



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



Beclaute Oliveira Silva

**A COGNIÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA SOB O PRISMA
DIALÓGICO DE MIKHAIL BAKHTIN**

TESE DE DOUTORADO

Recife
2011

Beclaute Oliveira Silva

**A COGNIÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA SOB O PRISMA
DIALÓGICO DE MIKHAIL BAKHTIN**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito e Decisão Jurídica.

Linha de pesquisa: Eficácia do Direito e Decisão Jurídica

Orientador: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva.

Recife
2011

Silva, Beclaute Oliveira

A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin / Beclaute Oliveira Silva. – Recife : O Autor, 2011.

291 folhas.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Enunciado dialógico de Mikhail Bakhtin. 2. Bakhtin, Mikhail, 1895-1975 - Crítica e interpretação. 3. Decisão judicial. 4. Análise do discurso. 5. Oratória forense. 6. Mandado de segurança. 7. Sentença judicial. 8. Filosofia da linguagem. 9. Norma jurídica. 10. Teoria da cognição - Direito processual . I. Título.

347.95

347.05

CDU (2.ed.)

CDD (22.ed.)

UFPE

BSCCJ2011-021

Beclaute Oliveira Silva

A Cognição no Mandado de Segurança Sob o Prisma Dialógico de Mikhail Bakhtin

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração : Teoria do Direito e da Decisão Jurídica

Orientador: Drº. Artur Stamford da Silva

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. *Torquato da Silva castro Junior* (Presidente - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: *Torquato da Silva castro Junior*

Professora Drª *Virginia Colares Soares Figueiredo Alves* (1ª Examinadora externa-UNICAP)

Julgamento: APROVADO Assinatura: *Virginia Colares*

Professor Dr. *Francisco Antônio de Barros e Silva Neto* (2º Examinador externo - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: *Francisco Antônio de Barros e Silva Neto*

Professor Dr. *Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha* (3º Examinador interno - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: *Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha*

Professor Dr. *Gustavo Ferreira Santos* (4ª Examinador interno-UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: *Gustavo Ferreira Santos*

Recife, 02 de agosto de 2011.

Coordenador: Profº Drº Marcos Antonio Rios da Nobrega

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a meu querido DEUS que de forma trina vem me abençoando e conferindo muito mais do que eu sonhei em merecer. A MARIA SANTÍSSIMA, que sempre me mostra o difícil caminho da humildade. A Santo TOMÁS DE AQUINO, protetor dos estudantes e meu.

A SUZANA, minha esposa. A THOMÁS e SAVANNAH, meus filhos. Sei que todos sentiram a minha ausência. Sem o apoio e compreensão de vocês isso não seria possível.

Aos meus pais RAIMUNDO e JULÍGIA. Obrigado por ter me formado como sou. Aos meus irmãos (WCLEUTON, IBÉRIA, MARICLÉIA e IZAEL), valeu por tudo, sempre.

Ao meu Orientador, Professor Doutor ARTUR STAMFORD DA SILVA, sua grandeza, sinceridade e humanidade sempre será para mim um exemplo. És um gigante como Professor, Pesquisador e um amigo para toda a vida. Minha gratidão eterna.

À FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE (FDR-UFPE), nas pessoas dos Professores Doutores: ARTUR STAMFORD DA SILVA, JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA, TORQUATO CASTRO JR., RICARDO DE BRITO FREITAS, pela fabulosa contribuição em minha formação.

À equipe de funcionários do Programa de Pós-graduação em Direito, nas pessoas de JOSINA (JOSI) DE SÁ LEITÃO, MARIA DO CARMO (CARMINHA) AQUINO E GILKA SANTOS, que heroicamente mantém seu funcionamento.

Aos amigos FERNANDO SÉRGIO AMORIM e IVAN LUIZ DA SILVA dois brilhantes pesquisadores e um incentivo constante nas cansativas, mas produtivas e divertidas viagens de Maceió a Recife.

A TEODOMIRO NORONHA CARDOZO, meu amigo. Valeu.

