampouco a *res iudicata*, ambas são eficácias que se integram e, como foi estudado, um fenômeno jurídico pode ter vários subconjuntos

³⁵⁷ LIEBMAN. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaide e Benvindo Aires. Rio: 1945, p. 22; 46-51.

eficácias numa estrutura de elos de cadeia e a norma vai incidir sobre o fato jurídico a que corresponde seu conjunto eficácia, e não sobre a própria eficácia.

O conjunto E (conjunto eficácia do fato jurídico material perseguido) mais o conjunto E' é que, na verdade, representam a coisa julgada material, cujo conjunto eficácia seria $E'' = E \cup E'$. Só que E'' é um “plus” de “E” mais E': “E” é apenas modalizado por “J” na relação eficaz ou de validade daquele conjunto (E) determinada pelo fato jurídico correspondente.

E a isso já se referiu que mesmo nas sentenças constitutivas a jurisdição só atua em nível eficaz e validativo, uma vez que o direito material declarado já está ingresso no mundo jurídico, já revelado no plano da existência, declarado só no verbo, que não entra pela porta da jurisdição (que con-valida ou co-eficaciza), mesmo sendo o conjunto eficácia função do conjunto de seus efeitos e estes só venham a ocorrer “ex nunc” ou “pro futuro”.

Nesse prisma, o conjunto eficácia da coisa julgada material (E'') encontra correspondência ao seu elemento no elemento do conjunto de seus efeitos (n''), na impossibilidade de se rediscutir a coisa julgada em outra “ação”; essa impossibilidade pertence ao conjunto dos efeitos e não, tampouco em termos de igualdade, ao conjunto eficácia. É uma correspondência de eficácia para efeito, de elemento de um conjunto para o de outro, não significando que o elemento do conjunto eficácia seja igual ao elemento do conjunto dos efeitos.

Chame-se de E2'' de elemento do conjunto eficácia da coisa julgada material; n''2 de um elemento do conjunto de seus efeitos. Ser, portanto, coisa julgada material não implica ser a impossibilidade de rediscussão noutro processo a própria eficácia, por parte do elemento E2'', mas que essa impossibilidade jurídica foi gerada por uma eficácia do elemento E2'' (fato-causa) que tem como correspondência de função no conjunto dos efeitos de elemento n2'', de que se extrai o domínio da função “f(E'')”, ou seja, a própria impossibilidade, (E2'', n2'').

...

CAPÍTULO VII

A relação processual

1. Visão panorâmica da processualística: enxertos zetético, dogmático, lingüístico e semiótico.

A constatação que se tenta passar neste Capítulo resulta, por assim dizer, da constante dinâmica do processo sócio-político a que se submete o Estado Democrático de Direito, denotadamente advindo com a positivação de diversos princípios e regramentos ao redor dos quais a doutrina e a jurisprudência têm construído a atuação moderna do direito.

Têm-se como propulsores dessa reviravolta o princípio do trâmite razoável do processo e de sua celeridade (art. 5.º, LXXVIII, CF/88), o advento da Lei n. 11.277/2006. Fatores como o da mutação constitucional, da fossilização da constituição, o de que não existem princípios absolutos, só para citar alguns:

Vê-se, pois, que definir o processo mediante associação do procedimento ao contraditório, ou inserir-lhe no conceito a relação jurídica processual são apenas dois modos diferentes de ver a mesma realidade. São perspectivas diferentes, que não distorcem essa realidade nem se excluem reciprocamente, antes se complementam: *a política* (contraditório) não explica como se pratica e se garante a participação e a *jurídica* (relação processual) é pobre por não incluir qualquer fator teleológico e não oferecer meios para a solução de situações mais intrincadas e não previstas expressamente em leis ("mera cegueira metodológica").³⁵⁸

A abordagem zetética dessas questões, enfoque ontologicamente pré-determinado, não resulta em uma moção ilimitada de seu campo, como se pode pensar. Pode-se verificar que o discurso da Zetética não é algo que se resume ao meramente especulativo ou informativo, abstratamente concebido, mas é, antes de tudo, um filtro conceitual limitado lingüístico-jurídico e, conseqüentemente, não há escolha aleatória

³⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 163.

de definições ou especulação ilimitada, mas opção certa de determinação em cotejamento com o sistema ao qual alimenta.

O estudo dogmático dessa problemática deve ser diretivo em um plano que era zetético e, agora, reconhecidamente estável, atinge o padrão a ser viabilizado, mas não exaurido, uma vez que o fluxo zetético ↔ dogmático resulta numa relação logicamente instaurada pela língua em ambos os sentidos, esta atuando como uma urdidura à qual se sujeitam dicotomicamente seus planos justapostos numa mesma dimensão semioticamente fixados.

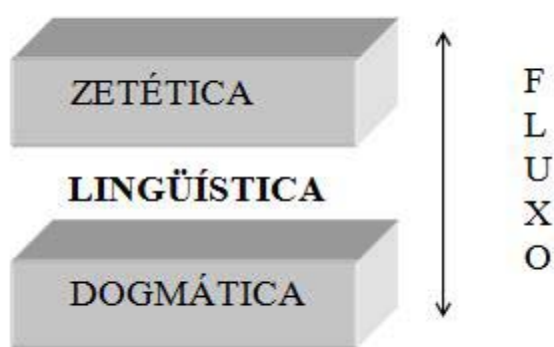


Fig. 9. Um recorte do sistema semiótico jurídico.³⁵⁹

A língua age como filtro, como membrana seletiva desse fluxo, interessa a porção de linguagem (língua mais discurso, sentido saussuriano) que é jurídica, e esse processo comunicativo que nela se efetiva provém de um virtual eixo de sucessões em que cada elemento discreto (palavra) ocupa uma posição significativa que não provém de sua natureza, mas da posição que detém por referência aos outros elementos concorrentes em seu contexto e dos também ausentes desse contexto, mas por ele evocados na memória implícita da *langue* determinante do fenômeno jurídico.

O homem não inventa seu sistema de comunicação (como tal existe há gerações): deve aprendê-lo para tornar-se membro de sua sociedade.³⁶⁰

³⁵⁹ LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 13-14: “A linguagem entremeia todo o processo social, indistinguindo-se, no contínuo social, sua posição de causa e sua posição de efeito.”

³⁶⁰ Nesse sentido: SMITH, Henry Lee. *A Língua e o Sistema Total de Comunicação*. Trad. HILL, Archibal A. et al. In: *Aspectos da Lingüística Moderna*, São Paulo: Cultrix, 1972, p. 95.

Tenha-se que *citação* e *intimação* não são sinônimos, porém, possuem uma relação semântica que inexistente entre *citação* e *faca*, por exemplo. O que isso importa? Importa para o estudo das inter-relações entre a Zetética e a Dogmática.

Isso quer dizer que um conteúdo expresso por uma cadeia de palavras (significantes) perfaz um eixo sintagmático (que é linear, horizontal, plano dogmático) e outro paradigmático, que é vertical (plano zetético).

Explica-se melhor: os elementos de um plano de expressão (PE), ao serem distribuídos numa determinada cadeia, ocupam uma posição, criando uma relação de contraste e de dependência entre eles.

A formação de uma mensagem, dessa forma, não tem sentido em si mesma: preciso a correlação com a memória da língua e, aqui, com uma memória que é também jurídica (plano paradigmático ou de conteúdo, plano zetético).

