

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
Programa de pós-graduação em Direito
Mestrado em Direito Processual

SERGIO MONTEIRO CUPERTINO DE CASTRO

**A JURISPRUDÊNCIA COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE
DAS DECISÕES JUDICIAIS**

VITÓRIA
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

Programa de pós-graduação em Direito

Mestrado em Direito Processual

SERGIO MONTEIRO CUPERTINO DE CASTRO

A JURISPRUDÊNCIA COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Dissertação de Mestrado apresentada para obtenção do título de MESTRE no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, na área de concentração Direito Processual Civil, na linha de “Formalismo-Valorativo e Acesso à Justiça: Processo, Democracia e Direitos Fundamentais”.

Orientador: Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem

VITÓRIA

2012

Banca Examinadora

Prof. Doutor Tárek Moysés Moussallem
(Orientador)

Prof. Doutor Angel Rafael Mariño
Castellanos
(Membro Interno)

Prof. Doutor Paulo Roberto Lyrio Pimenta
(Membro Externo)

RESUMO

A presente dissertação tem por sentido analisar o enunciado normativo do artigo 557, do Código de Processo Civil. O referido enunciado normativo introduziu no subsistema do direito processual civil positivo norma jurídica de competência jurisdicional para o julgamento dos recursos cíveis com fundamento de validade na jurisprudência dominante dos tribunais. Portanto, a jurisprudência será analisada como fundamento de validade das decisões judiciais. Tomou-se como ponto de partida a correlação entre cultura, linguagem e direito para fixar o direito positivo como um sistema linguístico. Em seguida, passou-se a analisar as espécies normativas, em especial as normas de competências, para estabelecer o sistema do direito positivo como um sistema autorreferente. A diante foram examinadas as condições de validade das normas jurídicas sob o sistema de referência da teoria dos atos de fala normativos e da análise do discurso. Com esses pressupostos, avaliaram-se as competências do Estado, em especial, a competência jurisdicional. Com esses pressupostos deduziu-se a norma de julgamento prescrita no enunciado do artigo 557, do Código de Processo Civil. Ao fim, passou-se a analisar algumas questões práticas referentes ao termo.

ABSTRACT

This dissertation is to analyze the normative meaning of Article 557 of the Code of Civil Procedure. That legislative statement introduced in the subsystem of civil procedural law legal rule of jurisdiction for the trial of civil appeals on the grounds of validity in the dominant jurisprudence of the courts. Therefore, the case will be considered as the basis of validity of judgments. Was taken as a starting point the correlation between culture, language and the right to fix the positive law as a linguistic system. Then we started to analyze the normative species, in particular the standards of competence, to establish the system of positive law as a self-referential system. The conditions were examined before expiration of the legal standards under the reference system of the theory of speech acts and normative discourse analysis. With these assumptions, we evaluated the powers of the State, in particular the jurisdiction. With these assumptions inferred from the norm of judgment prescribed in the wording of Article 557 of the Code of Civil Procedure. At the end, we started to look at some practical issues related to the term.

SUMÁRIO

1 APRESENTAÇÃO	10
2 LINGUAGEM E DIREITO	14
2.1 CULTURA E LINGUAGEM	12
2.2 O SIGNO COMO UNIDADE DO SISTEMA DE LINGUAGEM	18
2.3 LINGUAGEM E CONHECIMENTO	19
2.4 CONHECIMENTO, ENUNCIÇÃO, ENUNCIADO E SENTIDO	22
2.5 COMO FAZER COISAS COM A LINGUAGEM: A FUNÇÃO PERFORMATIVA E A TEORIA DOS ATOS DE FALA	27
2.6 CONHECIMENTO DO DIREITO: O DIREITO POSITIVO COMO OBJETO DE ESTUDO DA CIÊNCIA DO DIREITO	33
2.7 SISTEMA DO DIREITO POSITIVO E O SISTEMA DA CIÊNCIA DO DIREITO	36
3 O SISTEMA DO DIREITO POSITIVO	40
3.1 TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA: DA INTERPRETAÇÃO DOS ENUNCIADOS À CONSTRUÇÃO DO SENTIDO NORMATIVO	40
3.2 NORMA PRIMÁRIA E NORMA SECUNDÁRIA	47
3.3 A ESTRUTURA COMPLETA DA NORMA JURÍDICA	49
3.4 CLASSIFICAÇÃO DOS TIPOS NORMATIVOS DO SISTEMA DO DIREITO POSITIVO	50
3.4.1 Norma abstrata, concreta, gerais e individuais	50
3.4.2 Normas de condutas e normas de estrutura	51
3.5 A ESTRUTURA SINTÁTICA DAS NORMAS DE COMPETÊNCIA	55
3.6 AUTO-REFERÊNCIA DO SISTEMA DE DIREITO POSITIVO: A COLOCAÇÃO DA TEMÁTICA DAS FONTES DO DIREITO	60
4 SOBRE AS FONTES DO DIREITO POSITIVO E OS FUNDAMENTOS DE VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	55
4.1 DA ABORDAGEM TRADICIONAL SOBRE O TEMA DAS FONTES DO DIREITO	64

4.2 UM NOVO REFERENCIAL TEÓRICO PARA O TEMA DAS FONTES DO DIREITO POSITIVO	65
4.3 A TEORIA DOS ATOS DE FALA E AS FONTES DO DIREITO: A VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	67
4.4 A ANÁLISE DO DISCURSO NORMATIVO E O FUNDAMENTO DE VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	72

5 A DECISÃO JUDICIAL: O CICLO DE POSITIVAÇÃO DO DIREITO POSITIVO E AS NORMAS DE PROCESSO CIVIL

5.1 AS FUNÇÕES DO ESTADO: A REULAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS COMPETÊNCIAS DOS ÓRGÃOS DO ESTADO	75
5.2 O CICLO DE POSITIVAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS	77
5.3 A DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS: A NORMA SANCIONATÓRIA COMO PRESSUPOSTO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL	80
5.4 A NORMA QUE OBRIGA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL	85
5.5 CONCEITO DE DECISÃO JUDICIAL NA TEORIA DA ANÁLISE DO DISCURSO E NA TEORIA DOS ATOS DE FALA	87
5.6 A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL, A FORMAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E DA RELAÇÃO JURÍDICA RECURSAL NO SUBSISTEMA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	89
5.6.1 Jurisdição, ação e processo civil	89
5.6.2 O direito subjetivo constitucional ao contraditório e a relação jurídica processual e a relação jurídica recursal	93
5.6.3 O pedido deduzido na petição inicial como limitador da norma de competência jurisdicional	96

6 A JURISPRUDÊNCIA COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: ESTUDO ANALÍTICO DO ENUNCIADO DO ARTIGO 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

6.1 O EXAME ANALÍTICO DO ENUNCIADO NORMATIVO DO ARTIGO 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	98
6.6.1 O ‘relator’ como sujeito competente e o sujeito ativo da regra de competência prescrita no artigo 557, do Código de Processo Civil	99

6.1.2 O sentido jurídico da expressão ' <i>negará seguimento</i> ' constante do <i>caput</i> do artigo 557, do Código de Processo Civil	102
6.1.3 O sentido jurídico da expressão ' <i>poderá dar provimento</i> ' constante do §1º-A, do artigo 557, do Código de Processo Civil	103
6.1.4 O sentido jurídico da expressão ' <i>recurso</i> ' constante do <i>caput</i> , do artigo 557, do Código de Processo Civil	105
6.1.5 O sentido jurídico da expressão ' <i>manifestamente inadmissível</i> ' constante do <i>caput</i> , do artigo 557, do Código de Processo Civil	106
6.1.6 O sentido jurídico da expressão ' <i>manifestamente improcedente</i> ' constante do <i>caput</i> , do artigo 557, do Código de Processo Civil	108
6.1.7 O sentido jurídico da expressão ' <i>manifestamente prejudicado</i> ' constante do <i>caput</i> , do artigo 557, do Código de Processo Civil	111
6.1.8 O sentido jurídico da expressão ' <i>em confronto com súmula</i> ' constante do <i>caput</i> , do artigo 557, do Código de Processo Civil	111
6.1.9 O sentido jurídico da expressão ' <i>em confronto com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior</i> ' constante do artigo 557, do Código de Processo Civil	113
6.2A JURISPRUDÊNCIA COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	115
6.2.1 A <i>jurisprudência-dominante-enunciação</i> e a <i>decisão-judicial-monocrática-enunciação</i> : a diferença entre o ato psicofísico do tribunal e o ato psicofísico do relator do recurso cível	116
6.2.2 A <i>jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada</i> : a constituição de provas do procedimento de introdução da <i>jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado</i> no sistema do direito positivo	117
6.2.3 A <i>jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado</i> : do fundamento de validade ao objeto do julgamento monocrático do relator	122
6.2.4 A síntese da norma de competência para julgamento monocrático com fundamento de validade na ' <i>jurisprudência dominante</i> '	123
7 ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS ASPECTOS PRÁTICOS DO TEMA	126

7.1 ESTUDO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DOS ENUNCIADOS-ENUNCIADO DO ARTIGO 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	126
7.2 DO CABIMENTO DO AGRAVO INOMINADO NOS CASOS DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELA HIPÓTESE DE ‘ <i>CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE</i> ’	132
7.3 DO CABIMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR PELA HIPÓTESE DE ‘ <i>CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE</i> ’	136
7.4 DA ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO RELATOR PARA O JULGAMENTO DOS RECURSOS E DAS DECISÕES QUE CONTRARIEM A ‘ <i>JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE</i> ’	137
7.5 DAS PROVIDÊNCIAS QUANTO O RELATOR QUE DECLINAR SUA COMPETÊNCIA	137
8 CONCLUSÕES	139

9 REFERÊNCIAS

1 APRESENTAÇÃO

Para as práticas jurídicas dos advogados, dos promotores de justiça e dos juízes de direito, tornou-se comum a consulta ao acervo jurisprudencial dos tribunais pátrios para a solução de casos concretos que lhe são deduzidos para análise e decisão. É inegável que a consulta aos precedentes jurisdicionais destes mesmos tribunais reduz as possibilidades interpretativas dos conceitos jurídicos, que compõem os chamados enunciados prescritivos (texto da constituição, textos das leis, textos dos contratos, etc.), disponibilizando-os às autoridades competentes do direito positivo como esteio à construção das normas jurídicas (as proposições dotadas de sentido deôntico).

Não se pode negar, por exemplo, que tais reduções das possibilidades interpretativas conferem uma maior previsibilidade aos julgamentos das causas deduzidas em juízo, e, portanto, conferem aos sujeitos de direito maior segurança jurídica na estabilização das relações sociais. Assim, é possível aos que pleiteiam, com base nos precedentes jurisdicionais constantes dos repositórios oficiais, classificar e calcular tais probabilidades de êxito nas demandas judiciais.

Ora, não é demais salientar que é com arreo nos precedentes jurisdicionais, por exemplo, que as Sociedades Anônimas de capital aberto comumente determinam o “*provisionamento*” de uma contingência processual em seus registros de contabilidade. Aliás, esta prática acaba por influenciar diretamente na distribuição de lucro entre os seus acionistas.

Assim, os enunciados jurisprudenciais nos países de tradição jurídica codificada (*civil law*), embora sempre utilizados na solução dos casos concretos, nunca foram admitidos pela Ciência do Direito como *‘fundamentos de validade’* para a emissão de novos enunciados prescritivos no sistema do direito positivo.¹ Ao contrário, importa destacar que os enunciados jurisprudenciais para o sistema da Ciência do Direito nos países daquela tradição, *civil law*,

¹ Nesse sentido, vale destacar a lição de Rubem Nogueira: “*A jurisprudência não tem o efeito vinculativo, pois o juiz de primeiro grau de jurisdição, ao sentenciar, não fica sujeito aos critérios adotados pelo tribunal de instância superior. [...] Falta-lhe caráter ‘normativo’ e, assim sendo, o juiz a ela não recorre para extrair preceitos legais ou preencher lacunas. A lei de introdução ao Código Civil, definidora das fontes formais do Direito no sistema jurídico brasileiro, não a inclui entre as fontes subsidiárias (art. 4º).*” (NOGUEIRA, Rubem. *Curso de introdução ao estudo do direito*. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2007. p.100).

sempre foram tratados como '*fontes psicológicas*', como '*opinião jurídica*' ou como expressão de '*ajuda a tarefa do intérprete*'.²

Não se assume que os enunciados jurisprudenciais têm um caráter prescritivo à construção de normas jurídicas gerais e abstratas pelas devidas autoridades competentes, pois, tradicionalmente, os cientistas do direito reconhecem o subsistema do direito positivo processual civil brasileiro como uma espécie de sistema de tradição codificada (*civil law*).³ E basta uma rápida busca no texto do Código de Processo Civil - Lei Federal nº 5.869/1973 - para verificar que o símbolo '*jurisprudência*' consta dos enunciados prescritivos (i) do parágrafo único, do artigo 120, (ii) do § 3º, do artigo 475, (iii) do artigo 479, (iv) do parágrafo único do artigo 541, (v) § 3º, do artigo 543-A, (vi) do § 2º, do artigo 543-C, (vii) do § 4º, do artigo 544, (viii) do artigo 557⁴.

Especificamente sobre o enunciado prescritivo do artigo 557, do vigente Código de Processo Civil, impera destacar desde já que tal enunciado qualifica a autoridade como competente e concede poder para decidir as questões postas na lide com '*fundamento de validade*' no repositório jurisprudencial do próprio tribunal ou dos tribunais superiores.

Longe de ingressar na análise do direito comparado, o objeto de estudo deste trabalho será a determinação analítica da norma jurídica construída a partir do enunciado do artigo 557, do

² O termo '*fonte psicológica*' é utilizado por Tárek Moysés Moussallem no livro *Fontes do Direito Tributário*, o termo '*opinião jurídica*' é manifestado por Karl Larenz no *Metodologia da Ciência do Direito* e '*ajuda a tarefa do intérprete*' é firmado por Rubem Nogueira. No Curso de Introdução ao Estudo do Direito.

³ Veja-se o conceito baseado no costume territorial proposto por Miguel Reale: "*Common Law é o nome que se dá à experiência jurídica da Inglaterra e dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição. O que caracteriza a Common Law é não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através de decisões dos tribunais. É, assim, um Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano Medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas.*" (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.97).

⁴ "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1o Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 2o Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)"

Código de Processo Civil, que prescreve os precedentes jurisprudenciais como *'fundamento de validade'* de outras decisões judiciais.

Para tanto, no Segundo Capítulo será adotado como premissa a correlação entre *'direito'* e linguagem, para demonstrar a manifestação daquele em dois sistemas de linguagens distintos: o sistema descritivo da Ciência do Direito e o sistema prescritivo do direito positivo. Será abordado, também, no Segundo Capítulo das funções linguísticas e da Teoria dos Atos de Fala, o desenvolvimento de tais teorias, que é necessário ao conceito de fontes do direito que será adotado no Quarto Capítulo deste trabalho.

No Terceiro Capítulo, foca-se na análise do sistema do direito positivo, com a análise da estrutura lógica deste sistema, da estrutura lógica hipotético-condicional da norma jurídica, bem como da autorreferência entre as espécies normativas. Aprofundar-se-á, também, na temática das normas de competência para tratar, mais adiante, da norma de competência judicial.

No Quarto Capítulo, será adotado como sistema de referência a Teoria das Fontes do Direito, do Professor-doutor Tárek Moysés Moussallem, para demonstrar a enunciação dos atos de fala criadores do direito como as fontes do direito positivo e a vinculação desses atos de criação e de modificação aos enunciados prescritivos à regra de estruturas prescritas pelo próprio sistema do direito positivo.

No Quinto Capítulo, a análise do conceito de decisão judicial parte da análise das normas de competência para a sua enunciação. Glosam-se, também nesse capítulo, sobre as normas de competência judicial e a norma que regula o exercício da competência judicial, em especial, os conceitos do sistema processual civil pátrio. Ao final deste capítulo, algumas premissas jurídico-processuais, como a correlação entre a competência judicial, o direito subjetivo de ação e o pedido deduzido nas petições iniciais, serão expostos.

No Sexto Capítulo, analisar-se-á diretamente o tema proposto, contextualizando as prescrições normativas do símbolo jurisprudência, mormente na expressão do artigo 557, do Código de Processo Civil. Nesse Capítulo será deduzida a norma jurídica prescrita no artigo 557, do Código de Processo Civil, bem como o conceito de *"jurisprudência dominante"* com base nas referida regra de competência.

E, finalmente, no Sétimo Capítulo, ingressar-se-á nos estudos de questões práticas, tais como o exame analítico da constitucionalidade da norma de competência prescrita no artigo 557, do CPC, a hipótese de cabimento do agravo interno (§1º, do artigo 557, do CPC) e o cabimento dos Recursos Especiais e Extraordinários contra decisão monocrática da relatoria com arreo no *caput*, do artigo 557, do CPC.

2 LINGUAGEM E DIREITO

2.1 CULTURA E LINGUAGEM

O mundo circundante é a totalidade das coisas e dos eventos. Contudo, a natureza das coisas e dos eventos é intangível ao homem. Os diversos objetos são dados pelo mundo circundante e o homem somente tem consciência deles a partir da projeção de seu espírito para o mundo exterior, recolhendo dados obtidos pelos atos de intuição sensível (v.g. olfato, visão, audição, tato e paladar).⁵

O homem conta com a liberdade criadora para voltar seu espírito, através dos atos de percepção, para o mundo circundante, e, assim, criar consciência das coisas e dos eventos. Por conseguinte, o homem é autor do seu próprio destino, pois cria seu próprio ser, escolhendo entre as diversas possibilidades de projetar sua consciência para o mundo circundante.⁶ Ocorre que, o mero ato de lançar sua atenção para este mundo circundante, não instaura a realidade para o homem. A realidade somente se manifesta para o homem a partir da cultura.

Cultura, segundo MOUSSALLEM⁷, é o conceito obtido por meio do exercício de abstração, sendo lugar comum a teólogos, historiadores, sociólogos, filósofos e juristas. Logo, cultura é “o resultado da intervenção do homem junto ao mundo circundante”. Em suma, “é a objetivação do espírito mediante a atribuição de sentido ao dado (*le donné*)”.

É pelo espírito que o homem se torna capaz de atribuir valores às coisas e aos eventos dados pelo mundo circundante e, assim, criar o seu próprio mundo – mundo cultural – contraposto ou complementar ao mundo circundante – mundo natural – de que participa o seu corpo.⁸

⁵ “O ‘mundo da vida’, com as alterações ocorridas no campo das experiências tangíveis, é submetido à nossa intuição sensível, naquele ‘caos de sensações’ a que se referiu Kant. O que sucede neste domínio e não é recolhido pela linguagem social não ingressa no plano por nós chamado de “realidade”, e, ao mesmo tempo, tudo que dele faz parte encontra sua forma de expressão nas organizações lingüísticas com que nos comunicamos; exatamente porque todo o conhecimento é redutor de dificuldades, reduzir as complexidades do objeto da experiência é uma necessidade inafastável para se obter o próprio conhecimento.” (CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008. 2.ed, p. 6-7).

⁶ TEIXEIRA, Antônio Braz. Sentido e valor do direito: introdução à filosofia jurídica. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006. 3 ed. p. 135.

⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 2.

⁸ TEIXEIRA, op. cit. p. 135.

VILANOVA afirma que é através da cultura que o homem transforma os objetos e os eventos dados pelo mundo circundante em objetos culturais. Isso ocorre em um universo simbólico, pela atribuição de sentido linguístico aos objetos e eventos dados:

O que converte puros sistemas físicos num parlamento, numa universidade, numa catedral, numa agência do governo, numa academia literária ou numa vivenda não reside nas propriedades físico-químicas de seus componentes elementares. Reside, sim, nas significações políticas, teórico-científicas, religiosas, estéticas, em tudo isso impressas. Pelo que essas coisas valem, não por si mesmas, mas pelos fins, valores e sentidos. São dados reais que ingressam num universo simbólico. O que a princípio é mera impressão sensorial, o imediatamente dado, cobra sentido de *expressão*, converte-se em corpo de algo não-físico, em símbolo, quer dizer, em exteriorização visível de uma multiplicidade de significações. Por outro lado, as significações ou os valores do santo e do sagrado, do belo e do sublime, do justo e do injusto, da verdade e da falsidade sem a materialização objetiva não existem propriamente. Consistem, mas não existem, valem, mas não atuam, não atuam como forma de configuração do real [mundo circundante]. Carecem do processo de objetivação, não transcendem dos atos subjetivos para se incorporarem nos entes da realidade empírica. Em abstrato, podemos conceber o domínio das significações puras, independentemente de sua concretização no real. Talvez melhor o domínio das significações lógicas. Estas dispensam os atos, bastam-se com sua pura potência ante a idealização. É aqui possível pôr entre parênteses o sujeito empírico, centro dos atos de apreensão, como as objetivações em símbolos da linguagem comum.⁹

Segundo TEIXEIRA¹⁰, os objetos culturais, produtos de criação humana a partir da enunciação de linguagem, são portadores de valores e são marcados pela *objetividade, temporalidade e historicidade*.

Destarte, a linguagem está presente em toda a vida cultural do homem. E, de acordo com MOUSSALLEM¹¹, é o instrumento mais forte de contato entre os homens, e, conseqüentemente, “*se a cultura nasce com a atribuição de sentido ao mundo circundante na iteração humana, seu extermínio se dá pela aniquilação da linguagem em que ela se manifesta*”. Esta é a manifestação da cultura, assim, é o modo pelo qual o homem conhece a realidade. E, novamente, segundo MOUSSALLEM¹², “*a linguagem é responsável por instaurar a realidade no homem*”.

A linguagem é o ponto comum entre os homens, e, portanto, sem ela a iteração entre os homens seria impossível. Ela perpetua e comunica a cultura entre os homens:

⁹ VILANOVA, Lourival. Notas para um ensaio sobre a cultura. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003. p. 284-285.

¹⁰ TEIXEIRA, op. cit. p. 136.

¹¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 5.

¹² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p.6.

[...] para os fins da comunicação, a palavra é um ponto comum de encontro de vários sujeitos e aquele permanente fator que o homem estabelece em contraste com a momentaneidade da pura expressão interjectiva, vinculada ao aqui e ao agora do fluxo concreto e pessoal da consciência. Em comparação com a subjetividade de cada um, o vocábulo e o sistema articulado que é a frase valem como transobjetivo, a forma destacada que a vida individual e coletiva vai construindo como firmes pontos de apoio para ir prosseguindo em sua trajetória histórica. O vocábulo, por conseguinte, ao qual sempre voltamos e repetitivos, reconhecendo como idêntico fisicamente, com a mesma palavra, agrupa os diversos sujeitos numa comunidade, num universo intersubjetivo. Sem as palavras ou sem a linguagem como o sistema total de expressão, seguramente as inter-relações ou a interação humana não cobraria a estrutura de ordem, quer dizer, de ações uniformes e pautadas, vale dizer mesmo, repetição que implica atos de compreensão, de entendimento recíproco, somente possíveis como uso dos mesmos símbolos de expressão. Na comunidade do discurso, os sujeitos em inter-relação, em proporções variáveis, desubjetivam-se, ingressam numa ordem que lhes pressiona e lhes é exterior.¹³

A linguagem é o sistema convencional pelo qual os homens atribuem signos ao mundo circundante com o objetivo de instaurar sua realidade. É um esquema de representação das coisas e dos eventos do mundo circundante, e, portanto, esta não tangência as coisas e os eventos deste mesmo mundo. É autônoma em relação ao mundo circundante, e, dessa forma, não altera o estado das coisas e dos eventos.

Neste sentido, vale destacar o elucidativo exemplo de HOSPERS, citado por GORDILLO:

[...] as palavras não são mais que rótulos às coisas: colocamos rótulos as coisas para falar delas e as palavras não têm mais relação com as coisas, como os rótulos das garrafas com as garrafas em si. “Qualquer rótulo é conveniente, na medida em que nos colocamos de acordo com a coisa e de maneira consequente. A garrafa conterá exatamente a mesma substância mesmo que coloquemos nela um rótulo distinto, assim como a coisa será a mesma mesmo que usemos palavra diferente para designá-la”...[tradução nossa]¹⁴

Conforme MOUSSALLEM, “o homem não habita um mundo físico, mas sim um mundo cultural, só existente em virtude da linguagem, a ponto de se tornar impossível falar em homem fora dos quadrantes da linguagem”.¹⁵

¹³ VILANOVA, op. cit. p. 290.

¹⁴ No original: “[...] las palabras no son más que rótulos de las cosas: ponemos rótulos a las cosas para hablar de ellas y por ende las palabras no tienen más relación con las cosas, que la que tienen los rótulos de las botellas con las botellas mismas. “Cualquier rótulo es conveniente, en la medida en que nos pongamos de acuerdo acerca de él y lo usemos de manera consecuente. La botella contendrá exactamente la misma sustancia aunque peguemos en ella un rótulo distinto, así como la cosa sería la misma aunque usemos una palabra diferente para designarla” (GORDILLO, Agustín. El Lenguaje como método. In: _____. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. p.IV-1 – IV-13)

¹⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 2.

Por meio da linguagem, o homem imputa signos às coisas e aos eventos do mundo em questão, com o sentido de perpetuá-los no tempo e no espaço, e, assim, comunicá-los aos outros homens. As coisas e os eventos do mundo circundante, depois de vertidos em linguagem, tornam-se fatos linguísticos cognoscíveis aos outros homens.

Aqui, cabe fazer a advertência soerguida por MOUSSALLEM ¹⁶:

Ao descrever eventos ou coisas não se criam fatos ou coisas. Mas claro está que, para ter acesso aos fatos e às coisas, necessária se faz a aquisição de linguagem a eles referente. E mais, não há que se confundir as coisas no mundo-das-coisas (coisa natural) com a coisa no mundo-social (coisa no mundo-circundante).

Em sendo assim, MOUSSALLEM faz a distinção entre *fatos brutos* e *fatos institucionais*. Os primeiros existem independentemente da vontade humana (os exemplos dados pelo próprio do autor são a pedra, a água, o fogo e os animais). Os segundos dependem da convenção humana para existir (são citados pelo autor a religião, a música, o teatro, o dinheiro e o direito). Logo, o *fato bruto* existirá independentemente da linguagem, entretanto, para ingressar na comunicação entre homens, deve ser constituído por esta:

Para ser elevado ao nível do discurso, todo objeto requer linguagem, mesmo que sua existência dela independa. Isso não pode acarretar a confusão entre pensamento, palavra e coisas.¹⁷

O espírito humano não conhece as coisas e os eventos dados no mundo circundante, senão a representação das coisas e dos eventos pelo sistema da linguagem. Através da atribuição de signos do sistema linguístico às coisas e aos eventos do tal circundante, o homem constrói seu mundo cultural, e permite a comunicação com outros homens.

2.2 O SIGNO COMO UNIDADE DO SISTEMA DE LINGUAGEM

O signo é a unidade do sistema da linguagem. É, portanto, a unidade que permite a comunicação inter-humana. Conforme CARVALHO, “o signo é um ente que tem o status lógico de relação”.¹⁸

¹⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 8.

¹⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 9.

¹⁸ CARVALHO. op. cit. p. 33.

Muito embora se trate de ponto controvertido na semiologia¹⁹, neste trabalho, o signo é uma unidade, é, assim, indecomponível, que se apresenta em três aspectos: (i) suporte físico; (ii) o significado; (iii) significação. Ao signo, um suporte físico conecta-se a um significado e a uma significação.

O *suporte físico* constitui-se da manifestação propriamente física do signo. Para exemplificá-lo, o suporte físico da escrita é a tinta sobre o papel e o suporte físico da fala é a onda acústica promovida pelo vibrar das cordas vocais. Conforme CARVALHO, “*esse dado, que integra a relação sgnica, como próprio nome indica, tem natureza física, material*”.²⁰ O *significado* é a referência do signo às coisas e aos eventos do mundo circundante. E, segundo CARVALHO, pode referi-se a “*algo do mundo exterior ou interior, da existência concreta ou imaginária, atual ou passada*”.²¹ Por fim, a *significação* é a ideia, noção ou conceito despertado em nossa mente com a recepção material do suporte físico.

Acerca da tríade do signo, vale citar o exemplo fornecido por CARVALHO:

A palavra manga (fruta) é o suporte físico (porção de tinta gravada no papel). Refere-se a uma espécie de fruta, que é seu significado. E faz surgir em nossa mente o conceito de manga, variável de pessoa para pessoa, na dependência de fatores psíquicos ligados à experiência de vida de cada um. Para aqueles que apreciam essa fruta, certamente que sua imagem será de um alimento apetitoso, suculento. Para os que dela não gostarem, a ideia será desfavorável, aparecendo a representação com aspectos bem diferentes. Trata-se da significação.²²

Tais distinções nos aspectos dos signos são importantes à análise da linguagem do direito positivo, mormente à conceituação de norma jurídica e texto prescritivo que se adotará no próximo capítulo.

2.3 LINGUAGEM E CONHECIMENTO

¹⁹ Para demonstrar a controvérsia, destaquem-se as notações de CHARLES S. PIERCE no sentido do signo estar ligado a três coisas: o fundamento, o objeto e o interpretante. (PIERCE, Charles S. *Semiótica*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003. 3.ed. p. 46.). Já FERDINAND DE SAUSSURE conceitua o signo como a união de um conceito com uma imagem acústica. Portanto, é a impressão psíquica que nos dá uma imagem sensorial da coisa representada. (SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Editora Cultrix. 3.ed. p.80).

²⁰ CARVALHO. *op. cit.* p. 33.

²¹ CARVALHO. *op. cit.* p. 33.

²² CARVALHO. *op. cit.* p. 34.

A compreensão da relação entre sujeito cognoscente, objeto do mundo circundante, ato de percepção e linguagem, é fundamental para a compreensão do processo de conhecimento. Sobre a síntese do conhecimento, destaque as anotações de VILANOVA sobre a “Teoria de Husserl”:

Com base em atos de percepção de objetos, começa o conhecimento. Sobre eles erguem-se as ciências, que delimitam, classificam grupos ou conjuntos de objetos. Vai nisso um recorte fenomenológico. É a delimitação de regiões, que se fazem temáticas – nas ciências empíricas são pressupostos não-temáticos – na reflexão. Partindo das coisas mesmas, em sua concreta perceptiva, em suas delimitações específicas e genéricas, reduzimos o plexo de suas propriedades a um núcleo invariante. Em torno desse nódulo, descrevem as propriedades não-essenciais suas possibilidades empíricas. O plexo essencial é o fundamento de toda concreção factica. Sobre as ciências, que recordam a multiplicidade do existente, constroem-se regiões materiais da objetividade. É um nível maior, que não atinge o ser físico, o ser biológico, o ser psíquico, mas o objeto real, a categoria material subordinante da categoria de objeto real, que pode ser físico, biológico ou psíquico. Além das essências que caracterizam o ser-físico, o ser-biológico, o ser-psíquico está a essência do objeto-valor, do objeto-lógico – das significações como tais – que constituem a região da idealidade.²³

Neste sentido, VILANOVA afirma que “*o conhecimento é fato complexo*”, pois é formado pela junção de elementos inseparáveis, mas discerníveis entre si: *i) o sujeito cognoscente; ii) os atos de percepção e julgar; iii) o objeto do conhecimento (eventos e coisas); iv) a proposição (linguagem).*²⁴ Somente há conhecimento quando o sujeito cognoscente enuncia a linguagem sobre seu objeto de estudo, antes percebido por atos sensoriais, pois não há conhecimento sem enunciação de linguagem.

O homem, como sujeito cultural, lança seus atos de percepção sensorial (visão, audição, olfato, tato e paladar) sobre o objeto de estudo que tomou consciência e, para perpetuar a comunicação, representa o objeto pelos signos do sistema da linguagem. Conforme ALAÔR CAFFÉ ALVES, “*o pensamento não se identifica com a linguagem, não é idêntico a ela, mas também não é possível a sua existência em expressões simbólicas sem a formulação pertinente da linguagem*”²⁵; a linguagem é o sistema que permite a interação entre os

²³ VILANOVA. Teoria das formas sintáticas: anotações á margem da teoria de Husserl. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003. p. 107.

²⁴ VILANOVA. Lourival. As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. São Paulo: Noeses, 2005. p. 39.

²⁵ ALVES, Alaôr Caffé. Lógica: pensamento formal e argumentação. 3. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p.26

homens, portanto, não é podido confundir as coisas e os eventos no mundo extensional com as coisas e os eventos no mundo cultural.²⁶

Sobre o conhecimento ser expresso em linguagem, vale transcrever GUIBOURG, GHIGLLANI e GUARINONI:

Suponhamos que queremos averiguar algo acerca das baleias, e recorremos a um tratado de zoologia. Seguramente não esperamos, ao abrir o livro, que saia dele uma baleia real dando cambalhotas entre esguichos de água. Sentiremo-nos menos surpreendidos (e muito mais tranquilos) se acharmos nas páginas consultadas um conjunto de enunciados, expressados em linguagem que conhecemos, que descrevem as baleias, sua habitação, sua classificação geral dos animais, suas características e costumes. A zoologia não contém animais: contém enunciados sobre animais. [tradução nossa]²⁷

Denotam-se três inferências sobre a relação entre objeto e linguagem no processo de conhecimento: *i*) o objeto de estudo existe por si no mundo circundante ou no mundo cultural, entretanto, somente existe para o homem quando sua percepção do objeto é vertida em linguagem; *ii*) o objeto constituído em linguagem não se confunde com o objeto dado pelo mundo extensional ou pelo mundo cultural; *iii*) a linguagem é a manifestação e limite do conhecimento do homem (sujeito cognoscente).

Tais inferências aplicam-se a todas as relações objeto-linguagem, inclusive àquelas relações nas quais o objeto de estudo é também um corpo linguístico. É neste sentido que continua a profissão científica de GUIBOURG, GHIGLLANI e GUARINONI ²⁸:

²⁶ Conforme VILANOVA: “Qualquer linguagem tem um núcleo necessário, tem o mínimo de um linguagem qualquer: sua essência. É um sistema de sinais expressivos, com sua forma anterior de construção, destinado a fixar significações numa comunidade intersubjetiva. Qualquer linguagem há de ser portadora de significados e ser um meio de comunicação: universo-do-discurso inteligível e universo-da-comunicação são-lhes inerentes.” (VILANOVA. Teoria das formas sintáticas: anotações á margem da teoria de Husserl. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003. p. 94.)

²⁷ No original: “Supongamos que queremos averiguar algo acerca de las ballenas, y recurrimos a un tratado de zoología. Seguramente no esperamos, al abrir el libro, que salga de él una ballena real dando coletazos entre chorros de agua. Nos sentiremos menos sorprendidos (y mucho más tranquilos) si hallamos em las paginas consultadas un conjunto de enunciados, expressados em un lenguaje que conocemos, que describen la ballena, su ubicación en la clasificación geral de los animales, sus características y sus costumbres. La zoología, pues, no contiene animales: contine enunciados sobre animales.” (GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLLANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Editora Universitaria de Buenos Aires, 1985. p.26.)