Aos doutorando MARCOS EHRHARDT e WELTON ROBERTO, meus amigos desde o Mestrado na FDA/UFAL. Valeu por tudo.

Às queridas amigas da minha linha de pesquisa AMÁLIA, SUELEN E CLAUDINHA. A saudade é enorme.

Aos alunos da Pós-graduação em Direito da FDR com os quais convivi e aprendi nesses anos de doutoramento: EDIL BATISTA JR. GAMIL FÖPPEL, HUGO LEONARDO

R. SANTOS, LEONARDO SIQUEIRA, PABLO FALCÃO e, principalmente, VENCESLAU TAVARES.

A SÉRGIO JOSÉ WANDERLEY DE MENDONÇA, magistrado culto, que tem na simplicidade dos sábios a maior das virtudes. Obrigado pelo apoio e incentivo, que me foram indispensáveis tanto no mestrado como agora no doutoramento.

A GABRIEL IVO, meu primeiro orientador: culto, simples, analítico. Nunca serei capaz de agradecer por ter me apresentado ao pensamento de Hans Kelsen e de Lourival Vilanova.

A JASIEL IVO, que me apresentou as linhas precisas da tortuosa realidade que permeia o universo jurídico, nunca me deixando ser um nefelibata. Seu aluno sempre aprende com você.

A EDUARDO GUERRA, INALDO AGUIAR, LUIZ PEREIRA, MARCELO PAULINO E MÁRCIO RAIMUNDO, sou grato pela grande amizade e carinho de vocês.

Aos meus QUERIDOS AMIGOS da Justiça Federal, que sempre me apoiaram e que tem de mim o carinho e o apreço, principalmente meus colegas da 2ª Vara Federal, bem como aqueles que comigo compunham a 1ª Vara Federal.

À Direção do Foro da Justiça Federal, Seção Judiciária de Alagoas, nas pessoas dos Magistrados e Professores PAULO MACHADO CORDEIRO E DE FREDERICO DANTAS, pelo apoio incondicional à pesquisa que desenvolvi. Ademais, minha gratidão aos membros da Comissão de Gestão de Autos Findos, da Seção Judiciária de Alagoas, na pessoa de GUNNAR TRENNEPOHL.

A todos os amigos professores da FDA/UFAL, especialmente, FILIPE LÔBO e THIAGO BOMFIM, amigos desde o mestrado. Minha admiração e eterna gratidão.

A PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, amigo e interlocutor. Nossas conversas foram extremamente úteis. Sou-lhe extremamente grato.

A todos os amigos que formam o grupo de Professores de Processo Norte, Nordeste e Espírito Santo, nas pessoas de ANTÔNIO ADONIAS, CELINA BRAVO, DANIEL MIRANDA, HENRIQUE MOUTA, LEONARDO CUNHA, MICHEL FERRO, PEDRO BENTES FILHO (O PAI), PEDRO BENTES NETO (O FILHO), ROBERTO GOUVEIA, RODRIGO KLIPPEL e demais membros ilustres (a lista é enorme). Vocês têm sido um forte incentivo.

Aos amigos professores de Direito que militam como eu nas Faculdades de Direito privadas no estado de Alagoas.

A SIDNEY WANDERLEY obrigado pela imensa ajuda na língua de Camões.

Aos meus sogros, CAROL E DUVAL, pelo apoio indispensável no início do curso e pela torcida para que chegasse a um bom termo.

Por fim, mas não por ser menos importante, aos meus queridos irmãos que compartilharam comigo a feliz convivência na RESIDÊNCIA UNIVERSITÁRIA DE ALAGOAS – RUA. Sinto falta de vocês, principalmente daqueles que se sentiam “alberguianos”.

Ao Deus Uno e Trino que abençoou minha vida, de forma trina, com Suzana e meus filhos Thomás e Savannah. Sempre grato, Senhor!

A meus pais Raimundo e Julígia.

À Escola Pública, que me formou da Alfabetização até agora no Doutorado.