Tais elementos jamais aparecerão isolados, vão se associar por traços lingüístico-jurídicos próprios e permanentes em suas classes, a seleção de um determinado membro de um paradigma exclui, automaticamente, todos os demais:

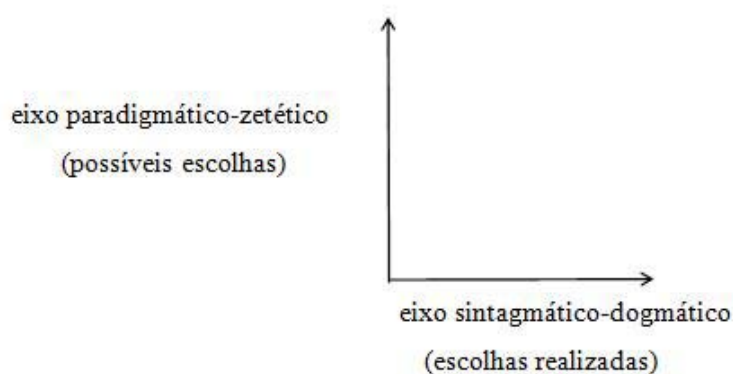


Fig. 10. Plano de expressão lingüístico-jurídico.

Frise-se que o plano dogmático, apesar da preponderância desse aspecto, vale-se, inarredavelmente, do viés zetético. Quando, então, opera um sobre o outro? Na aplicação dos costumes, da equidade, de conceitos como mulher honesta, boa-fé, liberdade, vida, dignidade etc.

Nesse diapasão, poder-se-ia afirmar que a Constituição, como dado dogmático mais relevante, é instrumento cujo conteúdo zetético se destaca e de per si

impõe as limitações ou as deixa às leis, por isso não só o aspecto dogmático se superpõe: tudo está a depender do momento histórico e de situações específicas.

Assim sendo, na Constituição, a “liberdade” nela posta de antemão revela seu aspecto dogmático apenas quando, em outro quadro, a Carta Política limita seu exercício, diferenciando, implicitamente, “liberdade” (zetético), de “exercício do direito à liberdade” (dogmático). Por consequência, “contraditório” de “exercício ao contraditório”.

A liberdade de pensamento é algo puramente zetético, enquanto seu exercício não o é. Decorrendo que tais intelecções estão atreladas em face de partes de uma mesma moeda, espelho de um mesmo sistema semiótico. E reflete tão somente aquilo que já se sabe dicotômico como língua/fala (Saussure), esquema/uso (Hjelmslev), denotação/conotação, compreensão/interpretação³⁶¹.

Assim, poder-se-ia dizer que há duas substâncias que impregnam o sentido de liberdade constitucionalmente posto, portanto, direito objetivo zetético-dogmático: uma que se associa à idéia de liberdade natural; outra que, sem se desconectar dessa, encontra seus obstáculos nas liberdades alheias, que, dessa forma, mais se aproxima da idéia de subjetividade em direito.

Mostrou **SAUSSURE** que ninguém pode duvidar de que o termo (signo lingüístico) não decorre da natureza do objeto (significado), mas é estipulado arbitrariamente pelos usuários da linguagem, mediante consenso construído ao longo da história, em torno de um código implícito de uso.

As palavras (signos), assim na linguagem natural, como na técnica, de ambas as quais se vale o direito positivo para a construção do tecido normativo, são potencialmente vagas, “*esto es, tienen un campo de referencia indefinido consistente en un foco o zona central y una nebulosa de incertidumbre*”. Mas isso também significa que, por maiores que sejam tais imprecisões, há sempre um limite de resistência, um conteúdo semântico mínimo recognoscível a cada vocábulo, para além do qual, parafraseando **ECO**, o intérprete não está “*autorizado a dizer que a mensagem pode significar qualquer coisa. Pode significar muitas coisas, mas há sentidos que seria despropositado sugerir*”.³⁶²

Observar-se que para a existência de uma conotação, a ela sempre antecede uma denotação³⁶³, numa mesma correlação com o que trata Heidegger, em seu *Sein und Zeit* (Ser e Tempo), quando diz que “a interpretação é que se funda

³⁶¹ **BARTHES**, Roland. *Elementos de semiologia*. São Paulo: Cultrix, 1984.

³⁶² Voto do Ministro Cezar Peluso do Supremo Tribunal Federal. In: RE n. 357.950/RS, Tribunal Pleno, em 18.05.2005.

³⁶³ **ECO**, Humberto. *Tratado Geral de Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 1976, p. 43-48.

existencialmente na compreensão”, e disso defluir a dominação e o controle lingüístico dos fenômenos do conhecimento, da cultura.

O filósofo teve por mérito (antes de Scheiermacher e Dilthey) tomar por princípio o círculo hermenêutico como lei básica da compreensão, alertando que esta só é possível com esteio numa “antecipação” (vorgriff), mediada pelo sujeito, chamada de pré-compreensão (Bultmann), cujo conteúdo já estava presente em Heidegger, que nada mais é do que o “horizonte” (uma totalidade atematicamente co-apreendida ou pré-compreendida) para o qual o “ser-no-mundo” dirige seu olhar na construção do mundo, mas que só é possível no horizonte do ser.

Não procede, portanto, a alegação de que a Dogmática³⁶⁴ é fechada (nenhuma ciência o é: a Teoria da Relatividade, a Geometria de Riemann etc., o demonstram), no sentido de se obrigar, lato ou estrito senso, a interpretações capazes de conformarem os problemas às premissas aleatoriamente, pois seu uso, sua aplicação a certo sistema, é que determina sua validade, o que não implica relatividade, porém, inevitabilidade.

Ciente de que, desde Mortara, abandona-se o método exegético e assume-se uma postura histórico-dogmática contrária à escola *proceducera civile*, que exaltou o formalismo e negou a importância da jurisdição em detrimento da mais lúdica essência do processo.

Apesar de sua contaminação pelo direito material, a escola sistemática tentou dele desvincula-se definitivamente, recrudescendo seu significado, tendo em vista a tentativa de isolamento a querer olvidar-se a razão de ser do processo em prol de uma neutralidade jurisdicional e que, na realidade, como afirma Marinone, “nem o juiz nem o processo podem ser neutros”³⁶⁵.

Então, o que ela pode fazer, e não o que deve sempre fazer a Dogmática, é, sim, conformar os problemas às premissas, mas dentro dessa dicotomia que vai, semioticamente, transcender para produzir, mas não *ex novo*, o sentido das regras de convivência sistematicamente.

Se tal sistema, porém, sai do controle, perde seu equilíbrio, distanciando-se da realidade, implica numa distorção ou saturação da “inegabilidade dos pontos de

³⁶⁴ “Embora a obra de Mortara já anunciasse uma nova ‘postura’, deve-se a Chiovenda a afirmação da escola histórico-dogmática, que em seu nome pretendia significar – já na linha da orientação anteriormente firmada por Mortara – que a dogmática não pode se desligar da história e da realidade social. **MARINONI**, Luís Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 52.

³⁶⁵ **MARINONI**, Luís Guilherme. Op. cit., p. 56.

partida” que não lhe confere mais codificação, não estabilidade. Mais uma razão para se descartar a “criação” “ex novo” de regra jurídica.

Por outro lado, não há uma neutralização política do Poder Judiciário, enquanto Poder que é também político e enquanto fiduciariamente compõe “interpretações” da Ordem e as estende ao caso concreto, de sorte que a positivação do direito, indubitavelmente, sacramentou a institucionalização de sua mutabilidade.³⁶⁶

Pode-se perceber que a Constituição, em seus objetivos e fundamentos, aderiu ao pensamento de Savigny, que propõe que o objeto primário da ocupação do jurista não é a lei, diríamos não só a lei, mas o “espírito do povo”.

Daí a doutrina e a jurisprudência mitigarem o abismo entre a teoria e a prática, entre legislador e operador, flagrantemente, a saber, que o direito não é só resultado da produção legiferante, mas de intercessões do seu produto com o cotidiano, em suportes fáticos que lhe são trazidos, na busca do agir legítimo porque dado em certeza decisória³⁶⁷.