²⁸ No original: “Claro está que distinguir entre una ballena y el enunciado que la describe es tarea que no requiere un esfuerzo mental agotador. Pero las cosas se ponen más difíciles cuando no se trata ya de un zoólogo (que describe en su lenguaje acerca de los animales), sino de un lingüista (que describe en su lenguaje sobre un lenguaje). Y más aún si tal lingüista es, por ejemplo, un gramático de su propia lengua, que describe en castellano acerca del castellano o em inglés acerca del inglés. Aquí los enunciados de los que se habla y los enunciados con los que se habla pueden incluso conterner las mismas palabras, y así nuestro equivalente lingüístico de la ballena ya no puede reconocerse tan fácilmente por el modo em que salpica. Conviene, sin

Claro está que a distinção entre uma baleia e o enunciado que descreve a baleia é tarefa que não requer maiores esforços mentais. Entretanto, as coisas se põem mais difíceis quando não se trata de um zoólogo (que descreve em sua linguagem sobre os animais), mas de um linguista (que descreve em sua linguagem sobre a linguagem). E mais ainda se tal lingüista é, por exemplo, um gramático de sua própria língua, que escreve em castelhano sobre o castelhano, ou em inglês sobre o inglês. Aqui os enunciados de que se fala e os enunciados com que se fala podem inclusive conter as mesmas palavras, e assim nosso equivalente lingüístico da baleia já não pode reconhecer tão facilmente o modo que se manifesta. Convém, sem embargos, seguir distinguindo o objeto de sua descrição: quando tanto um quanto o outro consistirem em expressões lingüísticas, decidimos que estamos frente a dois níveis de linguagem. Quando uma investigação se realiza acerca de uma linguagem, chamamos a está linguagem-objeto da investigação, e a linguagem pela qual se manifesta os resultados da investigação se chama de metalinguagem. [tradução nossa].

Neste contexto, não se tangenciam os enunciados da obra literária de Fernando Pessoa com os enunciados da crítica literária à obra de Fernando Pessoa. Pelo mesmo motivo não se confundem, também, os enunciados prescritivos do sistema do direito positivo com os enunciados descritivos da Ciência do Direito positivo. A crítica literária à obra de Fernando Pessoa e os enunciados descritivos da Ciência do Direito positivo são *metalinguagem* em relação à linguagem dos enunciados da obra literária de Fernando Pessoa e dos enunciados prescritivos do direito positivo.

Trata-se de enunciados em diferentes níveis de linguagem: a obra literária de Fernando Pessoa e os enunciados prescritivos do direito positivo são '*linguagem-objeto*'; enquanto a crítica literária à obra de Fernando Pessoa e os enunciados descritivos da ciência do direito '*linguagem-descritiva*'.

A percepção desta distinção é indispensável ao intento deste trabalho, uma vez que o signo '*jurisprudência*' poder ser usado em diferentes níveis de linguagem, tais como a jurisprudência na acepção de convencimento do julgador ou como a jurisprudência fundamento de validade para uma decisão judicial.

embargo, seguir distinguindo entre el objeto y su descripción: cuando tanto el uno como la otra consisten em expresiones lingüísticas, decimos que estamos frente a dos niveles de lenguaje. Cuano una investigación se realiza acerca de un lenguaje, llamamos a éste lenguaje objeto de la investigación, y el lenguaje em cual los resultados de la investigación se formula se llama metalenguaje.”

Portanto, não havendo que se falar em conhecimento, afora a enunciação de linguagem pelo sujeito cognoscente sobre o objeto de estudo, passa-se a analisar o que o convencionou a chamar de “análise do discurso”.

2.4 CONHECIMENTO, ENUNCIÇÃO, ENUNCIADO E SENTIDO

Conforme tudo que, até aqui, foi posto, o homem constrói sua realidade pela emissão de enunciados de linguagem sobre as coisas e os eventos do mundo circundante: embora o seu corpo habite um mundo físico, biológico e psíquico, o espírito humano habita um mundo cultural. Enunciação é o ato de emitir enunciados. É a atividade psicofísica de emitir os enunciados construídos conforme as regras gramaticais da língua vigente em determinado território e tempo cultural²⁹.

Para MOUSSALLEM, a enunciação é a execução de atos que colocam a língua em funcionamento. É o ato de produção de enunciados pela apropriação da língua e este o ato de enunciação instaura os elementos funcionais da comunicação (pessoa, tempo e espaço do discurso).³⁰ Logo, o enunciado é o produto do processo de enunciação e esta é a atividade criadora (processo) na qual o resultado é o enunciado (produto).

O enunciado *“apresenta-se como um conjunto de fonemas ou de grafema que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação”*.³¹ Deste modo, conforme advertido por MOUSSALLEM, *“o vocábulo ‘enunciado’ corresponde, na trilogia componentes dos signos, ao suporte físico, ou seja, é a expressão material de um signo”*.³²

Outra advertência sobre a relação entre enunciação e enunciado, também apontada por MOUSSALLEM, é que a enunciação, em si mesma, é incognoscível. Trate-se de um evento psicofísico realizado pelos homens, que se esvai no tempo e no espaço. Entretanto, a

²⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42.

³⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 22-23.

³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42.

³² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 59.

enunciação projeta no enunciado os elementos funcionais da comunicação (pessoa, tempo e espaço do discurso).³³

Assim, o homem, ao emitir enunciados, projeta nesses as características do contexto da enunciação. Sobre o que foi enunciado (resultado do processo de enunciação), é possível distinguir duas espécies de enunciados: *i*) os enunciados-enunciados e *ii*) a enunciação-enunciada.³⁴

O enunciado-enunciado (*i*) é a espécie de enunciado que de fato se almejou enunciar, portanto, são os trechos da totalidade enunciada que não contêm as marcas da enunciação. Já a enunciação-enunciada (*ii*) contém os indícios do fato enunciativo que nos remetem à instância da enunciação.

Para exemplificar, sabe-se que a obra literária “Livro do Desassossego” foi enunciada pelo escritor português Fernando Pessoa, embora o narrador principal identifique-se como Bernardo Soares, pois Pessoa assinou o texto em nome próprio. Logo, a assinatura do livro pelo autor Fernando Pessoa é a enunciação-enunciada, que possibilita ao leitor, mesmo não presente no momento da enunciação, a reconstrução do ato de enunciação. E os aforismos constantes da obra “Livro do Desassossego” são os enunciados-enunciados, ou seja, a mensagem que o autor Fernando Pessoa quis transmitir.

O mesmo ocorre para com os textos do direito positivo (texto da constituição, texto das leis, textos das sentenças, texto dos autos de infração etc.), uma vez que, na totalidade enunciada constam enunciados de enunciação-enunciada (número da lei, ementa, autoridade que a promulgou, data, local etc.), é possível reconstruir o fato da enunciação, e, portanto, averiguar o contexto da enunciação.

É possível, por meio dos enunciados de enunciação-enunciada dos textos de direito positivo (produto), investigar a enunciação (processo de criação) e, por conseguinte, atestar a validade dos atos jurídicos praticados conforme as normas que fundamentam a sua validade. Voltar-se-

³³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 61.

³⁴ Sobre a teoria da enunciação e dos fatos enunciativos adotaremos a perspectiva lançada pelo Professor Doutor Tárek Moysés Moussallem pela sua extrema valia e avanço no estudo da teoria das fontes do direito, mormente, sob o prisma que será adotado no presente trabalho. Essas teorias são precisamente descritas nos textos das obras FONTES DO DIREITO TRIBUTÁRIO e REVOGAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA diversas vezes citadas e referenciados no presente trabalho.

á especificamente neste assunto quando houver de tratar acerca do esquema de validade na Teoria das Fontes do Direito, sob o sistema de referência do Professor-doutor Tárek Moysés Moussalem³⁵.

Importa, a esta altura do trabalho, apontar a dicotomia existente entre o processo de enunciação e o produto enunciado, bem como que o processo de enunciação pode ser reconstruído pelas marcas da enunciação-enunciada deixadas pelo agente na totalidade da enunciação.

Outro ponto a ser devassado é a construção do sentido, ou por melhor dizer, a proposição. A proposição refere-se à significação que o suporte físico cria na mente dos homens. Logo, ao deparar-se com o suporte físico do signo (enunciado), os homens criam mentalmente a significação (proposição) daquilo que a unidade de linguagem quer representar.

Não é demais afirmar que a construção do sentido dá-se no plano da significação. Se o enunciado está para o suporte físico, a proposição está para a significação. Do processo de construção do sentido, partindo do enunciado (suporte físico) até a formulação da proposição (significação), será discorrido sobre tal assunto mais adiante, quando tratar-se da construção do sentido deôntico dos textos de direito positivo (processo de construção da norma jurídica).

É válido, nesta parte do texto, discorrer sobre a relação entre a forma do enunciado e o sentido comunicativo, que se pretende com a emissão dos enunciados, verdadeiramente, trata-se daquilo que se convencionou chamar funções de linguagem.

Especificamente sobre as funções da linguagem, destaque-se a lição de CARVALHO³⁶:

Polarizemos nossas atenções nos sistemas idiomáticos, corpos de linguagem dotados de amplos recursos para o desenvolvimento do processo de comunicação inter-humana, e deixemos de lado, propositalmente, todos os demais códigos, por expressivos ou sugestivos que possam ser. Verificaremos, desde logo, que a interação ocorre num contexto extremamente complexo, pois há múltiplas possibilidades de utilização das palavras, individualmente consideradas, assim como numerosos são os usos das construções frásicas que a gramática de cada língua

³⁵ “O cientista do direito, impossibilitado de estudar o ato de enunciação normativa (produção), buscará identificar seus traços (processo legislativo, judicial, executivo ou até mesmo particular) no ato produzido (lei em sentido amplo, sentenças, lançamentos tributários, contratos, etc.).” MOUSSALLEM. Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2006. p.62.

³⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008. 2.ed. p.37.

permite compor, sem que as regras sintáticas venham a ter caráter decisivo para o esclarecimento da específica função em que a linguagem está sendo empregada. A correspondência entre a forma e função não acontece como relação necessária, de tal sorte que as estruturas gramaticais oferecem apenas precários indícios a respeito da função, como acentua Irving M. Copi. Isso compele o intérprete a sair da significação de base (que toda palavra tem) em busca da amplitude do discurso, onde encontrará a significação contextual, determinada por uma série de fatores, entre eles e, principalmente, pelos propósitos do emissor da mensagem. Ora, se os objetivos daquele que expede o comunicado são tão importantes, é de convir que a decodificação da mensagem se dá, em grande parte, no plano pragmático da linguagem.

Calha por oportuno fazer uma observação: a linguagem pode ser investigada por três planos distintos: *i) o sintático*, que são estudadas as relações dos signos entre si; *ii) o semântico*, no qual são averiguadas as vinculações dos suportes físicos dos signos para com as coisas e os eventos que ele quer representar; *iii) e o pragmático*, em que é examinada a relação dos signos para com os utentes da linguagem (emissor e destinatário).

Assim, o contexto comunicativo, bem como as condições especiais do emissor e do destinatário, é fundamental à obtenção do sentido do enunciado. E, portanto, a formação do sentido dá-se em grande parte no plano pragmático, uma vez que, dependendo das circunstâncias de pessoas, tempo e espaço, o sentido do enunciado pode vacilar quanto à função comunicativa.

Ninguém confunde a opinião legal de um jurista, como o parecer de um promotor de justiça ou de um advogado, com uma sentença judicial transitada em julgada sobre o mesmo assunto. Ora, são enunciados-enunciados por agentes, momentos e espaços distintos, entretanto, a partir das marcas da enunciação-enunciada, é possível reconstruir o contexto comunicativo, e, desta maneira, afirmar que tem funções linguísticas distintas.

CARVALHO identifica as seguintes funções linguísticas: *i) descritiva*, que tem a “*finalidade de informar o receptor acerca de situações objetivas ou subjetivas que ocorrem no mundo existencial*”; *ii) expressiva* de situações subjetivas, que “*o emissor exprime seus sentimentos, quer pelo uso de interjeições [...], de palavras interjeicionais [...] ou de expressões interjeicionais*”; *iii) prescritiva* que tem por sentido a “*expedição de ordens, de comandos, de prescrições dirigidas aos comportamentos das pessoas*”; *iv) interrogativa*, na qual “*o ser humano diante de objetos ou situações que desconhece, ou ainda quando pretende obter alguma ação de seus semelhantes*”; *v) performativa*, “*é o discurso em que os modos de significar são usados para concretizar alguma ação*”; *vi) fática*, “*alude-se, com tal*

expressão, à linguagem introdutória da comunicação, bem como todos os recursos lingüísticos empregados para manter o contato comunicacional já estabelecido”; vii) persuasiva. *“é aquela animada pelo intento imediato de convencer, persuadir, induzir, instigar.”;* viii) afásica, *“consiste num conjunto de enunciados que alguém dirige contra mensagem de outrem, visando obscurecê-la, confundi-la perante o entendimento de terceiros ou a dificultar sua aceitação”;* ix) fabuladora, é o uso pragmático da linguagem *“que não faz a proposição depender de conceitos de verdade e falsidade, exigindo apenas que tenha significado”;* e, por fim, x) metalinguística, *“focaliza o código, ou seja, o próprio discurso que se situa”*.³⁷

Voltando-se ao exemplo acima proposto, a opinião legal de um promotor de justiça ou de um advogado tem como propósito a função descritiva (metalinguagem), pois descreve o sistema de linguagem do direito positivo (linguagem-objeto). Ao passo que a sentença judicial transitada em julgado sobre o mesmo assunto está no interior do próprio sistema do direito positivo, tem, portanto, a função prescritiva de condutas humanas.

Nenhuma pessoa ousaria deixar de apagar tributo se houvesse uma sentença judicial transitada em julgado determinando o seu pagamento, mesmo que depois obtivesse um parecer jurídico de um advogado, informando uma ‘inconstitucionalidade’ no pagamento da referida exação.

Neste universo de funções linguísticas, para o presente trabalho, importam as funções descritiva, prescritiva e, em especial, a performativa, que serão esmiuçadas nos próximos tópicos deste capítulo.

2.5 FAZER COISAS COM AS PALAVRAS: A FUNÇÃO PERFORMATIVA E A TEORIA DOS ATOS DE FALA

A constatação de que o contexto comunicativo interfere na função linguística dos enunciados é produto da intervenção científica da escola de semiótica de Oxford especificamente por JOHN LANGSHAW AUSTIN. Segundo ele, *“a análise dos significados e daquilo que*

³⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008. 2.ed. p.39-53

*diríamos [entenda por proposição] não é uma análise apenas das expressões e das palavras, mas de todo o contexto situacional”.*³⁸

Este filósofo da linguagem buscou demonstrar em seus estudos, com afirmação da análise pragmática da linguagem, que as palavras não servem somente como estruturas representativas do mundo circundante (função descritiva). Conforme a síntese do pensamento, realizada por SIMON³⁹:

[...] reduzir a função de linguagem ao seu aspecto informativo constitui uma falácia; uma teoria da linguagem deve dar conta de suas outras funções. A linguagem, que tem como função a comunicação, é meio de interação. Assim, ações são realizadas por meio da fala. Austin propõe-se exatamente estudar em que medida realiza-se ações com palavras (em que medida dizer é fazer).

Em verdade, AUSTIN afirmara que, em alguns casos, falar é agir, então, pela análise do plano pragmático da linguagem, desloca-se a análise para as ações que são realizadas ao se dizer algo e instaura-se aquilo que é denominado a “teoria dos atos de fala”. E refletindo conforme SEARLE⁴⁰:

Para produzir intencionalmente mudanças no mundo por meio de nossas ações, normalmente nossos movimentos corporais têm de encetar uma cadeia comum de causação física. Se, por exemplo, estou tentando martelar um prego numa tábua ou ligar o carro, meus movimentos corporais – descer o braço enquanto seguro o martelo, girar o pulso enquanto seguro a chave na ignição- causarão certos efeitos desejados.

Mas uma importante classe de ações nas quais a intenção, o movimento corporal e o efeito desejado não estão realizados dessa maneira pela causação física. Ao dizer “a reunião está adiada”, “Declaro-os marido e mulher”, “Declaro a guerra” ou “Você está despedido”, a pessoa conseguirá mudar o mundo conforme o que está especificado nessas enunciações pela mera realização dos atos de fala que lhe são pertinentes.

Por exemplo, ao realizar o ato de fixar um prego em uma tábua, ligar o carro ou fritar um ovo, o homem modifica o mundo circundante com suas ações físicas. Após a ação de gema física, o homem cria um buraco antes inexistente na madeira, coloca em movimento o carro antes inerte e a casca do ovo estará definitivamente quebrada. No entanto, ao realizar ações pelos atos de fala, tais como casar, declarar guerra ou adiar a reunião, o homem cria ou modifica a

³⁸ SIMON, Henrique Smitd. *Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisionismo em Kelsen e Hart*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006. p. 66.

³⁹ SIMON, Henrique Smitd. *Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisionismo em Kelsen e Hart*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006. p. 71.

⁴⁰ SEARLE, John R. *Como funcionam os performativos*. In: _____. *Consciência e Linguagem*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 276-277.

realidade dos fatos institucionais do mundo cultural. Ao realizar a causação em dizer (enunciar) que aceita determinada mulher em casamento, o homem se compromete com sua esposa perante toda a sociedade. Logo, o homem modifica a realidade cultural pela criação ou modificação dos fatos institucionais.

Neste contexto, os enunciados performativos (função linguística predominantemente performativa) são aqueles que, ao serem enunciados, têm a qualidade de instaurar ou modificar a realidade cultural do homem através de fatos institucionais. Ora, ao adiar a reunião, declarar a guerra, legislar, celebrar um acordo, casar ou aceitar uma aposta, a mera enunciação de palavras confere uma causação no mundo cultural que acaba por modificar a realidade instaurada pela linguagem.

Assim, ao assumir essa capacidade de realizar ações pela linguagem, é importante destacar a diferenciação entre a *função descritiva* e *função performativa* da linguagem, uma vez que os enunciados proferidos naquela função linguística somente têm a característica de descrever o mundo circundante; ao passo que os enunciados proferidos na última, tem a característica de modificar a realidade cultural pela criação e modificação dos fatos institucionais.

Destarte, os enunciados descritivos têm por função descrever as coisas e os eventos do mundo circundante, ao passo que os enunciados performativos são empregados para realizar ações (no mundo cultural). Provendo de MOUSSALLEM⁴¹, as condições de verificação dos enunciados performativos diferem das condições de verificação dos enunciados descritivos:

Os enunciados declarativos, Por possuírem função descritiva, submetem-se ao código verdadeiro/falso, de acordo com os critérios de verdade/falsidade adotados (correspondência, autoridade, consenso etc.). Ao afirmar “Hoje faz frio”, o actante diz uma verdade ou falsidade, para permanecer apenas com os valores aléticos bivalentes não-modais.

[...]

Os performativos, pelo contrário, não se subjugam ao critério verdadeiro/falso. Por serem enunciados empregados para realizar ações, podem ser qualificados, de acordo com John Austin, em felizes (happy) e infelizes (unhappy), levando-se em conta o fato de o falante preencher (ou não) certas condições requeridas para a emissão do ato de fala.

⁴¹ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 12-13.

Logo, os enunciados performativos são julgados sob os critérios de “*felicidade*”, ou seja, conforme o preenchimento de determinadas condições pragmáticas para a sua realização pelo sujeito que realiza o ato de fala performativo.

SEARLE⁴², ao comentar a teoria dos atos de fala performativos de AUSTIN, afirma que “*certos tipos de atos de fala pressupõem regras constitutivas; outros tipos, não*”. Para o autor, os atos de fala como o de declarar a união matrimonial, declarar guerra, adiar uma reunião etc., pressupõem regras constitutivas deste. Entretanto, os atos de falas “mais simples” independem de regras constitutivas, tais como saudações (“*Bom-dia, minha mãe.*”), descrições do estado das coisas (“*Chove lá fora*”) e, até mesmo, pedidos elementares (“*Garçom, por favor, empreste-me sua caneta.*”).

Destaque-se o exemplo do próprio SEARLE⁴³:

Se faço um pedido elementar a alguém, preciso representar o estado de coisas que desejo que se produza; preciso ainda comunicar ao ouvinte a representação desse estado de coisas; e preciso, por fim, comunicar que meu ato de fala será satisfeito somente se o ouvinte produzir aquele estado de coisas em razão do fato de eu ter executado o ato de fala. Mas não preciso fazer referência a nenhuma noção institucional, como as de compromisso ou obrigação.

Ocorre que, na maioria dos atos de fala, os homens devem celebrá-los sob a óptica das regras constitutivas. Ora, os atos de fala serão condicionados às regras constitutivas quando o conteúdo da intenção comunicada fizer referência “*a algo que pressuponha a existência de regras constitutivas*”, como, por exemplo, as regras do direito positivo.

O ato de fala que tem por sentido ‘*ordenar*’ a alguém a fazer algo pressupõe uma relação entre estes sujeitos, na qual um detém poder e o outro, em contraposição à situação de poder, deve obediência, portanto, pressupõe-se a existência dessas regras constitutivas.

Destaque-se, também, que ninguém suspeita de que o noivo realmente queira contrair matrimônio quando profere “*eu aceito*”, perante as autoridades civis; não se discordaria

⁴² SEARLE, John R. A intencionalidade individual e os fenômenos sóciais na teoria dos atos de fala. *In: ____*. Consciência e linguagem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 248.

⁴³ SEARLE, John R. A intencionalidade individual e os fenômenos sóciais na teoria dos atos de fala. *In: ____*. Consciência e linguagem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 249.

também que a guerra é iminente quando declarada pelo autoridade de Estado Maior ou que a reunião está de fato adiada quando a enunciação parte da Presidente da República.

Nos casos supracitados, o sujeito que enuncia os enunciados performativos deve fazer referência à intenção de criar ou modificar a realidade cultural com base nesta instituição cultural específica, e, portanto, fazem referências aos seus estados especiais nessas instituições culturais.

O noivo faz referência ao seu estado jurídico de solteiro e acorda perante a autoridade civil que, a partir daquele momento, está juridicamente casado e comprometido somente com aquela mulher; a autoridade de Estado Maior faz referência ao cargo que ocupa para assumir o compromisso da guerra contra o Estado rival; e igualmente, a Presidente da República faz referência à cadeira máxima que assenta para adiar a reunião perante todos os demais convocados.

Então, são as condições de felicidade dos enunciados performativos na teoria de SEARLE⁴⁴:

- (1) Uma instituição extralinguística;
- (2) Uma posição especial do falante e, às vezes, do ouvinte dentro da instituição;
- (3) Uma convenção especial de que certas frases literais de linguagens naturais sejam consideradas realizações de certas declarações dentro da instituição;
- (4) A intenção do falante, na enunciação dessas frases. De que ela crie um fato correspondente ao conteúdo proposicional.

Segundo SEARLE⁴⁵, a instituição extralinguística (1) é justamente o fato institucional que se quer causar no mundo cultural. É aquilo que se pretende a modificar na realidade pelo ato de fala performativo⁴⁶.

⁴⁴ SEARLE, John R. Como funcionam os performativos. *In*: _____. *Consciência e Linguagem*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 276-277.

⁴⁵ SEARLE, John R. Como funcionam os performativos. *In*: _____. *Consciência e Linguagem*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 279.

⁴⁶ “[...] uma declaração é um ato de fala cujo objetivo consiste em criar um fato novo correspondente a um conteúdo proposicional. Às vezes, os fatos novos são atos de fala por si só, como promessas, enunciados, ordens. A estes chamo de declarações lingüísticas. Outras vezes, os fatos novos não são atos de fala adicionais, e sim guerras, casamentos, adiamento, luz, transferências de propriedades e assim por diante. A estes chamo de declarações extralingüísticas.” (SEARLE, John R. Como funcionam os performativos. *In*: _____. *Consciência e Linguagem*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 279.)

Destaque-se que ao falar (enunciar) o sujeito-emissor pronuncia somente um enunciado, entretanto, este ato de fala pode ser decomposto em três espectros distintos: i) o ato locucionário, “*que consiste no próprio falar*”; ii) ato ilocucionário que “*consiste naquilo que se faz ao falar alguma coisa*”; iii) ato perlocucionário, que “*é o efeito provocado no destinatário pelo fato de dizer alguma coisa*”⁴⁷.

A denominada instituição extralinguística que SEARLE refere-se é, justamente, o ato ilocucionário: a instituição extralinguística é aquilo que se faz ao dizer alguma coisa, ou seja, é a causação cultural que se pretende ao enunciar o ato de fala locucionário. Por exemplo, ordenar, legislar, julgar, contratar, adiar, marcar, aceitar etc.

A posição especial do falante, e, às vezes, do ouvinte dentro da instituição (2), está relacionada com a competência das pessoas dentro do discurso para proferir os atos, e, até mesmo, para ouvi-los. Somente o noivo pode pronunciar a expressão “*eu aceito*”, e, da mesma forma, somente a autoridade civil do território em que se celebra o casamento pode constituí-lo casado, proferindo as palavras “*declaro-os marido e mulher*”.

Já a convenção especial é de que certas frases literais de linguagens naturais sejam consideradas realizações de certas declarações dentro da instituição (3) representa o procedimento a ser seguido pelas pessoas do discurso para que o ato de fala seja reputado realizado.

O noivo deve proferir as palavras “*eu aceito*” dentro do procedimento correto, aguardando a manifestação da noiva concedendo também seu aceitamento e o ato final da autoridade em falar “*declaro-os marido e mulher*”. Sem a realização completa do procedimento, o ato não está perfeitamente acabado, e, portanto não houve a celebração do casamento.

E por fim, a realização do ato de enunciação (4) é próprio ato locucionário de falar; é o ato de apropriação da língua para colocar novos enunciados no mundo cultural com o sentido modificar a realidade cultural.

⁴⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 16.

Ora, mesmo havendo a competência abstrata para a realização do ato, a realização em concreto do ato requer um ato de vontade da autoridade competente para realizá-lo. Não há dúvidas, por exemplo, de que somente com a manifestação de vontade em realizar o ato locucionário (enunciação) o legislador legisla, o juiz julga, o administrador executa e os particulares contratam.

A percepção desta teoria é fundamental para a compreensão da teoria das fontes do direito e para a determinação dos atos de fala deônticos que serão esmiuçados nos capítulos seguintes. Aqui, importa precisar que os atos de fala, se usados na função performativas, podem realizar causação cultural nos interlocutores, e, portanto, modificar a realidade cultural dos homens.

Adiante, tais constatações serão fundamentais uma vez que, ao proferir uma sentença (ato jurídico), em verdade, a autoridade julgadora está para utilizar a função performativa da linguagem. Logo, saber a teoria dos atos de fala é, na verdade, saber como realizam-se os atos criadores do direito em seus aspectos locucionário e ilocucionário, e, em última análise: é saber como produzem-se as normas jurídicas.

2.6 CONHECIMENTO DO DIREITO: O DIREITO POSITIVO COMO OBJETO DE ESTUDOS DO CIENTISTA DO DIREITO

Quanto às premissas sobre cultura, linguagem e conhecimento, cumpre-se destacar o objeto do nosso estudo: o cientista do direito, enquanto sujeito cognoscente, tem como objeto de estudo o direito positivo. Portanto, tem como objetivo lançar linguagem descritiva (linguagem-ciência) sobre a linguagem prescritiva do direito positivo (linguagem-objeto).

O objeto do estudo da Ciência do Direito é o direito positivo, e, por ser o direito positivo forma de manifestação cultural, *“está vertido numa linguagem, que é seu modo de expressão”*⁴⁸.

⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

No mesmo sentido, MOUSSALLEM⁴⁹ assinala que “*a existência do direito positivo é resultado da intervenção do homem junto ao mundo circundante, é um objeto cultural e, por assim ser, traz consigo todas as características inerentes aos objetos culturais*”.

Ocorre que o objeto de estudo, neste caso, o direito positivo, pode ser estudado sobre várias órbitas de conhecimentos. Ao analisar os enunciados prescritivos e as normas jurídicas construídas a partir deles, o sujeito cognoscente pode eleger os mais variados métodos de aproximação de seu objeto de estudo (v.g. histórico, sociológico, psicológico, ético, filosófico, político etc.).

Entretanto, é atividade do cientista do direito apenas descrever os enunciados prescritivos e as normas jurídicas construídas a partir deles. As outras atividades de descrição pertencem aos outros ramos do conhecimento jurídico, como por exemplo, a história do direito, a sociologia do direito, a psicologia do direito, deontologia jurídica, filosofia do direito etc.

Neste mesmo sentido, enuncia KELSEN⁵⁰:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objetos de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto << juridicamente >>, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.

Verifica-se, no conhecimento do direito, a existência de corpos de linguagens que tratam de objetos distintos: *i*) a linguagem do direito positivo, que tem por sentido prescrever conduta humana (linguagem-objeto) e; *ii*) a metalinguagem da Ciência do Direito, que tem por sentido descrever este feixe de linguagem que prescreve a conduta humana (linguagem-ciência).

Destaque-se a profissão de VILANOVA:

⁴⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 51.

⁵⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. Coimbra: Editora Arménio Amando, 1984. P. 109.

[...] a experiência jurídica apresenta uma multiplicidade quantitativamente heterogênea de regras de comportamento. Procedem de fontes várias, têm conteúdos os mais diversificados, espécies e graus diferentes – costumes, leis, regulamentos, estatutos etc. -, vertidos oralmente ou por escritos, sem uniformidade morfológico-gramatical, e tudo nem sempre aglutinado consistentemente, mas atropelando-se em conflitos contraditórios, sem ainda convergirem para um ponto-origem e adquirirem a forma-de-sistema. O conhecimento científico sobrevém e põe ordem (conceptual) nessa “multiplicidade heterogênea”, delinea conceitos e afasta o jurídico do não-jurídico, demarca o universo de normas, retendo as características definientes da norma que são jurídicas.

O cientista, porém, não faz o direito: fala sobre ele, menciona-o, toma-o em sua patente existência, pondo aspas nas normas jurídicas para, em seu discurso de cientista, emitir enunciados sobre o direito. Mas como o direito é, ele próprio, discurso ou linguagem, a ciência, que também se compõe de linguagem, sobrepõe-se na posição de uma linguagem sobre outra linguagem. A unidade sintática dessa metalinguagem científica é, justamente, a proposição jurídica. Por isso que é metalinguagem, não poderemos colocar a proposição jurídica ao lado da norma jurídica. Aquela está fora do sistema do direito positivo, pois seu sítio apropriado é o do sistema da ciência do direito.⁵¹

Saber os níveis de linguagem no conhecimento do direito é de suma-importância no trato deste trabalho, uma vez que, como posto adiante, o direito positivo (linguagem-objeto) é um sistema fechado autopoietico, que estabelece regras específicas para a realização do ato enunciação da sua linguagem, logo, obedece às regras específicas de felicidade para a enunciação do ato de fala criador de enunciados prescritivos do direito positivo.

Neste contexto, a linguagem do direito positivo (linguagem-objeto) não é tangenciável pela linguagem da ciência do direito (linguagem-ciência). E, identificar tal especificidade, é importantíssimo no trato da “teoria das fontes do direito”, bem como, na determinação da validade das normas jurídicas.

Assim, passa-se a distinguir as características elementares desses dois níveis de linguagem, tomando como referência a sua função de linguística (análise pragmática), com o fito de delinear o sentido destas linguagens e as estruturas sintáticas de suas proposições mínimas (proposição jurídica e norma jurídica).

Destaque-se o ensino de VILANOVA:

[...] Tem-se o fato de que, quer uma proposição descritiva, quer uma proposição prescritiva, podem ser usadas para influenciar no comportamento. Tanto posso usar uma simples constatação descritiva (“há um incêndio neste edifício”) para motivar

⁵¹ VILANOVA, Lourival. Níveis de linguagem em Kelsen. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003. p. 208.

condutas, como posso servir-me de enunciado de dever-ser para o mesmo propósito. Entretanto, motivo condutas com enunciados descritivos, com enunciados imperativos, com enunciados normativos e com enunciados de valor. A socorrer daquele argumento redutor, inexistiriam diferenças sintáticas e semânticas nos mencionados enunciados. A redução pragmática prova demais. De certo, podemos usar qualquer enunciado normativo seja para influenciar a conduta de outrem, seja para informar descritivamente a existência objetiva do enunciado.

[...]

De onde se conclui que o uso é relação pragmática de um enunciado qualquer com o usuário (com o emiteente ou o receptor). O uso é externo ao enunciado. É relação pragmática intersubjetiva, não relação sintática na estrutura do enunciado, nem relação semântica de referência denotativa com situações que deonticamente se qualificam.⁵²

Logo, análise pragmática poderá situar a função de linguagem em que os actantes estão a jogar. E, adiante, será feita a distinção da linguagem do direito positivo e da linguagem da ciência do direito em dois sistemas linguísticos com funções linguísticas distintas.

2.7 SISTEMA DO DIREITO POSITIVO E SISTEMA DA CIÊNCIA DO DIREITO

Segundo CARVALHO⁵³, “o sistema aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum”. E continua, “onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema”.

E para MOUSSALLEM⁵⁴, o sistema é uma palavra de classe, e, portanto, categoria lógica:

A classe é uma entidade linguística, produto da aglutinação de objetos (ou melhor, a linguagem de objetos) em determinado grupo em razão de reunirem tais ou quais condições (características definitórias).

Assim, classificamos os animais em mamíferos, répteis, etc. A palavra-de-classe “mamífero” não denota qualquer elemento na linguagem da realidade social. Todavia, as palavras “vaca”, “cachorro” e “homem” são palavras que se incluem na

⁵² VILANOVA, Lourival. Analítica do dever-ser. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003. p. 54.

⁵³ CARVALHO, Paulo de Barros. Fundamentos jurídicos da incidência tributária. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66-67.

⁵⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 45-46.

palavra-de-classe “mamífero”, justamente porque o homem lhes imputou um critério aglutinador: possuir glândula mamária.

[...]

O ato de classificar é uma operação lógica de subsunção que o homem realiza da seguinte forma: uma palavra ‘x’ pertence a uma determinada palavra de classe ‘y’ se aquela satisfizer os critérios de uso desta.

Assim, o que faz um elemento pertencer a um conjunto é a relação de pertinência, ou seja, enquadrar-se no critério de uso da palavra de classe.

Destarte, somente há que se falar em sistema por ato de classificação linguística realizado pelo homem, e, por conseguinte, todos os sistemas são linguísticos e produtos da intervenção do espírito humano no mundo circundante ou cultural. Não são diferentes os sistemas do direito: o direito positivo (direito-objeto) e a ciência do direito (direito-ciência) tratam de dois sistemas distintos, mas são ambos constituídos pela enunciação de linguagem. As unidades destes sistemas estão aglutinadas pela função linguística que se presta a desenvolver. O primeiro presta-se a dirigir a conduta humana (prescrever condutas humanas) e o segundo a descrever o primeiro (descrever o direito positivo).

Muita diferença existe entre a realidade do direito positivo e a da ciência do direito. São dois mundos que não se confundem, apresentando peculiaridades tais que nos levam a uma consideração própria e exclusiva. São dois corpos de linguagem, dois discursos linguísticos, cada qual portador de um tipo de organização lógica e de funções semânticas e pragmáticas diversas.⁵⁵

A linguagem do direito positivo tem função linguística distinta da metalinguagem da ciência do direito: a primeira tem por sentido prescrever a conduta humana, enquanto a segunda tem por sentido descrever o feixe de normas do direito positivo.

MOUSSALLEM⁵⁶ afirma que a função última do direito positivo dentro do sistema cultural é regulamentar a conduta humana, e, portanto, faz o uso dos atos de fala para valorar positiva ou negativamente a conduta humana justamente como a finalidade de torná-la lícita ou ilícita. De tal modo, as normas jurídicas para pertencerem ao sistema do direito positivo devem respeitar os critérios específicos de felicidade do ato de fala deôntico para a sua enunciação criadora. Neste conseqüente, as normas só pertencem ao sistema do direito positivo se o ato de fala respeitar as “*condições de validade*”.

⁵⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 01.

⁵⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 52-53.

Nesta senda, os elementos (normas jurídicas) do sistema do direito positivo (linguagem diretiva de condutas) devem ser verificados pelo juízo de *validade* ou *invalidade*, ao passo que tal critério determina a pertinência dos elementos com o sistema do direito positivo.