A todos, que são poucos, que, como eu, procuram desafinar o coro dos contentes!

A Lourival Vilanova, Hans Kelsen e Pontes de Miranda

No começo a Palavra existia:
a Palavra estava voltada para Deus,
e a Palavra era Deus.
No começo ela estava voltada para Deus.
Tudo foi feito por meio dela,
e, de tudo o que existe, nada foi feito sem ela.
Nela estava a vida, e a vida era a luz dos homens.
[...]
E a Palavra se fez homem
e habitou entre nós.
Evangelho de S. João 1, 1-4.14

Para todo problema complexo,
existe uma solução clara, simples e errada.
George Bernard Shaw

Chega mais perto e contempla as palavras.
Cada uma tem mil faces secretas sob a face neutra
e te pergunta, sem interesse pela resposta,
pobre ou terrível, que lhe deres:
Trouxeste a chave?
Drummond, A procura da poesia

RESUMO

SILVA, Beclaute Oliveira. **A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 291 f. TESE (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

A teoria do enunciado dialógico desenvolvido por Mikhail Bakhtin se apresenta como modelo teórico apto a justificar a produção judicial do direito, já que esta se coloca em ambiente discursivo, em que o outro se apresenta como integrante do processo de comunicação, atuando de forma responsiva. No mandado de segurança, a decisão judicial é posta com base na cognição feita pelo magistrado. O modelo de cognição acolhido na doutrina pátria, apesar de explicar a mudança entre a liminar (cognição sumária) e a sentença (cognição exauriente), não explica a mudança quando esta ocorre entre a sentença (cognição exauriente) e o acórdão (cognição exauriente). Isso se dá porque o modelo clássico parte da premissa equivocada de utilizar no direito as categorias próprias das ciências naturais. Sob o prisma dialógico tal problema não ocorre, já que o ato decisório, seja ele qual for, por ser um enunciado dialógico, goza do atributo da conclusividade e da exauribilidade, que o torna completo, mas aberto a resposta na cadeia discursiva. Assim a decisão que julga a liminar é um enunciado completo, pleno de sentido, que se coloca para o outro, tal qual a sentença e o acórdão. O modelo de análise de Mikhail Bakhtin compreende a mudança não como um problema, mas como algo inerente ao processo enunciativo. Mesmo quando a decisão é confirmada, a confirmação é uma resposta elaborada pelo outro na cadeia do enunciado.

Palavras-chaves: Enunciado dialógico de Mikhail Bakhtin. Cognição judicial. Decisão jurídica. Alternância na decisão jurídica. Mandado de segurança.

ABSTRACT

SILVA, Beclaute Oliveira. **The cognition of injunctions based on Mikhail Bakhtin's dialogic enunciation.** 2011. 290 f. THESIS (PhD in Law) - Post-Graduate Law Center, Legal Sciences / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

Mikhail Bakhtin's dialogic enunciations theory can be used as a model to analyze the discursive nature of judicial production in which different parties interact and respond within the communication process. Judicial decisions contained in injunctions are based on a magistrate's cognition. Traditionally, the theory of cognition is used by legal specialists, once it involves all knowledge from the empirical sciences, which individuals apprehend either superficially or in depth. In the case of injunctions, summary cognition is said to be superficial, while final cognition requires more depth. In general, summary cognition is used in preliminary decisions, while final cognition is used to support merit decisions and the judgments. The cognition model used in the Brazilian Law makes a distinction between preliminary decisions (summary cognition) and sentences (final cognition). However, it does not explain the difference between sentences (final cognition) and judgments (final cognition). This situation occurs because the classical model is based on categories from the natural sciences. Under the dialogic model, the situation is different, once the decision making is a dialogic enunciation whose attributes are conclusiveness and finality, which makes it complete, but still open to response in the discursive dynamic. Therefore, the decision on the preliminary verdict is a complete enunciation, full of meaning, which stands in opposition to others, such as the sentence and the judgment. The differences in the decision-making process are due to the discourse used in the legal field. Under Mikhail Bakhtin's model, changes are not a problem, but merely a part of the enunciation process. Even when a decision is confirmed, the ratification is a response made by another party in the enunciation continuum.