Sem deslembrar a lição de Pontes de Miranda, quando fala em regras de arbítrio, entendendo-se como aquelas aplicadas à vista de um exame complementativo, do qual fala Rudolf Pollak, no sentido de completar as lacunas da lei:

Quando o juiz, nas regras de arbítrio, resolve, enchendo o *branco* que o legislador deixou, ele não legisla, - ele “aplica”, porque esse *branco* não é vazio de regra jurídica, que deva ser cheio de alguma regra, feita pelo juiz, ou de *qualquer* ato dele. Rigorosamente, seria *cinzento*, e não *branco*, o espaço que deixou vago. Por isso fracassam as chamadas *teorias das regras em branco*.³⁶⁸

Daí a lição de Dinamarco:

³⁶⁶ “Por isso é que, quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente *canalizam* a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação. O comando concreto que emitem constitui mera *revelação* do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além da certeza. Assim, as mutações constitucionais e legais decorrentes da repetição de julgados e da *força da jurisprudência* constituem, na verdade, imposições do próprio sentimento nacional e não do Estado mesmo, supostamente agindo através do juiz nessa função.” **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 48/49.

³⁶⁷ “Tem-se por *técnica* a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade. Daí a idéia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados.” **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 273/274.

³⁶⁸ **PONTES DE MIRANDA**. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p.36.

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual.³⁶⁹

Veja-se, previamente, um recorte de esquema semiótico do julgamento superantecipado, que, grosso modo, poderia representar a tutela antecipada e a revelia:

Códigos:

A = repetição.

B = precedente.

C = não-repetição.

D = sem-precedente.

EXPRESSÃO		CONTEÚDO
expressão	conteúdo	
AB	= repetição	= superantecipação
BC	= precedente	= citação
CD	= não-repetição	= citação
AD	= sem-precedente	= citação

A expressão³⁷⁰ | AB | denota « repetição » e conota o conteúdo « superantecipação ». BC denota « precedente » que pode conotar « tutela », « revelia » e assim com CD e AD.

Ou seja, o esquema representa uma significação veiculada por uma significação anterior (ECO), o que Hjelmslev descreve como “semiótica conotativa”.

³⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*, op. cit., 10 ed., p. 181.

³⁷⁰ O que fica dentro de “« »” significa um dos conteúdos do significante, indicado por “| |”. Simplificadamente, a relação que representa a significação de um significado é | s | — ms — « S » — d, , d,, , d,,, — c, , c,, , c,,, ... Sendo | s | = significante; ms = marcas semânticas; « S » = semema; d = denotação; c = conotação.

O que isso quer dizer e qual sua utilidade? Demonstrar que o | processo | denota o « contraditório » e conota « citação », não o contrário. Daí a possibilidade de processo sem citação, porque a existência de contraditório não conflita com a inexistência de citação (subcódigo, s-código).

E o que constitui uma conotação enquanto tal, num determinado sistema, é o fato de que ela se institui parasitariamente à base de um código precedente e não pode ser veiculada antes de o conteúdo primário ter sido denotado por um código-matriz, como ocorre com o julgamento superantecipado, tido por muitos de maculada inconstitucionalidade, que, à vista de tais recortes, não se sustenta.

Esses códigos podem, em decorrência, conotar diversos outros s-códigos relativamente a outro sistema de conteúdo. Tal radiografia desse sistema comunicativo revelar sua intrinsecidade e vicissitudes e proporciona uma base para uma compreensão do fenômeno mais logicamente acurado.

Ora, a citação (CPC, art. 213. Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender) pode representar um grande problema discursivo porque, como s-código que é, deve sua estabilidade ou instabilidade à força de sua pós-convenção à base do código-matriz, e como se sabe, pode ser, em certos fenômenos jurídicos, dispensável, ao menos como | citação |, uma vez que, em certa medida, pode conotar « parte », não réu ou interessado (CPC, art. 218, §3.º), pois o incapaz pode não ter tutor ou curador quando intentada sua citação.

Casos há em que a | intimação | (CPC, art. 234. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa) conota « citação » (CPC, art. 214, §2.º; 316, caput).

A concessão da « tutela antecipada », quando dá lugar à « intimação », conota o s-código « citação », em outro momento, quando exigência do contraditório, o mesmo ocorrendo no julgamento superantecipado.

Dessas observações, pode-se estudar a força de suas convenções e o comportamento fenomênico do contraditório como código-base para a validade do sistema processual na Ordem vigente, em que o contraditório existe como um código-base que é um s-código de um sistema semiótico (ordenamento jurídico) do qual possui algumas de suas propriedades, e não todas.

Portanto, como tal, o contraditório decorre de um viés zeteticamente instaurado (contraditório), delimitado dogmaticamente (exercício do contraditório), daí resultando que não existem suportes fáticos absolutos, porque também agem

organicamente sob um s-código de um sistema ao qual se submetem, o Ordenamento Jurídico.³⁷¹

Por fim, a moderna processualística deve, firme e inarredavelmente, responder aos anseios sociais, aos fundamentos e objetivos constitucionais para a consolidação de uma sociedade justa e igualitária em que o interesse maior do todo não seja carcomido por interesses particulares plenamente dissociados ou irrazoados.

E, ao final, possa a Justiça merecer a devida confiança e o respeito suficientes para que se intente a resolubilidade plena das questões a ela suscitadas, cujo novo formato dessa prestação a cada dia está sendo construído de forma a não realizar uma justiça tardia ou medrosa, porque esta não é justiça.³⁷²

Se, então, considerarmos que o saber jurídico dogmático atual não deixa de ser também uma ciência prática, aplicada, como sempre o foi desde os antigos, com a diferença de que hoje não se presta à busca da produção de uma “verdade” de forma contemplada e dissociada da vida social, sua tecnologia jurídica está voltada não para a natureza das coisas, mas para extrair da vida tudo aquilo que ela pode dar em termos de “energia acumulada”, no dizer de Heidegger.³⁷³

Nesse contexto, essa tecnologia responde à realidade em formação sob uma visão econômica (custo/benefício): resolve-se o problema com o mínimo de perturbação social.³⁷⁴

O conceito de família, a exemplo, transcende, assim, para alcançar a convivência fora do matrimônio e segue hoje numa tendência de atingir, com alguns de

³⁷¹ “O direito ao Poder Judiciário era pensado – dentro da lógica do direito liberal – como direito que independia da *particular posição social ou da necessidade concreta do cidadão*. (...) *Não pode haver dúvida, nesse sentido, que o procedimento ordinário traduz a idéia contida no mito da igualdade formal, conservando em si os fundamentos da ideologia liberal.*” **MARINONI**, Luís Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 58.

³⁷² “Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade aos seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é uma tendência universal, hoje.” **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

³⁷³ “Pesquisa levada a efeito por Antônio Roberto Sampaio Dória mostra o ceticismo do juiz norte-americano Frankfurter quanto à possibilidade de definir o conteúdo da cláusula, expresso nessas palavras: *‘due process não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros lindes de uma fórmula... due process é um produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos’*. (Cfr. Sampaio Dória, *Direito processual tributário e ‘due process of law’*. *Direito Processual tributário e ‘due process of law’*, n. 12, esp. p. 33). Apud **DINAMARCO**, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do Processo*, op. cit., 12 ed., nota 184, p. 154.