De outra banda, a ciência do direito tem por sentido descrever as normas jurídicas postas pelo sistema do direito positivo. De tal modo, os elementos (proposições jurídicas) do sistema da ciência do direito (linguagem descritiva do sistema do direito positivo) devem ser valorados pelo juízo de *verdade* ou *falsidade*. As proposições soerguidas pelo o cientista do direito devem ser confirmadas em referência às demais proposições contidas no sistema científico. A existência de contradições rompe com a unidade do sistema científico.

Neste mister, CARVALHO⁵⁷ corrobora nosso discurso:

[...] cada qual [*estrutura de linguagem*] corresponde uma lógica específica: ao direito positivo, a lógica deontica (lógica do dever-ser, lógica das normas); a Ciência do Direito, a lógica apofântica (lógica das ciências, lógica alética ou clássica). Em função disso, as valências compatíveis com a linguagem das normas jurídicas são diversas das aplicáveis às proposições científicas. Das primeiras, dizemos que são válidas ou não-válidas; quanto as enunciados da ciência, usamos os valores verdade e falsidade. As proposições que o jurista [*cientista do direito*] formula sobre o direito positivo podem ser verdadeiras ou falsas.

Diante desta verificação, é possível construir a fórmula sintática dos enunciados do sistema do direito positivo e do sistema da ciência do direito: o primeiro, de caráter prescritivo, manifesta-se sob a fórmula “se S, então *deve-ser* P”, enquanto o segundo, de caráter descritivo, manifesta-se sob a fórmula “S *é* P”.

Por apresentarem funções linguísticas distintas, e, logo, estruturas sintáticas distintas, é impossível um enunciado do sistema da ciência do direito (“S *é* P”) alterar enunciado do sistema do direito positivo (“se S, então *deve-ser* P”).

A distinção entre a estrutura sintática dos enunciados do direito positivo e da ciência do direito reside justamente no fato de terem sentidos linguísticos distintos, logo, não há que se falar em interferência entre estas linguagens.

⁵⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 02.

Tal constatação é de suma importância, uma vez que concede a cada sistema linguístico modo próprio de criação e modificação de seus enunciados. No sistema direito positivo, o ato de criação dá-se por ato de fala deôntico (respeitando as regras internas do sistema), ao passo que no sistema da ciência do direito o ato de fala descritivo somente deve respeitar a condição da não contradição. Noutro falar, os sistemas de linguagem do direito que possuem jogos linguísticos próprios.

Adiante, serão fixados os estudos às características do sistema do direito positivo: primeiro, estudar-se-ão seus elementos (as normas jurídicas) isoladamente e, depois, analisar-se-á o conjunto como uma unidade sistemática.

3 SISTEMA DO DIREITO POSITIVO

3.1 TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA: DA INTERPRETAÇÃO DOS ENUNCIADOS A CONSTRUÇÃO DO SENTIDO NORMATIVO

O direito positivo é um bem cultural, este é constituído por um corpo de linguagem enunciado pelo homem. Afirmou-se, também, que o direito positivo é um sistema linguístico que tem por sentido reger as condutas humanas. Logo, o sistema do direito positivo manifesta-se pela função linguística prescritiva. E mais: os elementos do sistema do direito positivo (normas jurídicas) manifestam-se na estrutura sintática hipotético-condicional de *dever-ser* (“se S, então *deve-ser* P”).

Entretanto, ao deparar-se com os enunciados lançados ao corpo dos textos normativos, não se encontra proposições construídas especificamente com a estrutura sintática hipotético-condicional de *dever-ser*. Aliás, cabe ao homem construir o sentido dos enunciados. Portanto, ao deparar-se com os enunciados dos textos normativos, o homem por atos de interpretação deve investi-los em uma proposição dotada de sentido deôntico (“se S, então *deve-ser* P”).

Assim, CARVALHO⁵⁸ diferencia os *enunciados normativos* das *normas jurídicas*:

Um dos alicerces que suportam esta construção [o autor está a falar sobre a possibilidade de decomposição do sistema jurídico em quatro subsistemas] reside no discernir entre *enunciados* e *normas jurídicas*, com os diferentes campos de irradiação semântica a que já aludimos. Se bem que ambas as entidades se revisitam de caráter conotativo ou diretivo, pois, mais que outras, a função da linguagem apropriada à regulação das condutas intersubjetivas é verdadeiramente a prescritiva, os primeiros (os enunciados) se apresentam como frases, digamos assim soltas, como estruturas atômicas, plenas de sentido, uma vez que a expressão sem sentido não pode aspirar à dignidade de enunciado. Entretanto, sem encerrar uma unidade *completa* de significação deôntica, na medida em que permanecem na expectativa de juntar-se a outras unidades da mesma índole. Com efeito, terão de conjugar-se a outros enunciados, consoante específica estrutura lógico-molecular, para formar normas jurídicas, estas, sim, expressões completas de significação deôntico-jurídica. Por certo que também as normas ou regras do direito posto, enquanto manifestações mínimas e, portanto, irredutíveis do conjunto, permanecerão à espera de outras unidades da mesma espécie, para a composição do sistema jurídico-normativo. Entretanto, serão elas as unidades desse domínio, do mesmo modo que os enunciados também o são no conjunto próprio, que é o sistema de enunciados jurídicos prescritivos.

⁵⁸ CARVALHO. Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 103-104.

Ora, aplica-se ao direito positivo, justamente por tratar-se de um sistema linguístico, as nuances da trilogia do signo: o enunciado está para o suporte físico, assim como a proposição está para a significação. Logo, o enunciado normativo está para o suporte físico, assim como a norma jurídica está para a significação.

Neste desiderato, os enunciados normativos para atingirem a qualidade enquanto tais, devem possuir sentido, pois podem se manifestar nas mais diversas formas linguísticas. Contudo, as normas jurídicas que tem por sentido dirigir a conduta humana, devem necessariamente manifestar-se na função linguística prescritiva e na estrutura sintática hipotético-condicional (*dever-ser*).

Os enunciados normativos dos textos jurídicos (constituição, lei, decreto, contrato, sentença, etc.), embora prescritivos, não possuem sentido deôntico; é por meio dos atos de interpretação que o homem outorga o sentido aos enunciados normativos e constrói a significação da proposição normativa. Daí falar que o homem constrói o sentido deôntico da norma jurídica pela interpretação dos enunciados prescritivos dos textos normativos. Esta é a lição de CARVALHO⁵⁹ sobre o processo de interpretação das normas jurídicas:

O procedimento de quem se põe diante do direito positivo com pretensões cognoscentes há de ser orientado pela busca incessante da compreensão desses textos prescritivos. Ora, como todo texto tem um plano de expressão, de natureza material, e um plano de conteúdo, por onde ingressa a subjetividade do agente, para compor as significações da mensagem, é pelo primeiro, vale dizer, a partir do contacto com a *literalidade textual*, com o *plano dos significantes* ou com o chamado *plano da expressão*, como algo *objetivado*, isto é, posto intersubjetivamente, ali onde estão estruturas morfológicas e gramaticais, que o intérprete inicia o processo de interpretação, propriamente dito, passando a construir os conteúdos significativos de vários enunciados ou frases prescritivas para, enfim, ordená-los na forma estrutural de *normas jurídicas*, articulando essas entidades para construir um domínio.

Nesta constatação, o exegeta deve percorrer três planos ou subsistemas para construir enunciados normativos (*dever-ser*): *i) S₁* – subsistema da literalidade textual ou do suporte físico das significações; *ii) S₂* – subsistema dos conteúdos de significações dos enunciados prescritivos; e *iii) S₃* – subsistema das normas jurídicas.

⁵⁹ CARVALHO. Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 8.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p.105.

O *subsistema da literalidade textual* (S_1) é o suporte físico ou plano de manifestação física dos enunciados normativos; logo, é o dado, de fato, objetivo sobre o qual todos os intérpretes partem para construir o sentido de dever das normas jurídicas. O subsistema da literalidade é o plano em que a mensagem expedida pelo sujeito enunciativo é comunicada aos demais homens, é o primeiro plano da comunicação da mensagem. E, portanto, é o resultado do ato locucionário.

Partindo de CARVALHO⁶⁰: o subsistema da literalidade “*constitui o sistema morfológico e gramatical do direito posto, conjunto de frases prescritivas introduzidas por fatos jurídicos que a ordenação positiva para tanto credencia*”. No mesmo sentido, MOUSSALLEM⁶¹: “*o primeiro contato do sujeito cognoscente é com o documento normativo*”. E, portanto, “*é a via de acesso ao direito positivo e às normas jurídicas*”.

Logo, é no plano da literalidade que os agentes credenciados pelo sistema do direito positivo introduzem modificações. As alterações ocorridas no plano da literalidade, por tratar-se de modificações no primeiro plano da interpretação, modificam o sentido que se está por construir, e, acabam por modificar a própria norma jurídica.

Em ocorrendo enunciação criativa ou modificativa dos signos ou das construções sintáticas dos enunciados prescritivos haverá modificação nas etapas subsequentes do processo de construção do sentido deontico da norma jurídica. Logo, como se verá adiante, a enunciação criativa ou extintiva dos enunciados do sistema do direito positivo dá-se no plano de literalidade, no qual o ato de enunciação (*processo*) confere modificações no sistema do direito positivo pela introdução de novos enunciados (*produto*).

Após apreender os enunciados normativos constantes do plano da literalidade, o intérprete põe-se a extrair *significações isoladas* (S_2) das mensagens postas no subsistema da expressão literal (S_1). Inicia-se a segunda fase do processo de construção do sentido deontico da norma jurídica.

⁶⁰ CARVALHO. Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p.106.

⁶¹ MOUSSALEM. Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 79.

No subsistema dos conteúdos de significações dos enunciados prescritivos (S_2), o intérprete contextualiza a significação dos signos do subsistema da expressão literal (S_1). Assim, busca dar significações jurídicas aos textos de direito positivo.

Conforme CARVALHO⁶²:

O jurista que ingressa no plano de conteúdo dos documentos jurídico-prescritivos já mergulhou, por assim dizer, no mundo do direito. Lida agora, com o significado dos signos jurídicos, associando-os e comparando-os, para estruturar não simplesmente significações de enunciados, mas significações de cunho jurídico, que transmitam algo de peculiar ao universo de regulações das condutas intersubjetivas. Toda a problemática que cerca a comunicação das mensagens jurídicas, no seu particularíssimo modo de existir, está presente nesse domínio em que os campos de irradiação semântica dos signos se aglutinam, se cortam, se interpretam, com efeito de potencialização, já que o objetivo final é levar disciplina às situações em que os comportamentos sociais se cruzam, marcando contingências de interpersoalidade.

O homem, ao deparar-se com o *corpus* material do direito, produz as significações isoladas sobre os enunciados de direito posto. Novamente, conforme CARVALHO⁶³: “*é o ser humano que, em contacto com as manifestações expressas do direito positivo, vai produzindo as respectivas significações*”.

Cumpridas as etapas anteriores do processo de interpretação, o intérprete põe-se a unir as significações isoladas em uma estrutura sintática dotada de sentido deôntico (*dever-ser*). Este subsistema denomina-se *sistemas das normas jurídicas* (S_3). Somente no subsistema da norma jurídica (S_3) é que o intérprete constrói a estrutura da norma jurídica com a estrutura sintática da função prescritiva (“se S, então *deve-ser* P”).

Neste aspecto, vale destacar a lição de VILANOVA⁶⁴:

Não é um dado imediato da linguagem do direito positivo, que é um misto de linguagem natural e de linguagem técnica, nela encontrar-se o conectivo (functor, operador) “se/então”. Na Teoria Geral do Direito e nas partes gerais das ciências jurídicas especializadas, fala-se em antecedentes, pressupostos, e em consequentes ou efeitos-de-direito. Na linguagem usada, vinculam-se o pressuposto e o efeito ou consequência jurídica pelas partículas “se/então”, sem que sempre ela se ponha em

⁶² CARVALHO. Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p.112-113.

⁶³ CARVALHO. Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p.115.

⁶⁴ VILANOVA, Lourival. Analítica do dever-ser. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003. p. 66.

evidência. Há giros naturais da linguagem para exprimir a relação de antecedente para consequente. Às vezes, vem em elipse; outras, substituída por locuções conjuntivas, e, até pelo modo verbal (uso do subjuntivo). Cabe à interpretação distinguir onde o antecedente é único para várias consequências (“se A, então B, C, D” – cumulativas ou alternativas e disjuntivas), e, inversamente, vários antecedentes para uma só consequência (“se A’, A’’, A’’’, então B – um antecedente pode ser necessário/não suficientes, ou necessários e suficientes) e onde há um único antecedente para uma única consequência (relação um/vários, vários/um, e um/um, abrangendo as três possibilidades combinatórias: uma quarta possibilidade combinatória reside na potência de vários antecedentes para várias consequências – relação multi/multi).

Depois de percorrida as etapas de interpretação, a norma jurídica surge com uma estrutura hipotético-condicional irreduzível (“se S, então *deve-ser* P”), uma vez que deve portar o mínimo de sentido deôntico para regular a permissão (*p*), proibição (*v*) ou obrigação (*o*) da prática de uma conduta humana possível.

MOUSSALLEM⁶⁵ expõe que “*a norma jurídica, como portadora desse mínimo deôntico, desfruta de uma estrutura implicacional [D(p→q)], ou seja, deve-ser, se acontecer um fato ‘p’, deve-ser a consequência ‘q’*”. Deste modo, a norma jurídica é esquema de imputação: se ocorrer conduta descrita no antecedente *deve-ser* a formação de uma relação jurídica entre sujeitos de direitos na qual o sujeito ativo tem o direito subjetivo de exigir uma conduta permissiva (*p*), proibitiva (*v*) ou obrigatória (*o*) do sujeito passivo que tem o dever jurídico correlato de prestar tal conduta.

Aqui, calha fazer a seguinte observação sobre as estrutura sintática condicional, conforme a lição de ECHAVE, URQUIJO e GUIBOURG⁶⁶:

Tanto as conjunções quanto as disjunções são relações comutativas, porque “*p . q*” tem o mesmo valor de verdade de que “*q . p*”, “*p v q*” que “*q v p*” [...]. Entretanto em uma formulação condicional (*p→q*) isto não ocorre: importa distinguir a ordem em que aparecem os componentes. Para isto (e só para esta conectiva), a fórmula que aparece a esquerda do condicional se chama antecedente e a que aparece a direita recebe o nome de consequente. Assentado isto, pode definir o condicional como a relação que resulta falsa quando o antecedente é verdadeiro e o consequente é falso, e é verdadeira em todos os demais casos.⁶⁷

⁶⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 68.

⁶⁶ ECHAVE, Delia Tereza; GUIBOURG, Ricardo A.; URQUIJO, Maria Eugenia. Lógica, proposición y norma. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002. 6.ed. p.56.

⁶⁷ Traduzimos do original.

Em sendo as normas jurídicas uma estrutura sintática do tipo condicional, tem-se que se manifestam em dois termos, portanto, o primeiro denomina-se ‘*antecedente*’ ou ‘*hipótese*’ e o segundo chama-se ‘*consequente*’ ou ‘*tese*’.

Sobre o *antecedente normativo*, destaque a lição de VILANOVA⁶⁸:

Usamos a expressão “hipótese normativa” para identificar a parte da norma que descreve um possível estado-de-coisas do universo social (o universo físico ingressa nesse universo social por meio de seletores sociais). O termo “hipótese” é um termo sintático: denomina o antecedente de uma relação-de-implicação. O adjetivo “fático” caracteriza a hipótese com o *indirizzo* para o dado-de-fato: é seu vetor semântico, a relação-de-correspondência entre norma e fato (entre hipótese e fato).

O ‘*antecedente normativo*’ ou ‘*hipótese*’ tem por função descrever um fato de possível ocorrência no mundo circundante. VILANOVA⁶⁹ afirma “*o suporte fático do descritor bem pode estar constituído de fatos só físicos – de algum modo relacionados com a conduta humana – ou de fatos físicos e sociais - não-juridicizados, e, inclusive de fatos já juridicamente qualificados [...]*”.

Por outro dizer, o delineamento do antecedente normativo eleva o fato dado no mundo circundante ou mundo cultural ao *status* de fato jurídico, ou seja, dá relevância jurídica ao fato bruto dado pelo mundo extensional ou ao fato institucional criado no mundo cultural.

Corroborar a lição de KELSEN⁷⁰:

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma.

O fato social (linguagem sobre o evento do mundo circundante ou sobre o evento do mundo cultural) somente tem relevância ao sistema do direito positivo quando descrito no antecedente de uma norma jurídica, como ato jurídico lícito ou ilícito.

⁶⁸ VILANOVA, Lourival. Analítica do dever-ser. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003. p. 68.

⁶⁹ VILANOVA, Lourival. Analítica do dever-ser. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003. p. 68.

⁷⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. Coimbra: Editora Armênio Amando, 1984. p.20.

Destarte, constatada a prática da conduta descrita na hipótese normativa por ato de fala jurídico, ou seja, enunciado o fato no mundo jurídico pelo agente competente, forma-se, no conseqüente normativo, uma relação jurídica entre os sujeitos de direitos.

Afirme-se que as questões quanto às condições de validade do ato de fala criador de enunciados do sistema de direito positivo serão oportunamente traçados no próximo capítulo. Agora, importa-se dizer que os fatos sociais somente são levados ao mundo jurídico quando enunciados pelos agentes competentes nos antecedentes das normas concretas, daí, passam a ser denominados de fatos jurídicos.

O *conseqüente normativo* ou *tese* tem o condão de instaurar as relações jurídicas pela fixação de um direito subjetivo e seu correlato dever jurídico, e, assim, o sujeito ativo pode obrigar, proibir ou permitir do passivo a entrega de um objeto ou a realização de uma prestação.

LOURIVAL⁷¹ disserta sobre o conseqüente normativo:

Qualquer que seja o objeto da prestação e o objetivo do direito subjetivo, em termos gerais, qualquer que seja o conteúdo factual e normativo da relação jurídica, há sujeitos como termos das relações e há condutas como objeto normativamente prescrito. Normativamente, prescrever é estatuir proibições, ou obrigações, ou permissões que incidem na conduta, que se manifesta em ações e omissões: a conduta que importa direta ou indiretamente uma alteração de situações objetivas já existentes, ou a constituição de situações objetivas novas. Sempre numa modificação do mundo social exterior (ainda que para manter situações existentes). Carece de sentido deontico em que não se pode alterar o curso do suceder factual. Por isso, a incidência imediata do deontico é sobre condutas. Por meio delas e que se obtém alteração no mundo exterior, físico e social. Por isso, é sem-razão conceber relação imediata entre norma e coisa, ou fato físico. Mesmo nas normas de qualificação do fáctico, a incidência é mediata: é por sujeitos-de-direito que a norma juridiciza ou desjuridiciza fatos, caracterizando uns como juridicamente relevantes, outros, como juridicamente irrelevantes.

Nestes termos, o conseqüente normativo presta-se a regular a conduta em obrigatória (O), a proibida (V) ou a permitida (P): o conseqüente normativo prescreve a um determinado sujeito ativo direito subjetivo (exigir), e a outro sujeito passivo um correlato dever jurídico (prestar). Assim, com arreio nessas premissas prestadas, e com suporte na doutrina de MOUSSALLEM⁷², pode-se expor a estrutura da norma jurídica:

⁷¹ VILANOVA, Lourival. Analítica do dever-ser. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003. p. 86.

⁷² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 69.

[D (p→q)], onde:

“D” e “→” são invariáveis representativas da função linguística que a proposição se manifesta, ou seja, o “dever-ser”, incidente sobre toda a proposição jurídica normativa conectando o antecedente ao conseqüente.

O termo “p” é o antecedente normativo que descreve o fato de possível ocorrência, quando falamos de normas abstratas, ou já ocorrido, como no caso das normas concretas; bem como pode descrever um fato lícito nos casos das normas primárias, ou ilícito, no caso de normas secundárias.

Já o termo “q” representa o conseqüente da norma jurídica, ou a relação jurídica que instaurar-se-á com o sentido de dirigir a conduta humana. A relação jurídica pode ser entre sujeitos indeterminados (norma geral) ou entre sujeitos determinados (norma individual). Como também já exposto, tais sujeitos conectam-se por um functor deôntico modalizado permissão (p), proibição (v) ou obrigação (o). E, portanto, o conseqüente possui a seguinte estrutura interna: S'R_(p,v,o)S". Sendo S' e S", os sujeitos ativo e passivos, e R_(p,v,o), o functor modalizado.

3.2 NORMA PRIMÁRIA E NORMA SECUNDÁRIA

As normas, como elementos do sistema do direito positivo, têm por sentido prescrever as condutas humanas - prescrevem o que *deve-ser*. Contudo, nem sempre o que *deve-ser* é cumprido espontaneamente pelos sujeitos de direito no plano fático. Em ocorrendo dissonância entre o plano da realidade social (*ser*) e o conseqüente da norma do sistema do direito positivo (*dever-ser*), diz-se que ocorreu ato ilícito. O ato ilícito é a violação da relação jurídica formada no conseqüente da norma jurídica.

Nesta toada, o sistema do direito positivo prescreve outra norma, denominada *norma secundária*, que regula o exercício de uma competência específica para corrigir o transvio do conseqüente normativo da denominada *norma primária*.

Neste sentido, KELSEN⁷³ ministra sua lição:

[...] uma ordem social pode – e é o caso da ordem jurídica – prescrever uma determinada conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem, como a privação dos bens acima referidos, ou seja, uma pena no sentido mais amplo da palavra. Desta forma, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita – ou seja, na hipótese de uma ordem jurídica, como juridicamente prescrita -, na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção (no sentido estrito).

Para falar com MOUSSALLEM⁷⁴, os sistemas normativos reconhecem a violação de suas normas, e, para fazer frente a esta eventual violação, prescrevem outras normas para corrigir a conduta transviada. Certo desta potencial violação, o sistema do direito positivo calcula a possibilidade do Estado-juiz intervir na relação transviada para fazer cumprir o consequente da norma violada.

Daí falar em *norma primária* e *norma secundária*. Não obstante, as inúmeras acepções adotadas pelas doutrinas de ciência do direito, no presente trabalho, chamar-se-ão *i) norma primária*, a norma que teve seu consequente transviado, *ii) ao passo*, que a *norma secundária* será aquela que prevê o exercício da competência jurisdicional pelo Estado-juiz para a expedição de uma terceira norma com o sentido de correição do sistema do direito positivo.

Não é demais asseverar que o caráter diretivo de condutas do sistema do direito positivo reside no fato de o próprio sistema reconhecer o eventual transvio da sua finalidade (dirigir condutas) e, de pronto, prescrever, internamente, normas com o sentido de correição da conduta ilícita.

Destarte, o antecedente normativo da norma de sanção descreve a ocorrência do ato ilícito, ou seja, o descumprimento da relação jurídica prescrita no consequente da norma primária. E, o consequente normativo da regra da sanção, a obrigação do Estado-juiz deflagrar a competência jurisdicional para a correição do direito positivo:

[...] a norma secundária N_2 descreve em seu antecedente o descumprimento da relação jurídica da norma primária N_1 e em seu consequente uma atuação do Poder Judiciário. O resultado da atuação do Poder Judiciário tem como efeito a produção de uma outra norma N_3 . Esta, por sua vez, pode ter como objetivo imediato uma

⁷³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. Coimbra: Editora Armênio Amando, 1984. p. 49.

⁷⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 70-76.

conduta humana (N₃ como regra de conduta) ou ter como fim próprio uma N₄ (N₃ como norma de revisão sistêmica).⁷⁵

Do trecho acima transcrito, denotam-se duas inferências quanto à natureza da norma sancionatória (secundária): *i*) o antecedente da norma secundária delinea os aspectos da ocorrência do fato ilícito, ou seja, descreve a violação a relação jurídica formada no conseqüente da norma primária; e *ii*) o conseqüente da norma secundária prescreve a relação sancionatória (sanção) na qual um sujeito de direito qualquer é detentor de um direito subjetivo de exigir a obrigação do Estado-juiz em prestar a competência jurisdicional para corrigir o ato ilícito.

Adiante, ver-se-á que a regra secundária trata-se verdadeiramente da norma que regula o exercício da competência jurisdicional pelo Estado-juiz, e, portanto, seu conseqüente trata-se do direito subjetivo de ação, que ao ser exercido, obriga a atuação do Estado-juiz exercer a competência jurisdicional.

3.3. A ESTRUTURA COMPLETA DA NORMA JURÍDICA

Partindo do pressuposto que o próprio sistema do direito positivo prescreve a norma secundária, que tem por sentido a atuação do Estado-juiz, segundo MOUSSALLEM⁷⁶, a formalização destas normas tomaria a seguinte linguagem formalizada:

$$D \{ [F \rightarrow (S'RS'')] \vee [-(S'RS'') \rightarrow (S'R'S'')] \}$$

Norma Primária Norma Secundária

D – functor deôntico não-modalizado (dever-ser);

F – antecedente da norma jurídica primária, que descreve um fato de possível ocorrência;

→ - nexos de imputação jurídica; trata-se de sincategorema, constante lógica, figura inerente à estrutura normativa;

(S'RS'') – conseqüente da norma primária;

R' – variável functorial (relacional), categorema, portanto passível de conversão em proibido (Vp), obrigatório (Op), e permitido (Pp);

⁷⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 88.

⁷⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 74-75.

S' – sujeito ativo, categorema apto a ser preenchido com um sujeito qualquer com personalidade jurídica para figurar na relação jurídica estabelecida, detentor de um direito subjetivo;

S'' – sujeito passivo, categorema a ser preenchido com um sujeito qualquer com personalidade jurídica para figurar na relação jurídica estabelecida, detentor de um dever jurídico;

V – disjuntor includente, pois ambas as normas são válidas no sistema, ainda que no caso concreto somente uma venha a ser aplicada;

-- negador da relação R';

(S'RS'') consequente da norma secundária, relação jurídica de direito processual;

R' – variável relacional, categorema passível de variação por “O” (obrigatório), “P” (permitido), “V” (proibido);

S''' – o Estado que está obrigado a dar a prestação jurisdicional, que funciona como sujeito passivo.

A formalização desta estrutura é fundamental à compreensão das normas relativas ao subsistema do direito processual civil, uma vez que a norma secundária trata-se do exercício da competência jurisdicional pelo Estado-juiz.

3.4 A CLASSIFICAÇÃO DOS TIPOS NORMATIVOS DO SISTEMA DO DIREITO POSITIVO

3.4.1 Normas abstratas, concretas, gerais e individuais

Quando se fala da estrutura sintática da norma jurídica, assevera-se que esta apresenta estrutura sintática implicacional: invariavelmente é constituída de um antecedente e de um consequente ($[D (p \rightarrow q)]$).

Isso posto, podemos classificar as normas jurídicas *i)* quanto à individualização do fato descrito em seu antecedente; *ii)* e quanto à concretização da relação jurídica prescrita no consequente.

Sob o prisma do *antecedente (i)*, as normas podem ser *i.a)* abstratas ou *i.b)* concretas. Serão abstratas (*i.a)* aquelas que, em seu antecedente, descrevem critérios para conotar a possibilidade de ocorrência de fato social como jurídico. Esta é a lição de MOUSSALLEM⁷⁷:

[...] o antecedente da norma abstrata é um enunciado conotacional, não podemos afirmar, com rigor linguístico, existir um fato jurídico. O antecedente da norma abstrata possui critério de identificação de um fato jurídico, não o fato propriamente dito.

Por outro giro, as normas concretas (*i.b)* descrevem a ocorrência da situação fática descrita no antecedente da norma abstrata, ou seja, no antecedente há a descrição do fato concretamente ocorrido que se subsume à descrição abstrata de uma norma jurídica abstrata, pois conforme MOUSSALLEM⁷⁸, “*trata-se de aqui de um enunciado denotativo, referente a um evento concretamente ocorrido e relatado em linguagem competente (fato) subsumido ao enunciado conotativo*”.

Com base nesta classificação, pode-se elucidar que o termo ‘*hipótese de incidência*’ trata-se do antecedente da norma abstrata ao passo que o ‘*fato jurídico*’ trata-se do antecedente da norma concreta.

Com relação ao *consequente (ii)*, as normas podem ser classificadas como *ii.a)* geral ou *ii.b)* individual. As normas serão classificadas como *gerais (ii.a)* quando os sujeitos da relação jurídica forem indeterminados, ou seja, qualquer sujeito de direito, que subsumir-se aos critérios prescritos no consequente, poderá estrelar a relação como detentor de direito subjetivo ou devedor de uma prestação jurídica. Já as normas *individuais (ii.b)* serão assim classificadas quando os sujeitos da relação jurídica forem perfeitamente individualizados: pode-se identificar quem é o devedor da prestação jurídica e quem é o sujeito ativo autorizado a exigí-la.

3.4.2 Normas de condutas e normas de estrutura

⁷⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 103.

⁷⁸ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 103.

Rotineiramente, classificam-se as normas jurídicas quanto ao efeito do ato de aplicação em *i)* regras de conduta ou em *ii)* regras de estruturas. NOBERTO BOBBIO, idealizador de tal classificação, concebe que o sistema do direito positivo, além de prescrever possíveis condutas humanas, presta-se, também, a regular o modo de produção e modificação normativa:

Em todo ordenamento, ao lado das normas de condutas, existe um outro tipo de normas, que costumamos chamar de normas de estrutura ou de competência. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de condutas válidas.⁷⁹

Segundo BOBBIO, as *normas de condutas (i)* seriam aquelas voltadas pura e simplesmente para regular a conduta humana, enquanto as *normas de estruturas (ii)* seriam aquele tipo de norma que tem por sentido regular as condutas humanas voltadas para a produção normativa.

Tomando com base a classificação de BOBBIO, outra classificação quanto ao efeito foi proposta por MOUSSALLEM⁸⁰:

Para classificarmos as unidades do direito positivo em normas de condutas, normas de produção normativa e norma de revisão sistêmica, tenhamos em mente o efeito do ato de aplicação de uma norma: (1) quando a aplicação da norma N_1 tiver como efeito imediato e mediato regular conduta C, chamaremos N_1 de norma de conduta; e (2) quando a aplicação de uma norma N_1 tiver como objetivo imediato regular a conduta C para mediatamente produzir uma norma N_2 , chamaremos N_1 de norma de produção normativa; (3) quando a aplicação de uma norma N_1 tiver como escopo principal, não uma conduta humana, mas a modificação ou extinção de uma norma N_2 , estaremos diante de uma revisão do sistema do direito positivo e passaremos a designá-la norma de revisão sistêmica. Nesta, o efeito imediato é a norma N_2 , a conduta é o efeito mediato.

Entretanto, com relação às “*normas de revisão sistêmica*”, MOUSSALELM⁸¹ retificou sua classificação em trabalho posterior:

Embora possa permanecer intocável a classificação “norma de conduta” e “norma de produção normativa”, o mesmo não se pode afirmar com as denominadas “normas de revisão sistêmica”. Primeiro porque não são normas em sentido estrito, pois não são reconstruíveis na estrutura lógica do condicional. Mesmo que fosse possível reescrevê-las na forma do condicional careceriam de sansão. A “norma de revisão sistêmica” pode apenas ingressar na estrutura do condicional normativo como componente do antecedente ou consequente (como “norma não-autônoma” em

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p.33.

⁸⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 77

⁸¹ MOUSSALEM. Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 124.

sentido kelseniano). E a última e mais grave questão: as normas de revisão sistêmica não são passíveis de aplicação, logo seria um equívoco classificá-las trazendo como critério o ato de aplicação. A revisão sistêmica é efeito da promulgação da “norma de revisão sistêmica” e não resultado do ato de aplicação da “norma” de revisão sistêmica.

Por isso, em vez de denominá-las “normas de revisão sistêmica”, melhor seria chamá-las “enunciado de revisão sistêmica”.

MOUSSALLEM mantém a classificação das normas jurídicas propostas por BOBBIO, segundo o efeito do ato de aplicação. Contudo, as *normas de estruturas (ii)* podem ser classificadas ainda nas seguintes subclasses: *ii.a) normas de competência* e *ii.b) normas de procedimento*.

Conforme MOUSSALLEM⁸², a capacidade de o sujeito produzir enunciados é nomeada competência: é a aptidão linguística para produzir enunciados. Assim, a *norma de competência (ii.a)* prescreve poder a um sujeito para enunciar enunciados de criação ou modificação no sistema do direito positivo. Competência é a habilitação jurídica do sujeito para realizar o ato de fala deôntico.

Observe que, além de delinear o sujeito competente para a feitura do ato de criação ou modificação, a norma de competência limita também a prática do ato criativo ou modificativo a uma determinada matéria.

Tome-se como exemplo a competência da União Federal para legislar sobre direito processual prescrita no enunciado inciso I, do artigo 22, da Constituição Federal de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Ora, ao outorgar a competência à União Federal, permissão para legislar sobre matéria de direito processual, a norma constitucional de competência limitou o ato de fala criativo do agente competente tão somente em relação à matéria em que a competência foi outorgada. E, portanto, está peremptoriamente vedada a enunciação de qualquer outro ato de fala deôntico fora dos limites da matéria prescrita na norma de competência.

⁸² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 81

Não é demais fixar: a norma de competência, além de prescrever o sujeito competente para enunciar os atos de criação ou modificação dos enunciados prescritivos, prescreve a matéria que este sujeito poderá inovar com enunciação de linguagem de direito positivo.

Quanto à norma jurídica de *procedimento* (ii.b), importa destacar que estas prescrevem aos sujeitos competentes, aqueles previstos nas normas de competências, a observância de um procedimento previamente previsto no sistema do direito positivo.

Na norma de procedimento, se o sujeito ou órgão competente exercer a competência deve-ser, está obrigado a observar o procedimento previsto pelo ordenamento para seu exercício, e a comunidade, o direito subjetivo de exigir que se cumpra o procedimento.⁸³

Adiante, será a analisar a estrutura sintática das normas de competência, bem como seus aspectos que serão úteis para a distinção das competências constitucionais que serão trabalhadas nos próximos capítulos.

3.5 A ESTRUTURA SINTÁTICA DAS NORMAS DE COMPETÊNCIAS

Assumir o conceito de norma da competência é verdadeiramente assumir que as regras de competências são dotadas da estrutura lógico-sintática (hipotético-condicional), que instrui todas as outras normas do sistema do direito positivo. Logo, para a compreensão da norma jurídica que fora construída, a partir do enunciado-enunciado do artigo 557, do Código de Processo Civil, deve-se primeiramente construir a estrutura hipotético-condicional das normas de competência.

Para tanto, retorna-se ao conceito posto: a *norma de competência* prescreve capacidade a um sujeito para enunciar enunciados de criação ou modificação no sistema do direito positivo. Assim, as normas de competências subsumem as classes das normas primárias, uma vez que em seu antecedente possui a descrição de um ato lícito (a enunciação de novos enunciados normativos).

⁸³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 101.

TÁCIO LACERDA GAMA⁸⁴, no mesmo sentido, afirma que “*o fato descrito pela norma de competência é a enunciação.*”. Portanto, conclui sobre a estrutura hipotético-condicional, “*o antecedente da norma de competência que descreve que fatos (sujeito, procedimento, espaço e tempo) devem concorrer para que se tenha a produção de uma norma válida. O conseqüente da norma de competência é a matéria sobre a qual a norma poderá versar.*”

Deste modo, deve-se saturar a estrutura lógica da norma jurídica para formar-se a estrutura lógica da norma geral de competência. Para tanto, usar-se-á a estrutura sintática da norma jurídica com a saturação dos termos proposta por TÁCIO LACERDA GAMA.