Keywords: Mikhail Bakhtin's. Dialogic enunciation. Judicial cognition. Juridical decision. Juridical decision alternance. Injunctions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1 O ENUNCIADO DIALÓGICO DE MIKAHIL BAKHTIN	26
1.1 Prolegômenos: problema do termo enunciado	26
1.2 Concepções de filosofia da linguagem e a construção da teoria do enunciado de Bakhtin: apresentação e rechaço das correntes subjetivas e abstratas da filosofia da linguagem	30
1.2.1 Colocação do problema	30
1.2.2 Subjetivismo individualista	30
1.2.3 Objetivismo abstrato.....	31
1.2.4 Crítica aos modelos subjetivista e objetivista.....	34
1.3 Enunciado	41
1.4 Oração (e Palavra) x Enunciado	42
1.5 Elementos característicos do enunciado	45
1.6 Dialogismo e enunciado	47
1.6.1 Aspecto dialógico do enunciado.....	47
1.6.2 Dialogismo constitutivo.....	49
1.6.3 Dialogismo como forma composicional.....	50
1.6.4 Dialogismo e o sujeito	51
1.7 Dialogismo e intertextualidade	52
1.8 Enunciado: entre o sinal e o signo	53
1.9 Signo: o conteúdo explícito e o conteúdo presumido.....	57
1.10 Enunciado e gênero	58
1.11 Próximo capítulo	60
2 NORMA JURÍDICA E A DETERMINAÇÃO DO GÊNERO JURÍDICO POSITIVO.....	61
2.1 Proêmio: a norma como estrutura fundamental no discurso jurídico	61
2.2 Lei e norma: entre a identidade e a diferença	64
2.2.1 Corrente que não distingue lei e norma: relação de identidade.....	64
2.2.2 Corrente que distingue lei e norma.....	70

2.2.3 Crítica às duas correntes e a proposta bakhtiniana	74
2.3 Estrutura lógica da norma jurídica.....	79
2.4 Conceção unimembre e bimembre da norma jurídica	82
2.4.1 Conceção unimembre	82
2.4.2 Conceção bimembre	83
2.4.3 Opção pela estrutura bimembre.....	85
2.5 Functor de functor: lógico ou dialógico?.....	86
2.6 Classificação das normas a partir da análise da proposição hipótese e da proposição tese.....	90
2.7 O fático nas proposições.....	93
2.8 A estrutura hipotética condicional no enunciado jurídico	97
2.9 Próximo capítulo	102
 3 TEORIA DA COGNIÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL	103
3.1 A cognição: aspectos no processo	103
3.2 Objeto da cognição	104
3.2.1 Palavras iniciais	104
3.2.2 Questão de fato e questão de direito	106
3.2.2.1 Perspectiva de Karl Larenz (modelo clássico)	106
3.2.2.2 Perspectiva de ChäimPerelman	108
3.2.2.3 Perspectiva de JerzyWróblewski.....	108
3.2.2.4 Perspectiva de Castanheira Neves	110
3.2.2.5 Perspectiva de Fredie Didier Jr.	113
3.2.3 Análise crítica das perspectivas propostas	114
3.2.4 Questões prévias: questões preliminares e questões prejudiciais	118
3.2.5 Questões de admissibilidade e questões de mérito	120
3.3 Formas de cognição ou cognição do ponto de vista subjetivo	121
3.3.1 Aspecto bidimensional da cognição	121
3.3.1.1 Plano horizontal.....	122
3.3.1.2 Plano vertical.....	124
3.3.2 Combinação dos dois planos	126
3.3.2.1 Cognição plena e exauriente.....	126
3.3.2.2 Cognição plena e exauriente <i>secundum eventum probationis</i>	126
3.3.2.3 Cognição parcial e exauriente	127