³⁷⁴ “Para concluir, basta sublinhar que a ampla defesa e o contraditório, na época do direito liberal clássico, eram pensados de maneira rígida, pois constituíam garantias de liberdade contra o arbítrio do juiz, enquanto, no Estado contemporâneo, assumiram conformação elástica, por terem passado a servir para a modelação de procedimentos adequados à tutela das novas realidades.” **MARINONI**, Luís Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 47.

seus efeitos, as relações entre o mesmo sexo e tudo isso feito respeitando-se a integralidade do sistema jurídico.

2. Constituição da relação processual.

Sentença, necessariamente, dar-se no processo. Nesse raciocínio, os dois se implicam, ao que parece. Já se fez uma descrição inicial do que seja processo, no Capítulo II, Item 3. Agora, após maior desenvolvimento do assunto, dir-se-ia *processo é instrumento autônomo, público, cujo formato e substância regulam o tráfego da materialidade do fato jurídico na unidade do direito*.

Note-se que se disse “descrição” porque a proposição se atém, ou explicita mais, a dizer do que faz com o que é, do que propriamente o que seja (apesar de se ter utilizado o verbo “ser”, que só por isso não leva a conclusão que se está definindo, ao menos em direito). Dizer que o homem se define não pelo que ele é, mas pelo que faz, na realidade, apenas é afirmar o que ele faz com o que é; descreve-se.

E, apenas “ad argumentandu”, grosso modo e impropriamente, para mais facilmente se chegar ao que se quer explicitar, dir-se-ia, grosso modo, que o objeto do direito processual é o processo.

Os fatos jurídicos materiais e processuais nele trafegam. No universo do direito, a se preferir a mundo, pois, pensa-se, melhor se forma a imagem lógica da argumentação que se desenvolverá, e é o mundo processual distinto do outro material, com suas normas e fenômenos jurídicos próprios.

“Para percorrê-lo, o mundo processual, a carga que se leva vai por meio de múltiplos condutores, a que se presta o processo; a depender da carga e ao que se quer levá-la, o manuseio do meio pode ser mais, ou menos, rápido; simples, ou sofisticado; por vezes, a depender do tráfego e até mesmo dos condutores.

A opção de manuseio, outrossim, não é do sujeito que quer chegar, é da carga, e é limitada, e mesmo assim tem que seguir toda a orientação que lhe é sinalizada; às vezes, não a segue, por não ter livre controle, ou o que tem não bem maneja, ou porque toma mau caminho, e se tem que pegar novo meio; ou mesmo um desvio.

Outras vezes, segue bem, mas não chega ao que quer; e, finalmente, há quem chegue ao que quis; aqueloutra, chega-se insatisfeito, por perder parte da carga, ou sub-roga-la.”

Essa imagem bem reflete a complexidade que é o percurso do processo, um *continuum* caminhar para frente.

Pela figuração, pode-se entender que processo detém forma e conteúdo, *topoi* em que o fenômeno jurídico do functor coativo nasce, se desenvolve e termina. Sua forma de ser é ditada pelo procedimento, que o anima, que também é substância, ou seja, o proceder e o como proceder preenchem-lhe os contornos e à sua substância adere o conteúdo material. Se fossem mensuráveis fisicamente, direito processual seria mais encorpado que o material.

Decorre, então, que fatos jurídicos materiais e processuais integram o conjunto processo. Nesses termos, a relação entre eles não é de pertinência, nem de igualdade, mas de contenção. Tome-se, a exemplo, “P” como o conjunto processo e “p” como o conjunto procedimento, resultaria “ $P \supset p$ ” ou “ $p \subset P$ ”.

Não se trata também de função, porém de relação. E isso porque nem todos os “elementos” do conjunto “P” estão em correspondência com o conjunto “p”. Diferentemente do que ocorre, como se anotou, na função que implica o conjunto eficácia “E” e o conjunto dos efeitos “{n}”, em que todos os elementos do domínio de “E” pertencem também ao conjunto do contraomínio de f(E), e não o inverso. Assim, entende-se que a natureza jurídica do processo é de relação, lato senso, jurídica processual, do gênero situação jurídica, não no sentido chiovendiano, mas daquele já explicitado no Capítulo IV, Item 4.

No caso em que se muda o procedimento, pela aplicação do princípio da adaptação, mesmo que fisicamente permaneça o mesmo *corpus* (art. 295, V; 277, §5.º; 292, §2.º, CPC), a mudança do conteúdo implica transmutação do processo, na ressonância de ser processo forma e conteúdo: muda-se o conteúdo, inarredavelmente transmuda-se o processo.

Não se deve, sirva de alerta, confundir forma com aparência ou com conteúdo, apesar de sua unidade, quem ainda o faz, e assim mesmo forçosamente, aplica má lógica empírica, e não lógica jurídica, e do jurídico é do que aqui se cuida.

Aliás, apenas complementando a inteligência, para se abstrair quaisquer dúvidas sobre a afirmação, tenha-se que se fosse possível colocar um cérebro em uma

máquina, certamente não haveria mais o mesmo ser, apenas o humano transfigurado, resultado dessa ficção.

Agora, se em lugar do cérebro fosse colocado um mecanismo computadorizado, sequer haveria transmutação do humano, porque como tal perderia sua própria essência. Restaria o não-humano, coisa.

Dessas conjecturas, num paralelo com o mundo processual, processo sem procedimento não é, são autos (lugar dos autos é no arquivo). E o que sobe aos tribunais não são os autos, mas o processo.

A relação processual surge com a angularização dada por autor-juiz; juiz-réu. Casos há, evidente, em que sua constituição se perfaz apenas com autor-juiz (art.285-A; art. 295, combinado com o art. 296, CPC), não se convolvendo a idéia de Fazzalari³⁷⁵ de que processo é procedimento em contraditório, a não ser que se tome contraditório como um conjunto ou zeteticamente.

...

³⁷⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Nassif, Elaine. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 120-121.

Capítulo VIII

Efeitos dos “recursos”

1. Efeitos próprios dos “recursos”.

Há aqueles efeitos produzidos pela decisão judicial em face da “interposição propriamente do recurso” (“rectius”, da decisão no juízo de admissibilidade) e aqueles gerados pelo seu julgamento (efeitos do “decisum”, do mérito recursal). Os primeiros não o são pela peça recursal em si, mas por decisão, que tem a peça como pressuposto, sendo tal decisão de eficácia declaratória, relativamente à existência do recurso e, por outro lado, de liberação ou contenção de efeitos, e só assim ocorre porque antes já existia eficácia (não de coisa julgada material), talvez não efeitos imediatos do conjunto eficácia do fato jurídico processual da sentença.

Uma coisa é a interposição da apelação, *comunicação de vontade e declaração de vontade* com eficácia para, dando-se recebimento (declaração de vontade do Estado), estabelecer a substituição do órgão que tem de entregar a prestação jurisdicional. Outras são as *razões* da apelação. Quanto à atividade do apelante, os dois atos estão ligados, de modo que as *comunicações de conhecimento* se juntam à *comunicação de vontade* e à *declaração de vontade*.³⁷⁶

(...)

A *petitio* contém, como veremos, elemento de *comunicação de vontade*, que é o desejo de solução à demanda, *comunicação de conhecimento*, que são as afirmações em juízo (aí, na petição inicial); mas o que prepondera é a *declaração de vontade*, com que se estabelece o ato jurídico de direito público entre o Estado e o autor, depois entre Estado e réu.³⁷⁷

Ora, neste trabalho, tentou-se demonstrar a premissa de que a sentença nasce eficaz, e apenas seus efeitos estão sujeitos à suspensividade, estabelecida nos termos deste estudo a diferença entre eficácia e efeito. Considerando, também, que não é o ato de recorrer em si mesmo que provoca a extensão da relação processual, mas a

³⁷⁶ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo VII. Rio: Forense, 1975, p. 227.