A norma jurídica da competência terá, no antecedente, a indicação de um sujeito de direito que está habilitado a executar atos de fala deônticos, voltados para criação ou modificação do sistema do direito positivo. Conforme GAMA: “*é competente para criar normas o sujeito S que, mediante a prática de um ato ou conjunto de atos P, introduza uma norma jurídica válida N no sistema de direito positivo SP*”⁸⁵.

Assim, no antecedente das normas jurídicas de competência, como primeiro elemento, é a qualificação de um sujeito de direito que poderá criar novos enunciados de direito positivo, qualificação que se dá pela atribuição de um verbo pessoal de estado (ser) ao complemento verbal (pessoa de direito). Por exemplo, constará, no antecedente normativo da regra jurídica de competência da medida provisória, a expressão “*ser presidente da república*”; já na regra jurídica de competência de competência para celebrar contratos, constará a expressão “*ser pessoa de direito civilmente capaz*”.

O segundo elemento, constante do antecedente da norma jurídica de competência, é a menção ao procedimento de enunciação. Destarte, a menção ao procedimento diz respeito às quais atos de execução deverão ser realizados para o exercício da competência.

Não se pode confundir a menção ao procedimento de enunciação com as regras próprias do procedimento a ser adotado, uma vez que no antecedente da regra de competência haverá somente a menção ao procedimento a ser executado para a enunciação. A prescrição completa do procedimento de enunciação, a ser observado, estará prescrita na própria regra de

⁸⁴ GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária. São Paulo: Noeses, 2009. p.74.

⁸⁵ GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária. São Paulo: Noeses, 2009. p.65.

procedimento. Logo, na regra jurídica da medida provisória, a menção será a regra de procedimento para a edição das medidas provisórias, já na regra jurídica de competência para celebrar contratos será o procedimento de realização de contratos.

O terceiro e o quarto elementos, constantes do antecedente da norma jurídica de competência, são os critérios temporal e espacial em que é realizado o verbo pessoal de estado que qualifica determinada pessoa como competente. Cita-se GAMA⁸⁶: *“todo verbo descreve ação ou estado que se dá no espaço e no tempo”*. E, portanto, *“a referencia de tempo delimita o lapso temporal em que a conduta pode ser realizada. Já a referencia de espaço indica onde a enunciação deve ocorrer”*.

No conseqüente da norma jurídica de competência, como nas demais regras jurídicas, terá a formação de uma relação jurídica na qual um sujeito ativo tem o direito subjetivo de exigir um dever jurídico, correlato do sujeito passivo relativamente à prestação de um objeto determinado.

O sujeito ativo da norma de competência é a autoridade credenciada, autoridade competente ou sujeito competente. É o sujeito que possui o direito subjetivo para a realização da enunciação criadora ou modificadora dos textos jurídicos e é, também, aquele que realiza os procedimentos mencionados para a enunciação criadora ou modificadora de textos jurídicos, tal como GAMA⁸⁷ afirma que *“o sujeito competente ocupa a posição de sujeito ativo de uma relação jurídica”*. E continua: *“é o titular de um direito subjetivo: criar norma jurídica para versar sobre determinado tema”*. Já o sujeito passivo é aquele chamado a prestar o dever jurídico de observância aos enunciados criadores dos textos jurídicos; é aquele sujeito que está subordinado à observância do enunciado-enunciado proferido pelo sujeito ativo.

Nas regras de competência, conforme GAMA⁸⁸, a sujeição passiva obriga a um dever jurídico *“relacionado à atividade de subordinar-se ao conteúdo da norma que venha a ser criada, não impedir a sua criação e nem exercer competência própria de outrem”*.

⁸⁶ GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária. São Paulo: Noeses, 2009. p.71.

⁸⁷ GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária. São Paulo: Noeses, 2009. p.76-77.

⁸⁸ GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária. São Paulo: Noeses, 2009. p.82.

Destarte, o modal deôntico, que qualifica o functor dos sujeitos de direitos no conseqüente da norma jurídica de competência, é o *obrigatório*, uma vez que o sujeito ativo é titular do direito subjetivo de obrigar a todos a observância do seu enunciado-enunciado.

Não é outro o ensinamento de GAMA⁸⁹:

O direito subjetivo imputado ao sujeito competente tem essa feição de alterar relações jurídicas por ato unilateral. Há em contrapartida, o dever jurídico de respeito a essa modificação imputado a todos os demais sujeitos da sociedade.

Aqui, calha por oportuno uma advertência quanto à diferença entre a ‘norma de competência’ e a ‘norma que determina o exercício da norma de competência’: a regra de competência prescreve poder a um sujeito para enunciar enunciados de criação do sistema do direito positivo; já a regra que determina o exercício da competência prescreve a como se dará o exercício da competência, bem como a responsabilidade pessoal dos agentes competentes pelo não exercício da regra da competência.

A *regra de competência*, como já estabelecido no presente trabalho, possui o modal deôntico *obrigatório*. Já as regras que determinam o *exercício da competência* podem possuir o modal *permitido* ou *obrigatório*. Portanto, se o exercício da competência for obrigatório (o) ao agente competente, e se este não a exerceu, pode ser responsabilizado pelo seu não exercício. O mesmo não ocorre com os agentes competentes que têm permissão (p) para exercer suas competências.

Não é demais ressaltar que, nos dois casos, depois de deflagrado o processo de aplicação da regra de competência, com a realização concreta da hipótese normativa de competência, necessariamente deverá ser constituído o conseqüente normativo com a formação da relação jurídica modalizada, na qual os sujeitos de direito estão obrigados a observar o enunciado-enunciado posto pelo sujeito ativo competente.

Esta questão da regra que regula o exercício da competência será mais bem trabalhada no capítulo sobre a decisão judicial, uma vez que importa, para o presente trabalho a

⁸⁹ GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária. São Paulo: Noeses, 2009. p.83.

determinação do conceito da competência jurisdicional, bem como a sua distinção em relação à competência legislativa.⁹⁰

Por fim, o objeto constante no consequente da regra jurídica de competência é a conduta de exigir que os enunciados-enunciados, produzidos por sobre determinada matéria, regulem coercitivamente (obrigatórios) a conduta de uma classe determinável de sujeitos de direito.

Voltando à estrutura geral das normas jurídicas, como já fora apresentada, e, conforme apresentado no presente tópico, as regras de competência terão a seguinte estrutura lógico-sintática:

$$D [F (s.p.e.t) \rightarrow (S' R_o S'')] \vee [- (S' R_o S'') \rightarrow (S' R_o' S'')] \}$$

Norma Primária Norma Secundária

Onde:

D – functor deôntico não-modalizado (dever-ser);

F – antecedente da norma jurídica primária, que descreve um fato de possível ocorrência;

s – sujeito competente qualificado pelo verbo ser e o complemento;

p – menção ao procedimento;

e – espaço no qual o verbo dever ser realizado;

t – tempo no qual o verbo deve ser realizado;

→ - nexos de imputação jurídica; trata-se de sincategorema, constante lógica, figura inerente à estrutura normativa;

(S' R_o S'') – consequente da norma primária;

R – Objeto da relação jurídica de competência modalizada pelo modal deôntico do obrigatório;

S' – sujeito ativo, categorema a ser preenchido pelas classes de sujeito competente, detentor de um direito subjetivo de exigir que seus enunciados-enunciados sejam obrigatoriamente observados na construção de normas jurídicas;

S'' – sujeito passivo, categorema a ser preenchido com todos os sujeitos de direito, detentor de um dever jurídico;

v – disjuntor incluyente, pois ambas as normas são válidas no sistema, ainda que no caso concreto somente uma venha a ser aplicada;

⁹⁰ “[...] analisando diversas manifestações da norma de competência, é possível perceber casos em que o exercício é obrigatório. A competência jurisdicional, a competência administrativa para lavrar lançamentos de ofício, a competência particular para apresentar declaração de tributos são exemplos de competência modalizada em obrigatório.” GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 87.

- - negador da relação R’;

(S’ R_o’ S’’) conseqüente da norma secundária, relação jurídica de direito processual;

R_o’ – Objeto da relação jurídica do exercício da regra sancionatória modalizada pelo modal deôntico do obrigatório;

S’’) – o Estado que está obrigado a dar a prestação jurisdicional, que funciona como sujeito passivo, e, na regra de competência tem o dever de invalidar o enunciado-enunciado posto;

A regra jurídica secundária da norma de competência será mais bem traçada nos capítulos subsequentes, uma vez que tratarão da teoria da validade dos atos jurídicos, e, conseqüentemente, o tema da invalidade dos enunciados normativos.

3.6 AUTORREFERÊNCIA DO SISTEMA DO DIREITO POSITIVO: A COLOCAÇÃO DA TEMÁTICA DAS FONTES DO DIREITO

A compreensão sistemática do direito positivo outorga unidade ao objeto de estudo. Logo, para falar em unidade sistemática os elementos, as normas jurídicas, devem apresentar um critério de unificação. A unidade do sistema do direito positivo, em última análise, está no fato de este sistema operar na condição de sistema fechado autorreferente. Assim, CAMPILONGO⁹¹ leciona:

O direito não extrai sua validade de um imaginário contrato social, de um idílico consenso comunicativo ou de uma suposta razão natural. Nada disso. Como sistema auto-referencial – organizado com base num código comunicativo específico (lícito/ilícito), que implementa programas condicionais (do tipo se/então) e desempenha função infungível (generalização congruente de expectativas normativas) – o direito positivo deve resolver, de modo circular, tautológico e paradoxal, o problema de seu fundamento.

Afirmar que o direito é um sistema autorreferente, quer dizer, segundo MOUSSALLEM⁹², que “o próprio sistema que constitui seus elementos, estruturas, processos e unidades (normas jurídicas)”.

⁹¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.22.

⁹² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 73.

É o próprio sistema do direito positivo quem regula como devem ser praticados os atos de fala para sua criação ou modificação: determina jogo linguístico próprio, não-tangenciável, por jogo linguístico de outros sistemas. Nesta esteira, a classificação normativa quanto aos efeitos do ato de aplicação adotada no presente estudo, ganha locação exponencial, uma vez que:

[...] são as normas de produção normativa [...] que outorgam o caráter de autorreferencial ao sistema do direito positivo, funcionando como regras gramaticais do sistema linguístico do direito positivo que, da mesma forma que os demais sistemas linguísticos, possui regras de formação e transformação de enunciados.⁹³

L.A. HART, ao pronunciar sobre a autorreferência do sistema do direito positivo, chama as regras de estrutura de '*regras secundárias*'. Não se confunda com a norma secundária já descrita no presente trabalho, em verdade, a regra secundária denominada por HART equivale-se às regras de estruturas, descritas no presente trabalho.

Para HART, as suas normas secundárias (na nomenclatura do presente trabalho, regras de estrutura) possuem três aspectos ou funções. Insta destacar que L.A. HART preferiu nominar tais funções como '*remédios*', pois, tratava-se de descrever a impossibilidade do sistema jurídico positivo em sobreviver sem a combinação das regras primárias de conduta/obrigação com as regras secundárias de estrutura.

Neste desiderato, L.A. HART descreve que as regras secundárias têm três diferentes aspectos/funções: *(i)* regra de reconhecimento; *(ii)* regra de alteração; *(iii)* regras de julgamento.

Primeiramente, as *regras secundárias de reconhecimento* têm por função 'curar' a incerteza relativamente à natureza das regras primárias. Quer dizer, as regras de reconhecimento indicam que a norma primária trata-se verdadeiramente de uma norma jurídica válida:

Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que exerce.⁹⁴

⁹³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 95.

⁹⁴ HART, Herbert L.A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. P. 105.

Em segundo, *regras secundárias de alteração*, que têm por função ‘curar’ a estática ou o estancamento do sistema por uma classe determinada de normas primárias. Assim, as regras de alteração têm por sentido autorizar que indivíduos introduzam, modifiquem, as regras jurídicas primárias postas no sistema, quer seja pelo ato de introdução de novos enunciados (fontes) ou pelo ato de retirada desses enunciados do sistema (revogação):

A forma mais simples de tal regra é a que confere poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de certa classe dentre dele, e para eliminar as regras antigas.⁹⁵

Por fim, L.A. HART fala das *regras secundárias de julgamento*, que têm por função remediar a ineficácia das regras primárias. Desta sorte, as regras de julgamento têm por sentido prescrever poder aos indivíduos para fazer respeitar a conduta prescrita na regra primária que fora violada: “A *forma mínima de julgamento consiste numa série de determinações, e designaremos as regras secundárias que atribuem o poder de as proferir como regras de julgamento.*”⁹⁶

São justamente as normas de estrutura que outorgam a unicidade do sistema do direito positivo: as normas de reconhecimento dizem que o enunciado pertence ao sistema do direito positivo, já as normas de alteração dizem que os atos de fala realizados conforme elas criam enunciados normativos, e as normas de julgamento conferem poder a sujeitos específicos do sistema do direito positivo manter a licitude dos atos jurídicos realizados internamente no sistema (sejam eles com o sentido de criar novas normas ou com o sentido de prescrever pura e simplesmente uma conduta).

Demonstrar-se-á, no capítulo sobre as fontes do direito, a compreensão das normas de estrutura, que é fundamental à determinação no processo de enunciação criadora de enunciados do sistema do direito positivo.

Outrossim, voltará às regras de julgamento quando tratar-se de regras que regulam o exercício da competência jurisdicional, uma vez que tais conferem a unidade do próprio sistema do direito positivo, corrigindo a ilicitude.

⁹⁵ HART, Herbert L.A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. P. 105.

⁹⁶ HART, Herbert L.A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. P. 106.

Enfim, é importante absorver que o sistema do direito positivo seja entendido como um bem cultural, portanto, um constituinte de linguagem. Importa, também, asseverar que, como plexo linguístico, o direito positivo prescreve regras rígidas quanto a sua modificação e criação. Neste peculiar, as regras rígidas do sistema do direito positivo estão na prescrição de regras de estruturas.

4 SOBRE AS FONTES DO DIREITO E OS FUNDAMENTOS DE VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

4.1 DA ABORDAGEM TRADICIONAL SOBRE O TEMA DAS FONTES DO DIREITO

A expressão metafórica *'fonte do direito'* é multissignificativa. MOUSSALLEM afirma que *“a palavra ‘fonte’ é um símbolo pertencente à linguagem vulgar empregada figurativamente pela ciência do direito para designar a origem, a proveniência, o foco criador do ‘direito’”*⁹⁷.

O autor afirma, ainda, que a utilização da palavra fonte, no sentido metafórico pela ciência do direito, somente colabora para a multivocidade significativa. E, então, a expressão *'fonte do direito'* pode ter significado distinto de acordo com a ciência que a investiga.

Neste sentido, MOUSSALLEM afirma que, para a Sociologia, a origem do direito positivo está no fato social, para a História nas conquistas e evoluções históricas ao longo do tempo; já para a Psicologia, a força de modificação do direito está na mente humana; para a Política, a fonte seria a mais conveniente no determinado tempo histórico.

Entretanto, a dogmática jurídica conceitua, classicamente, *'fontes do direito'* como os métodos de criação, modificação ou extinção das normas do sistema do direito positivo. Vale destacar os ensinamentos de KELSEN⁹⁸:

Fontes do direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. Esta designação cabe não só aos métodos acima referidos, mas a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação a norma inferior cuja a produção regula. Por isso, pode por fonte do Direito entender-se também o fundamento de validade de uma norma jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efetivamente, só costuma designar-se como “fonte” o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção.

LOURIVAL VILANOVA⁹⁹ leciona que o conceito dogmático de “fontes do direito” está ligado ao modo de produção normativo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico.

⁹⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 105.

⁹⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.259.

Portanto, a fonte técnica/formal é aquela donde emanam normas com força vinculante para os sujeitos de direitos da comunidade jurídica:

O direito tem fontes antropológico-sociais, fontes propriamente sociológicas, fontes históricas e fontes ideais-axiológicas. Mas o conceito dogmático de fonte é o de modo de produção que o ordenamento estabelece como tal. Pode ser o costume, a legislação, os julgamentos uniformes da atividade jurisdicional, ou fração de outro ordenamento – o internacional, por exemplo – que se incorpore, por convocação do ordenamento-base. Seja qual for o modo de constituição de regras jurídicas, para o jurista, no fazer Ciência-do-Direito, em sentido estrito, fonte técnica (fonte formal) é aquela de onde dimanam normas com força vinculante para os indivíduos-membros e para os indivíduos-órgãos da coletividade.

Nesta mesma toada, PAULO DE BARROS CARVALHO enuncia que “*fontes do direito*’ são os acontecimentos do mundo social, juridicizado por regras do sistema e credenciados para produzir normas jurídicas que introduzam no ordenamento jurídico outras normas [...]”.¹⁰⁰

Assim, o professor paulistano classifica as fontes em: fontes formais e materiais. As formais não seriam propriamente fontes do direito, uma vez que são as referidas regras do sistema que juridicizam os atos de criação do direito; já as tais materiais seriam os atos do mundo social, que, depois de juridicizados pelas regras do sistema, criam ou modificam as regras de direito positivo.

Ocorre que, a partir desses referenciais teóricos, o professor-doutor TÁREK MOYSÉS MOUSSALEM lançou uma nova teoria sobre o tema das fontes do direito, que se serve de esteio teórico daqui para frente.

4.2 UM NOVO REFERENCIAL TEÓRICO PARA A TEORIA DAS FONTES DO DIREITO

TÁREK MOYSÉS MOUSSALEM¹⁰¹ adverte para a distinção mal-percebida no estudo da temática das fontes do direito positivo: a diferença entre produto (os enunciados da

⁹⁹ VILANOVA. Lourival. As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. São Paulo: Noeses, 2005. p. 60-62.

¹⁰⁰ CARVALHO, Paulo de Barro. Curso de Direito Tributário. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.45.

¹⁰¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. 2.ed. p. 124-126;

constituição, da lei, do contrato, do auto de infração, etc.) e o processo de produção (ato de fala enunciador do texto constitucional, ato de fala enunciador do texto de lei, ato de fala enunciador do texto do contrato, ato de fala enunciador do texto do auto de infração etc.):

O documento normativo, como conjunto de enunciados que é, pressupõe por imposição lógica a sua atividade produtora, isto é, a enunciação. Parece-nos correto afirmar que todo enunciado pressupõe a atividade de enunciação, mas nem toda enunciação é criadora de enunciados.

Estudar as fontes do direito é investigar sua atividade de enunciação dentro do esquema autorreferencial do sistema do direito positivo. É inquirir o jogo linguístico do direito na sua estrutura de autoprodução, tendo como ponto intercalar o ato de aplicação.

[...]

Em um documento normativo vislumbram-se diferentes espécies de enunciados: (1) a enunciação-enunciada, que é o conjunto de marcas, identificáveis no texto, que remetem à instância de enunciação e o (2) enunciado-enunciado, que é a sequência enunciada desprovida de marcas de enunciação.

Resta ainda a atividade produtora dos enunciados não constantes do documento normativo que se esvai no tempo e no aspecto a qual denominamos enunciação. Essa é que entendemos ser a fonte do direito.¹⁰²

Portanto, a atividade de enunciação pautada nas regras de estruturas (normas de competência e normas de procedimentos) internas do próprio sistema do direito positivo, é a fonte do direito.

A atividade de enunciação é a aplicação das normas de estrutura, construídas a partir dos enunciados do direito positivo, que acaba por criar novos enunciados no sistema do direito positivo com o sentido inovar, modificar ou extinguir o conjunto de enunciados já postos no sistema do direito positivo.¹⁰³

Daí, afirma-se que as regras de estrutura são os “*fundamentos de validade*” dos novos enunciados posto no sistema do direito positivo. Portanto, a lei, o contrato e a jurisprudência não são fontes do direito. Em verdade, estes enunciados podem ser “*fundamento de validade*” para a atividade enunciativa (fonte do direito) realizada pelo agente competente, conforme procedimento prescrito pelo próprio sistema do direito positivo.

¹⁰² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. p. 125

¹⁰³ ‘Aplicar é ato linguístico de criação normativa, é realizar a incidência da norma, enfim, é fazer-ser o direito positivo. Aqui surge o homem como agente produtor do direito (competente) constituído pelo próprio produto do ato: a norma jurídica.’ (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. P. 80)

Destaca-se que é justamente pela aferição da atividade de enunciação (fonte do direito) constante da enunciação-enunciada, contida nos textos normativos, que é possível determinar a obrigatoriedade na observância do enunciado-enunciado. Justamente como se explicou no tópico em que se tratava do conseqüente normativo da regra jurídica de competência.

Muito embora os enunciados “*Não matarás*” (Êxodo, 20:2-17) e “*Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.*” (artigo 121, do Código Penal – revogado em 2005) tenham sentido semântico idêntico (‘*se nascer com vida deve-ser a obrigação de todos os homens respeitar a vida*’), é justamente pela análise das ‘fontes do direito’ (atividade de enunciação) que se poderá verificar a obrigatoriedade ou não de sua observância para a construção de outros enunciados jurídicos normativos.¹⁰⁴

4.3 A TEORIA DOS ATOS DE FALA E AS FONTES DO DIREITO: A VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

Cabe-se aprofundar ao tema com a teoria dos atos de fala performativos, em relação ao referencial teórico que será partindo do conceito de fontes do direito. Tal investigação é fundamental à formulação de uma teoria da validade dos atos jurídicos, principalmente na teoria dos fundamentos de validade das normas jurídicas postas no sistema do direito positivo.

O direito positivo é, senão, constituído por palavras. Portanto, a enunciação é a fonte do direito, com isso quer dizer que ao enunciar o agente competente verdadeiramente realiza a ação de criar novos enunciados no sistema do direito positivo.

¹⁰⁴ “[...] a aplicação de uma norma geral a um caso concreto consiste na produção de uma norma individual, na individualização (ou concretização) da norma geral. E, por isso, a função da norma geral a aplicar também pode consistir em determinar o conteúdo da norma individual que é produzida através do ato judicial ou administrativo, da decisão judicial ou da resolução administrativa. As normas gerais a aplicar pelos órgãos jurisdicionais e administrativos têm, portanto, uma dupla função: 1ª – a determinação destes órgãos e do processo a se observar por eles; 2ª - a determinação do conteúdo das normas individuais a produzir neste processo judicial ou administrativo.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 256)

MOUSSALLEM¹⁰⁵ afirma “*que se fazem normas com as palavras*”. E continua: “*o legislar (Poder Legislativo), o julgar (Poder Judiciário), o executar (Poder Executivo) e o contratar (particulares) nada mais são do que ações realizadas mediante o proferição de algumas palavras*”.

Ora, fazer normas com as palavras é usar a linguagem no sentido performativo, como trabalhado no segundo capítulo deste trabalho. Assim sendo, todas as considerações feitas acerca da teoria dos atos de fala, na linguagem ordinária, são aplicadas, resguardadas aos níveis de linguagem, à teoria dos atos de fala criadores dos enunciados do direito positivo.

Enunciar em direito é realizar ato de fala performativo, e, como os atos de fala no sistema do direito positivo servem para fazer normas jurídicas com as palavras, estão condicionadas àquelas condições de felicidades, propostas por SEARLE:

- (1) Uma instituição extralinguística;
- (2) Uma posição especial do falante e, às vezes, do ouvinte dentro da instituição;
- (3) Uma convenção especial de que certas frases literais, de linguagens naturais, sejam consideradas realizações de certas declarações dentro da instituição;
- (4) A intenção do falante, na enunciação dessas frases, de que ele crie um fato correspondente ao conteúdo proposicional.

Entretanto, as condições de felicidade dos atos de fala performativos no direito positivo têm nome específico: denominam-se “*condições de validade*”, as “*condições específicas de felicidades*” de enunciação do ato de fala performativo no sistema do direito positivo.

Qualificar como válido o ato de fala significa dizer que a enunciação obedeceu a todas as condições de felicidade específicas, conseqüentemente, obedeceu a todas as condições de validade para enunciar a criação de novos enunciados no sistema do direito positivo.

Endossando, conforme MOUSSALLEM¹⁰⁶: “*enquanto, na linguagem ordinária, o procedimento para proferir o ato de fala é convencionalmente estipulado, na linguagem do direito positivo, o procedimento é normativamente estipulado*”.

¹⁰⁵ MOUSSALEM. Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 124.

¹⁰⁶ MOUSSALEM. Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 66.

As disposições dos atos de fala deônticos estão prescritas internamente no próprio sistema do direito positivo. E, portanto, as condições de validade (condição específica de felicidade) do ato de fala deôntico são as seguintes:

- (1) Existência de um ordenamento jurídico diretivo da conduta humanas;
- (2) O sujeito de direito habilitado a enunciar deve estar qualificado em uma norma jurídica de competência, conforme descrita no presente trabalho, prevendo, inclusive, a obrigação de observância do enunciado pelos demais sujeitos de direito (sujeição passiva);
- (3) O sujeito de direito competente deve seguir o procedimento juridicamente prescrito para a celebração do ato de enunciação criadora do direito;
- (4) O sujeito de direito competente deve de fato se apropriar da língua e enunciar o ato de fala. Deve haver a enunciação.

Portanto, dizer que o ato de fala criador do direito é válido, significa dizer que a sua enunciação observou as condições de validade do ato de fala deôntico (ou seja, as condições específicas de felicidade do uso performativo da linguagem do direito positivo). Assim, as condições de validade, enquanto condições de felicidades do ato de fala criador de enunciados normativos, assemelham-se aos conceitos de validade proposto por KELSEN¹⁰⁷: *“com a palavra validade designamos a existência específica da norma”*.

No mesmo sentido, GAMA¹⁰⁸:

Quem equipara existência e validade decide descrever o direito sob a perceptiva de quem decide, como se fosse um órgão julgador. O estar no sistema, por si só, já é suficiente para que possa afirmar que a norma é, pelo menos presumivelmente, válida.

Assim, verificar as condições de validade da norma jurídica é, na verdade, averiguar se o ato ejetor da norma enunciada observou as regras que fundamentam a sua validade (normas jurídicas de procedimento e de competência).

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 11.

¹⁰⁸ GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária. São Paulo: Noeses, 2009. p. 87.

Sobre o fundamento de validade das normas jurídicas, destaque-se a lição de PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA¹⁰⁹:

O fundamento para a validade de uma norma nunca é um fato, e sim uma outra norma, uma norma superior. Por seu turno, esta é produzida de acordo com outra norma, que é a norma, que é a norma superior, o que importa em admitir a existência de um sistema hierárquico de normas [...]

Assim, “a enunciação (como performance) é prevista abstratamente nas normas jurídicas (como competence)”. Logo, “as regras para a expedição de normas jurídicas (atos de fala deônticos) são as sobrenormas jurídicas de formação e de transformação do direito positivo. Essas são as regras fundamentadoras do jogo de linguagem do direito positivo”.¹¹⁰

Cumpra-se afirmar que o ato de fala criador de enunciados normativos, tal como espécie da classe dos atos de fala, também pode ser analisado pelos aspectos (i) locucionários, (ii) ilocucionários e (iii) perlocucionários.

Imagine-se o seguinte caso: “A autoridade judicial S’” diz por sentença a S’’: ‘Se S’” causou dano a S’, é obrigatório por S’” o pagamento do valor do dano’”. Portanto, este é o ato locucionário consistente em enunciar algo. A ação que S’” realiza ao dizer ‘Se S’” causou dano a S’, é obrigatório por S’” o pagamento do valor do dano’ é o ato ilocucionário, *in casu*, a ação de ordenar o pagamento. Já o ato perlocucionário consiste no efeito de que o ato de fala de S’” produz em S’” e o faz pagar o valor do dano a S’.

O ato locucionário consiste na própria causação no sistema do direito positivo, ou seja, é a enunciação do ato de fala performativo, criador do enunciado “se S’” causou dano a S’, é obrigatório por S’” o pagamento do valor do dano”; carregará em si a enunciação-enunciada que permite qualificar o ato de fala como válido ou inválido.

Por sua vez, o ato ilocucionário consiste em ordenar. O ato de dizer, no sistema do direito positivo, não declara o estado das coisas, mas verdadeiramente ordena a observância de seus enunciados. Ora, é a força ilocucionária do ato que modaliza a enunciação como *dever-ser*.

¹⁰⁹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Validade, vigência e interpretação..., in: _____. Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem... Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. .p175.

¹¹⁰ MOUSSALEM. Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 66.

No exemplo acima concedido, a expressão conectiva da linguagem natural é o verbo “*ser*”, na lógica, chamado de functor apofântico (descritivo). Mas, em verdade, ao realizar a ação de ordenar, quer-se realizar um *dever-ser*. Assim, quer se enunciar uma norma, cita-se KELSEN¹¹¹: “*com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve-ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira*”.

Sobre a força do ato ilocucionário, vale destacar que saber tal aspecto do ato de fala é, em verdade, saber tratar assuntos do direito como a revogação das leis e a reforma das decisões judiciais, tal como a reforma de uma sentença por um acórdão ou decisão monocrática em recurso de apelação.

O acórdão ou decisão monocrática que reforma a sentença, na verdade, retira a força ilocucionária do ato de fala sentença, e substitui-o pela força ilocucionária do ato de fala acórdão ou decisão monocrática. Esse assunto é tratado pela doutrina processualista como efeito devolutivo dos recursos e substituição da decisão recorrida por prolatada, pelo órgão judicial superior.

Alegam os ensinamento de FLÁVIO CHEIM JORGE¹¹²:

De fato, segundo pensamos, rigorosamente, o único efeito – em sentido técnico- que pode ser atribuído aos recursos é o efeito devolutivo, justamente aquele que proporciona novamente o conhecimento da matéria impugnada. Todos os demais recursos ou são decorrências naturais do efeito devolutivo ou consequências de uma nova fase processual, a denominada recursal.

[...]

A substituição da decisão recorrida pela decisão do recurso não é uma consequência natural de seu conteúdo, mas tão somente uma repercussão indissociável do efeito devolutivo, o qual permite o reexame e, conseqüentemente, a sobre posição de uma decisão sobre outra.

Intuitivamente, o citado professor capixaba fala de sobreposição de decisões, que, traduzindo para a teoria dos atos de fala, quer significar substituição da força ilocucionária dos atos de fala. A decisão por um órgão superior retira a força ilocucionária do ato de fala enunciado pela autoridade inferior. Já o ato perlocucionário diz respeito à eficácia das normas jurídicas. É um aspecto extrajurídico que consiste na eficácia (cumprimento) das normas jurídicas.

¹¹¹ KELSEN, Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 5.

¹¹² JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 273-274.

Neste sentido, descreve MOUSSALLEM¹¹³:

O próprio aspecto perlocucionário do ato de fala deôntico [...] somente tem relevância jurídica no interior de outro ato de fala deôntico. Por exemplo, o significado jurídico de “pagamento” para o direito não é o simples “entregar dinheiro aos cofres públicos”, mas, sim, expedir outro ato de fala: o recibo. Não se pode afirmar que houve pagamento, em sentido jurídico, se inexistir recibo. Juridicamente não há pagamento sem recibo (ato de fala).

Em definitivo, não há efeito perlocucionário juridicamente relevante que não seja colhido por ato locucionário, muito embora a linguagem do direito positivo atue como elemento fundamental no condicionamento da conduta com caráter perlocucionário extrajurídico.

Pelo exemplo concedido, o inadimplemento do pagamento de S” somente tem pertinência no direito em outro ato de fala expedido pela autoridade que diga “Se não houve no prazo de 15 (quinze) contados da publicação do ato de fala antecessor deve ser a aplicação da pena de multa processual no percentual de 10% (dez por cento) sob o valor da indenização e a expedição de mandado de execução forçada.”.

Tais constatações serão fundamentais na compressão dos atos de falas expedidos pelas autoridades judiciais, bem como para a contextualização do momento processual, que a autoridade judicial poderá utilizar a “jurisprudência” como fundamento de validade da sua decisão.

4.5 A ANÁLISE DO DISCURSO NORMATIVO E O FUNDAMENTO DE VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM¹¹⁴ afirma que “a teoria dos atos de fala aliada aos elementos da análise do discurso enseja novo paradigma para o estudo das ‘fontes do direito’ [...]”. Ora, “a existência de atos de fala pressupõe, sem rebuscos, a execução de decisões que os produzem”. E, portanto, “não há que se confundir o ato de fala deôntico com o seu respectivo ato de produção”.

¹¹³ MOUSSALEM. Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 72.

¹¹⁴ MOUSSALEM. Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 74.

Para tanto, observem os seguintes enunciados postos no documento normativo:

LEI Nº 12.590, DE 9 DE JANEIRO DE 2012.

Altera a Lei no 8.313, de 23 de dezembro de 1991 – Lei Rouanet – para reconhecer a música gospel e os eventos a ela relacionados como manifestação cultural.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei no 8.313, de 23 de dezembro de 1991, que restabelece princípios da Lei no 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC) e dá outras providências, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 31-A:

“Art. 31-A. Para os efeitos desta Lei, ficam reconhecidos como manifestação cultural a música gospel e os eventos a ela relacionados, exceto aqueles promovidos por igrejas.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de janeiro de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF

O documento normativo é o suporte físico composto pelos vários enunciados. São as marcas de tinta no papel que constroem o corpo do texto do sistema do direito positivo. Como já mencionado no presente trabalho, como em todo corpo de texto, é possível identificar as duas espécies de enunciados (a enunciação-enunciada e o enunciado-enunciado).

A enunciação-enunciada é aquela parcela dos enunciados que remetem às instâncias da enunciação, tais como, a pessoa, o espaço, o tempo e o procedimento de enunciação. Portanto, a enunciação enunciada remete aos “*dêiticos do processo de produção normativa*”¹¹⁵.

No presente exemplo, a parcela de enunciação-enunciada está representada pela expressão “*Lei nº 12.590, de 9 de janeiro de 2012.*” até “[...] *decreto e sanciono a seguinte Lei:*”, e, a parte “*Brasília, 9 de janeiro de 2012, [...]*” até a assinatura da “*Presidente da República*”.

Os enunciados-enunciados são a parcela do texto que não carregam das marcas da enunciação. São, portanto, os enunciados que se querem informar/comunicar. Logo, são os artigos, os parágrafos, os incisos e as alíneas do texto normativo.

¹¹⁵ MOUSSALEM. Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 75.

No presente caso, os enunciados-enunciados estão representados pelas expressões “*art. 1º - A Lei no 8.313, de 23 de dezembro de 1991, que restabelece princípios da Lei no 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC) e dá outras providências, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 31-A:*” até “*Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*”.

Como já dito, a enunciação é a fonte do direito e, portanto, é incognoscível aos homens pelas marcas deixadas no texto pela enunciação-enunciada. Neste contexto, a observância das normas que regulam as condições de validade (condições de felicidade específica) do ato de fala criador do direito positivo somente é verificável pela análise da enunciação-enunciada.

Sobre o assunto, arremata MOUSSALLEM¹¹⁶:

[...] a enunciação-enunciada, localizada dentro do direito positivo, permite a reconstrução da enunciação (situada fora do direito positivo) por meio das categorias pessoa, espaço, tempo e procedimento estampados no documento normativo. Na enunciação-enunciada está o produto do efetivo exercício da competência e do procedimento, circunscritos a um tempo e a um espaço determinados. Esses quatro elementos são previstos em outras normas do próprio direito positivo e são denominados “fundamentos de validade” (condições de validade). Ao cotejar o fundamento de validade com a enunciação-enunciada, o direito positivo controla a regularidade de norma produzida.

Em suma, a teoria dos atos de fala, bem como a teoria da análise do discurso, permite mudar o paradigma teórico sobre as fontes do direito, tal como perceber pelo cotejo da enunciação-enunciada e das normas “fundamento de validade”, se o ato de fala criador do direito positivo é perfeito (válido).