3.3.2.4 Cognição eventual plena ou parcial e exauriente <i>secundum eventum defensionis</i>	127
3.3.2.5 Cognição plena e sumária.....	127
3.3.2.6 Cognição parcial e sumária	128
3.3.3 Relação de interdependência da cognição sumária e da exauriente	128
3.4 Próximo capítulo	129
 4 A PROVA E O FATO NAS SENDAS DA COGNIÇÃO PROCESSUAL	 131
4.1 Palavras iniciais	131
4.2 A polissemia do termo prova.....	131
4.3 Os modelos de verificação da verdade segundo Michel Foucault.....	139
4.3.1 Sistema da prova (provação)	140
4.3.2 Sistema de inquérito	142
4.3.3 Sistema de exame	143
4.4 Modelo demonstrativo decorrente do inquérito.....	145
4.4.1 Palavras iniciais	145
4.4.2 Concepção declaratória.....	145
4.4.2.1 Prova como situação no mundo fenomênico.....	145
4.4.2.2 Prova como argumento.....	149
4.4.3 Concepção constitutiva	152
4.5 Análise crítica das duas correntes.....	156
4.5.1 (In)subsistência da concepção declaratória	156
4.5.2 (In)subsistência da concepção constitutiva	157
4.5.3 Proposta dialógica: prova como enunciado	158
4.6 Próximo capítulo	159
 5 MANDADO DE SEGURANÇA E SUA SUMARIEDADE COGNITIVA	 160
5.1 Mandado de segurança e sua inserção na jurisdição contenciosa	160
5.2 Gênese sumária do mandado de segurança	163
5.2.1 Aspecto legal-jurisprudencial na primeira constituição republicana.....	163
5.2.2 O surgimento do mandado de segurança como remédio jurídico autônomo	166
5.2.3 Sumariedade formal e material no mandado de segurança: topologia normativa.....	171

5.2.4 Direito líquido e certo e sua vinculação com a prova.....	178
5.3 Norma jurídica e o direito líquido e certo.....	182
5.3.1 Aspecto material	182
5.3.2 Aspecto formal	183
5.4 Próximo capítulo	187
 6 TEORIA DA COGNIÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA.....	 188
6.1 Palavras iniciais	188
6.2 Análise da cognição no mandado de segurança sob o prisma subjetivo	189
6.2.1. Advertências iniciais.....	189
6.2.2. Plano horizontal da cognição	190
6.2.3. Plano vertical da cognição	190
6.3 Tutela de urgência no mandado de segurança	192
6.3.1 Natureza da tutela de urgência no mandado de segurança	192
6.3.2 Requisitos para concessão da tutela de urgência no mandado de segurança.....	196
6.3.2.1 Concessão da tutela de urgência: discricionariedade ou vinculação?	196
6.3.2.2 Primeiro requisito: relevância do fundamento	197
6.3.2.3 Segundo requisito: ineficácia da medida.....	199
6.4 Informações no mandado de segurança: sob o prisma da cognição	202
6.5 Resposta do réu e intervenção do Ministério Público	204
6.6 Sentença e acórdão no Mandado de Segurança.....	204
6.7 Próximo capítulo	207
 7 PESQUISA EMPÍRICA EM FEITOS DE MANDADO DE SEGURANÇA.....	 208
7.1 Finalidade	208
7.2 Delimitação do âmbito da pesquisa	209
7.3 Resultado da pesquisa empírica sem análise da matéria	211
7.4 Resultado da pesquisa empírica com análise da matéria	218
7.5 Próximo capítulo	233