³⁷⁷ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. 101.

decisão judicial que o recebe. Levando-se em conta que o recurso é comunicação e declaração de vontade, saiba-se que

As manifestações de vontade, bastantes em si, que não são negócio jurídico, têm os efeitos que resultam da lei, quase sempre seguidos de atos que, por sua vez, surtem efeitos, razão por que, se não se presta atenção a que essa eficácia posterior é do *ato*, que se lhe seguiu, é fácil confundi-las com os negócios jurídicos.³⁷⁸

Por outro lado, afastou-se aqui a questão da relação da recorribilidade com a eficácia da sentença, e para concluir o raciocínio, atente-se às lições de Pontes de Miranda de que

Tem o Estado de verificar não só se foi interposto o recurso, mas sim se o podia ser. A recorribilidade é o que importa. O recurso interposto, se no prazo e se cabível, apenas dilata o prazo. Tão relevante é a recorribilidade que, se do recurso não se conheceu (mesmo se erradamente aconteceu), houve a coisa julgada.³⁷⁹

Assim, quando se fala em efeito obstativo³⁸⁰, que a doutrina acredita se vincular ao efeito suspensivo ou à recorribilidade (no sentido de suspensão de eficácia ou de obstar a coisa julgada formal), a decisão exarada que o recebe é que tem o condão de obstacular a preclusão, ou seja, a coisa julgada formal, e não o recurso em si mesmo, este, afinal, como exposto, é pressuposto à decisão proferida, à própria decisão interlocutória de seu recebimento e da “declaração” que faz, mesmo que seu conteúdo esteja atrelado ao direito material, ao seu mérito. Mesmo a se considerar que as *comunicações de conhecimento se juntam à comunicação de vontade e à declaração de vontade*: Sendo cabível o recurso, e se (somente se) conhecido, nada importa seu conteúdo meritório para a preclusão da “res iudicata” ser obstaculada ou para a suspensão de efeitos, a previsão já está posta em norma processual, *a priori* ou *a posteriori*. A comunicação e a manifestação da vontade de recorrer se dão com a impetração do recurso, o seu conhecimento é que é fato jurídico gerador da suspensividade dos efeitos ou de obstáculo à formação da coisa julgada formal.

³⁷⁸ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo VII. Rio: Forense, 1974, p. 30.

³⁷⁹ PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 16.

³⁸⁰ PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 15.

Sem esquecer, num paralelo com o que foi dito, “*que a relação jurídica processual exsurge, de ordinário, com a apresentação da demanda; portanto, no momento mesmo em que o juiz toma conhecimento da petição e não a repele.*”³⁸¹

Porém, de forma geral, a doutrina não o trata assim, sempre se referindo ao próprio recurso, ao seu “efeito”, não obstante interpor-se o instrumento da decisão em caso de irresignação, cujo inconformismo, por sinal, pode ser composto noutra relação processual (caso dos embargos, do “writ” etc.). Mas o recurso só assume esse “status” depois de seu recebimento, de adentrar na relação processual. Tudo se passa no plano da formalidade, extensionalidade processual sem afetação do conjunto eficácia da sentença.

O recurso não é suporte fático de eficácia, muito menos da sentença, ou elemento integrativo de eficácia, assunto por demais já aqui referido, como mesmo pode não ser em relação ao trânsito em julgado da sentença, que dele mesmo pode independe. O suporte fático de sentença exarada, em que se esgotou a prestação jurisdicional, aquele momento em que o juiz diz e publica que norma incidiu na hipótese, já foi suficiente para a formação do fato jurídico da sentença, assim como do seu conjunto eficácia. Ainda não do conjunto eficácia formal ou material. O fato jurídico e o seu conjunto eficácia, como se estudou, estabelecem uma relação de causalidade ilimitada, atemporal.

Ou seja, o “plus” do conjunto eficácia da sentença é o conjunto eficácia da coisa julgada formal; e o conjunto eficácia material é “plus” de ambos, no sentido de que todos estão em correspondência de conjunto, de estrutura jurídica em cadeia, em elos. Nesse, e só nesse sentido é que são “plus” seriados, elos de uma cadeia jurídica como aqui se precisou anteriormente.

Porém, se o recurso não é conhecido ou incabível, tudo se resume ao conjunto eficácia da sentença. Se julgado o recurso, tudo se resume ao conjunto eficácia do acórdão. Portanto, aquilo que foi explanado em termos de eficácias E, E’ e E’’ deve ser tomado no sentido de estrutura jurídica, de elos de conjuntos.

Caso que, destarte, não é só o inconformismo que destaca a impetração de recurso, mas aquele deflagrado na mesma relação processual. O recurso pode ser pressuposto para a decisão, mas não é ele próprio que gera efeito. Se vai haver ou não extensão, é questão de cabimento e de seu conhecimento.

³⁸¹ **PONTES DE MIRANDA.** *Comentários ao CPC.* Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. XXIX.

Na verdade, nenhum efeito por ele (recurso) é gerado, a não ser que se queira chamar impropriamente a provocação jurisdicional da decisão do juízo de admissibilidade do recurso ou do seu julgamento (“decisum” meritório) de efeito recursal. Nesse diapasão, é nessa obstatividade que reside a importância do “efeito recursal”, nada tendo a ver com a eficácia da sentença como fato jurídico processual.

À guisa, assim, de toda a produção jurídica sobre recursos, por outro caminho, sabe-se que a recorribilidade pode ou não obstar os efeitos de uma sentença eficaz, e aí se citem as hipóteses dos artigos 497 (agravo), 502, 503, 520, 542, §2º, do CPC.

Portanto, a recorribilidade não suspende nem mesmo a execução (sentido largo) da sentença (artigos 521, segunda parte; 587, do CPC). Veja-se o caso de sentença concessiva em mandado de segurança.

O que não impede de o juiz atribuir efeito suspensivo, quando sua executividade provisória era patente, em face de circunstâncias jurídicas relevantes, ou vice e versa, podendo co-existirem efeitos suspensivos propanados “*ope legis*” (*a priori*), ou “*ope judicis*” (*a posteriori*), em face de algum conflito normativo, com as observações já feitas quanto à resolução de conflito normativo deonticamente.

De outra sorte, o chamado “efeito regressivo” não é “efeito recursal” porque é dado ao juízo de sua interposição julgá-lo. A determinação da competência do órgão judicante não é “efeito do recurso” (“*rectius*”, da decisão), nem poderia, efeitos provêm da eficácia da decisão do órgão e não do seu simples encaminhamento, ou do seu processamento, como no caso do recurso adesivo.

Dessa forma, “efeito regressivo” ou “diferido” (recurso adesivo) não são efeitos: sem decisão, não há suspensão. A suspensividade e a obstatividade não são “efeitos dos recursos” (“*rectius*”, da decisão de admissibilidade) produzidos propriamente pela sua impetração (“*rectius*”, por decisão de admissibilidade).

2. Efeitos do julgamento dos recursos.

Diferentemente daqueles, há os efeitos produzidos pelo julgamento do seu mérito. À vista de o “recurso necessário”, para alguns, não ser recurso, por ausência flagrante de voluntariedade, mesmo que se considerasse como tal, acredita-se que está vinculado à devolutividade, mesmo se tendo em conta suas particularidades.

Se a devolutividade, por um lado, está mais associada ao princípio dispositivo, o “ex officio” estaria mais conformado ao princípio inquisitório, em face de permissão, para os que assim entendem, da “reformatio in pejus”³⁸².

Por um ou por outro lado, não há de se negar sua consonância com a devolutividade “recursal” “ope legis”, inteligência jurisprudencial, por sinal, do cristalizado na súmula 45 do STJ, assim como no efeito expansivo.