¹¹⁶ MOUSSALEM. Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005. p. 82.

5 A DECISÃO JUDICIAL: O CICLO DE POSITIVAÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO E AS NORMAS DO PROCESSO CIVIL

Em percurso de descrição do sistema do direito positivo, impera ainda conceituar “*decisão judicial*” para desenvolver o tema proposto no título acima. Para tanto, é mister contextualizar primeiro aquilo que se convencionou chamar de “*Funções do Estado*”, fixar a diferenciação das competências e procedimentos destas “*Funções do Estado*” no processo de positivação do direito, bem como a estruturação da relação jurídica processual.

5.1 AS FUNÇÕES DO ESTADO: A REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS COMPETÊNCIAS E DOS PROCEDIMENTOS DOS ÓRGÃOS DO ESTADO

Os cientistas do direito corriqueiramente confundem sua abordagem sobre seu objeto de estudo, o direito positivo, e encampam *princípios de organização política*, originados na ciência política, em seu discurso jurídico científico para classificar as funções do Estado em *i) Legislativa*, *ii) Executiva* e *iii) Jurisdicional*.

Entretanto, tal classificação não é útil ao compreender o Estado como a própria ordem jurídica do território. Ora, o velho embate científico entre a ciência política e a ciência do direito, resumido na questão: “se foi o Estado quem criou o Direito ou se foi o Direito quem criou o Estado”, é estéril quando se compreende o Estado como a própria ordem jurídica, na qual são criados procedimentos e competências para a criação de novos enunciados normativos.

Sob este prisma, o Estado sempre terá como função a aplicação de normas para a criação de novos enunciados jurídicos. Portanto, as denominadas funções estatais pela ciência política devem ser compreendidas dentro do jogo da autorreferência do sistema do direito positivo como competências e procedimentos para os sujeitos de direito público, aplicando normas jurídicas para criar novos enunciados normativos.

Não são outras, a lição e crítica de KELSEN¹¹⁷:

O conceito de “separação de poderes” designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos. Como vimos, não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito, e essas funções são infra e supraordenadas. Além disso, não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação de Direito – subjacente ao dualismo de poder legislativo e executivo (no sentido amplo) – tem apenas um caráter relativo, a maioria dos atos do Estado sendo, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores de Direito. É impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções.

O Estado (por seus entes federados) assume o caráter de pessoa de direito público, e, portanto, incluída no jogo de linguagem do sistema do direito positivo¹¹⁸. Assim, o Estado deve prescrever a conduta humana também pela enunciação de enunciados normativos, observando as condições de validade do direito positivo (lastreado nas normas de estrutura hierarquicamente superiores às suas normas de competências).

Nesta esteira, os sujeitos de direitos público, que ocupam o antecedente das *normas jurídicas de estrutura de competência*, assumem a condição de *órgãos do Estado*, e, assim, estão autorizados pelo sistema do direito positivo para praticar os atos de fala criadores de enunciados normativos:

O Estado atua apenas através de seus órgãos. Esta verdade, muitas vezes expressa e aceita, significa que a ordem jurídica pode ser criada e aplicada apenas por indivíduos designados pela própria ordem. Não basta que a ordem jurídica declare em termos gerais quais são os indivíduos qualificados para executar essas funções. A ordem também deve estabelecer um procedimento por qual um indivíduo particular se torne órgão.¹¹⁹

Não basta indicar quais indivíduos têm a competência para praticar atos de fala criadores dos enunciados do sistema do direito positivo, o ordenamento jurídico deve prescrever também o procedimento que será observado por esses órgãos no exercício dessas competências.

¹¹⁷ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.384.

¹¹⁸ Sobre os entes federados serem pessoas de direitos impera destacar a organização político-administrativa prescrita no artigo 18, da CF: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

¹¹⁹ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 280

Em tempo, é a Constituição Federal quem outorga aos órgãos estatais competências e procedimentos distintos para a aplicação das normas jurídicas de estruturas para a criação de novos enunciados normativos. A antiga classificação das funções do Estado realizada pelas ciências políticas (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário), verdadeiramente, diz respeito à distribuição constitucional de competências e procedimentos para criar novos enunciados normativos.

Especificamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a distribuição de competência e procedimento entre os órgãos do Estado, está prescrita no artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º, CRFB/88).

É nesta distribuição de competências e procedimentos para criar os enunciados normativos que os órgãos do Estado adquirem alguma distinção: as competências e procedimentos não se confundem, entretanto, as funções de aplicar as normas jurídicas de estrutura para a criação de novos enunciados normativos são idênticas em todos os órgãos do Estado.

5.2 O CICLO DE POSITIVAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Como ressaltado no tópico acima, as denominadas funções do estado tratam-se, na verdade, da distribuição constitucional de competências e procedimentos aos órgãos do Estado, no papel de criar novos enunciados normativos. Enfatiza-se KELSEN¹²⁰: “a doutrina dos três poderes do Estado é – em termos jurídicos – a doutrina dos diferentes estágios da criação e da aplicação da ordem jurídica nacional”.

A conceituação das funções estatais como “diferentes estágios da criação e da aplicação da ordem jurídica” exige, antes de adentrar-se à classificação constitucional das competências, falar sobre aquilo que se acordou em chamar de “ciclo de positivação das normas jurídicas”.

À reboque, é valoroso observar que a teoria das fontes do direito e a teoria da autorreferência do sistema do direito positivo estão intimamente ligadas ao “ciclo de positivação das normas

¹²⁰ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 369.

jurídicas”. Ora, a enunciação dá-se pela aplicação das normas “fundamentos de validade” (condições de felicidade do ato de fala de criação do direito positivo), mantendo, portanto, a autorreferência do sistema do direito positivo.

Vale destacar a lição de KELSEN¹²¹:

A relação entre a norma que regula a produção de uma outra norma e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra/infraordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade da uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez é determinada por outra [...].

Nos sistemas do direito positivo, a Constituição dos Estados representa o escalão mais elevado. É a Constituição que regulamenta as competências e os procedimentos para a criação de todos os demais enunciados normativos. Logo, prescreve o momento de atuação das competências outorgadas aos órgãos estatais.

Tomando-se como referência a República Federativa do Brasil, é a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, quem regula as competências e os procedimentos para as autoridades prescreverem novos enunciados normativos.

Por exemplo: a Constituição Federal prescreve a competência de a União realizar ato de fala performativo pelo procedimento de lei no sentido de enunciar enunciados prescritivos que regulam as relações civis/particulares (inciso I, do artigo 22, da CRFB/88¹²²). O Código Civil, de 2002, prescreve a competência de os particulares realizarem atos de fala performativos pelo procedimento contratual no sentido de enunciar enunciados prescritivos que regulam o negócio jurídico de compra e venda (artigo 104, do Código Civil/2002¹²³). O contrato de compra e venda, celebrado por dois particulares quaisquer, prescreve a competência de credor (sujeito ativo detentor do direito subjetivo) em realizar os atos de fala performativos pelo

¹²¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 247.

¹²² “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

¹²³ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

procedimento de recibo¹²⁴, no sentido de enunciar enunciados prescritivos que regulam a quitação (extinção) do negócio jurídico de compra e venda.

A estrutura escalonada entre os textos normativos dar-se-ia da seguinte forma: Constituição Federal – Código Civil – Contrato – Recibo. A validade de todos estes textos jurídicos pressupõe que os respectivos atos de enunciação criadora foram realizados conforme as regras que fundamentam cada qual a sua validade.

Não é demasiado advertir que, em todas as etapas de positivação, os enunciados podem ser controlados pela deflagração da norma secundária. Acaso as relações jurídicas, formadas nos consequentes normativos das normas de condutas ou das normas de estrutura, não sejam obedecidas, pode haver a correição do sistema do direito positivo pela aplicação da norma secundária (sanção).

Assim, a norma sancionatória tem a força ilocucionária para ordenar a deflagração da competência jurisdicional para a correição do ilícito constatado no antecedente da norma secundária, seja para obrigar o cumprimento da relação objetivada na norma primária de conduta ou para o soçobro da força ilocucionária do enunciado normativo que não observou as condições de validade prescritas nas suas regras de estrutura.

Tais exemplificações demonstram o exercício de várias competências para a enunciação dos mais variados enunciados normativos; tais enunciados normativos serão utilizados pelos agentes competentes na construção das normas jurídicas. Portanto, o exercício destas competências consiste na aplicação das normas jurídicas de estrutura que fundamentam a validade das normas jurídicas enunciadas no sistema do direito positivo.

Ao próximo tópico, cuidar-se-á de distinguir tal distribuição de competência, para mais adiante classificar a função jurisdicional e poder determinar a regra que regula o exercício da competência jurisdicional.

¹²⁴ “Art. 319. O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada.”

5.3 A DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS ESTADO BRASILEIRO: A NORMA SANCIONATÓRIA COMO PRESSUPOSTO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

É justamente nos estágios de aplicação que se distinguem as competências constitucionais para a criação de novos enunciados jurídicos. Nesta esteira, podem-se distinguir as demais competências constitucionais da *competência jurisdicional*.

Como afirmado, é a Constituição Federal quem programa as diferenças nas competências dos *legisladores* (sujeitos que realizam a hipótese da regra de *competência legislativa*), em relação aos *juízes* (sujeito que realizam a hipótese da regra de *competência jurisdicional*). São atuações em momentos distintos dentro do mesmo sistema de direito positivo.

Destarte, constitucionalmente é o legislador quem faz a intersecção do sistema político com o sistema jurídico ao aplicar as regras constitucionais de competência para o processo legislativo; o legislador traduz o jogo de linguagem do sistema político para o jogo de linguagem do sistema jurídico:

Os sistemas funcionalmente diferenciados, como a política e o direito, mantêm conexões altamente seletivas com seus respectivos ambientes. Isso não significa que o ambiente político ou econômico determine as estruturas ou as operações do sistema jurídico. Mas significa, isto sim, que o sistema jurídico (assim como os demais sistemas) possui uma forma específica para pressupor a situação e as mudanças em seu ambiente e coligar às suas operações internas. Essa forma chama-se de acoplamento estrutural. Nas suas operações cotidianas o sistema jurídico não observa seu acoplamento estrutural ao sistema político.¹²⁵

Por exemplo, cabe aos legisladores deliberarem sobre do prazo de contestação a ser fixado no Código de Processo Civil. É a deliberação no sistema político que decidirá se o prazo de 15 (quinze) dias é suficiente ou se o início do prazo “deve-ser” contado da efetiva citação ou da juntada do mandato citatório nos autos.

Entretanto, o legislador no exercício constitucional de sua competência legislativa para deliberar sobre as regras processuais civis ¹²⁶ - mesmo que estejam no exercício do jogo

¹²⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo, 2002. p. 95-96.

¹²⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

político -, deve observar os preceitos constitucionais do sistema do direito positivo como a garantia individual ao contraditório e a ampla defesa¹²⁷.

Pode o Congresso Nacional, e não outro parlamento, deliberar sobre a redução ou o aumento do prazo para a apresentação da contestação pelo réu, pode ainda rediscutir se a contagem do prazo para contestar a ação a partir da juntada do mandato citatório é demasiadamente protecionista ao réu, utilizando-se de argumentos de justiça e economicidade. Contudo, ao prescrever internamente no sistema do direito positivo pelo processo legislativo, deve-se fazer tais deliberações observando as limitações constitucionais à sua competência.

Refletindo os termos contidos nos conceitos postos ao intento deste percurso discursivo, o ato de deliberação é a *enunciação* da vontade dos legisladores em modificar o prazo processual civil (que se perde no tempo e no espaço); o texto enunciado “Código de Processo Civil” (produto do ato de enunciação), que carrega as marcas da *enunciação-enunciada* (referência às condições de validade prescritas no inciso I, do artigo 22, da CRFB/88) e o *enunciado-enunciado* (aquilo que de fato se quis dizer); no exemplo, o enunciado novo que retira a força ilocucionária do texto antigo, comunicando à modificação no prazo processual ou à sistemática da sua contagem.

Já os *juízes* atuam em momento completamente distinto dos *legisladores*. O momento de atuação da competência jurisdicional pressupõe o exercício das outras competências normativas – por exemplo, as competências legislativas, executivas ou particulares:

Legislador e juiz enfatizam aspectos, técnicas, programas e etapas do processo decisório completamente distintas. Enquanto o legislador (e também o administrador) controla sua própria agenda decisória, tem iniciativa na constituição dessa agenda e seleciona os temas sobre os quais deseja decidir, o juiz não tem nenhum controle sobre as causas que têm acesso ao Judiciário (e, como condição básica da sua imparcialidade, não pode ter nenhuma iniciativa na proposição de casos judiciais e nem selecionar os temas submetidos à sua apreciação).¹²⁸

¹²⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹²⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo, 2002.

Assim, os objetos da competência legislativa e jurisdicional (ou seja, a matéria que podem ser tratadas) são completamente diversos. A competência legislativa pressupõe somente as regras constitucionais, ao passo que a competência jurisdicional pressupõe o exercício das demais competências, uma vez que como discutiremos mais adiante se presta a correção do sistema do direito positivo.

Regressando às balizas do exemplo proposto, não há que se negar que, depois de posto no sistema do direito positivo, pela competência legislativa, o prazo processual civil para contestar a ação será de 15 (quinze) dias, contados da juntada do último mandado de citação nos autos, não cabe à competência jurisdicional rediscutir esta matéria¹²⁹.

A competência jurisdicional atua em momento posterior à competência legislativa, portanto, tem como limitação os enunciados normativos postos pela competência legislativa, registrando fundamento de validade da sua atuação também nas normas insculpidas pela competência legislativa.

Conforme ADEODATO¹³⁰:

Enquanto o procedimento de aplicação do direito – o judicial – encara as normas jurídicas como fatos efetivamente postos e já constituídos que precisam simplesmente se descobertos e interpretados, os procedimentos legislativos veem as normas e as condutas decorrentes como finalidades a serem atingidas. Dito de outra forma, o procedimento judiciário tem ponto de partida e desenvolvimento muito mais dogmáticos ou, nas palavras de Luhmann, de complexidade muito mais reduzida.

Faz-se uma advertência quanto à competência jurisdicional voltada ao controle de constitucionalidade: tal competência tem arrimo direto nos enunciados constitucionais, entretanto, seu exercício é deflagrado com o sentido de correção do ato ilícito legislativo, no caso da inconstitucionalidade, um transvio no conseqüente da regra de competência legislativa ou de procedimento legislativo. Diz-se ilicitude somente com relação às regras de

¹²⁹ Sobre o prazo para contestar, citem-se os seguintes artigos do Código de Processo Civil: “Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.” e “Art. 241. Começa a correr o prazo: [...] II - quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido;”

¹³⁰ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 93.

estrutura, pois, como já estabelecido no presente trabalho, o conseqüente da norma de competência designa também pelo seu objeto, e assim, a matéria a ser anunciada.

Nesta toada, a *competência jurisdicional* tem como escopo o exercício das normas de sanção para coibir a prática de uma conduta ilícita ou para expurgar do sistema uma norma posta por uma conduta ilícita:

A função [órgão] judiciária consiste, essencialmente, em dois atos. Em cada caso concreto, 1) o tribunal estabelece a presença do fato qualificado como delito civil ou criminal [ato ilícito] por uma norma geral a ser aplicada ao caso dado; e 2) o tribunal ordena uma sanção civil ou criminal concreta estipulada de modo geral na norma a ser aplicada. O processo judiciário [jurisdicional] geralmente tem a forma de uma controvérsia entre duas partes. Uma parte afirma que a lei foi violada pela outra parte, ou que a outra parte é responsável por uma violação da lei cometida por outro indivíduo, e a outra parte nega que seja esse o caso. A decisão judiciária é a decisão de uma controvérsia. [...] O ponto decisivo é o de que as obrigações e os direitos das partes são determinados estabelecendo-se que um delito [ilícito] foi cometido e ordenando-se uma sanção.¹³¹

Assim, pode-se marcar, como distinção entre as competências legislativa e jurisdicional, o momento no ciclo de positivação do sistema do direito positivo em que podem atuar. Enquanto a competência legislativa atua na criação de enunciados, pressupondo somente o texto constitucional, a competência jurisdicional pressupõe, além dos enunciados da Constituição Federal, o exercício de outras competências, atuando para a correção do sistema do direito positivo.

Não é outra, a lição de MOUSSALLEM¹³²:

[...] a aplicação de normas de produção normativa torna possível a aplicação de uma norma de conduta ou de uma norma de revisão sistêmica (por exemplo: norma revogatória). As normas de produção normativa, por estabelecerem as regras do jogo no processo de positivação do direito, fazem com que o homem (agente competente) aproxime a linguagem do direito positivo da linguagem da realidade social, dando por resultado a linguagem da facticidade jurídica.

Nada impede, porém, que só haja aplicação de normas de produção normativa, como é o caso do processo legislativo. Não há norma de conduta ou norma de revisão sistêmica a aplica. Aplicam-se tão somente normas de produção normativa que regulam o jogo do processo legislativo.

¹³¹ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.391.

¹³² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. p. 94.

Por tal motivo, não foi elegido, como critério de classificação das competências do Estado, o produto resultante do ato de aplicação da norma de competência, ou seja, se os enunciados ejetados no sistema do direito positivo criam regras abstratas, gerais, concretas ou individuais.

É evidente que na própria Constituição Federal pairam exemplos mais diversos sobre o tema, e, é possível encontrar distribuição de competências para que as pessoas de direito criem os mais diversos tipos de enunciados. Portanto, enunciarem proposições normativas abstratas, gerais, concretas ou individuais. Como exemplo, a competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário, cria os enunciados normativos denominados de “*súmulas com efeitos vinculantes*”, que a partir dessa competência jurisdicional criarão normas abstratas e gerais no sistema do direito positivo.¹³³

Será tratado especificamente sobre a “*súmula com efeitos vinculantes*” no próximo capítulo, justamente para fazer um estudo comparado com a regra do artigo 557, do Código de Processo Civil. Por hora, basta verificar que a competência jurisdicional atribui poder ao Supremo Tribunal Federal para criar enunciados de ‘súmulas vinculantes’ que servirão na construção de normas abstratas e gerais, entretanto, observando que o ciclo de positivação o exercício de tal competência é oriundo da aplicação de uma norma sancionatória.

Colocadas estas considerações, prossegue-se para a análise da norma que obriga o exercício da competência jurisdicional e, assim, responsabiliza o agente competente no caso de inércia ou aplicação errada da competência jurisdicional.

133 Sobre as chamadas ‘súmulas vinculantes’ destaque-se os enunciados constitucionais: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

5.4 A NORMA QUE OBRIGA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Cuidada a demonstração da estrutura sintática da norma de competência, bem como a explanação de como funcionam os atos de fala criadores do direito positivo, o presente capítulo discorre, até aqui, sobre a diferença entre as competências legislativas e as competências jurisdicionais, sobrelevando que a competência jurisdicional é deflagrada para a aplicação da correição do sistema do direito positivo.

Então, a competência jurisdicional presta-se à correição do sistema do direito positivo pela aplicação da sanção para a correição de um eventual transvio dos consequentes das normas de condutas, de competências ou de procedimento.

Para garantir manutenção do sistema do direito positivo, deve haver prescrições normativas, com a imposição de competências e procedimentos, no sentido de algum sujeito de direito possa enunciar ato de fala com força ilocucionária de ordenar a correição do próprio sistema do direito positivo.

A competência jurisdicional representa uma parcela das regras de julgamento do sistema do direito positivo, pois trata-se da outorga de poder para corrigir eventual transvio das relações jurídicas constituídas no consequente normativo das regras jurídicas primárias (de condutas, de competências ou de procedimento) no sentido de manter a unidade e a autorreferência do sistema do direito positivo.

Neste ínterim, a unidade e a autorreferência do sistema do direito positivo são mantidas justamente na medida em que o próprio sistema do direito positivo prescreve internamente regras de estrutura de julgamento para a correição das relações jurídicas prescritas no consequente das nas regras primárias (de condutas, de competências ou de procedimento).

As normas jurídicas de estrutura de julgamento conferem força ilocucionária para ordenar a expulsão dos enunciados normativos, e, portanto, das proposições normativas, formulados em desconformidade com o próprio sistema do direito positivo.

Destarte, pode-se dizer que, acaso seja identificada a ocorrência de um ato ilícito, o sistema do direito positivo deve operar pelas regras de estrutura de julgamento para a correção do próprio sistema, sob pena de corromper sua própria estrutura interna.

É característica das competências jurisdicionais terem a obrigatoriedade no seu exercício, pois, sem a obrigatoriedade no exercício (o chamado “*non liquet*”), o sistema ratifica sua violação, e, deste modo, deixa de ser um sistema, pois perde a sua unidade e autorreferência.

A proibição de denegação de justiça força a operatividade interna do sistema jurídico. Decidir entre o lícito e o ilícito é o mesmo que garantir, a longo do tempo, um mecanismo de tratamento das expectativas fraudadas pelos fatos e mantidas pelo direito: as expectativas normativas.¹³⁴

Especificamente na ordem jurídica da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988, tais afirmações são suportadas pelo enunciado normativo do inciso XXXV, do artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O referido enunciado constitucional, além de prescrever a norma de estrutura de julgamento, que concede poder aos integrantes do órgão estatal ‘Poder Judiciário’ para a aplicação da sanção, no sentido de correção dos atos ilícitos, prescreve também a regra que regula o exercício da competência jurisdicional. Diferentemente das normas de estrutura de alteração do sistema, em especial as competências legislativas, as normas de estrutura de julgamento devem contar com o seu exercício obrigatório.

Isto quer dizer que, se os sujeitos de direito do ‘Poder Judiciário’ conhecerem¹³⁵ a prática de atos ilícitos, não poderão declinar de sua competência ou permanecer inertes. A norma de estrutura de competência jurisdicional tem seu exercício obrigatório.

¹³⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.82.

¹³⁵ Usamos o verbo ‘conhecer’ pois entendemos que a inércia não é uma característica de todas as normas de competência jurisdicional, mas, sim uma característica das normas de competência positivadas nos sistemas de direito positivo republicanos. Em verdade, importa que o sujeito de direito competente seja informado do ilícito,

As sanções para o não exercício obrigatório podem ser as mais diversas possíveis, a depender do próprio ordenamento jurídico, tais como avocação da competência para conhecer e julgar as causas, responsabilização pessoal do agente competente pelos danos causados pelo não exercício de sua competência ou mesmo por penas administrativas, tais como a suspensão ou expulsão do sujeito de direito da carreira da magistratura.

Estas constatações são fundamentais à compreensão da norma jurídica de estrutura de julgamento, insculpida no artigo 557, do Código de Processo Civil, justamente para a fixação da obrigatoriedade do julgador em aplicar este comando em suas decisões judiciais.

5.5 CONCEITO DE DECISÃO JUDICIAL NA TEORIA DA ANÁLISE DO DISCURSO E NA TEORIA DOS ATOS DE FALA

Com arreio nas premissas colocadas sobre a teoria da análise do discurso, o conceito de “*decisão judicial*” é plurissignificativo, sendo admitidos os seguintes conceitos: i) *decisão-judicial-enunciação*, ato locucionário realizado pelo sujeito competente, conforme a hipótese da norma de competência jurisdicional; ii) *decisão-judicial-enunciação-enunciada*, produto da enunciação realizada pelo sujeito competente, conforme a hipótese da norma de competência jurisdicional que carrega as marcas que informam os indício da enunciação (apontam fundamento de validade); iii) *decisão-judicial-enunciado-enunciado*, produto da enunciação realizada pelo sujeito competente, constante na hipótese da norma de competência jurisdicional (aquilo que se decidiu).

A *decisão-judicial-enunciação* é ato fático incognoscível aos sujeitos de direito. É o processo de enunciação no qual o agente competente apropria-se das regras de estrutura da competência e do procedimento jurisdicional no sentido de enunciar novos enunciados no sistema do direito positivo.

seja pelas partes seja pela atuação ‘*ex-officio*’. Conforme J. E. Carreira Alvim, o próprio ordenamento jurídico brasileiro prescreve exceções a inércia jurisdicional, como por exemplo “[...] no âmbito da Justiça do Trabalho, em que o juiz pode *ex officio* determinar o cumprimento da sentença favorável ao reclamante; no processo civil, em que pode converter pedido de recuperação judicial da empresa em falência; e no processo penal em que pode conceder *habeas corpus de ofício*.”. (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 42.)

A *decisão-judicial-enunciação-enunciada* são as marcas da enunciação deixadas no texto normativo produzido pela apropriação das regras de estrutura da competência e do procedimento jurisdicional. Assim, permitem controle da validade dos enunciados postos. São, portanto, as marcas no texto que definem os actantes comunicativos como as palavras que designam o veículo introdutor (por exemplo, “despacho”, “decisão interlocutória” e “sentença”), as palavras que designam os sujeitos competentes (cite-se, como exemplo: “Juizado de direito da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual de Vitória”), local e data (por exemplo: “Vitória/ES, 17 de dezembro de 2011”).

Já *decisão-judicial-enunciado-enunciado* é aquela parte do texto normativo que materialmente se decidiu pelo exercício da competência jurisdicional. É a parcela do texto normativo que não carrega as marcas da enunciação-enunciada, tem o sentido de comunicar aquilo que foi decidido. Igualmente, as decisões judiciais por serem atos de fala performativos do direito positivo, também podem ser analisadas sob a teoria dos atos de fala. Logo, pode ser analisada, também, sobre os aspectos locucionário, ilocucionário e perlocucionário.

O ato de fala locucionário da decisão judicial consiste no dizer realizado pela autoridade competente conforme a hipótese normativa da regra de estrutura de julgamento jurisdicional. É o ato de enunciação realizado pela autoridade que tem por sentido colocar um enunciado de observância obrigatória no sistema do direito positivo.

O ato de fala ilocucionário da decisão judicial consiste em ordenar o impulso do próprio processo jurisdicional (por exemplo, as decisões interlocutórias que determinam a produção de provas) ou ordenar a correção do sistema (a própria relação jurídica das regras jurídicas da competência jurisdicional).

O aspecto perlocucionário da decisão judicial consiste naquilo que ocasiona no sujeito passivo da ordem. Pode-se citar, por exemplo, o cumprimento da decisão que manda contestar a ação ordinária, prevista no código de processo civil. Entretanto, tal diz respeito à eficácia das normas jurídicas, importando ao sistema do direito positivo somente se constatado por outra norma, e, então, com a atribuição de outra força ilocucionária. No exemplo, a norma que constata a revelia e determina o seguimento do feito sem a produção de novas provas.

5.6 O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL, FORMAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E DA RELAÇÃO JURÍDICA RECURSAL NO SUBSISTEMA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

5.6.1 Jurisdição, ação e processo civil

Fixa-se, até a presente altura, que ao constatar-se o ato ilícito o exercício da competência jurisdicional é obrigatório pela autoridade competente, devendo a autoridade competente enunciar ato de fala com a força ilocucionária de corrigir o ilícito.

Ocorre que, no subsistema de direito positivo processual brasileiro, estão positivadas regras específicas necessárias a essa constatação do ato ilícito para a deflagração do exercício da competência jurisdicional. Em outras palavras, a Constituição Federal, de 1988, e o Código de Processo Civil vigente, prescrevem no subsistema de direito positivo processual brasileiro quem e como será constatado o ato ilícito e quem e como será impulsionado o exercício obrigatório da competência jurisdicional para a correção do sistema do direito positivo.

CONRADO¹³⁶ descreve o subsistema de direito positivo processual brasileiro:

Por força de sua raiz constitucional (art. 5º. Inciso XXXV), o dever jurisdicional e o dever de ação são tomados de feição eminentemente abstrata, não se efetivando no plano da concretude senão quando um dos sujeitos de direito envolvidos n conflito que se quer compor provoca o Estado-juiz – titular, como dito, do dever de prestar a jurisdição.

E assim é porque, sendo inerte, o Estado-juiz não age salvo quando provocado – repise-se, nesse ponto, que a função jurisdicional, tendente que é à composição de conflitos de interesses, tem como premissa um fator essencialmente negativo, um desvalor (a afirmação de um conflito de interesses), cuja pressuposição, em regra geral, é vedada; daí, precisamente, a razão pela qual o exercício da função jurisdicional encontra-se condicionado a uma atuação de caráter provocativo, tendencioso a constituir uma situação que é insusceptível de ser presumida, vale dizer, o estado de conflituosidade.

¹³⁶ CONRADO, Paulo Cesar. Processo tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2004.p.36

Ora, o exercício da competência jurisdicional, como já dito, pressupõe o exercício das outras competências (v.g. legislativa, administrativa ou particular), e, ainda mais, pressupõe a constatação da ocorrência de um ato ilícito que deva ser reparado.

O ato ilícito, também já posto, é o antecedente da norma sancionatória. E, corresponde, portanto, à violação de qualquer dos aspectos do conseqüente da norma primária de conduta, de competência ou de procedimento.

Calha observar que o sujeito ativo da regra secundária não será necessariamente o sujeito ativo da regra primária de conduta, de competência ou de procedimento. É por isso que o devedor da norma primária, detentor do dever jurídico de pagar, tem, por exemplo, direito subjetivo de propor a ação de consignação em pagamento justamente por ter sido violado o dever jurídico de pagamento da norma jurídica primária de conduta.

No subsistema de direito positivo processual brasileiro, o conhecimento da ocorrência do ato ilícito é levado à autoridade competente jurisdicional pelos sujeitos de direito constantes do conseqüente da norma jurídica primária (legitimação ordinária) ou por quaisquer outros designados pelo próprio sistema do direito positivo (legitimação extraordinária). Como propõem as disposições dos artigos 2 e 262, Código de Processo Civil:

Art.2. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

E mais, a constatação do ato ilícito deve, como qualquer outro ato jurídico, ingressar no sistema do direito positivo conforme as suas regras próprias: no subsistema do direito processual civil, a constatação do ilícito dá-se pela *petição inicial*, conforme as regras insculpidas no inciso I, do artigo 39 e dos artigos 282, 283 e 295, todos do Código de Processo Civil¹³⁷.

¹³⁷ “Art. 39. Compete ao advogado, ou à parte quando postular em causa própria: I - declarar, na petição inicial ou na contestação, o endereço em que receberá intimação;”

“Art. 282. A petição inicial indicará: I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o

Petição inicial [...] acaba se revelando, conceptualmente, como um modelo de ato processual [...] cuja função é instrumentalizar o exercício do dever e do direito de ação, retirando o Estado-juiz da sua posição de inércia (aspecto finalístico). Nessa linha, desponta tal ato, como condição necessária ao exercício do dever jurisdicional (e do correlato direito de ação).¹³⁸

Portanto, o *direito de ação* trata-se justamente do direito subjetivo correlato do dever jurídico de *prestação da competência jurisdicional*, proveniente da relação jurídica que se forma no consequente da norma jurídica secundária (sancionatória). Verdadeiramente, ao exercer o direito de ação, o sujeito de direito obriga o exercício da competência por parte da autoridade constante jurisdicional. E o direito de ação trata-se do direito subjetivo constante do consequente da norma jurídica que regula o exercício da competência jurisdicional.

Não é demasiado ressaltar que, depois de levado o ato ilícito ao conhecimento da autoridade jurisdicional (exercício do direito de ação), conforme observância dos requisitos próprios ordenamento jurídico, o exercício da competência é obrigatório (inciso XXXV, do artigo 5º. Da CRFB/88), e, por isso, consta prescrito na segunda parte do artigo 262, do CPC, o desenvolvimento do procedimento jurisdicional pelo impulso oficial.

Igualmente, é cabível dizer que os requisitos formais da enunciação do ato jurídico processual *petição inicial* deve observar aquilo que a doutrina processualista convencionou denominar “*pressupostos processuais*” e “*condições da ação*”, que nada mais são que as condições de validade do *ato jurídico petição inicial*.

Ora, as regras insculpidas no inciso I, do artigo 39 e dos artigos 282, 283 e 295, todos do Código de Processo Civil, prescrevem verdadeiramente as condições de validade do ato jurídico processual *petição inicial*.

pedido, com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu.”

“Art. 283. *A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.*”

“Art. 295. *A petição inicial será indeferida: I - quando for inepta; II - quando a parte for manifestamente ilegítima; III - quando o autor carecer de interesse processual; IV - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (art. 219, § 5o); V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal; VI - quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284. Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III - o pedido for juridicamente impossível; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.*”

¹³⁸ CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.p.37

E, conforme a teoria da análise do discurso, a *petição inicial-enunciação* é o ato de apropriação do jogo de linguagem do direito positivo realizada pela parte (na sistemática processual brasileira pelo causídico); a *petição inicial-enunciação-enunciada* são as marcas da observância das condições de validade do ato (observância as regras do inciso I, do artigo 39 e dos artigos 282, 283 e 295, todos do Código de Processo Civil); já a *petição inicial-enunciado-enunciado* trata-se do pedido que a parte deduz em juízo.

CONRADO¹³⁹, ao falar sobre a petição inicial, aponta à correlação entre o *direito de ação*, a norma que regula o exercício da competência jurisdicional e a deflagração da competência jurisdicional pelo processo civil:

Paralelamente a isso, todavia, é de se destacar que esse mesmo ato não se apresenta como condição suficiente para o exercício daquele direito/dever (ação/jurisdição): é que o direito de ação, estando conectado ao dever estatal de prestar jurisdição (ou seja, como dever do Estado de proporcionar, mediante específicos atos, a solução dos conflitos de interesse que lhe postos), não se esgotaria apenas com a apresentação da petição inicial, muito embora esse expediente represente, reitere-se, condição necessária de tanto.

Nesse sentido, é de se entender que exercitado o direito de ação à medida que cumprido o dever de prestar jurisdição, circunstância cuja verificação fica sempre na dependência de uma série de atos que transcendem a petição inicial, todos lógica e cronologicamente distribuídos segundo uma ordem pré-estabelecida, normalmente designada de procedimento (ou rito). Todos esses atos – a petição inicial e os que sucedem, até que se chegue ao ato-fim – somados e sintetizados, é que implicarão o conceito (íntegro) de processo, entidade de caráter necessariamente complexo, justamente porque resultante da conjunção dessa série de atos.

Por isso mesmo, possível dizer que processo é um tipo de relação jurídica essencialmente complexa, apresentando-se pela somatória de uma série de atos, o primeiro deles a petição inicial (condição necessária à constituição do processo) e o último o ato estatal capaz de resolver, por presunção, o conflito de interesses posto (exatamente e precisamente o fim colimado pela jurisdição e assim por seu instrumento, o processo).

A relação jurídica processual jurisdicional é justamente formada no conseqüente da regra secundária entre o sujeito ativo, detentor do direito subjetivo de ação, que pleiteia em juízo o dever jurídico correlato da obrigação do Estado-juiz em prestar a competência jurisdicional, conforme as regras do processo civil. Trocando em miúdos: o direito de ação não está relacionado ao direito subjetivo à tutela meritória da ação, mas, verdadeiramente, ao exercício obrigatório da competência jurisdicional pelo Estado-juiz, no sentido de pronunciar qualquer tutela jurisdicional.

¹³⁹ ¹³⁹ CONRADO, Paulo Cesar. Processo tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2004.p.37-38

A partir destas constatações, analisar-se-á a relação jurídica processual, bem como a relação jurídica recursal. Estas premissas são fundamentais à análise da regra de competência jurisdicional, prescrita no artigo 557, do CPC.