8 COGNIÇÃO E DECISÃO JUDICIAL NO MANDADO DE SEGURANÇA SOB O PRISMA DIALÓGICO	234
8.1 Análise dos resultados: uso da teoria da cognição adotada na doutrina pátria	234
8.1.1 Análise dos processos sem levar em consideração o objeto da impetração	234
8.1.2 Análise dos processos levando em consideração o objeto da impetração	238
8.2 Crítica à teoria da cognição	239
8.3 A cognição e a determinação do fato jurídico alegado.....	244
8.4 O enunciado dialógico no bojo do mandado de segurança	249
8.4.1 Prova e petição inicial como enunciado	249
8.4.1.1 Enunciado dialógico do pleito liminar	253
8.4.1.2 Enunciado dialógico do pleito principal.....	255
8.4.2 Liminar ou sua negativa como enunciado	256
8.4.3 Informações no mandado de segurança.....	258
8.4.4 Parecer do Ministério Público	259
8.4.5 Sentença.....	260
8.4.6 Apelação e remessa oficial	262
8.4.7 Decisão do órgão revisor (instância recursal).....	262
8.5 Decisão como enunciado	262
 CONCLUSÕES	 266
 REFERÊNCIAS	 273

INTRODUÇÃO

No direito judicial, dois brocardos latinos são utilizados largamente no âmbito da atuação do Poder Judiciário, na prestação jurisdicional. São eles: *da mihi factum, dabo tibi ius* e *iura novit curia*. Respectivamente: “dá-me os fatos, dar-te-ei o direito” e “o direito é conhecido dos tribunais”. Ambas as questões remetem à cognição do magistrado. A primeira, quanto ao aspecto do antecedente da norma concreta a ser veiculada na decisão judicial, e a segunda, com relação ao direito a ser aplicado ao caso. No caso do mandado de segurança, a questão dos fatos possui um aspecto especial, já que estes devem vir demonstrados de plano.

Nesse contexto, dada a aparente simplicidade que o rito de mandado de segurança possui, porquanto é uma ação municiada com documento apto a atestar de plano o fato constitutivo do direito do impetrante, sendo o direito objetivo conhecido dos tribunais, não poderiam existir grandes variações nas decisões ali veiculadas, já que se o fato é certificado pela prova, basta ao magistrado qualificá-lo e julgar o pedido, sem grandes espaços para mudança, no bojo da aludida demanda. Na realidade, o mandado de segurança deveria ser o local da constância e da perenidade, já que a concessão da liminar tem por pressuposto um alto grau de probabilidade de confirmação da decisão ao final.¹

Conforme relato de Ovídio A. Baptista da Silva, é muito comum autores consagrados enunciarem que a ciência processual atual possui contornos bem diferentes dos verificados no século XIX, embora sem perceber, reproduzam técnicas que deitam raízes nos modelos oitocentistas que procuram negar.² Isso não quer dizer que o passado deve ser desprezado, até por que muito se tem de útil nas técnicas que o gênio humano construiu ao longo de sua história. O que não se pode fazer é utilizar técnicas do passado, como se se estivesse diante do moderno, tal qual ocorreu, por exemplo, com a denominada tese da força normativa da Constituição, em moda no direito brasileiro, no final do século passado, que seria novidade se por acaso a mesma tese não tivesse sido utilizada pelos juristas brasileiros, como se demonstrará, na primeira década do século XX, ao construir a instituto do *habeas corpus*

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94-95.

² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Paradigma racionalista e a tutela preventiva. **Processo e ideologia**: paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 89-90

civil.³ Além disso, a utilização acrítica de modelos que deitam raízes em padrões racionalistas do século XIX acaba gerando inconsistências incontornáveis. É o que se pretende demonstrar nesta tese com relação à teoria da cognição ou dos níveis de cognição, que é utilizada pela maioria dos juristas pátrios para explicar o modo como racionalmente se pode conceder a liminar, e depois, confirmá-la ou não na tutela definitiva.

A análise que se propõe na presente tese é trazer justamente à baila a maneira como os teóricos do direito processual, no direito pátrio, tratam o fenômeno da cognição judicial, máxime como ela se dá no mandado de segurança, procedimento, como já indicado, de configuração extremamente simples, tanto que há doutrinadores que o equiparam a uma quase execução, dada a segurança que o magistrado terá para a tomada de decisão. De certa forma, a doutrina busca na lei a objetividade do direito, e nas provas a objetividade dos fatos aptos a, no processo subsuntivo, colocar no sistema uma decisão que se mostre irreprochável.