Ademais, a súmula 423 do STF³⁸³ entende ser condição de trânsito em julgado da sentença o “recurso ex officio”, o que corrobora as distinções aqui feitas sobre coisa julgada e eficácia da sentença estrito senso e quando se tratou do art. 467 do CPC.

Assim, devolutividade, translatividade e expansividade dizem respeito aos efeitos gerados por conta da decisão que julga o recurso.

Para finalizar, a substituidade não é “efeito do recurso”, nem seria possível se falar, nessa hipótese, em “efeito recursal”, tampouco do que se disse de efeito da decisão ou do julgamento: o acórdão prolatado suprime a decisão “a quo”, por isso a substitui, não sendo efeito, apenas causa da não subsistência da sentença.

Ou seja, suprimir a sentença não é lhe dar efeito ou lhe modificar ou transformar a eficácia, é “pôr-se em lugar de”, não só na parte que lhe cabe, mas totalmente, conseqüentemente, é o acórdão que deve ser cumprido, executado (art. 512 do CPC é o que aqui se entende da inteligência desse artigo). A eficácia da sentença não mais subsiste em face do acórdão, tanto quanto a sentença, salvo naquele sentido de elos em cadeia.

Se o acórdão mantém parte da sentença ou não, não implica dizer que, se parte não lhe coube modificar, tenha-se que executar parte do acórdão e parte da sentença. Não é possível, seria algo sem técnica, não científico. Cumpre-se o acórdão, porque a parte que restou da sentença imodificável, em termos de conteúdo, agora lhe pertence “in totum”. Essa é a inteligência, pensa-se, que se deve emprestar ao art. 512 do CPC.

•••

³⁸² **STJ Súmula nº 45** - 16/06/1992 - DJ 26.06.1992. **Reexame Necessário - Agravar Condenação - Fazenda Pública.** No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.

³⁸³ **STF Súmula nº 423** - 01/06/1964 - DJ de 6/7/1964, p. 2183; DJ de 7/7/1964, p. 2199; DJ de 8/7/1964, p. 2239. **Trânsito em Julgado - Sentença Omissa do Recurso "Ex-Officio" - Interposição "Ex-Lege"** Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso "ex-officio", que se considera interposto "ex-lege".

CONCLUSÃO

Neste estudo introduziu-se a noção do modalizador, functor de functor “J”, com o que se viu que a modalização exclusivamente normativa não é capaz de dar conta de todo o fenômeno jurídico, sendo insuficiente para resolver o problema de normas conflitantes, quando vistas sob o prisma do modalizador deôntico axiologicamente neutro “D” operando *a priori*. Conseqüentemente, as hipóteses da Teoria Pura do Direito não se tornam incompatíveis com a Teoria do Fato Jurídico ou da incidência. Chegando-se a uma nova representação deôntica “J[D(C→A) ou (não-A→S)]”, sob o prisma da Teoria do Fato Jurídico. E, por abstração da modalização dada por Bonoto, chegou-se também a “ $n.n(CIA) \rightarrow (FVN)$ ”, “ $J(C \rightarrow F) \wedge (I \rightarrow V) \wedge (A \rightarrow N)$ ”.

Introduziu-se, ainda, o fato de juridicidade, conceito de juridicidade processual-material como esquema de valência para a aplicação conjunta da teoria dos códigos e da teoria sýgnica ao mundo jurídico.

Introduziu-se, também, o conceito de suporte fático ideal, integrante de toda e qualquer norma jurídica, com o qual se demonstrou ser possível interpretar o fenômeno jurídico não da norma para o fato, mas do suporte fático para a norma, amplificando-se a pirâmide kelsiana.

Dado o fato de juridicidade como uma qualificação jurídica prévia de suporte fático, que ainda não é fato jurídico propriamente dito, mas resultado da pretensão a tutela jurídica sobre o conjunto demanda, pela impossibilidade da jurisdição processar fatos brutos, tendo em vista que a teoria dos códigos (Kelsen) rejeita uma falácia extensional e recepciona apenas a intencional.

E, por outro lado, no direito, introduziu-se a noção de que a cláusula de reserva jurisdicional opera como extensionalidade, daí não se poder aplicar ao fenômeno jurídico apenas uma teoria dos códigos, como a kelsiana, sem que também se deixe perpassar por uma teoria sýgnica, em que a análise da intenção não significa uma impossibilidade de, anteriormente, verificar-se a extensão.

Mesmo porque, parodiano Cortázar³⁸⁴, a idéia de significação não pode ter sentido se não a relaciona com as de intensidade e de tensão, que já não se referem

³⁸⁴ CORTÁZAR, Júlio. *Valise de Cronópio*. São Paulo: Perspectiva, 1976, p. 153.

apenas ao tema, mas ao tratamento jurídico desse tema, à técnica empregada para desenvolvê-lo.

Deixou-se nítido, ao se reconceituar a obrigatoriedade do direito, que obrigatoriedade, proibitividade ou permissividade normativa pressupõe primeiramente uma modalização deôntica axiologicamente não neutra (J), de relata coatividade/coercibilidade e que sem ela não haveria sentido de se falar em obrigatoriedade, proibitividade ou permissividade no sistema jurídico, salvo excepcionalmente, como nas hipóteses visualizadas da força de mão própria e de certos atos administrativos, que mesmo assim não escapariam à verificação ou confirmação, *a posteriori*, dos postulados jurídicos.

Reestruturou-se a relação dada de eficácia total (E-n) numa elaboração por função, em que fatos jurídicos, eficácias e efeitos se correspondem em termos de conjunto, sob o foco da Teoria de Zermelo-Fraenkel. E, pela primeira vez, elaborou-se uma figura jurídica capaz de dar conta da ocorrência dos fatos jurídicos em seus planos fenomênicos (Fig. 5). Elaborou-se, em cálculo proposicional, a representação da validade/invalidade: $\{[(P \vee p) \sqcap (Q \vee q)] \cdot (P \vee p)\} \sqcap (Q \vee q)$.

Não houve deslocação da discussão da natureza jurídica da sentença para o campo vago de sua “essência” extrajurídica, e para tanto o método empregado foi o dogmático, em que o ordenamento jurídico foi decisivo para as conclusões insertadas.

O corte feito, para a definição de sentença, deu-se na medida em que esta pudesse abarcar seu viés constitucional (extralógico) e processual (lógico), restando que sentença é o simulacro da vontade estatal procedimentalizada, que faz do que é fórmula de ato jurídico processual estrito senso, na qual se consubstancia a relação jurídica, publicizada ou privatística, reguladora do tráfego de fatos jurídicos, com forma predeterminada e de conteúdo jurislutivo.

Assentou-se, assim, a incompatibilidade de definir sentença como norma jurídica concreta ou em face de seus efeitos, dissecando-a numa abordagem constitucional, processual, lingüística e semiótica, tanto quanto sob o viés da teoria dos atos de fala.

Demonstrou-se que a constitutividade do direito material, processualmente concebida, não dar-se em relação ao seu plano existencial, mas numa junção entre o elemento declaratório (*antecedente lógico*), constituído exclusivamente no direito material e declarado no plano processual, em que o elemento constitutivo

processual é dado em termos de validação ou eficacização desse *antecedente*. Introduzindo-se, para a sentença constitutiva positiva ou negativa, o efeito coadjuvante ou disjuntivo, respectivamente.

Numa nova teorização de eficácia jurídica, deixou-se clara a separação entre eficácia e efeitos, fenômenos que ocorrem e se correspondem em termos de função de conjunto para conjunto, sendo possível tornar a implicação “fato jurídico $\rightarrow$ eficácia” sempre válida, tomando-a como “fato jurídico $\rightarrow$ conjunto eficácia”, numa causalidade não apenas jurídica, mas natural e ilimitada. E que “conjunto eficácia $\rightarrow$ conjunto efeitos” dar-se numa causalidade natural ou jurídica limitada, demonstrando-se a compatibilidade entre causalidade jurídica e causalidade natural.