5.6.2 O direito subjetivo constitucional ao contraditório e a relação jurídica processual e relação jurídica recursal

A relação jurídica processual dá-se no conseqüente da norma jurídica sancionatória, na qual o sujeito ativo da regra secundária é o detentor do direito subjetivo de ação e o sujeito passivo é o Estado-juiz obrigado a exercer a competência jurisdicional. Esta é a relação jurídico-processual (A-J) que se dá entre autor da demanda (A) e o Estado-juiz (J). Ocorre que, no subsistema do direito processual brasileiro consta na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o direito subjetivo das partes processuais ao contraditório, conforme o enunciado-enunciado do inciso LV, do artigo 5º, da CRFB/88.¹⁴⁰

VILANOVA¹⁴¹ afirma que se trata, no processo jurisdicional, em verdade, de duas relações jurídicas processuais distintas: a primeira relação já mencionada, entre autor e Estado-juiz (A-J), e a segunda, entre réu e Estado-juiz (J-R), daí afirmar a *angularidade da relação jurídico-processual*.

A segunda relação jurídica processual é aquela formada pelo réu (sujeito ativo), que tem o direito subjetivo a obter do Estado-juiz (sujeito passivo) a permissão de contraditar as alegações do autor.

Sobre este tema, vale citar MANSUR¹⁴²:

[...] no conseqüente normativo não há lugar para uma terceira categoria de sujeitos tal qual sugere o modelo que adota relação jurídica processual jurisdicional (A-J-R) como relação jurídica simples: na qual autor, juiz e réu compõem único vínculo

¹⁴⁰ “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

¹⁴¹ VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 189-190.

¹⁴² MANSUR, Augusto. Garantia judicial de penhora e certidão fiscal. Rio de Janeiro: Lumen Jura, 2010. p. 57-58.

jurídico, uma vez que a estrutura da relação jurídica contempla apenas a existência de um sujeito (ativo) e de outro titular do dever correspondente (passivo).

É justamente do direito subjetivo do contraditório das partes que surge a angularidade nas relações jurídicas processuais. Ora, diz-se angularidade uma vez que o Estado-juiz sempre estará presente nas relações (A-J-R).

Vale dizer também que é justamente pela a *angularidade da relação jurídico-processual* que se formam as *relações jurídicas recursais*, nas quais uma das partes contesta a aplicação da regra de competência jurisdicional.

O direito subjetivo aos recursos nada mais é do que o direito subjetivo de ação voltado a contestar eventuais ilicitudes praticadas no exercício da competência jurisdicional pelos órgãos do Estado-juiz. Logo, os recursos tratam de sucedâneo do direito de ação, no qual uma das partes leva a conhecimento do Estado-juiz a aplicação errônea da competência jurisdicional, e, portanto, atacam o fundamento de validade das próprias decisões judiciais (as regras de condutas, competência e procedimentos invocadas como enunciação-enunciada da decisão recorrida).

Destaque os ensinamentos de FLÁVIO CHEIM JORGE¹⁴³:

O recurso é o principal meio utilizado para a impugnação das decisões judiciais. Apesar das semelhanças marcantes com as ações autônomas de impugnação, com elas não se confundem. Os recursos possuem uma característica essencial. Não dão origem à formação de nova relação processual, inserindo-se na própria relação jurídica onde foi proferida a decisão de que se recorre.

Se possível dizer que os recursos e as ações autônomas de impugnação têm o mesmo sentido finalístico – reformar ou anular a decisão judicial – o fato de com a interposição do recurso não se instaura um novo processo, mas, simplesmente, provoca a extensão daquele já instaurado, permite diferenciá-lo de forma precisa.

De efeito, a relação jurídica recursal tem por sentido atacar os fundamentos de validade da decisão judicial recorrida, e, portanto, a relação processual no recurso também se dá como uma relação jurídica processual, angularizada entre o autor do recurso (A), o Estado-juiz (J) que têm a obrigação de exercer a competência jurisdicional e o Réu (R), que tem o direito subjetivo de exigir a permissão para contraditar os termos da peça recursal.

¹⁴³ JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 25-26.

Então, formalizadas as normas primárias (de conduta ou de estrutura), as normas secundárias (que regulam o exercício da competência jurisdicional), a norma de competência jurisdicional e a norma que regula o exercício da competência recursal e a norma de competência:

$$D \{ [F \rightarrow (S'RS'')] \vee [-(S'RS'') \rightarrow (S'R'S'')] \vee [F' \rightarrow (S''RS'')] \vee [-(S''RS'') \rightarrow (S'RS'')] \vee [F' \rightarrow (S''RS'')] \}$$

Onde:

$[F \rightarrow (S'RS'')] -$ Norma Primária de conduta ou estrutura;

$[-(S'RS'') \rightarrow (S'R'S'')] -$ Norma secundária, sancionatória ou norma que regula o exercício da competência jurisdicional;

$[F' \rightarrow (S''RS'')] -$ Norma de competência jurisdicional;

$[-(S''RS'') \rightarrow (S'RS'')] -$ Norma que regula o exercício da competência recursal;

$[F' \rightarrow (S''RS'')] -$ Norma de competência jurisdicional recursal.

Estes conhecimentos gerais do subsistema do direito processual civil brasileiro sustentarão as argumentações que serão desenvolvidas no próximo capítulo, em especial sobre o procedimento que está autorizado a aplicação da jurisprudência como fundamento de validade das decisões judiciais.

5.6.3 O pedido deduzido na petição inicial como limitador do objeto do consequente da norma de competência jurisdicional

Ainda sobre a petição inicial, cumpre-se ressaltar que, em regra, tal ato jurídico traz também as limitações da matéria que poderão figurar como objeto na norma de competência jurisdicional para o julgamento.

Prescrevem os enunciados normativos dos artigos 2º, 128 e 460, do Código de Processo Civil:

Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Tais enunciados normativos têm por sentido deôntico prescreve a obrigação de o juiz observar os limites fáticos postos na lide pelas partes, bem como, proibir o juízo de extrapolar ou deixar de apreciar os pedidos formulados pelas partes. E segundo JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *“tudo isso forma um conjunto que traça, por assim dizer, a circunferência dentro da qual o litígio é deduzido, discutido e julgado”*¹⁴⁴.

Tal delimitação da norma de competência jurisdicional teria fundamento de validade, também, no preceito constitucional do contraditório e da ampla defesa, prescrito no enunciado normativo do inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal.¹⁴⁵ Para MOREIRA, *“o que se tem em vista, sobretudo, é preservar o contraditório e o direito de defesa do réu.”* E continua, *“o amplo exercício de defesa implica necessariamente para o réu um mínimo de previsibilidade.”*

Ao ser chamado para responder uma contingência processual, a parte que foi acionada, aqui pode ser o autor ou réu da demanda, deve poder avaliar sobre qual ato deve se manifestar. Fala-se em autor ou réu da demanda, pois é inegável que o réu também formula pedido (v.g. o pedido de produção de provas). Logo, estipulando os limites sobre os quais o juiz deve decidir, atribui-se previsibilidade a demanda, assegurando-se em última instância a segurança das relações jurídicas processuais como já fora explanado.

Em sentido diverso, GUILLERMO JORGE ENDERLE enuncia que as regras sobre a adstrição do juiz ao pedido são subjacentes ao princípio constitucional da inércia da prestação jurisdicional:

El principio dispositivo pivotea alrededor de las partes, como verdaderos actores dentro del proceso, proporcionando el material y fundamento para llegar la sentencia poseyendo, en consecuencia, facultades para iniciarlo, fijar los hechos concernientes al objeto, desarrollarlo y poder renunciar a distintos actos, limitando las funciones

¹⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Correlação entre o pedido e a sentença**. RePro nº 83, ano 21, julho-set/1996

¹⁴⁵ Art. 5º: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Del juez a La dirección y decisión del conflicto, no pudiendo este conceder, negar o alterar algo que no haya sido solicitado.¹⁴⁶

A norma da correlação entre pedido e sentença teria seu fundamento de validade no princípio constitucional dispositivo, ou seja, a parte pode dispor sobre seus direitos subjetivos em juízo como melhor lhe aprouver. Portanto, não caberia ao juiz prover demanda que não foi levada ao seu conhecimento. Esse entendimento tem arreo na inércia do poder jurisdicional e nas liberdades de atuação das partes para pleitear em juízo.

Em verdade, os dois entendimentos são acertados, pois, ao impulsionar o exercício da competência jurisdicional o autor do pedido acaba delimitando o objeto da decisão do julgador e informado ao réu aquilo que se deve contestar. Por tal razão, em algumas situações, o próprio ordenamento jurídico delimitará o objeto da norma de competência jurisdicional, e, assim, determinará a manifestação de ofício do julgador sobre determinadas matérias (v.g. prescrição - §5º, art. 219, do CPC; as matérias do artigo 301, do CPC; etc.).

As observações que se fazem agora serão fundamentais para desenvolver os tópicos seguintes, em especial, se o relator tem a competência recursal para julgar de ofício recurso e decisões que contrariem a jurisprudência dominante.

¹⁴⁶ Enderle, Guillermo Jorge. **Principio de congruencia**. In: XXIV Congreso Nacional de derecho procesal. Mar Del Plata, 2007.

6 A JURISPRUDÊNCIA COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: UM ESTUDO ANALÍTICO DO ENUNCIADO DO ARTIGO 557, DO CPC

Colocadas as premissas sobre o subsistema do direito processual civil, parte-se para a análise das normas jurídicas construídas a partir dos enunciados normativos constantes do artigo 557, do Código de Processo Civil.

Destaque-se que outros mecanismos de “*precedentes obrigatórios*”¹⁴⁷, constantes do subsistema do direito processual positivo brasileiro, não serão objeto de análise deste, justamente por tê-lo eleito como objeto de estudo a “*jurisprudência dominante*”, para dizer na expressão da lei, dos tribunais como fundamento de validade das decisões judiciais.

Muito embora constem do ordenamento jurídico brasileiro mecanismos diversos, que obrigam a observância dos precedentes judiciais (v.g. súmulas vinculantes, análise de repercussão geral etc.), saltam aos olhos as regras do artigo 557, do CPC, que institui a competência jurisdicional para o relator julgar os recursos com arreo na “*jurisprudência dominante*” do próprio tribunal, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Diferentemente dos demais mecanismos que obrigam a observância dos precedentes judiciais, as regras do artigo 557, do CPC, prescrevem competência originária da relatoria dos recursos cíveis para julgar a admissibilidade e o mérito recursal sobre as matérias que estão conceituadas como “*jurisprudência dominante*”.

Por outro dizer, as decisões que formam este conceito jurídico de “*jurisprudência dominante*”, verdadeiramente engendram normas jurídicas gerais e abstratas, e, portanto, são fundamentos de validade para a enunciação de outras decisões judiciais particulares.

Isso posto, enfoca-se, do exame analítico do enunciado normativo prescrito no artigo 557, do CPC, a formular as normas de competência da relatoria. Importa asseverar que não serão

¹⁴⁷ Adota-se a expressão utilizada por Luiz Guilherme Marinoni, uma vez que quer significar “precedentes como fundamento de validade das decisões judiciais”. Tal assunto é tratado pelo autor no livro *Precedentes Obrigatórios*, da Editora Revista dos Tribunais, 2010

objetos de reflexão as normas jurídicas do direito comparado¹⁴⁸, uma vez que se adotou como tal objeto o exame analítico das regras dos enunciados-enunciados do artigo 557, do CPC.

6.1 O EXAME ANALÍTICO DO ENUNCIADO NORMATIVO DO ARTIGO 557, DO CPC.

Parte-se ao tratamento dos enunciados-enunciados do “*caput*” e do §1º-A, ambos do artigo 557, do CPC, com o intuito de formular as significações isoladas de seus símbolos focando na ideia de construir, mais adiante, a proposição formalizada da norma jurídica de competência para o julgamento com fundamento de validade na ‘*jurisprudência dominante*’.

Prescrevem-se os enunciados-enunciados em vigência do artigo 557, do CPC:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1o Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2o Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Especificamente sobre os enunciados-enunciados em vigência do artigo 557, do Código de Processo Civil, põem-se a destacar que estão topograficamente localizados no Capítulo VII – Da Ordem dos Processos no Tribunal, do Título X – Dos Recursos, e, portanto, regulam o

¹⁴⁸ Em que pese posicionamento doutrinário contrário sobre a importância da análise do direito comparado, temos que a norma insculpida a partir do enunciado-enunciado do artigo 557, do CPC, deva ser analisada dentro do jogo de linguagem do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que as peculiaridades do instituto são postas pelo sistemática recursal brasileira, e, portanto, pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Processo Civil. Especificamente sobre o posicionamento contrário cite-se Peter Gottwald: “*Comparative Law is generally regarded as a good means, to learn from other legal cultures and improve the own Law. Such consideration of foreign legal cultures in of high importance. A legal sistem which is not open for new ideas and developments outside of own country will fail to catch up with moden international standards.*” (GOTTWALD, Peter. **Comparative civil procedure. Juris Poiesis – Ano 08, n. 08 – Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2005.**)

procedimento e a competência jurisdicional dos relatores para o julgamento nos tribunais. Assim, serão analisadas as significações jurídicas dos símbolos postos nos enunciados-enunciados do *caput* e do §1º-A, ambos do artigo 557, do CPC.

6.1.1 O ‘relator’ como sujeito competente e como sujeito ativo da regra de competência prescrita no artigo 557, do Código de Processo Civil

O primeiro dado colhido do enunciado-enunciado do *caput* do artigo 557, do vigente Código de Processo Civil, é o *sujeito competente*. Conforme o indigitado enunciado-enunciado, o “relator” é o sujeito competente para enunciar decisão judicial monocrática com força ilocucionária normativa nos procedimentos de recursos cíveis.

Afirmado, linhas acima, que o enunciado-enunciado do artigo 557, do Código de Processo Civil, está topograficamente localizado no Capítulo VII – Da Ordem dos Processos no Tribunal, do Título X – Dos Recursos, observa-se que este elemento do plano da literalidade quer significar que a regra de competência prescrita no referido enunciado normativo pressupõe o exercício do direito de recurso pela parte que se alega sucumbente. Logo, esta competência para o julgamento somente pode ser exercida pelo relator-sujeito-competente no procedimento recursal.

Assevere-se, também, que o ato de fala resultado da aplicação desta competência de julgamento, denominado decisão monocrática, substituirá a força ilocucionária do ato de fala recorrido, da decisão recorrida (sentença ou decisão interlocutória) e não é por outra razão que a doutrina processual civil tem qualificado a norma de competência insculpida no enunciado-enunciado do artigo 557, do CPC, como *competência funcional horizontal*¹⁴⁹:

O artigo 557 do CPC atribui ao relator poderes para exerce atos decisórios no âmbito recursal. Trata-se de competência funcional, porque o relator, ao receber o recurso e verificar que não deverá ter seguimento, ou, então, que a decisão recorrida é contrária à orientação dos tribunais superiores, julgá-lo-á sem a participação do órgão coletivo. Pode-se dizer que o relator tem competência funcional horizontal,

¹⁴⁹ “A competência funcional, nas esferas civil e trabalhista, tem relevância no plano vertical, relativamente aos recursos, em que o juízo de primeiro grau julga ao tribunal refulga [...]” (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 94.)

uma vez que o recurso tramita no mesmo grau de jurisdição, e ele, o relator, pertence ao órgão colegiado, que também pode se competente para julgar esse recurso.¹⁵⁰

Em verdade, a própria Constituição Federal da República Federativa do Brasil prescreve no inciso LV, do artigo 5º, da CRFB a organização funcional ao ser instaurada a relação jurídica recursal.¹⁵¹

O “*relator dos recursos cíveis*” é o sujeito qualificado pela hipótese normativa da regra de competência de julgamento para exercer o ato de fala denominado decisão monocrática com força ilocucionária de ordenar a extinção do procedimento do recurso cível interposto pela parte que se alega sucumbente.

Como se afirmou na parte em que se descreve a estrutura sintática das normas jurídicas de competência, o sujeito competente, qualificado na hipótese normativa (relator), ocupará também a posição de sujeito ativo da relação jurídica que se formará no consequente normativo, sendo, portanto, o titular de um direito subjetivo voltado para a criação de enunciados normativos que versarão sobre determinados temas delimitados pelo objeto da norma de competência.

No sistema processual brasileiro, o *relator* é o órgão jurisdicional que recebe por distribuição o processo no tribunal, conforme as regras dos artigos 547, 548 e 549, do Código de Processo Civil.¹⁵²

FABIANO CARVALHO¹⁵³ sistematiza as competências dos relatores nos processos cíveis:

¹⁵⁰ CARVALHO, Fabiano. Poderes do relator nos recursos – art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008. p.52

¹⁵¹ Neste sentido, destaque-se a lição de Flávio Cheim Jorge que coloca os recursos cíveis, além de estarem associados ao direito subjetivo constitucional de ação, como consectários também dos direitos subjetivos constitucionais ao contraditório e a ampla defesa. (*Ex vi* páginas 32-37 do livro Teoria Geral dos Recursos Cíveis, Revista dos Tribunais, 2010.)

¹⁵² “Art. 547. Os autos remetidos ao tribunal serão registrados no protocolo no dia de sua entrada, cabendo à secretaria verificar-lhes a numeração das folhas e ordená-los para distribuição.

Parágrafo único. Os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau.

Art. 548. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio.

Art. 549. Distribuídos, os autos subirão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, à conclusão do relator, que, depois de estudá-los, os restituirá à secretaria com o seu “visto”.

Parágrafo único. O relator fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso.”

¹⁵³ CARVALHO, Fabiano. Poderes do relator nos recursos – art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008. p.49-50.

O CPC e os regimentos internos dos tribunais estabelecem a competência dos órgãos colegiados no campo dos recursos: no julgamento de apelação ou de agravo e decisão será tomada pelo voto de três juízes (art. 555, CPC), ou ocorrendo relevante questão de direito, que se faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja julgado o recurso pelo órgão colegiado que o regimento indicar (art. 555, §1º, do CPC); os embargos infringentes e os divergentes serão julgados, colegiadamente, conforme dispuser o regimento interno do tribunal (art. 533 e 546, par. ún., ambos do CPC); o agravo interno é julgado pelo órgão colegiado competência para julgamento do recurso principal (art. 557, §1º, do CPC).

Da mesma forma, os órgãos individualizados dos tribunais: os recursos extraordinários e especiais são interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, que fará o juízo de admissibilidade – e não de mérito! (art. 541 e 542, §1º, ambos do CPC); o relator tem competência funcional para praticar determinados atos de competência recursal, v.g., requisitar informações ao juiz da causa para os casos de interposição de agravo de instrumento (art. 527, IV, do CPC). Mas o relator também tem competência funcional para apreciar as matérias relacionadas aos requisitos de admissibilidade dos recursos, como ainda julgar seu mérito (art. 544 e 557, ambos do CPC) e prolatar nova decisão que substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso (art. 512 do CPC).

Uma leitura apressada da sistematização elaborada pelo referido autor poderia induzir ao erro do conhecimento do sistema processual civil, fazendo alegar que a competência dos relatores para julgar o mérito dos recursos é delegada ou preliminar à competência do órgão colegiado. Entretanto, o relator, conforme as hipóteses de julgamento específicas prescritas no artigo 557, do CPC, é o *juiz-natural* para apreciar o recurso.

Em relação à constitucionalidade do enunciado-enunciado do artigo 557, do CPC, mormente, sobre a suposta alegação de violação a regra da colegialidade das decisões nos tribunais, tratar-se-á deste assunto no próximo capítulo.

Importa agora assentar que o *relator* é o *sujeito competente* para lançar mão da regra de competência para o julgamento dos recursos cíveis, e, portanto, está qualificado no antecedente da norma jurídica, e, também, ocupa a posição especial de *sujeito ativo* da relação jurídica formado no conseqüente da norma jurídica da competência recursal.

6.1.2 O sentido jurídico da expressão “*negará seguimento*”, constante do *caput* do artigo 557, do Código de Processo Civil

O enunciado-enunciado do *caput*, do artigo 557, do CPC, traz o verbo ‘*negar*’ com o complemento ‘*seguimento*’ como o *objeto da norma competência* do relator nos tribunais. Portanto, o verbo ‘*negar*’ com o seu complemento ‘*seguimento*’ insculpidos no *caput*, do artigo 557, do CPC, não integram a hipótese de cabimento da referida regra de julgamento, mas, verdadeiramente, circunscreve o *objeto da enunciação* que será realizada pelo agente-competente-relator.

No presente caso, o objeto da norma de competência trata-se da enunciação monocrática (ou unipessoal) de *decisão judicial enunciado-enunciado* com força ilocucionária de “*negar seguimento*” ao recurso interposto pela parte autora do recurso.

Destarte, o sentido jurídico da expressão “*negará seguimento*” é a força ilocucionária *decisão judicial enunciado-enunciado* que *não conhece* o recurso interposto por falta de requisitos de admissibilidade ou *nega provimento* para decidir o mérito recursal.

Conforme TIAGO FIGUEIREDO GONÇALVES¹⁵⁴:

Trata-se, em verdade, de expressão genérica empregada pelo legislador, para se referir tanto a casos em que o relator, entendendo ausente um requisito de admissibilidade recursal, não conhece o recurso, e, portanto, não examina seu mérito, como, também, a casos em que o relator, após ultrapassado o juízo de admissibilidade recursal, avança no exame do seu mérito, para reconhecer que não procedem as razões recursais, e que, por isto, o recurso deve ser improviso.

O legislador ordinário utiliza-se do nível de linguagem técnica para legislar¹⁵⁵ para atribuir o objeto da norma de competência do relator, cuja prescrição da expressão do discurso natural quer significar a resolução tanto das questões atinentes à admissibilidade recursal quanto das questões relativas ao mérito recursal: ao dizer em linguagem técnica que o recurso “*não seguirá*”, quer-se afirmar juridicamente que nas hipóteses de cabimento da referida regra de competência o recurso será julgado pelo relator em definitivo (no mérito ou na admissibilidade).

¹⁵⁴ GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Julgamento unipessoal nos tribunais e agravo nominado. Bahia: Jus Podivm, 2010. p. 182.

¹⁵⁵ Conforme Paulo de Barros Carvalho: “*A linguagem do legislador é uma linguagem técnica, o que significa dizer que se assenta no discurso natural, mas aproveita em quantidade considerável palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas.*” (CARVALHO, Paulo de Barro. **Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 04.**)

Outra questão em querela, acerca do objeto da referida norma de competência, é que o verbo “*negar*”, com o seu complemento “*seguimento*”, será ainda qualificado por outros complementos a depender das hipóteses de cabimento (por exemplo, as súmulas e a jurisprudência dominante).

Portanto, a força ilocucionária da enunciação criadora, realizada pelo relator, é a de ordenar a substituição da força da decisão recorrida pela força ilocucionária da decisão que, na expressão da lei, “*negará seguimento ao recurso*” conforme a hipótese de cabimento da norma jurídica de competência do artigo 557, do CPC.

Outro aspecto a ser levantado sobre a expressão “*negará seguimento*” é que esta indica, também, o modal deôntico da norma que prescreve o exercício da competência jurisdicional recursal. Isto quer significar que, ao ser interposto pela parte do recurso que comporte o julgamento nas modalidades do artigo 557, do CPC, o relator estará *obrigado* ao exercício da sua competência funcional vertical para o julgamento dos pedidos do recurso interposto pela parte autora.

6.1.3 O sentido jurídico da expressão “*poderá dar provimento*”, constante do §1º-A, do artigo 557, do Código de Processo Civil

Em sentido jurídico semelhante ao enunciado-enunciado do *caput*, vale dizer, prescrever norma jurídica de competência jurisdicional para o julgamento monocrático do recurso pelo relator, o §1º-A, do artigo 557, do CPC, traz como verbo componente do objeto da norma de competência o verbo “*dar*” conectado com o complemento “*provimento*”.

O verbo “*dar*” e o complemento “*provimento*” circunscrevem o objeto da norma de competência do agente competente, e, conseguinte, os limites da enunciação que será realizada pelo relator dos recursos cíveis.

O objeto desta norma jurídica de competência é a enunciação de enunciado-enunciado pelo agente competente com força ilocucionária, que substitui a força ilocucionária da decisão-judicial-enunciado-enunciado recorrida.

Sobre o enunciado-enunciado do §1º-A, do artigo 557, do CPC, vale a observação de que o símbolo “*poderá*” não significar uma faculdade ou uma permissão para o exercício da norma de competência jurisdicional recursal ao julgamento monocrático.

Como ressaltado nos capítulos anteriores, a norma que regula o exercício da competência jurisdicional, tal como a norma que regula o exercício da competência recursal, tem no seu consequente normativo a relação jurídica modalizada pelo *obrigatório*.

Diferentemente não poderia ser o enunciado-enunciado do §1º-A, do artigo 557, do CPC: ao ser exercido o direito de recurso pela parte autora, se for verificado o cabimento da competência funcional horizontal da relatoria, esta deve ser *obrigatoriamente* exercida.¹⁵⁶

Logo, a expressão “*poderá dar seguimento*” foi utilizada pelo legislador ordinário em sentido técnico pela apropriação do discurso ordinário, quando, de fato, quis afirmar-se que está outorgada a competência jurisdicional nas hipóteses de cabimento específicas do §1º-A, do artigo 557, do CPC. E, qualificada como competência jurisdicional, o exercício das competências dos relatores é obrigatório, sob pena de responsabilização pessoal do relator pelo não exercício.

Virão à baila os casos de não cumprimento da norma de competência pelo relator no próximo capítulo, que está destinado a discutir alguns aspectos práticos sobre o tema.

6.1.4 O sentido jurídico da expressão “*recurso*”, constante do *caput*, do artigo 557, do Código de Processo Civil

¹⁵⁶ Diferentemente da opinião projetada, leciona FABIANO CARVALHO: “[...] nossa conclusão é a que o *caput* do artigo 557 é imperativo e não permite opção ao relator, dado o poder-dever que exerce no julgamento unipessoal de recurso. De outro lado, o §1º-A é a norma que limita os poderes do relator e sofre menor intensidade da função poder-dever, razão pela qual é considerada regra de preceito permissivo que expressamente autoriza o relator a julgar o recurso sem a participação do órgão colegiado.” (CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos – art. 557 do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.69.). Também destoa da nossa opinião Tiago Figueiredo Gonçalves: “Não obstante a literalidade do art. 557, *caput* induz a intérprete a considerar que a configuração de uma das hipóteses lá discriminadas gera para o relator o dever de decidir monocraticamente, a doutrina majoritária a respeito do tema é confluyente no sentido de haver para o relator, em verdade, uma faculdade no assim proceder.” (GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Julgamento unipessoal nos tribunais e agravo inominado*. Bahia: Jus Podivm, 2010. p. 196.)

O símbolo '*recurso*' juntamente com a qualificação do relator como autoridade competente para julgar, constantes do *caput* do artigo 557, do Código de Processo Civil, indicam o procedimento em que se dará em exercício da competência funcional vertical para o julgamento de recursos interpostos perante os tribunais e não é demasiado categorizar que o §1º, do artigo 557, do Código de Processo Civil fala em "*decisão recorrida*", indicando também que se trata de competência funcional vertical para julgar recursos.

Isto quer significar que a competência para julgamento pela relatoria somente estará inaugurada caso alguma parte tenha exercido o seu direito subjetivo à interposição de recurso, com o sentido de obrigar o exercício da competência jurisdicional recursal para a correção da aplicação da competência jurisdicional. Logo, descarta-se, de pronto, a aplicação das referidas regras de competências para o julgamento de ações de competência originárias e as ações de impugnação de decisões recursais distribuídas diretamente nos tribunais.

As ações de competência originária dos tribunais são, em clareza, exercícios do direito subjetivo de ação, portanto, haverá citação, para a angularização de uma nova relação jurídica processual; depois, constituirá direitos subjetivos processuais para as partes, tais como o contraditório e a ampla defesa, inclusive com a produção de provas. O mesmo ocorre nas ações autônomas para impugnação das decisões judiciais, quando houver a formação de outra relação jurídica processual, angularizada com a possibilidade do exercício de todos os direitos subjetivos processuais.

Como já exposto, a relação jurídica recursal é originária do exercício do direito subjetivo de recurso por uma das partes constantes da relação jurídica angularizada processual (A-J-R). Contudo, a interposição de recurso não há a formação de uma nova relação jurídica processual, mas a formação de uma relação jurídica recursal.

Sobre a reavaliação necessária, impera-se pôr à vista que tal procedimento não se trata de exercício do direito subjetivo a interposição de recursos. A remessa necessária trata-se daquelas situações em que a competência jurisdicional não é inerte e que não há propriamente um exercício do direito subjetivo a interposição de recursos. Entretanto, certifica-se que nos casos de remessa necessária, o julgamento está sujeito às regras de competência do artigo 557, do CPC, justamente por tratar-se de continuação da mesma relação jurídica processual. Não há novo ato de citação. Neste sentido, convém destacar o enunciado da súmula 253, do

Superior Tribunal de Justiça: “O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário.”.

Assim, a expressão “recurso”, explicitada no artigo 557, do CPC, quer significar impugnação da decisão judicial (correição) sem a constituição de uma nova relação jurídica processual.

6.1.5 O sentido jurídico da expressão “manifestamente inadmissível” constante do *caput*, do artigo 557, do Código de Processo Civil

Nos próximos tópicos, realizar-se-á o exame das hipóteses de cabimento da norma de competência jurisdicional para o julgamento, prescrita no artigo 557, do CPC. Pois, como a revelar, não basta *ser o relator* naquele processo que lhe foi distribuído. O relator somente poderá julgar unipessoalmente os recursos cíveis quando estiverem presentes no caso os complementos prescritos no *caput* e no §1º-A, do artigo 557, do CPC.

Ora, o verbo constante da hipótese da regra de competência é o “*ser*”, acompanhado de complemento, no caso da competência jurisdicional para o julgamento do artigo 557, do CPC, “*ser relator de recursos ‘manifestamente inadmissível, ‘improcedente’, ‘prejudicado’ ou ‘em confronto com súmula’ ou ‘com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior’*”.

Já no caso do §1º-A, do artigo 557, do CPC, a hipótese de competência jurisdicional para o julgamento será a de “*ser relator de recurso em que a ‘decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior’*”.

É mister enfatizar também que estes complementos limitarão o objeto da enunciação realizada pelo relator. Com isto, por exemplo, o enunciado-enunciado proferido pelo relator deve observar a norma jurídica construída a partir do enunciado-enunciado da ‘*súmula*’ ou da “*jurisprudência dominante*” que invocou para lançar mão da sua competência monocrática funcional vertical.

Feitas tais observações iniciais sobre os complementos, que serão devassadas, prossegue-se com o exame do sentido jurídico da expressão “*manifestamente inadmissível*”, constante do *caput* do artigo 557, do CPC.

Na ocasião onde se analisara o sentido jurídico da expressão “*negará seguimento*”, concluiu-se que tal suporte físico deflagra que o relator tem competência para julgar o definitivamente o recurso na apreciação dos requisitos de admissibilidade ou na apreciação do mérito recursal.

A expressão “*manifestamente inadmissível*” está estritamente ligada à hipótese de julgamento do recurso por faltar os requisitos essenciais ao exercício do direito subjetivo de recorrer. Segundo MÁRIO TEIXEIRA DA SILVA¹⁵⁷, “*entende-se como inadmissíveis os casos que se apresentam sem um ou alguns dos pressupostos genéricos de admissibilidade dos recursos em geral ou a falha de um pressuposto específico de um determinado recurso*”.

A admissibilidade dos recursos caminha à conformidade do exercício do direito subjetivo de recorrer das partes. A parte recorrente, tal como o autor que exerce seu direito subjetivo de ação, deve observar alguns pressupostos para a formalização do seu direito subjetivo de recorrer, e, assim, exigir a obrigação de prestação jurisdicional recursal do Estado-juiz.

Neste sentido, vale a analogia feita por TIAGO FIGUEIREDO GONÇALVES:

Assim como o órgão jurisdicional, para julgar o pedido (mérito), precisa antes verificar se estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais positivos, e, ausentes os pressupostos processuais negativos (litispêndência, coisa julgada, perempção), também deve, para poder julgar o pedido (mérito) recursal, averiguar se estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

Isso não quer dizer que haja identidade entre as matérias relacionadas às condições da ação e os pressupostos processuais, e as matérias atinentes aos requisitos de admissibilidade dos recursos.

Esta observação do indigitado autor é fundamental para a distinção entre as hipóteses de cabimento, prescritas no artigo 557, do CPC, uma vez que será julgado por “*manifesta inadmissibilidade*” quando houver a falta de algum dos pressupostos ou condições do direito de recorrer e serão julgados por “*manifesta improcedência*”, em que o pedido do autor do

¹⁵⁷ SILVA, Mário Teixeira. Recursos cíveis e poderes do relator. Curitiba: Juruá, 2009. p. 62.

recurso - o mérito recursal, for avesso, por exemplo, à disposição expressa da norma jurídica, que estabelece o prazo prescricional da ação.

Assim, o julgamento do recurso pelo relator que lançar mão da regra de competência, por faltar algum dos requisitos para exercício do direito subjetivo de recorrer, será pelo *não-seguimento por manifesta inadmissibilidade* do pedido recursal.

Feito mote explicativo, pode-se citar a não observância do prazo para o exercício do direito de recorrer (intempestividade), a falta de pagamento da taxa do preparo (deserção) ou até mesmo a interposição de recurso incabível por uma das partes.

6.1.6 O sentido jurídico da expressão “manifestamente improcedente”, constante do *caput*, do artigo 557, do Código de Processo Civil

Passada a análise de admissibilidade do recurso, que, como já exposto, tem a ver com a conformidade do exercício do direito subjetivo de recorrer das partes, o Estado-juiz passa a realizar o exame da procedência ou improcedência do pedido recursal (mérito recursal).

Aqui, calha a observação feita por TIAGO FIGUEIREDO GONÇALVES¹⁵⁸ sobre o mérito recursal e o mérito da ação:

Não existe identidade entre o mérito do processo e o mérito do recurso. [...] Sendo de se observar que determinada questão tida como preliminar em um grau de jurisdição pode migrar para o mérito em grau de recurso.

Ora, a fixação de dos pontos controvertidos (§2º, artigo 331, do CPC) é questão atinente ao impulsionamento do rito processual, que indiretamente tem que ver com o mérito da ação, entretanto, pode ser o mérito do recurso de agravo de instrumento acaso a parte não se conforme com a decisão interlocutória que os fixou.

O *caput*, do artigo 557, do CPC, diz ‘negar seguimento’ a recurso “manifestamente improcedente”. Com isto, descarta-se logo a possibilidade de a referida competência

¹⁵⁸ GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Julgamento unipessoal nos tribunais e agravo inominado. Bahia: Jus Podivm, 2010. p. 186.

jurisdicional recursal para enunciar decisão monocrática com a força ilocucionária de ‘*dar provimento*’ ao recurso “*manifestamente procedente*”.

Outra observação a ser feita, é que a procedência ou a improcedência são adjetivos relativos ao pedido deduzido pela parte ao exercer o seu direito subjetivo de recorrer. Portanto, a regra de competência para o julgamento pelo relator, conforme o caput, do artigo 557, do CPC, é instaurada pela análise do pedido formulado pelo autor do recurso. Se o pedido do autor do recurso for “*manifestamente improcedente*”, o relator é o agente competente para análise da pretensão recursal, e, terá como limite a sua enunciação o resultado de ‘*julgar improcedente*’ a pretensão recursal.

Segundo FABIANO CARVALHO¹⁵⁹:

[...] improcedente é o recurso que carece de fundamento no mérito [...]. A improcedência do recurso pode ser auferida quando há segurança de que os fundamentos nele contidos não atingirão êxito no julgamento colegiado.

E, adiante, complementa seu conceito:

Aqui também vale o argumento de que, havendo controvérsia em sede doutrinária e/ou jurisprudencial sobre o tema objeto do recurso, não deverá o relator pronunciar-se isoladamente, sem a participação do órgão coletivo. A polêmica sobre determinada tese retira a condição de manifestamente improcedente.