Essa ambição por objetividade na decisão judicial, decorrente de um processo cognitivo pautado em prova robusta, ou como prefere a legislação processual vigente, prova inequívoca apta a convencer o magistrado da verossimilhança da alegação (art. 273 do CPC), vem ganhando novas formas de análise graças ao reconhecimento doutrinário da existência de interferência do sujeito na produção do direito, como também na descoberta (para uns) ou constituição (para outros) dos fatos.

Apesar da contribuição kelseniana, que fomentou no estudo do direito uma nova perspectiva de compreensão da decisão judicial,⁴ a doutrina pátrias ainda se apegua a construções oitocentistas que buscam a objetividade das ciências naturais, no intuito de preservar uma segurança jurídica nos moldes da concepção liberal de séculos atrás. Graças a essa propalada objetividade, intentam conferir certo grau de previsibilidade nas tomadas de decisões.⁵

Como já adiantado, um desses modelos será objeto de análise nesta tese para averiguar sua utilidade. Trata-se da teoria dos níveis de cognição do magistrado no bojo do processo, que toma uma gradação que se inicia em um plano menos aprofundado e, no desenrolar do processo, vai ganhando densidade até chegar ao juízo de certeza. O problema que se coloca é que a cognição sobre o fato e sobre o direito aplicado tanto na sentença como

³ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. 2ª ed., rev., ampl. e atual., de acordo com a Lei nº 12.016/2009. São Paulo: Dialética, 2010, p. 13.

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 387-397.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva**: introdução à ciência do direito. T. I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 64.

no acórdão, que a pode reformar, e muitas vezes a reforma, foi exauriente. Aqui, uma contradição. Se ambos são certos, já que pautados em cognição exauriente, por que a mudança? É erro do sistema ou caducidade de um modelo que não possui o condão de explicar uma realidade? Eis posto o problema que norteia esta tese.

A pesquisa tomará como ponto de partida a cognição em um procedimento específico, o denominado mandado de segurança, como já salientado. A escolha tem uma razão de ser: a questão de nesse procedimento a prova vir pré-constituída, sendo submetida à análise do julgador em momentos distintos (liminar, sentença de mérito e acórdão). Saliente-se, entretanto, que a dilação probatória em regra não é admitida, havendo quem a defenda, de forma excepcional, quando a “autoridade coatora oculta ou deforma a verdade em suas informações”.⁶

Nele será possível verificar se os modelos cognitivos, por exemplo, são eficientes para tratar a passagem da tutela de urgência para a sentença, e desta para o acórdão. Graças à forma como o mandado de segurança se apresenta, os provimentos decisórios neles veiculados seriam apenas raramente suscetíveis de mudanças; mas elas ocorrem e o que se verá não são raras de acontecer.

Saliente-se que a possibilidade de mudança não é algo repudiado no processo, pelo contrário, é protegido, desde que procedimentalmente controlado, como na via recursal. A mudança não é algo pretendido pelos modelos clássicos, tanto que a sistemática recursal tem como base a mudança com esteio no erro, seja ele *error in judicando* ou *error in procedendo*.

Como já adiantado, o mandado de segurança, garantia constitucional, é um provimento que tem no seu bojo a possibilidade de concessão, *inaudita altera parte*, de liminar, além da sentença de mérito – geralmente após o contraditório –, e do acórdão ou decisão monocrática do tribunal, em caráter definitivo.⁷

Acrescente-se ainda que um ponto peculiar na mencionada garantia constitucional é a categoria direito líquido e certo, condicionante necessário para que o aludido pleito seja conhecido pelo Judiciário. Como salienta Henrique Mouta, o denominado direito líquido e

⁶ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**: (individual e coletivo). Aspectos polêmicos. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 24.