Por fim, que a função $y=f(x)$ dada por Lourival Vilanova é uma função constante, em que x =fato jurídico e y =efeito jurídico, que simplesmente como posta é incapaz de dar conta de todas as peculiaridades de correspondência entre fato jurídico, eficácia e efeito, tomando-se que ocorrem em termos de correspondência de elemento ou de elemento-conjunto para conjunto ou elemento-conjunto. Não sendo possível viabilizá-la em face dos axiomas estabelecidos pelo autor: fato jurídico=eficácia=efeito.

Demonstrou-se que, para o ato nulo, o conjunto eficácia é existente e igual a $E=\{\}$, de que resulta a compatibilidade entre as causalidades jurídica e natural.

Viu-se que, dentre as várias eficácias do conjunto sentença, há outras tais que não a de coisa julgada, que são antecipadas como subconjuntos eficácias da sentença no esquema de estrutura jurídica de elos em cadeia, que serve como confirmação ou verificação dos postulados jurídicos.

E que, na execução provisória, a antecipação é do conjunto eficácia e não apenas de efeitos da sentença extra-coisa julgada e que a imutabilidade não é dos efeitos da coisa julgada, mas de sua eficácia, sendo seus efeitos resolúveis, não sua eficácia.

De mais a mais, demonstrou-se que não há suspensividade do conjunto eficácia, mas de efeitos de seu conjunto-efeito correspondente, sendo aquele atemporal.

Demonstrou-se que a coisa julgada formal ou material prescinde de concretização de suportes fáticos para a construção de seu conjunto eficácia e que tais suportes pertencem ao fato jurídico implicacional do conjunto eficácia.

Quanto ao estudo dos recursos, o posicionamento é de que não interferem no conjunto eficácia da sentença, mas apenas quanto à aplicação de efeitos no mundo fático, sendo pressupostos para a decisão de suspensão dos efeitos, não da eficácia jurídica. Portanto, independentemente de o legislador tomar como regra a

suspensividade ou a devolutividade, a relação de função entre sentença e conjunto eficácia não se altera por seu determinismo, afetando apenas o que sobeja entre a função conjunto eficácia e conjunto dos efeitos.

Enfim, este trabalho se prestou a uma contribuição ao estudo do fenômeno jurídico, revisitando seus conceitos e descendo às estruturas mais profundas da fenomênica do fato jurídico, da sentença e da eficácia, por uma abordagem semiótica e aplicação da teoria dos conjuntos e de uma lógica deôntica paraconsistente, demonstrando que é possível a convivência dos apriorismos anteriores com as premissas e conclusões aqui enxertadas.

Ademais, são muitos os detalhes e dificultosa a terminologia. Por conta da posição que se toma diante do tema, geram-se diversas dificuldades que, segundo as circunstâncias desse estudo (espaço reduzido para maiores meditações), em face das repercussões de uma temática tão profunda, abrangente e problemática, acredita-se que restarão inconciliáveis com o parco tempo e com os limites traçados. Decerto, o enfrentamento de tantas questões não encontraria, em um estudo de pouca monta, pelas limitações de páginas impostas, o ambiente ideal para maior e melhor desenvolvimento. As revisões e acréscimos parecem infundáveis e mereceriam, ao menos, mais dois volumes. Foi trabalho árduo a tentativa de sintetizar tantas teorias e, como síntese que representa, inevitavelmente deixa lacunas insuperáveis por agora.

...

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª. São Paulo: Malheiros, 2006.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ª Ed. Rio: Forense, 2007.

ALVIM PINTO, Teresa Arruda. *Nulidades da sentença*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. 3.ª ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003.

AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. Cambridge, Mass: Havard University Press, 1962. (Ed. Brasileira *Quando dizer é fazer*. Porto alegre: Artes Médicas, 1990.)

BARBOSA, Cláudia Maria. In: *Paradoxos da auto-observação - percursos da teoria jurídica contemporânea*. Org. **ROCHA**, Leonel Severo. Curitiba: JM Editora, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo Processo Civil brasileiro*. 25ª ed. Rio: Forense, 2007.

-. *O novo Processo Civil brasileiro*. 21ª ed. Rio: Forense, 2000.

-. Revista dialética de Direito Processual, n. 39. In: *A nova definição de sentença* (Lei n. 11.232/2005).

-. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROS LEONEL, Ricardo de. *A eficácia imediata da sentença e as reformas do Código de Processo Civil*. In: Revista de processo. Vol. 119. Ano 30. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, janeiro de 2005.

BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. São Paulo: Cultrix, 1984.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BATISTA, Sílvio Neves. *Ensaio de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil – perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

-. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

-. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. 3ª ed. Rio: Forense Universitária, 2005.

-. *Linguagem jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Norma Jurídica*. Trad. Pavan Baptista, Fernando e SUDATTI, Ariani Bueno. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005.

-. *Da estrutura à função*. Trad. Versiani, Daniela Beccaccia. São Paulo: Editora Manole, 2007.

-. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio: Ed. Campus, 2004.

BONOTO, Edvar Luiz. Disponível em:

http://www.vermelho.org.br/diario/2004/0919/edvar_0919.asp?NOME=Edvar%20Luiz%20Bonotto&COD=3745.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2005.

BULTMANN, Rudolf. *Zum Problem der Entmythologisierung: Kerygma und Mythos*, II. Hamburg-Volksdorf, 1952.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed., vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 16ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CAPITANT. *L'Illicite*. Tomo I. Paris: L'impératif juridique, 1929.

CAMPOS GOUVEIA, Roberto. *Capacidade postulatória*. No prelo.

CARNAP, Rudolf e **SCHLIK**, Moritz. *Coletânea de textos*. Trad. João Baraúna, Luiz e Ablo Rubén, Mariconda. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Queiroz, A. Rodrigues e Anselmo de Castro, Arthur. Rio: Âmbito Cultural, 2006.

CASSIRER, Ernst. *Linguagem e mito*. 4ª ed. Trad. Guisnburg, J. e Schnaiderman, Miriam. São Paulo: Perspectiva, 2003.

CAVALCANTI FAVERET, Arthur José. *A estrutura lógica do Direito*. 2ª ed. Rio: Renovar, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol.1, Campinas: Bookseller, 1998.

- *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol.3, Campinas: Bookseller, 1998.
- *Principii di diritto Processuale*. Nápoles: reimpressão, apud Barbosa Moreira. Revista Dialética de Direito Processual, n. 39. In: *A nova definição de sentença* (Lei 11.232/2005).
- COELHO GONÇALVES**, Helena de Toledo. *Embargos de declaração: soluções sistêmicas para as lacunas da lei*. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006.
- CORTÁZAR**, Júlio. *Valise de Cronópio*. São Paulo: Perspectiva, 1976.
- COSSIO**, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954.
- *La Teoría Egologica del Derecho y el concepto juridico de libertad*. 2.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.
- DELEUZE**, Giles. *Lógica do sentido*. 4.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- DIDIER JR**, Fred. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, Salvador: PODIVM, 2007.
- DILTHEY**, Wilhelm. *Der Aufbau der Geschichtlichen Wel in den Geisteswissenschaften*. 7.^o vol. Leipzig-Berlin: Gesammelte Schriften, 1927.
- DINAMARCO**, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 10. e 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- *Instituições de Direito Processual Civil*. V.1. 3.^a ed. Malheiros, 2002.
- EAGLETON**, Terry. *Teoria da Literatura: Uma introdução*. Trad. Dutra, Waltensir. 3.^a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- ECO**, Humberto. *Tratado geral de semiótica*. Trad. Danese, Antônio de Pádua e César Cadorzo de Souza, Gilson. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- ELIOT**, T. S. *The music of poetry*. Londres: Faber & Faber, 1942.
- FAZZALARI**, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. De Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006.
- FERRAZ JR**, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio: Forense Universitária, 1978.
- FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. I. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. 7.^a ed. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. Rio: Forense Universitária, 2007.