Discordo desta conceituação de ‘recurso manifestamente improcedente’: primeiramente, por colocar a competência da relatoria como se fosse dependente da competência do órgão colegiado; segundo, a confundir esta hipótese de cabimento com as hipóteses de cabimento por contraste a “*súmula*” e “*jurisprudência dominante*”.

A competência da relatoria para enunciação de decisão-judicial-monocrática é originária e absoluta para o julgamento das questões estipuladas em suas hipóteses de julgamento, em especial, na hipótese de julgamento pela “*manifesta improcedência*”.

A “*manifesta improcedência*” está relacionada à possibilidade de julgamento simples, que não exige complexidade na interpretação dos fatos e do direito alegado pela parte recorrente,

¹⁵⁹ CARVALHO, Fabiano. Poderes do relator nos recursos – art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008. p.98.

não tem qualquer ligação, para falar como o autor, com a “*segurança de que os fundamentos nele contidos não atingirão êxito no julgamento colegiado*”.

Por outro dizer, as hipóteses de cabimento da regra de competência para o julgamento monocrático pela “*manifesta improcedência*” estão ligadas às questões objetivas de direito positivo ou de fato.

São-lhes citados como exemplos: o aferimento em recurso de apelação do prazo decadencial ou prescricional ou mesmo a falta de uma das condições da ação que, na presente altura do deslinde processual, permitem o julgamento pelo mérito, extinguido o feito com o julgamento do mérito por exemplo.

Por fim, conceituar as hipóteses de cabimento da regra de competência para o julgamento monocrático pela “*manifesta improcedência*”, como a inexistência de controvérsia jurisprudencial, é descabido, pois tal limitação é arraigada das hipóteses de cabimento da regra de competência para o julgamento monocrático pelo “*contraste com a jurisprudência dominante*”.

6.1.7 O sentido jurídico da expressão “*manifestamente prejudicado*”, constante do *caput*, do artigo 557, do Código de Processo Civil

Segundo FABIANO CARVALHO¹⁶⁰: “*diz-se recurso prejudicado quando o recorrente perde o interesse por fato superveniente*”. E continua: “*o novo provimento jurisdicional não proporcionará à parte proveito ou utilidade*”. Assim, o sentido jurídico da expressão “*manifestamente prejudicado*”, constante do *caput*, do artigo 557, do CPC, sintetiza que o relator deverá julgar monocraticamente o recurso em que a parte recorrente não obtiver proveito ou utilidade.

Enfim, pode-se citar como exemplos a desistência posterior do direito de recorrer (art. 501, do CPC) e a aquiescência posterior (art. 503, do CPC).

¹⁶⁰ CARVALHO, Fabiano. Poderes do relator nos recursos – art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008. p.102.

6.1.8 O sentido jurídico da expressão “*em confronto com súmula*”, constante do *caput*, do artigo 557, do Código de Processo Civil

O conceito jurídico de “*súmula*” está prescrito no artigo 479, do CPC:

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de *súmula* e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das *súmulas* de jurisprudência predominante.

Destaque-se que as “*súmulas*”, conforme o referido enunciado-enunciado do artigo, nada têm a ver com as denominadas “*súmulas com efeitos vinculantes*”, prescritas no artigo 103-A, da CRFB.

Vale citar que os comentários de MOUSSALLEM¹⁶¹ sobre a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziram os enunciados-enunciados do artigo 103-A no ordenamento jurídico brasileiro:

Naquela oportunidade anotou-se a carência de força ilocucionária prescritiva normativa das *súmulas* editadas pelos Tribunais Superiores. Naquela oportunidade chamou-se atenção para o fato de as *súmulas* possuírem apenas a força ilocucionária de recomendação aos julgadores, ou seja, poder de violência simbólica.

Não havia no sistema aquilo que LOURIVAL VILANOVA denominava “*regra de habilitação interna ao direito positivo*” para que as *súmulas* pudessem ter força ilocucionária de ordem normativa.

Porém, agora, com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a força ilocucionária de ‘recomendação’ ou ‘orientação’ das *súmulas*, transforma-se em força ilocucionária de ordem normativa.

Realmente os enunciados-enunciados das *súmulas*, assim como os enunciados-enunciados da jurisprudência, foram relegados pela Ciência do Direito Positivo como atos de fala com força ilocucionária de ‘*recomendação*’ ou ‘*orientação*’.

Entretanto, sobre a referida constatação, cabe uma crítica: a “*regra de habilitação interna ao direito positivo*”, que instituiu os enunciados-enunciados das *súmulas* como fundamento de

¹⁶¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. “Função das *súmulas* e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade”, in *Interpretação e Estado de Direito*, p.860-861. São Paulo: Noeses, 2006.

validade para as decisões judiciais, não foi o artigo 2º, da Emenda Constitucional nº 45, de 2004¹⁶², mas verdadeiramente o artigo 1º, da Lei Federal 9.756, de 1998¹⁶³.

Ora, o enunciado-enunciado vigente do artigo 557, do CPC, que foi introduzido pelo artigo 1º, da Lei Federal 9.756, de 1998, trouxe a verdadeira norma de competência que habilita o relator a julgar os recursos cíveis com fundamento de validade nos enunciados-enunciados das súmulas aprovados na forma do artigo 479, do CPC.

Vê-se a diferença entre as referidas súmulas encontra-se justamente nas regras de competência e procedimentos para a sua edição, e, não na força ilocucionária do ato de fala sumular; outra observação embrechada à presente altura é que o julgamento com fundamento de validade na “*súmula ou jurisprudência dominante*” não pode ser considerado como espécie de julgamento “*manifestamente improcedente*”.¹⁶⁴

Afirma-se isto pelo simples motivo de que, a depender da “*súmula*” ou da “*jurisprudência dominante*”, que fundamentarão a validade da decisão judicial, o resultado do julgamento poderá resultar no não conhecimento do recurso ou no provimento ou no não provimento do pedido do recursal.

Neste caso, o legislador não lançou palavras inúteis, justamente pelo fato de o enunciado-enunciado do artigo 557, do CPC, verdadeiramente instaurar a competência funcional recursal para o julgamento com fundamento de validade nos enunciados-enunciados da ‘*súmula*’ e da ‘*jurisprudência dominante*’.

6.1.9 O sentido jurídico da expressão “*em confronto com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*”, constante do artigo 557, do Código de Processo Civil

¹⁶² “Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A:”

¹⁶³ “Art. 1º A Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil passa a vigorar com as seguintes alterações:”

¹⁶⁴ Neste sentido: “*Recurso contrário a súmula ou jurisprudência dominante é espécie do gênero recurso manifestamente improcedente. Se o recurso é contrário a súmula ou a ‘jurisprudência dominante’, conseqüentemente sua improcedência é manifesta.*”. (GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Julgamento unipessoal nos tribunais e agravo inominado. Bahia: Jus Podivm, 2010. p. 189**)

O símbolo “*jurisprudência*” é ambíguo. Conforme MOUSSALLEM, a palavra ‘*jurisprudência*’ pode ser empregada nos seguintes sentidos: (i) ciência do direito (utilizado com ‘j’ maiúsculo); (ii) decisão judicial; (iii) conjunto de decisões judiciais; (iv) conjunto de decisões judiciais uniformes, no sentido de ‘*firmar jurisprudência*’ ou ‘*contrariar jurisprudência*’.¹⁶⁵

Ocorre que ao serem observados os enunciados do artigo 557, do Código de Processo Civil, constata-se como regra de competência, para o julgamento monocrático pelo relator, a hipótese de o recurso interposto ou de a decisão recorrida contrariar a “*jurisprudência dominante*”.

Portanto, na literalidade dos enunciados do artigo 557, do CPC, a expressão “*jurisprudência dominante*” (i) ora quer significar o julgamento reiterado das questões de fato e de direito pelos órgãos dos tribunais; (ii) ora quer significar os enunciados que apontam as normas jurídicas que fundamentaram a validade da decisão monocrática proferida pela relatoria do recurso por haver no tribunal julgamento reiterado das questões de fato e de direito; (iii) ora quer significar os enunciados que apontam a norma extraída dessa atividade de julgamento reiterado das questões de fato e de direito pelos órgãos do tribunal que fundamentará a validade o resultado da atividade de julgamento da relatoria em questões de fato e de direito semelhantes.

Assim, para uma melhor compreensão das acepções de ‘*jurisprudência dominante*’ deve-se aplicar a teoria da análise do discurso à regra de competência de julgamento da denominada. Para tanto, portanto trataremo-nas como (i) *jurisprudência-dominante-enunciação*, (ii) *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada*, (iii) *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*.

A *jurisprudência-dominante-enunciação* é a atividade de julgamento reiterado das questões de subsunção de um fato às normas jurídicas (comumente chama-se de “*questão de fato*”) ou de construção do sentido deôntico das normas jurídicas (comumente chama-se de “*questão de direito*”) pelos órgãos dos tribunais.

¹⁶⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. p. 125

É a atividade enunciativa realizada pela reiteração do julgamento destas questões pelos tribunais. Em suma, é o processo para a introdução de enunciados normativos gerais e abstratos no sistema do direito positivo pela reiteração do julgamento das questões de “*fato*” e de “*direito*” pelos tribunais.

A *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* é a parcela dos enunciados postos no documento normativo, denominado decisão monocrática, que indica a norma jurídica que habilita o relator do recurso cível nos tribunais para enunciar a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*.

A *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* é a parcela dos enunciados postos no documento normativo, denominando decisão monocrática, que aponta a norma jurídica geral e abstrata resultante do processo de enunciação que, no caso, trata-se do limite da norma jurídica de competência jurisdicional da atividade de enunciação monocrática da relatoria.

Os enunciados-enunciados do artigo 557, do CPC, prescrevem a norma de habilitação jurídica da atividade do relator em construir a norma jurídica geral e abstrata, a partir dos julgados dos tribunais (*jurisprudência-dominante-enunciação*), enunciando-a como fundamento de validade da decisão monocrática (*jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* e *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*); enunciará-la também como resultado do julgamento jurisdicional (*decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado* condicionada pela norma jurídica construída a partir da *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*).

Logo, a expressão “*jurisprudência dominante*”, constante dos enunciados-enunciados do artigo 557, do CPC, assume que, em caso de o relator constatar a *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* sobre o assunto que está a julgar, este estará obrigado a exercer sua competência jurisdicional para enunciar decisão judicial monocrática com força ilocucionária de não conhecer, de dar provimento ou de negar provimento no mesmo sentido da *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*.

À frente, toma-se a aprofundar o estudo desta regra de competência para aplicação da *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* como fundamento de validade da *decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado* do relator.

6.2 A JURISPRUDÊNCIA COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

6.2.1 A *jurisprudência-dominante-enunciação* e a *decisão-judicial-monocrática-enunciação*: a diferença entre o ato psicofísico do tribunal e o ato psicofísico do relator do recurso cível

A atividade exercida pelos relatores, assim como qualquer outro agente competente, não é cognoscível ao sistema do direito positivo. Ora, o ato psicofísico de enunciar uma decisão judicial é intangível aos demais sujeitos de direito, pois se esvai no tempo e no espaço.

Entretanto, a enunciação, como processo fático de expelir o ato de fala decisão judicial, além de expelir o que se quer dizer (enunciado-enunciado), deixa registrado, no plano da literalidade, as marcas físicas deste processo de feitura (enunciação-enunciada).

Afirma-se que não se confundem os atos psicofísicos do relator, denominado *decisão-judicial-monocrática-enunciação*, com o ato psicofísico dos tribunais, denominado *jurisprudência-dominante-enunciação*.

A *jurisprudência-dominante-enunciação*, como já tragado, é a atividade enunciativa do julgamento reiterado das questões pelos tribunais. Já a *decisão-judicial-monocrática-enunciação* é a atividade enunciativa de julgamento do recurso pelo relator.

Ocorre que, ao enunciar a *decisão-judicial-monocrática-enunciação*, o relator, como sujeito competente, deve recorrer aos enunciados da *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* e da *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* para criar a norma jurídica que outorga a sua competência jurisdicional conforme a habilitação prescrita no artigo 557, do CPC.

Assim, ao realizar seu ato psicofísico *decisão-judicial-monocrática-enunciação* (processo), o relator recorre aos enunciados resultantes do ato psicofísico dos tribunais (produto): a

jurisprudência-dominante-enunicação-enunciada e a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*.

Não se confunda a norma jurídica geral e abstrata construída pelo exercício de interpretação dos enunciados-enunciados das decisões judiciais, constantes do repositório oficial de um tribunal (*jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*), enquanto apropriação daquela como fundamento de validade da decisão monocrática da relatoria (*decisão-judicial-enunicação-enunciado*); nem mesmo com a solução do caso que está em julgamento (*decisão-judicial-enunicação-enunciado*).

Pode-se dizer que a *jurisprudência-dominante-enunicação-enunciada* e a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* são o fundamento de validade da norma jurídica de competência que obriga a enunicação da *decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado*. Por outro prisma: a *jurisprudência-dominante-enunicação-enunciada* e a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* devem constar na parcela dos enunciados da *decisão-judicial-monocrática-enunicação-enunciada*.

Logo, quando fora falado no título, aqui em voga, sobre a jurisprudência como fundamento de validade das decisões judiciais, verdadeiramente, falou-se da *jurisprudência-dominante-enunicação-enunciada* e da *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*, colocadas pela relatoria na parte da *decisão-judicial-monocrática-enunicação-enunciada*, que fundamentarão a validade da *decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado*; indicam a norma de competência para julgamento monocrático, e, como toda norma de competência, limitam o objeto da enunicação realizada pela relatoria.

Para tanto, serão esmiuçados os enunciados constantes da *jurisprudência-dominante-enunicação-enunciada* e da *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* para apontar suas implicações nos enunciados da decisão monocrática da relatoria.

6.2.2 A *jurisprudência-dominante-enunicação-enunciada*: a constituição de provas do procedimento de introdução da *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* no sistema do direito positivo

Expostas as premissas em relação à *decisão-monocrática-enunciação-enunciada*, firmado que a *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* e a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* indicam a norma de competência da relatoria, cumpre analisar com maior profundidade estes dois enunciados.

Assenta-se que a *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* é a parcela dos enunciados postos no documento normativo, denominado decisão monocrática, que indica as normas jurídicas que habilitam a atividade do relator do recurso cível nos tribunais para enunciar a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*, posto que os enunciados do “*caput*”, do artigo 557, do Código de Processo Civil, dispõem do símbolo ‘*jurisprudência*’ com os tais complementos: “*dominante*” e “*mesmo tribunal, pelo Tribunal Superior ou pelo Supremo Tribunal Federal*”.

E, também, o enunciado do §1º-A, do artigo 557, do Código de Processo Civil, que coloca o símbolo “*jurisprudência*” com os complementos “*dominante*” e “*Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*”

Portanto, para introduzir no sistema do direito positivo a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*, que, por sua vez, indicará a competência monocrática da relatoria, o relator deve nos enunciados de *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* comprovar que essa norma jurídica geral e abstrata representa a norma jurídica geral enunciada pelo tribunal sobre o assunto e que as notas do caso em julgamento subsumem precisamente àquelas razões que fundamentaram essa a norma jurídica geral enunciada pelo tribunal.

Acontece algo semelhante à regra estrutural de costume, conforme leciona MOUSSALLEM¹⁶⁶:

Nessa regra, ao contrário do que ocorre nas regras de produção normativa, não há a prescrição de uma competência e de um procedimento para a conformação das normas costumeiras como existe para a produção legislativa, executiva ou judicial.

[...]

O direito positivo, não dispondo sobre a forma de confecção de uma determinada norma consuetudinária, autoriza a sua produção em determinados casos, relegando à

¹⁶⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006. p. 160.

teoria das provas a demonstração de a norma jurídica costumeira advir de um uso reiterado no tempo.

Quer-se afirmar que é atribuição da relatoria provar a predominância das *decisões-judiciais-enunciados-enunciados* proferidas pelo seu próprio tribunal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, para lançar, na parte da *decisão-monocrática-enunicação-enunciada*, a *jurisprudência-dominante-enunicação-enunciada* como fundamentação da introdução da *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*, e daí exercer a regra de competência jurisdicional recursal para lavrar a *decisão-monocrática-enunciado-enunciado*.

Note-se que, ao contrário dos enunciados-enunciados das “*súmulas*”, que possuem regras de enunciação prescritas no artigo 479, do CPC, a “*jurisprudência dominante*”, como prescrita nos enunciados do artigo 557, do Código de Processo Civil, não possuem um procedimento rigoroso para enunciação no sistema do direito positivo:

A jurisprudência dominante não deriva de procedimento algum; é mais simples. Ela se constitui de decisões proferidas pelo mesmo tribunal, por intermédio dos seus órgãos colegiados, sobre a mesma matéria, de forma reiterada e uniforme. Em última análise, pode-se afirmar que jurisprudência dominante não tem o mesmo significado de súmula.¹⁶⁷

Assim, os autores da doutrina processual civil divergem quanto aos critérios de prova que devem constar na *jurisprudência-dominante-enunicação-enunciada* para habilitar o uso da *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* como fundamento de validade da *decisão-monocrática-enunciado-enunciado*.

Alguns sugerem o exame estatístico objetivo sobre o percentual de julgados no mesmo sentido (51%, 60%, 70% etc.), e, como ressalva FABIANO CARVALHO¹⁶⁸, tal critério é dificultoso e confuso. Já MÁRIO TEIXEIRA DA SILVA¹⁶⁹ propõe que o meio de prova hábil para firmar a *jurisprudência-dominante-enunicação-enunciada* deve ser aquela decisão que não logrou êxito em atingir o *quorum* qualificado para se tornar súmula no procedimento de uniformização de jurisprudência, mas que teve a votação pelo *quorum* da maioria qualificada.

¹⁶⁷ CARVALHO, Fabiano. Poderes do relator nos recursos – art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008. p.129.

¹⁶⁸ CARVALHO, Fabiano. Poderes do relator nos recursos – art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008. p.137.

¹⁶⁹ SILVA, Mário Teixeira. Recursos cíveis e poderes do relator. Curitiba: Juruá, 2009. p. 75-76.

Entretanto, ensaia-se acertada a colocação de FABIANO CARVALHO¹⁷⁰ ao citar a doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO na tentativa de solucionar a questão:

Ajusta-se perfeitamente, no particular, o entendimento de Cândido R. Dinamarco no sentido de que “os relatores e os tribunais devem ter consciência de que *inexiste um critério quantitativo que seja suficiente para a sua especificação*”.

Por este motivo, afigura-se indispensável que os tribunais deem “publicidade” a respeito de sua orientação sobre determinado tema jurídico. Essa veiculação do entendimento dominante transmite confiança ao relator para julgar unipessoalmente o recurso, bem como previsibilidade e segurança aos jurisdicionados.

A questão em relação à prova de predominância das *decisões-judiciais-enunciados-enunciados*, proferidas pelos tribunais, tem questões práticas relevantes que serão analisadas no próximo capítulo, tais como o cabimento do agravo inominado contra a decisão monocrática e o cabimento de sanção pessoal no caso de declínio da competência unipessoal pelo relator.

Agora importa que os critérios determinantes, prescritos no artigo 557, do Código de Processo Civil, não são estanques. Em verdade, cabe à relatoria demonstrar em sua decisão monocrática que a norma jurídica geral e abstrata formulada representa o entendimento do tribunal sobre o tema em julgamento.

Deste modo, a indicação pelo próprio tribunal da predominância do entendimento em outros julgados é um critério válido, assim, como a votação maioria simples em procedimento de unificação de jurisprudência, contudo, não são critérios únicos e absolutos.

Conforme o enunciado 557, do Código de Processo Civil, cabe, em certeza, ao relator na parte da *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* apontar, com citações e provas, que aquela proposição, que constituirá a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*, é a predominante no seu tribunal, no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁰ CARVALHO, Fabiano. Poderes do relator nos recursos – art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008. p.137-138.

E expande: deve o relator comprovar precisamente em quais aspectos o caso em julgamento se subsume a norma jurídica geral e abstrata que representa o entendimento do tribunal sobre o assunto apontado pela *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*.

Assente que tão embora as modificações na redação originária do artigo 557, do Código de Processo Civil, tenham sido enunciadas com a bandeira política da celeridade processual, os enunciados da Constituição Federal não exoneraram o magistrado de fundamentar suas decisões, conforme os preceitos do contraditório e da ampla defesa. O julgamento unipessoal, além da celeridade, presta-se também a prover a segurança jurídica das relações interpessoais¹⁷¹.

Não é outra a advertência de LENIO LUIZ STRECK¹⁷² sobre a vinculação da atividade jurisdicional às normas hierarquicamente superiores no ciclo de positivação do direito positivo:

[...] deveria ser despciendo acentuar que a crítica à discricionariedade judicial não é um “proibição de interpretar”. Ora, interpretar é dar sentido (Sinngabung). É fundir horizontes. E o direito é composto por regras e princípios, “comandados” por uma Constituição.

Ora, é justamente pela feitura de prova pela *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada*, na parte da *decisão-monocrática-enunciação-enunciada*, que assegurará as partes o contraditório e a ampla defesa para uso dos recursos cabíveis, bem como preservará o relator de responsabilização pessoal em decorrência de uma decisão monocrática equivocada.

A seguir, será a parte da *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* que apontará a norma jurídica de competência para o julgamento de exercício obrigatório pela relatoria, bem como, limitará o objeto da *decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado*.

¹⁷¹ Neste sentido, destaque-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni: “[...], o julgamento monocrático, antes de objetivar a mera abreviação do julgamento dos recursos, presta-se a tutelar a coerência do direito e a segurança jurídica.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 510.)

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87.

6.2.3 A *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*: do fundamento de validade ao objeto do julgamento monocrático do relator

Como afirmado em linhas acima, a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* é a parcela dos enunciados postos no documento normativo denominando decisão monocrática que aponta a norma jurídica geral e abstrata resultante do processo da *jurisprudência-dominante-enunicação*. Logo, juntamente com a *jurisprudência-dominante-enunicação-enunciada*, a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* apontam os limites da norma jurídica de competência que fundamenta a validade da *decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado*.

À razão, a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* trata-se da parcela dos enunciados da relatoria que expõem no plano da literalidade a norma geral e abstrata formulada a partir das *decisões-judiciais-enunciados-enunciados* emitidas pelos órgãos dos tribunais.

Neste sentido, destaque-se a lição de LUIZ GUILHERME MARIONI¹⁷³:

Na verdade, o julgamento monocrático, ao pautar-se em precedente, sempre estará baseado em seus motivos determinantes. Isso porque, como é óbvio, não há como julgamento monocrático se basear no dispositivo do acórdão. Aliás, mesmo no caso de súmula ou jurisprudência dominante, em muitos casos será necessário investigar os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem à súmula ou à jurisprudência dominante. Tratando-se de recursos repetitivos, é preciso analisar os fundamentos determinantes da decisão que, com base na técnica recursal dos recursos múltiplos, julgou a “questão idêntica”.

Então, a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*, além de complementar a construção do sentido da hipótese da norma de competência do relator, delimitará o objeto do conseqüente da norma jurídica de competência, de sorte a delimitar, também, a enunicação da *decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado*.

Isto deflegra que, ao enunciar a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*, o relator aplica a norma geral abstrata que ela aponta ao caso concreto, emitindo uma *decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado* que, por sua vez, apontará uma norma concreta ao caso deduzido em juízo.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 511.

Tanto vale uma observação: a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* formulada a partir das *decisões-judiciais-enunciados-enunciados* emitidos reiteradamente pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça Estaduais, somente prestam-se para fundamentar a *decisão-monocrática-enunciado-enunciado* no sentido de não conhecer ou negar provimento ao recurso, nunca para dar provimento ao pedido recursal, conforme expressão literal do ‘*caput*’, do artigo 557, do Código de Processo Civil.

Em soma, somente podem ser usadas pelo mesmo tribunal que a proferiu, não podendo fundamentar a *decisão-monocrática-enunciado-enunciado* no sentido de não conhecer ou negar provimento ao recurso interposto perante outro tribunal.

Colocadas estas questões, visa-se a estruturar a norma jurídica de competência para julgamento com base na “jurisprudência dominante” prescrita nos enunciados do “*caput*” e do §1º-A, do artigo 557, do Código de Processo Civil.

6.2.4 A síntese da norma de competência para julgamento monocrático com fundamento de validade na “*jurisprudência dominante*”.

Ressalte-se que existem várias hipóteses normativas de competência prescritas no referido enunciado-enunciado do artigo 557, do Código de Processo Civil. Como o objeto de reflexão está circunscrito pelo uso da “*jurisprudência dominante*” como fundamento de validade da decisão monocrática do relator, passa-se a estruturar as duas normas jurídicas pertinentes ao estudo.

A primeira norma jurídica de competência para julgamento constante dos enunciados-enunciados do “*caput*”, do artigo 557, do CPC:

$D [F (s.p.e.t) \rightarrow (S' R_o S'')]$

Onde:

D – functor deôntico não-modalizado (dever-ser);

F – antecedente da norma jurídica primária, que descreve um fato de possível ocorrência;

s – sujeito competente: “Ser relator”;

p – menção ao procedimento: “recurso cível em confronto com a norma jurídica geral construída a partir da jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado do mesmo tribunal, do Tribunal Superior ou do Supremo Tribunal Federal”;

e – espaço no qual o verbo dever ser realizado;

t – tempo no qual o verbo deve ser realizado;

→ - nexos de imputação jurídica; trata-se de sincategorema, constante lógica, figura inerente à estrutura normativa;

(S' R_o S'') – conseqüente da norma primária;

R – Objeto da relação jurídica de competência modalizada pelo modal deôntico do obrigatório: enunciar decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado com força ilocucionária de negar seguimento ou negar provimento ao pedido formulado no recurso cível;

S' – sujeito ativo, categorema a ser preenchido pelas classes de sujeito competente, detentor de um direito subjetivo de exigir que seus enunciados-enunciados sejam obrigatoriamente observados na construção de normas jurídicas, no caso, o relator;

S'' – sujeito passivo, categorema a ser preenchido com todos os sujeitos de direito, detentor de um dever jurídico.

A segunda norma jurídica de competência para julgamento, constante dos enunciados-enunciados do §1º-A, do artigo 557, do CPC:

$D [F (s.p.e.t) \rightarrow (S' R_o S'')]$

Onde:

D – functor deôntico não-modalizado (dever-ser);

F – antecedente da norma jurídica primária, que descreve um fato de possível ocorrência;

s – sujeito competente: “Ser relator”;

p – menção ao procedimento: “recurso cível em que a decisão recorrida está em desconformidade com a norma jurídica geral abstrata construída a partir da jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”;

e – espaço no qual o verbo dever ser realizado;

t – tempo no qual o verbo deve ser realizado;

→ - nexos de imputação jurídica; trata-se de sincategorema, constante lógica, figura inerente à estrutura normativa;

(S' R_o S'') – conseqüente da norma primária.

R – Objeto da relação jurídica de competência modalizada pelo modal deôntico do obrigatório: enunciar decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado com força ilocucionária de dar provimento ao pedido formulado no recurso cível;

S' – sujeito ativo, categorema a ser preenchido pelas classes de sujeito competente, detentor de um direito subjetivo de exigir que seus enunciados-enunciados sejam obrigatoriamente observados na construção de normas jurídicas, no caso, o relator;

S'' – sujeito passivo, categorema a ser preenchido com todos os sujeito de direito, detentor de um dever jurídico.

Todos os conceitos colocados na estrutura lógica, acima descrita, foram tratados ao longo do presente trabalho. Razão pela qual não será explicado nesta parte, justamente para não se repetir tudo aquilo que já foi dito.

No próximo capítulo, ter-se-ão à vista alguns aspectos práticos em relação às construções expostas até a presente altura deste, em especial, sobre a constitucionalidade do dispositivo do artigo 557, CPC, bem como em relação do cabimento do agravo inominado contra a decisão judicial monocrática da relatoria que julgou o recurso com base na jurisprudência dominante.

7 ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS ASPECTOS PRÁTICOS DO TEMA

7.1 ESTUDO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DOS ENUNCIADOS-ENUNCIADOS DO ARTIGO 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Por tudo que foi exposto, ficou assentado que, se a parte exercer o direito de recurso e a decisão recorrida ou o pedido do recurso estiverem em desconformidade com a norma jurídica introduzida pela regra de habilitação jurídica da jurisprudência dominante, o relator está *obrigado* a exercer sua competência jurisdicional recursal para enunciar decisão monocrática no sentido de dar provimento, negar provimento ou inadmitir o recurso, a depender da regra jurídica indicada pela *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*.

Estas afirmações estão baseadas no conceito de norma jurídica de competência jurisdicional e de norma jurídica que regula o exercício da competência jurisdicional recursal, e, uma vez que a competência recursal é uma espécie de competência jurisdicional funcional recursal, o relator está obrigado a observar a norma geral e abstrata posta pelos tribunais; estando obrigado a exercer sua competência para julgar monocraticamente o recurso.

Por isto, também, afirmou-se a jurisprudência como fundamento de validade das decisões judiciais: a *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* e a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*, colocadas pela relatoria na parte da *decisão-judicial-monocrática-enunciação-enunciada*, que fundamentam a validade da *decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado*.

Por outro prisma: a norma jurídica do enunciado 557, do Código de Processo Civil, habilita os tribunais a instituírem, pela reiteração de julgados, normas jurídicas gerais e abstratas no sistema do direito positivo.

Sobre tal posicionamento, algumas críticas têm sido feitas pela doutrina processualista civil, em especial relacionadas à constitucionalidade dos enunciados do dispositivo do artigo 557, do Código de Processo Civil: *(i)* a violação da norma de competência constitucional para

legislar (ii) e a violação a obrigação de enunciação colegiada das decisões judiciais pelos tribunais.

Sobre a violação da norma de competência constitucional para legislar, destaque a profissão de DÍNIO DE SANTIS GARCIA¹⁷⁴:

[...] No Brasil, como elemento essencial ao estado de direito, vigora o princípio da separação dos poderes, que a Constituição da República consagrou em cláusulas pétreas, e, por que tais, não são passíveis de modificação e, menos ainda, de supressão através de emenda constitucional (art. 60, §4º, III).

Ora, a competência de expedir assentos implica na possibilidade conferida a um órgão judicial (a um tribunal) de prescrever critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante o enunciado de normas (no sentido estrito de normas gerais, ou de preceitos gerais e abstratos), que, como tais, abstraem (na sua intenção) e se destacam (na sua formulação) dos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, com o propósito de estatuírem para o futuro, de se imporem em ordem a uma aplicação futura.

Ora, a generalidade e a força obrigatória são os dois traços que caracterizam mais fortemente a lei, tomada em seu sentido genérico, e a eles podem ser reconduzidos todos os seus outros caracteres.

Temos aí, portanto, com a criação dos assentos (normas gerais e com força obrigatória), uma clara invasão da competência do Poder Legislativo.

Destarte, segundo a essa corrente doutrinária, a prescrição de normas gerais e abstratas pelos tribunais pela *jurisprudência-dominante-enunciação* violaria o preceito da separação constitucional dos ‘poderes’, uma vez que caberia somente ao poder legislativo introduzir enunciados sobre os quais os sujeitos de direito poderiam construir normas gerais e abstratas.

Outro coro a esse argumento é a norma insculpida no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal¹⁷⁵, apregoando que a prescrição de normas gerais e abstratas pelos tribunais pela *jurisprudência-dominante-enunciação* violaria a reserva de lei.

Ocorre que, como já consignado na explanação, não há que se falar em ‘poderes’, mas, verdadeiramente, em competências constitucionais, uma vez que as competências estão

¹⁷⁴ GARCIA, Dínio de Santis. Efeitos vinculantes dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores. Revista dos Tribunais. São Paulo, Ano 85, Volume 734, 1996. p.43-44.

¹⁷⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

distribuídas aos órgãos do Estado e que não há impedimento de distribuição de mais de uma competência aos órgãos.

Visto, também, que não há que classificar as competências constitucionais em relação ao resultado de sua atividade enunciativa (se os enunciados constituirão normas gerais, abstratas, individuais e concretas), uma vez que as competências constitucionais pressupõem o ciclo de positivação do sistema do direito positivo.

Firma-se, outrossim, a consideração no sentido de que a competência jurisdicional atua em momento posterior a competência legislativa, tendo como limitação da sua competência os enunciados normativos postos pela competência legislativa, e, crivadamente, têm fundamento de validade da sua atuação também nas normas insculpidas pela competência legislativa. Deste modo, não há de falar que a introdução de normas gerais e abstratas pelos tribunais pela *jurisprudência-dominante-enunciação* violaria os preceitos da reserva de lei ou da separação constitucional dos “poderes”.

A introdução de normas gerais e abstratas pelos tribunais pela *jurisprudência-dominante-enunciação* pressupõe as normas gerais e abstratas postas pela competência legislativa, devendo respeitá-las. Ora, pode-se citar como exemplo a “*tese jurídica*” sobre o prazo de prescrição para o contribuinte ingressar com a ação de repetição do indébito tributário dos tributos lançados por homologação. Tal discussão sobre a construção da proposição normativa, que deveria regulamentar o prazo do contribuinte para ingressar em juízo, ficou conhecida no Superior Tribunal de Justiça como a ‘*tese dos cinco mais cinco*’.

Nesse sentido, prescreve o enunciado do artigo 168, do Código Tributário Nacional:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

O referido enunciado marca como termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional do contribuinte pleitear a repetição do indébito a data da extinção do crédito tributário. Especificamente sobre a extinção do crédito tributário dos tributos lançados por homologação prescrevia enunciado do §4º, do artigo 150, do Código Tributário Nacional:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[..]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A controvérsia girava, à reboque, entorno do termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional para o contribuinte pleitear repetição do indébito tributário, no caso, a interpretação do conceito de '*extinção do crédito tributário*' constante do enunciado §4º, do artigo 150, do Código Tributário Nacional

Assim, a interpretação que era adotada pelo Superior Tribuna de Justiça sobre os referidos enunciados normativos seria no sentido de não contar o prazo prescricional do contribuinte para a apresentação da ação de repetição do recolhimento do tributo lançado por homologação, mas, do transcurso do prazo de homologação constante do enunciado §4º, do artigo 150, do Código Tributário Nacional.

Cite-se, como exemplo, a ementa do julgado RESP 638322/SC:

TRIBUTÁRIO – TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO –DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF – PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUÊNAL – TERMO INICIAL – HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA –PRECEDENTES 1ª SEÇÃO.

- Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional quinquenal para se pleitear sua restituição/compensação começa a fluir da homologação, expressa ou tácita, ainda que se trate de exação declarada inconstitucional pelo STF.

- Entendimento consagrado pela eg 1ª Seção no julgamento do Eresp 435.835/SC.

- No caso dos autos, tendo em vista a data do ajuizamento da ação (27/02/2003), não há que se falar em prescrição das parcelas recolhidas a partir de fevereiro de 1993.

- Ressalva do ponto de vista do Relator.

-Recurso especial não conhecido.

(RESP 638322/SC; RECURSO ESPECIAL 2004/0004568-7 - RELATOR(A) MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS - SEGUNDA TURMA - DJ 22.08.2005)

Em 09 de fevereiro de 2005, foi enunciada a Lei Complementar Federal nº 118, introduzindo, no sistema do direito positivo pelo enunciado-enunciado do artigo 3º, a norma jurídica que

alterou a contagem do prazo prescricional da repetição de indébito dos tributos lançados por homologação:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Neste sentido, os órgãos do Judiciário ao exercerem a competência jurisdicional, efetuada em momento distinto no ciclo de positivação, estão obrigados a observar as normas gerais e abstratas postas pela competência legislativa e pelo exercício da própria competência jurisdicional (*jurisprudência-dominante-enunciação*). Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade dos enunciados do artigo 557, do CPC, por violação de reserva de lei ou de violação do preceito da ‘separação dos poderes’.