-. *As palavras e as coisas*. São Paulo: Martins Fontes, S/D.

FRIEDRICH MÜLLER. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 3.^a ed. Trad. Naumann, Peter. São Paulo: Renovar, 2005.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al Derecho – La Teoría Trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. 6.^a ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1969.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. Vol. II, 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GREIMAS, Algirdas Julien & Fontanille, Jacques *Semiótica das paixões*. São Paulo: Ática, 1993.

HART. *The concept of law*, Oxford: Clarendon Press, 1991.

HEIDEGGER. *Ser e tempo*. Trad. Cavalcante Schuback, Márcia Sá. Petrópolis: Vozes, 2 vols., 2001.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HERKENHORFF, João Baptista. *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2006.

HÜBNER, Kurt. *Crítica da razão científica*. Trad. Morão, Artur. Lisboa: Edições 70, 1986.

LACAN, J. *Escritos*. Rio: Jorge Zahar Editor, 1998.

LANDOWSK, Eric. *Para uma abordagem sócio-semiótica da literatura*. Trad. Centro de Pesquisas Sócio-Semióticas de São Paulo. In: *Revista brasileira de Semiótica*. Vol. 11/12. São Paulo: Annablume, 1986.

LARENZ, Carl. *Metodología da ciência del derecho*. Trad. Ordeig, Enrique Gibernat. Barcelona: Ariel, 1966.

LASK, Emil. *Logic of Philosophy and the Doctrine of Categories*. Trad. Braun, Christian. USA: Intl Specialized, 2000.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofia del derecho*. 3.^a ed. Barcelona: Bosch, 1972.

-. *Filosofia del Derecho*. 5.^a ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1979.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2.^a ed. Vol I, trad. Dinamarco, Cândido Rangel. Rio: Forense. 1985.

-. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio: 1945.

LOPES, Eduardo. *Fundamentos da Lingüística contemporânea*. São Paulo: Cultrix, 2000.

LOURENÇO, Manuel. *O teorema de Gödel e a hipótese do contínuo*. Lisboa: Galoust Gulbenkian, 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

MEDINA, C. A. *Música popular e comunicação*. Petrópolis: Vozes, 1973.

MERLEAU-PONTY, M. *O visível e o invisível*. 4.^a ed. Trad. Gianotti, José Artur e d'Oliveira, Armando Mora. São Paulo: Perspectiva, 2005.

MIGUEL REALE. *Lições preliminares de direito*. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORIN, Edgar. *O método. 4. As idéias, habitat, vida, costumes, organização*. 3.^a ed. Trad. Machado da Silva, Juremir. Porto Alegre: Editora Sulina, 2002.

MOURA ROCHA, J. Elias de. *Interesses coletivos □□ ineficiência de sua tutela judicial*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

NÖRTH, Winfried. *Panorâmica da semiótica*. São Paulo: Annablume, 1995.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006.

PIMENTEL, Alexandre. *Processo telemático*. No prelo.

PINTO FERREIRA. *Teoria científica do conhecimento*. 2.^a ed. Recife: Editora da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco – Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino – Curso de Direito, 2000.

PONTES DE MIRANDA. *O problema fundamental do conhecimento*. Rio: Editora Globo, 1937.

-. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. 2.^a ed. Campinas: Bookseller, 2001.

-. *Tratado de Direito privado*. Tomo I. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

-. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 4.^a ed. Rio: Forense, 1964.

-. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974.

-. *Comentários ao CPC*. Tomo II. Rio: Forense, 1974.

- *Comentários ao CPC*. Tomo III. Rio: Forense, 1974.
- *Comentários ao CPC*. Tomo IV. Rio: Forense, 1974.
- *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio: Forense, 1974.
- *Comentários ao CPC*. Tomo VI. Rio: Forense, 1974.
- *Comentários ao CPC*. Tomo VII. Rio: Forense, 1975.
- *Comentários ao CPC*. Tomo VIII. Rio: Forense, 1975.
- *Comentários ao CPC*. Tomo IX. Rio: Forense, 1976.
- *Comentários ao CPC*. Tomo X. Rio: Forense, 1976.
- *Comentários ao CPC*. Tomo XII. Rio: Forense, 1939.
- *Tratado das ações*. Tomo III. São Paulo: RT, 1972.
- *Tratado das ações*. Tomo II. São Paulo: RT, 1972.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

RIFATTERRE, Michael. *A produção do texto*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ensaio sobre a origem das línguas*. 2.^a ed. Trad. Guerreiro, Fernando. Lisboa: Editorial Estampa, 2001.

RUDGE, Ana Maria. *Pulsão e linguagem- esboço de uma concepção psicanalítica do ato*. Rio: Jorge Zahar Editor, 1998.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. 2.^a ed. Rio: Renovar, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6.^a ed., vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SAPIR, Edward. *A linguagem*. Trad. J. Mattoso Câmara Jr. São Paulo: Perspectiva, 1980.

SCHMITZ, François. *Wittgenstein*. Trad. Almeida Marques, José Oscar de. São Paulo: Estação Liberdade, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2.^a ed. Rio: Renovar, 2007.

SEARLE, John R. *Mente, linguagem e sociedade*. Rio: Rocco, 2000.

SMITH, Henry Lee. *A Língua e o Sistema Total de Comunicação*. Trad. HILL, Archibal A. et al. In: *Aspectos da Lingüística Moderna*, São Paulo: Cultrix, 1972.

STRENGER, Irineu. *Direito moderno em foco*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2004.

TARSKI, Alfred. *Introducción a la Lógica y la Metodología de las Ciencias Deductivas*. Trad. T. R. Bachiller, J, R, Fuentes. 2.^a ed. Argentina: Editora Espasa-Calpe, 1968.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores – a natureza da sentença pauliana*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997.

TORQUATO CASTRO. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 6^a ed., vol. 1, São Paulo: Atlas, 2006.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3^a ed. Rio: Noeses, 2005.

-. *Causalidade e relação no direito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

-. *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa oficial, 1947.

WALTON, Douglas N. *Lógica informal – manual de argumentação crítica*. Trad. Franco, Ana Lúcia R. e Salum, Carlos A. L. São Paulo: Martins fontes, 2006.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal – una introducción a la doctrina dela acción*. Barcelon: Ariel, 1964.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Montagnoli, Marcos G. 4^a ed. Rio: Vozes e Universitária São Francisco, 2005.

KANT, Immanuel. *Lógica*. 3.^a ed. Trad. Gottlob Benjamin Jäsche de Guido Antônio de Almeida. Rio: Tempo Brasileiro, 2003.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. KAUFMANN, A e HASSEMER, W. Trad. Keel, Marcos e Seca de Oliveira, Manuel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. Machado, João Baptista. 7^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

-. *Teoria Pura do Direito*, versão condensada pelo próprio autor. Trad. Cretella Jr., J. e Cretella, Agnes. 4^a ed. São Paulo: RT, 2006.

KIRCHMANN, Julius Hermann von. *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961.

KRAUSE, Décio. *Introdução aos fundamentos axiomáticos da ciência*. São Paulo: EPU, 2006.

...