Não há que se falar, também, em inconstitucionalidade dos enunciados do artigo 557, do CPC, por violação a uma suposta obrigação de enunciação colegiada das decisões judiciais pelos tribunais.

Sobre a obrigação de enunciação colegiada das decisões judiciais pelos tribunais, destaque-se a doutrina de RODRIGO KLIPPEL e ANTÔNIO ADONIAS BASTOS¹⁷⁶:

O princípio da colegialidade possui raízes antigas no processo civil brasileiro. Visto que, historicamente, o juiz natural dos recursos é órgão de um tribunal composto por, ao menos, três julgadores, que apreciam a causa em conjunto.

É certo dizer que a colegialidade é a melhor das justificativas para se admitir que um órgão jurisdicional mais distante da realidade fática da causa tenha poderes para anular ou reformar a decisão daquele que mais de perto apreciou a lide, pois não se pode garantir que o juiz atuante no tribunal seja mais competente de que o de primeiro grau. É a pluralidade do juízo recursal seu grande diferencial em relação ao juízo singular *a quo*.

Em verdade, não há disposição normativa sobre a obrigação das decisões nos tribunais serem colegiadas. Antes pelo contrário: há uma reverência da doutrina processualista em afirmar essa obrigação de colegialidade.

¹⁷⁶ BASTOS, Antônio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. Manual de processo civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 537.

As regulamentações administrativas dos tribunais e as normas jurídicas sobre as condutas de distribuição e de julgamento dos recursos cíveis, tais como dispostas nos artigos 547, e seguintes do Código de Processo Civil, sustentam esta reverência da doutrina processualista em relação à juridicidade da obrigação da decisão colegiada nos tribunais.

Entretanto, essas disposições estão em legislação federal infraconstitucional o que permite, a qualquer tempo, que o legislador altere a realidade dos enunciados normativos, e, de conseguinte, altere as disposições normativas.

É justamente o que ocorre com os enunciados do artigo 557, do Código de Processo Civil: o relator por disposição legal é o agente competente e o sujeito ativo da norma de competência, e, portanto, é o juízo natural para o julgamento dos recursos cíveis em que a decisão recorrida ou o pedido recursal contrarie as disposições da *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*.

Nesse mesmo sentido, destaque-se a lição de TIAGO FIGUEIREDO GONÇALVES¹⁷⁷:

Não é o colegiado quem delega ao relator poderes para decidir monocraticamente o recurso. Quem delega poderes ao relator é a própria lei. E delegação legal é sinônimo de atribuição de competência. Por isto que a atuação do relator não se dá por força de delegação propriamente dita, mas, sim, de competência.

Calha fazer uma anotação à margem do autor, não há que se falar em delegação legal, mas em atribuição de competência. O relator é o agente competente e sujeito ativo para a enunciação da decisão monocrática, e, logo, o juiz natural obrigado ao julgamento dos recursos cíveis nas hipóteses do artigo 557, do Código de Processo Civil.

Além: não é a possibilidade de a decisão judicial monocrática da relatoria ser julgada por um órgão colegiado, que está garantida a sua constitucionalidade. Ora, a possibilidade de haver o julgamento colegiado não é imposição constitucional (prescritiva), mas, sim, doutrinária (descritiva).

¹⁷⁷ GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Julgamento unipessoal nos tribunais e agravo inominado. Bahia: Jus Podivm, 2010. p. 50.

7.2 DO CABIMENTO DO AGRAVO INOMINADO NOS CASOS DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELA HIPÓTESE DE ‘*CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE*’

Descrito que o enunciado normativo do artigo 557, do Código de Processo Civil, trata-se do suporte físico de várias normas jurídicas de competência para o julgamento monocrático pela relatoria, e eleito com objeto de estudo as normas jurídicas de competência para julgamento, as normas que se apropriam da “jurisprudência dominante” como fundamento de validade da decisão monocrática da relatoria.

Conclamado, também, que a enunciação da decisão-judicial-monocrática resultará na introdução da decisão-judicial-monocrática-enunciação-enunciada e na decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado. A primeira, diz-se respeito às normas que fundamentaram a validade da decisão-judicial-monocrática-enunciação, e a segunda, prescreverá a norma concreta posta pelo processo de decisão-judicial-monocrática-enunciação.

Nos capítulos anteriores, trouxe-se à superfície que a norma de competência condicionará também o produto que será enunciado pelo agente competente, selecionando sobre quais matérias o agente competente estará habilitado para exercer sua enunciação. Colocado, assim, que as normas postas nos sistema do direito positivo pelo exercício obrigatório das competências jurisdicionais (decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado) podem ser passíveis de controle, pelo exercício do direito de recurso, em relação às normas de competência que fundamentam a sua validade (postas pelo agente competente na parte da decisão-judicial-monocrática-enunciação-enunciada).

Especificamente sobre o controle da atividade de enunciação da relatoria pelo exercício da competência, prescrita no enunciado do artigo 557, do Código de Processo Civil, destaquem-se os enunciados do §1º:

§ 1o Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

O enunciado normativo do §1º, do artigo 557, do Código de Processo Civil, prescreve as normas que regulam o direito de recurso, que, se exercido pela parte que se alega sucumbente, obriga o órgão colegiado ao exercício da competência jurisdicional recursal para o julgamento do pedido do agravo inominado, que, em última instância, quer obter decisão colegiada com força ilocucionária de substituir a decisão monocrática proferida pela relatoria.

Segundo FABIANO CARVALHO:

O agravo previsto no §1º é o meio processual adequado de que dispõe a parte para voltar-se contra a decisão unipessoal. O fim a que visa o agravo é provocar novo pronunciamento por outro órgão judicial (colegiado), para que este reforme ou invalide a decisão monocrática. Por isso, a interposição do agravo interno, assim como de qualquer outro recurso, é ônus processual da parte.

A interposição do agravo interno ocasiona o prosseguimento do processo, e impede a preclusão e a formação da *auctoritas rei iudicare*, efeitos inerentes a todo e qualquer recurso do sistema processual brasileiro.

Pode-se afirmar que o direito de recurso prescrito no enunciado normativo do §1º, do artigo 557, do Código de Processo Civil, é vinculado e a sua admissibilidade está condicionada ao debate de pressupostos específicos.¹⁷⁸

No caso, o agravo inominado não se presta a debater a diretamente a decisão-monocrática-enunciado-enunciado; logo, a parte recorrente deve atacar especificamente decisão-monocrática-enunciação-enunciada nos que tocam os termos da jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado e os critérios expostos para a enunciação da jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada.

Noutras palavras, o objeto da impugnação do recurso de agravo inominado são os fundamentos de validade do exercício da competência da relatoria, assim, cabe à parte alegar e provar ilegalidade na enunciação da jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada e da jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado.

¹⁷⁸ Muito embora o autor denomine em relação à fundamentação do recurso, a lição é pertinente ao caso: “O recurso é de fundamentação vinculada quando a lei exige a presença de determinados tipos de vícios ou defeitos na decisão, para que tenha cabimento.”. (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 40.)

A parte que se alega sucumbente deve provar que o seu recurso não se subsume à jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado ou que não seria o caso de enunciar a jurisprudência-dominante-enunicação-enunciada.

Não é por outro motivo que a parte final do enunciado do §1º, do artigo 557, do Código de Processo Civil, menciona “*provido o agravo, o recurso terá seguimento*”. Ora, isto quer significar que não se deve confundir o julgamento do mérito do agravo inominado (§1º, do artigo 557, CPC) com o mérito do recurso que foi julgado monocraticamente pelo relator (*caput* e §1º-A, do artigo 557, CPC).

A expressão do plano de literalidade do sistema do direito positivo restringe a interpretação criativa das normas pelos agentes competentes, e, ao afirmar que o recurso julgado pela decisão judicial monocrática terá seguimento, quer, verdadeiramente, dizer que seu mérito não deve ser confundido com o mérito do agravo inominado.¹⁷⁹

Neste sentido, cite-se o julgado do Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

ACÓRDÃO AGRAVO INOMINADO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 12.099.000.908 AGRAVANTE: MARIA ARLETE BERGAMINE AGRAVADOS: OLGA CASAGRANDE ZANELATO E LUIZ CARLOS BATISTA RELATOR: DESEMBARGADOR SUBSTITUTO WILLIAN SILVA RELATOR P/ O ACÓRDÃO: DESEMBARGADOR FABIO CLEM DE OLIVEIRA EMENTA: AGRAVO INOMINADO CONTRA DECISÃO UNIPESSOAL QUE NEGOU PROVIMENTO A RECURSO PORQUE MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE - OBJETO DO JULGAMENTO DO AGRAVO INOMINADO - CABIMENTO OU NÃO DO JULGAMENTO NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC - HIPÓTESE QUE NÃO COMPORTAVA JULGAMENTO MONOCRÁTICO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. **1. O objeto do agravo inominado interposto contra a decisão unipessoal que, fundada no artigo 557, caput, do CPC, nega provimento ao agravo de instrumento, consiste em saber se a hipótese concreta comportava ou não o julgamento monocrático pelo relator.** 2. Hipótese em que o enquadramento fático apresentado nos autos, concernente ao reconhecimento da excepcional possibilidade de impugnação, na fase de execução, do valor da causa atribuído à ação de despejo, envolvendo controvérsia a respeito do valor do aluguel a ser considerado, demanda análise mais detida do agravo de instrumento, precedida do estabelecimento do contraditório, e

¹⁷⁹ Contrariamente ao posicionamento deste, destaque-se a lição de Tiago Figueiredo Gonçalves: “Se admitida a interpretação literal do *caput* e do §1º do art. 557, para daí se concluir que o provimento do agravo inominado implica, peremptoriamente, o seguimento do recurso antes decidido monocraticamente, sucederia que o órgão colegiado, todas as vezes em que interposto o agravo inominado e provido este, passaria a ter que julgar não apenas um, ma dois recursos: em primeiro, o próprio agravo inominado; e, em segundo, o recurso que fora decidido pela decisão monocrática anulada. Além de sobrecarregar ainda mais a pauta dos colegiados, tal sistemática só retardaria a conclusão do recurso no qual proferida a decisão monocrática.” Tem-se que a alegação de ‘sobrecarregar a pauta dos colegiados’ não é cabível para decidir que o mérito do agravo inominado confunde-se com o mérito do recurso decidido monocraticamente. Ora, a disposição literal do §1º, do artigo 557, do CPC, já decidiu isso para o agente competente ao dizer que “*provido o agravo, o recurso terá seguimento*”.

revela sua não subsunção ao preceito da manifesta improcedência que autoriza o julgamento monocrático. 3. Recurso conhecido e provido para cassar a decisão unipessoal impugnada e determinar o prosseguimento do agravo de instrumento, com o necessário estabelecimento do contraditório. VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Desembargadores que integram a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, na conformidade da ata e notas taquigráficas, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Fabio Clem de Oliveira, designado relator para a elaboração do acórdão. Vitória, ES, 19 de outubro de 2010. PRESIDENTE RELATOR PROCURADOR DE JUSTIÇA
(TJES, Classe: Agravo Inominado Agv Instrumento, 12099000908, Relator Designado: FABIO CLEM DE OLIVEIRA, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 19/10/2010, Data da Publicação no Diário: 09/12/2010) – Grifos meus.

Confirma a unicidade do sistema do direito positivo, a prescrição da multa-processual por interposição de recurso manifestamente inadmissível ou manifestamente infundado conforme enunciado do §2º, do artigo 557, do Código de Processo Civil:

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Se a parte recorrente não lograr a demonstrar a admissibilidade do agravo inominado (ilegalidade na enunciação da jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada e da jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado), o recurso é manifestamente inadmissível, e, assim, se sujeita a aplicação da multa processual do §2º, do artigo 557, do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido, se a parte recorrente apenas reitera as razões do recurso julgado monocraticamente, o recurso é infundado, e, da mesma forma se sujeita a aplicação da multa processual do §2º, do artigo 557, do Código de Processo Civil. Não é demais repisar que o relator nas hipóteses de julgamento do enunciado do caput ou do §1º-A, do artigo 557, do Código de Processo Civil é o juízo natural para enunciar decisão-judicial-monocrática com a força ilocucionária definitiva para resolver a admissibilidade e o mérito recursal.

Portanto, o recurso de agravo inominado (§1º, do artigo 557, do Código de Processo Civil) tem por sentido atacar o fundamento de validade da aplicação da norma de competência da relatoria, trocando em miúdos, a decisão-judicial-monocrática-enunciação-enunciada, para enunciar a decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado.

7.3 DO CABIMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR PELA HIPÓTESE DE “*CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE*”

Prescrevem-se os enunciados dos artigos 102 e 105, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Destaque-se que, com arreio nas expressões literais, constantes dos enunciados dos supracitados artigos, “*causas decididas em única ou última instância*”, firmou-se a súmula 281/STF: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.*”.

Neste contexto, são firmes os precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de não ser cabível a interposição de recurso extraordinário contra decisão monocrática proferida pela relatoria nos casos de julgamento dos recursos com base no artigo 557, do Código de Processo Civil:

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Decisão monocrática. Cabimento de agravo regimental. Ausência de interposição. 3. Não esgotamento das

instâncias ordinárias. Súmula 281/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 418159 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/09/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-05 PP-00967)

Ocorre que os referidos julgados, diferentemente do que se sustentara aqui, não levam em consideração que a competência jurisdicional recursal do relator nas hipóteses específicas do artigo 557, do Código de Processo Civil, é julgamento definitivo do recuso: o relator é o juízo natural para julgar os recursos em com conformidade ao artigo 557, do Código de Processo Civil.

Assim, o julgamento do relator que for enunciado em conformidade com a *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* e a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*, não desafiando o recurso de agravo inominado, o que é, nos termos dos enunciados constitucionais, julgamento “*em última instância*”, de sorte que, em tese, seriam cabíveis os recursos extraordinário e especial.

Ora, como também posta, não há que falar em necessidade de observância a suposta norma constitucional da colegialidade das decisões nos tribunais, logo, é cabível o recurso extraordinário e especial da decisão judicial monocrática da relatoria.

7.4 DA ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO RELATOR PARA O JULGAMENTO DOS RECURSOS E DAS DECISÕES QUE CONTRARIEM A ‘*JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE*’

Muito fora falado anteriormente sobre o pedido deduzido nas peças iniciais de impulsionar o exercício da competência jurisdicional, bem como limitar o objeto da norma de competência jurisdicional. Ocorre o mesmo com as iniciais dos atos de recursos: tratam-se, em verdade, do exercício do direito de recorrer pela parte, de sorte, a impulsionar o exercício da competência jurisdicional e a limitar o objeto da norma de competência jurisdicional.

Acontece que em alguns casos, assim como no exercício do direito de ação, a competência jurisdicional, se regularmente instaurada, pode agir de ofício. É justamente o que ocorre com

as hipóteses de julgamento dos recursos cíveis com fundamento de validade na jurisprudência dominante, conforme apregoa o enunciado do artigo 557, do Código de Processo Civil.

Os aludidos enunciados normativos prescrevem: “*O relator negará seguimento a recurso [...] em confronto com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*” (caput, do artigo 557, do CPC) e “*Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto [...] com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso*” (§1º, do artigo 557, do CPC).

Portanto, é atribuição do relator do recurso cível e este tem que agir de ofício, mesmo em matéria que não foram alegadas pelas partes recursais, pois o próprio ordenamento prescreveu a obrigatoriedade do exercício da competência jurisdicional para estes casos.

7.5 DAS PROVIDÊNCIAS QUANTO O RELATOR QUE DECLINAR SUA COMPETÊNCIA

É trazido à baila que, acaso a competência do relator seja exercida de forma ilícita é cabível, o exercício do direito de recurso de agravo inominado pela parte que alega sucumbente. A previsão da hipótese de recurso de agravo inominado trata-se do antecedente da norma jurídica que regula o exercício da competência recursal para julgamento do agravo inominado.

Entretanto, acaso o relator decline do exercício obrigatório de sua competência jurisdicional recursal, a norma sancionatória, no analisado caso, não prescreverá o exercício do direito de recurso de agravo inominado, mas, em verdade, as hipóteses de (i) exercício de direito de petição administrativa para punição disciplinar do magistrado (ii) ou do exercício de direito de ação contra o magistrado que retardar o julgamento do recurso pelo declínio do exercício do juízo natural.

Sobre a prescrição da sanção administrativa, prescrevem-se os enunciados do artigo 35, da Lei Complementar nº 35 – LOMAN:

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;
[...]

Acaso o relator se depare com o julgamento de recurso que subsuma a uma das hipóteses de julgamento do artigo 557, do Código de Processo Civil, ele é obrigado a julgar de ofício o recurso. Portanto, trata-se justamente da hipótese de sanção administrativa por incorrer na disposição do enunciado do inciso I, do artigo 35, da LOMAN.

Sobre a responsabilidade civil dos agentes do poder judiciário no exercício da competência jurisdicional, prescreve-se o enunciado do artigo 49, da Lei Complementar nº 35 – LOMAN:

Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender ao pedido dentro de dez dias.

Nesse sentido, o relator poderá incorrer na hipótese do inciso I quanto à hipótese do inciso II, do artigo 49, da Lei Complementar nº 35 – LOMAN. Neste mesmo sentido, destaque-se com algumas ressalvas a posição doutrinária de SÉRGIO CAVALIERI FILHO¹⁸⁰:

Nem sempre será tarefa fácil identificar o erro, porque para configurá-lo não basta a mera injustiça da decisão, tampouco a divergência na interpretação da lei ou na apreciação da prova. Será preciso uma decisão contrária à lei ou à realidade fática, como, por exemplo, condenação de pessoa errada, aplicação dispositivo legal impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, motivada por dolo, fraude ou má-fé.

Importa, para o desenvolvimento desta concisa explanação, o indevido exercício da competência jurisdicional. Ora, o indevido exercício positivo da norma de competência do relator (enunciação da decisão-judicial-monocrática) é corrigido pelo sistema do direito positivo pela norma da competência recursal do agravo inominado. Já a indevida inércia da competência do relator (declínio da enunciação para o órgão colegiado), também é punível pela responsabilização civil do relator pelo retardo do julgamento do recurso.

¹⁸⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2007. p. 251.

Não é demais asseverar que, além do ato ilícito consistente no declínio da competência, devem estar comprovados todos os aspectos da responsabilidade civil (v.g. dano, nexo causal e dolo) para haver a condenação do relator por não exercer a regra de competência jurisdicional recursal.

8 DAS BREVES CONCLUSÕES

01. A natureza das coisas e dos eventos é intangível ao homem. Os diversos objetos são dados pelo mundo circundante e o homem somente tem consciência deles a partir da projeção de seu espírito para o mundo exterior, recolhendo dados obtidos pelos atos de intuição sensível.

02. O ato de lançar sua atenção para este mundo circundante, não instaura a realidade para o homem. A realidade somente se manifesta para o homem a partir da cultura. A linguagem é manifestação da cultura, assim, é o modo pelo qual o homem conhece a realidade.

03. A linguagem é o sistema convencional pelo qual os homens atribuem signos ao mundo circundante com o objetivo de instaurar sua realidade. É um esquema de representação das coisas e dos eventos do mundo circundante. As coisas e os eventos do mundo circundante, depois de vertidos em linguagem, tornam-se fatos linguísticos cognoscíveis aos outros homens.

04. Neste pressuposto, faz-se a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais. Os primeiros existem independentemente da vontade humana. Os segundos dependem da convenção humana para existir.

05. O homem, como sujeito cultural, lança seus atos de percepção sensorial sobre o objeto de estudo que tomou consciência, e, para perpetuar a comunicação, representa o objeto pelos signos do sistema da linguagem.

06. O signo é a unidade do sistema da linguagem. É, portanto, a unidade que permite a comunicação inter-humana. O signo é uma unidade, e, assim, indecomponível, que se apresenta em três aspectos: (i) suporte físico; (ii) o significado; (iii) significação. No signo, um suporte físico se conecta a um significado e a uma significação. O suporte físico constitui-se da manifestação propriamente física do signo. O significado é a referência do signo às coisas e aos eventos do mundo circundante. A significação é a ideia, noção ou conceito despertado em nossa mente com a recepção material do suporte físico.

07. Somente há conhecimento quando o sujeito cognoscente enuncia a linguagem sobre seu objeto de estudo, antes percebido por atos sensoriais. Não há conhecimento sem enunciação de linguagem.

08. Enunciação é o ato de emitir enunciados. É a atividade psicofísica de emitir os enunciados construídos conforme as regras gramaticais da língua vigente em determinado território e tempo cultural.

09. A enunciação, em si mesma, é incognoscível. Trate-se de um evento psicofísico realizado pelos homens, que se esvai no tempo e no espaço. Entretanto, a enunciação projeta no enunciado os elementos funcionais da comunicação. Logo, o enunciado é o produto do processo de enunciação. A enunciação é a atividade criadora (processo) na qual o resultado é o enunciado (produto).

10. O homem, ao emitir enunciados, projeta nesses as características do contexto da enunciação. Sobre o que foi enunciado, é possível distinguir duas espécies de enunciados: i) os enunciados-enunciados e ii) a enunciação enunciada.

11. O enunciado-enunciado (i) é a espécie de enunciado que de fato se almejou enunciar, portanto, são os trechos da totalidade enunciada que não contêm as marcas da enunciação. Já a enunciação-enunciada (ii) contém os indícios do fato enunciativo que nos remetem à instância da enunciação.

12. A proposição refere-se à significação que o suporte físico cria na mente dos homens. Logo, ao deparar-se com o suporte físico do signo (enunciado), os homens criam mentalmente a significação (proposição) daquilo que a unidade de linguagem quer representar. Não é demais afirmar que a construção do sentido dá-se no plano da significação. Se o enunciado está para o suporte físico, a proposição está para a significação.

13. O contexto comunicativo, bem como as condições especiais do emissor e do destinatário, é fundamental à obtenção do sentido do enunciado. E, portanto, a formação do sentido dá-se em grande parte no plano pragmático, uma vez que dependendo das

circunstâncias de pessoas, tempo e espaço, o sentido do enunciado pode vacilar quanto à função comunicativa.

14. A constatação de que o contexto comunicativo interfere na função linguística dos enunciados é produto da intervenção científica da escola de semiótica de Oxford, especificamente por JOHN LANGSHAW AUSTIN. Ele busca em seus estudos demonstrar, com afirmação da análise pragmática da linguagem, que as palavras não servem somente como estruturas representativas do mundo circundante (função descritiva).

15. JOHN LANGSHAW AUSTIN afirma que, em alguns casos, falar é agir, então, pela análise do plano pragmático da linguagem, desloca-se a análise para as ações que são realizadas ao se dizer algo e instaura-se aquilo que é denominado a “teoria dos atos de fala”.

16. A teoria dos atos de fala afirma que em alguns casos ações são realizadas ao se dizer algo. Nesse sentido, ao realizar ações pelos atos de fala, tais como casar, declarar guerra ou adiar a reunião, o homem cria ou modifica a realidade dos fatos institucionais do mundo cultural.

17. Assim, ao assumir essa capacidade de realizar ações pela linguagem, é importante destacar a diferenciação entre a *função descritiva* e *função performativa* da linguagem, uma vez que os enunciados proferidos naquela função linguística somente têm a característica de descreve o mundo circundante; ao passo que os enunciados proferidos na última, tem a característica de modificar a realidade cultural pela criação e modificação dos fatos institucionais.

18. O direito positivo é um fato institucional, pois verifica-se, no conhecimento do direito, que sua linguagem tem por sentido prescrever conduta humana (linguagem-objeto). Portanto, as normas jurídicas, como unidades do sistema do direito positivo, para pertencerem ao sistema do direito positivo devem respeitar os critérios específicos de validade do ato de fala deôntico para a sua enunciação. Neste conseqüência, as normas só pertencem ao sistema do direito positivo se o ato de fala respeitar as “*condições de validade*”.

20. A *norma de competência* prescreve capacidade a um sujeito para enunciar enunciados de criação ou modificação no sistema do direito positivo. Assim, as normas de competências

subsumem as classes das normas primárias, uma vez que em seu antecedente possui a descrição de um ato lícito (a enunciação de novos enunciados normativos).

21. No antecedente das normas jurídicas de competência, como primeiro elemento, é a qualificação de um sujeito de direito que poderá criar novos enunciados de direito positivo, qualificação que se dá pela atribuição de um verbo pessoal de estado (ser) ao complemento verbal (pessoa de direito).

22. O segundo elemento, constante do antecedente da norma jurídica de competência, é a menção ao procedimento de enunciação. Destarte, a menção ao procedimento diz respeito às quais atos de execução deverão ser realizados para o exercício da competência.

23. O terceiro e o quarto elementos, constantes do antecedente da norma jurídica de competência, são os critérios temporal e espacial em que é realizado o verbo pessoal de estado que qualifica determinada pessoa como competente.

24. No conseqüente da norma jurídica de competência, como nas demais regras jurídicas, terá a formação de uma relação jurídica na qual um sujeito ativo tem o direito subjetivo de exigir um dever jurídico, correlato do sujeito passivo relativamente à prestação de um objeto determinado.

25. O sujeito ativo da norma de competência é a autoridade credenciada, autoridade competente ou sujeito competente. É o sujeito que possui o direito subjetivo para a realização da enunciação criadora ou modificadora dos textos jurídicos. É também aquele que realiza os procedimentos mencionados para a enunciação criadora ou modificadora de textos jurídicos.

26. Já o sujeito passivo é aquele chamado a prestar o dever jurídico de observância aos enunciados criadores dos textos jurídicos; é aquele sujeito que está subordinado à observância do enunciado-enunciado proferido pelo sujeito ativo.

27. Destarte, o modal deôntico, que qualifica o functor dos sujeitos de direitos no conseqüente da norma jurídica de competência, é o *obrigatório*, uma vez que o sujeito ativo é titular do direito subjetivo de obrigar a todos a observância do seu enunciado-enunciado.

28. Por fim, o objeto constante no consequente da regra jurídica de competência é a conduta de exigir que os enunciados-enunciados, produzidos por sobre determinada matéria, regulem coercitivamente (obrigatórios) a conduta de uma classe determinável de sujeitos de direito.

29. Portanto, a atividade de enunciação pautada nas normas de competência internas do próprio sistema do direito positivo, é a fonte do direito. Daí, afirma-se que as regras de estrutura são os “*fundamentos de validade*” dos novos enunciados posto no sistema do direito positivo. Portanto, a lei, o contrato e a jurisprudência não são fontes do direito. Em verdade, estes enunciados podem ser “*fundamento de validade*” para a atividade enunciativa (fonte do direito) realizada pelo agente competente, conforme procedimento prescrito pelo próprio sistema do direito positivo.

30. Enunciar em direito é realizar ato de fala performativo. E, como os atos de fala no sistema do direito positivo servem para fazer normas jurídicas com as palavras, estes, também, estão condicionadas àquelas condições de felicidades dos atos de fala performativos.

31. Qualificar como válido o ato de fala significa dizer que a enunciação obedeceu a todas as condições de felicidade específicas, conseqüentemente, obedeceu a todas as condições de validade para enunciar a criação de novos enunciados no sistema do direito positivo.

32. As condições de validade (condição específica de felicidade) do ato de fala deôntico são as seguintes:

- (1) Existência de um ordenamento jurídico diretivo das condutas humanas;
- (2) O sujeito de direito habilitado a enunciar deve estar qualificado em uma norma jurídica de competência, conforme descrita no presente trabalho, prevendo, inclusive, a obrigação de observância do enunciado pelos demais sujeitos de direito (sujeição passiva);
- (3) O sujeito de direito competente deve seguir o procedimento juridicamente prescrito para a celebração do ato de enunciação criadora do direito;
- (4) O sujeito de direito competente deve de fato se apropriar da língua e enunciar o ato de fala. Deve haver a enunciação.

33. O resultado da atividade de criação do direito é o documento normativo, portanto, esse é o suporte físico composto pelos vários enunciados. São as marcas de tinta no papel que constroem o corpo do texto do sistema do direito positivo. Como em todo corpo de texto é possível identificar as duas espécies de enunciados (a enunciação-enunciada e o enunciado-enunciado).

34. O conceito de “*decisão judicial*” é plurissignificativo, e, portanto, admite os seguintes conceitos: i) *decisão-judicial-enunciação*, ato locucionário realizado pelo sujeito competente, conforme a hipótese da norma de competência jurisdicional; ii) *decisão-judicial-enunciação-enunciada*, produto da enunciação realizada pelo sujeito competente, conforme a hipótese da norma de competência jurisdicional que carrega as marcas que informam os indício da enunciação (apontam fundamento de validade); iii) *decisão-judicial-enunciado-enunciado*, produto da enunciação realizada pelo sujeito competente, constante na hipótese da norma de competência jurisdicional (aquilo que se decidiu).

35. Diferentemente dos demais mecanismos que obrigam a observância dos precedentes judiciais, as regras do artigo 557, do CPC, prescrevem competência originária da relatoria dos recursos cíveis para julgar a admissibilidade e o mérito recursal sobre as matérias que estão conceituadas como “*jurisprudência dominante*”.

36. Os enunciados-enunciados em vigência do artigo 557, do Código de Processo Civil, põem-se a destacar que estão topograficamente localizados no Capítulo VII – Da Ordem dos Processos no Tribunal, do Título X – Dos Recursos, e, portanto, regulam a competência jurisdicional dos relatores para o julgamento nos tribunais.

37. Conforme o indigitado enunciado-enunciado, o “*relator*” é o *sujeito competente* para enunciar decisão judicial monocrática com força ilocucionária normativa nos procedimentos de recursos cíveis. Assevere-se que o ato de fala resultado da aplicação desta competência de julgamento pelo relator, denominado decisão monocrática, substituirá a força ilocucionária do ato de fala recorrido, da decisão recorrida (sentença ou decisão interlocutória). Portanto, isto quer significar que a competência para julgamento pela relatoria somente estará inaugurada caso alguma parte tenha exercido o seu direito subjetivo à interposição de recurso, com o sentido de obrigar o exercício da competência jurisdicional recursal para a correção da aplicação da competência jurisdicional.

39. Especificamente sobre o conceito de '*jurisprudência dominante*', do artigo 557, do CPC, teremos (i) *jurisprudência-dominante-enunciação*, (ii) *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada*, (iii) *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*.

40. A *jurisprudência-dominante-enunciação* é a atividade de julgamento reiterado das questões de subsunção de um fato às normas jurídicas (comumente chama-se de “*questão de fato*”) ou de construção do sentido deôntico das normas jurídicas (comumente chama-se de “*questão de direito*”) pelos órgãos dos tribunais.

41. A *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* é a parcela dos enunciados postos no documento normativo, denominado decisão monocrática, que indica a norma jurídica que habilita o relator do recurso cível nos tribunais para enunciar a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*.

42. A *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* é a parcela dos enunciados postos no documento normativo, denominado decisão monocrática, que aponta a norma jurídica geral e abstrata resultante do processo de enunciação que, no caso, trata-se do limite da norma jurídica de competência jurisdicional da atividade de enunciação monocrática da relatoria.

43. Assim, pode-se dizer que a *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* e a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* são o fundamento de validade da *decisão-judicial-monocrática-enunciado-enunciado*.

44. A *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* é a parcela dos enunciados postos no documento normativo, denominado decisão monocrática, que indica as normas jurídicas que habilitam a atividade do relator do recurso cível nos tribunais para enunciar a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*.

45. Portanto, para introduzir no sistema do direito positivo a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*, que, por sua vez, indicará o objeto da competência monocrática da relatoria, o relator deve nos enunciados de *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* comprovar que essa norma jurídica geral e abstrata representa a norma jurídica geral enunciada pelo tribunal sobre o assunto e que as notas do caso em julgamento subsumem

precisamente àquelas razões que fundamentaram essa a norma jurídica geral enunciada pelo tribunal.

46. Sobre a questão em relação à prova de predominância das *decisões-judiciais-enunciados-enunciados*, importa que é dever da relatoria demonstrar em sua decisão monocrática que a norma jurídica geral e abstrata formulada representa o entendimento do tribunal sobre o tema em julgamento.

47. Conforme o enunciado 557, do Código de Processo Civil, cabe, em certeza, ao relator na parte da *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada* apontar, com citações e provas, que aquela proposição, que constituirá a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado*, é a predominante no seu tribunal, no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal.

48. É justamente pela feitura de prova pela *jurisprudência-dominante-enunciação-enunciada*, na parte da *decisão-monocrática-enunciação-enunciada*, que assegurará as partes o contraditório e a ampla defesa para uso dos recursos cabíveis, bem como preservará o relator de responsabilização pessoal em decorrência de uma decisão monocrática equivocada.

49. À razão, a *jurisprudência-dominante-enunciado-enunciado* trata-se da parcela dos enunciados da relatoria que expõem no plano da literalidade a norma geral e abstrata formulada a partir das *decisões-judiciais-enunciados-enunciados* emitidas pelos órgãos dos tribunais.

9 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

ALVES, Alaôr Caffé. Lógica: pensamento formal e argumentação. 3. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BASTOS, Antônio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. Manual de processo civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO, Fabiano. Poderes do relator nos recursos – art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Direito tributário linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008.

_____. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONRADO, Paulo Cesar. Processo tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ECHAVE, Delia Tereza; GUIBOURG, Ricardo A.; URQUIJO, Maria Eugenia. Lógica, proposición y norma. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2007.

GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária. São Paulo: Noeses, 2009.

GARCIA, Dínio de Santis. Efeitos vinculantes dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores. Revista dos Tribunais. São Paulo, Ano 85, Volume 734, 1996.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Julgamento unipessoal nos tribunais e agravo inominado. Bahia: Jus Podivm, 2010.

GORDILLO, Agustín. El Lenguaje como método. In: _____. Introducción al derecho. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLLANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.. Introducción al conocimiento científico. Buenos Aires: Editora Universitaria de Buenos Aires, 1985.

HART, Herbert L.A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 273-274.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. Coimbra: Editora Armênio Amando, 1984.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro, 1983.

MANSUR, Augusto. Garantia judicial de penhora e certidão fiscal. Rio de Janeiro: Lumen Jura, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. “Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade”, in *Interpretação e Estado de Direito*, p.860-861. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

NOGUEIRA, Rubem. Curso de introdução ao estudo do direito. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2007.

PIERCE, Charles S. *Semiótica*. São Paulo: Editora Perpectiva, 2003.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Validade, vigência e interpretação..., in: _____. *Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem...* Rio de Janeiro: Editoora Forense, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de lingüística geral*. São Paulo: Editora Cultrix, 2004.

SEARLE, John R. A intencionalidade individual e os fenômenos sócias NE teoria dos atos de fala. In: _____. *Consciência e linguagem*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. Como funcionam os performativos. In: _____. *Consciência e Linguagem*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SILVA, Mário Teixeira. *Recursos cíveis e poderes do relator*. Curitiba: Juruá, 2009.

SIMON, Henrique Smitd. *Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisionismo em Kelsen e Hart*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEIXEIRA, Antônio Braz. Sentido e valor do direito: introdução à filosofia jurídica. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.

VILANOVA, Lourival. Analítica do dever-ser. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003.

_____. Níveis de linguagem em Kelsen. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003.

VILANOVA, Lourival. Notas para um ensaio sobre a cultura. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003.

_____. As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. Teoria das formas sintáticas: anotações á margem da teoria de Husserl. In: _____. Escritos Jurídicos e filosóficos, Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003.