⁷ 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).

certo, que respalda o mandado de segurança, na realidade está “ligado a fatos cujas provas são pré-constituídas, sem a necessidade de maior instrução probatória”.⁸ Em outro momento irá afirmar que seria mais adequado a expressão “fatos líquidos e certos” em lugar de direito líquido e certo.⁹ Desta feita, tratando-se de prova pré-constituída sobre fato ou fatos que se encontra precisamente demonstrado de plano, afirmar que no primeiro momento houve uma cognição sumária ou menos aprofundada, e em outro momento, uma cognição exauriente, leva-se à pergunta: e por que no primeiro momento a cognição do magistrado já não foi exauriente?

Para verificar a mudança já indicada como algo existente, fez-se necessário, para este tese, a realização de pesquisa empírica. Pretende-se com isso não ficar apenas no plano especulativo. Para isso se apresentará análise de ações judiciais veiculadas mediante o rito do mandado de segurança, já definitivamente julgadas, arquivadas na Seção Judiciária de Alagoas, no ano de 2009, nas quatro Varas comuns da Capital (Maceió–AL). O que se busca com a pesquisa é demonstrar que a mudança não é algo pontual, mas comum, mesmo em um rito que tem, do ponto de vista cognitivo, um modelo bem controlado.

Os *corpora* da pesquisa são constituídos de doutrina e decisões judiciais. A doutrina será catalogada de forma a possibilitar a identificação de concepções teóricas sobre os níveis de cognição na produção da decisão judicial. Essa concepção, no entanto, apesar de contar com inúmeros adeptos, na doutrina pátria, como se demonstrará no desenrolar da presente tese, mostra-se insuficiente para resolver problemas como a mudança na cadeia decisória, que ocorre no bojo do mandado de segurança, a saber, a passagem da liminar para a sentença e da sentença para o acórdão, principalmente quando no fluxo decisório existe alternância entre concessão e denegação. Quanto às decisões, o *corpus* da pesquisa se constitui de sessenta processos, coletados aleatoriamente, sendo quinze processos de cada Vara, de um universo de quinhentos e cinquenta e três processos. Portanto, nosso *corpus* de processos analisados contabiliza 10,85% (dez vírgula oitenta e cinco por cento) dos processos arquivados no ano de 2009, o que nos permite assumir a margem de erro em até 2% (dois por cento).

⁸ MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. 2ª ed., 2ª tir., rev., ampl.e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 22.

⁹ MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 20. No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 23ª ed., atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 36. Na mesma linha, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5ª ed., rev., e atual. São Paulo: Dialética, 2007, p. 360. Seguindo essa linha há também Sérgio Ferraz (FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**: *Op. cit.*, p. 21.) e José da Silva Pacheco (PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 2ª ed., rev. e atual. São: RT, 1991, p. 180.

A análise desse *corpus* de pesquisa terá por finalidade, em primeiro lugar, verificar a variação entre as decisões judiciais, num mesmo processo, do ponto de vista da procedência e da improcedência. A valência procedência e improcedência será indicada para cada momento decisório, ou seja: liminar, sentença e acórdão, neste último compreendidas também as decisões monocráticas dos relatores que decidem o mérito recursal definitivo. Em um primeiro momento, a análise terá por objeto apenas as possíveis variações nas decisões em um mesmo processo, sem tomar como ponto de referência a matéria que os mandados de segurança têm por objeto. Após, proceder-se-á à análise do *corpus* levando-se em consideração o objeto do litígio, demarcando-se o motivo do indeferimento da liminar, isso porque, para que houvesse deferimento, os dois requisitos legais estariam presentes, quais sejam: relevância do fundamento articulado na exordial e a demonstração de risco de ineficácia da medida, caso concedida ao final. Nas duas situações apresentadas, pretende-se identificar se o alegado alto grau de probabilidade de confirmação na sentença, da liminar concedida, não passa de argumento destituído de fundamento, pois pautado em premissa equivocada, de postulados que jamais foram capazes de explicar o fenômeno decisório.

Os *corpora* serão analisados sob a perspectiva de Mikhail Bakhtin, de forma que o problema sob investigação – existência ou não da utilidade da teoria dos níveis de cognição na produção da decisão judicial, máxime no mandado de segurança – está norteado pela visão linguística deste teórico russo, que só nas últimas décadas do século XX teve sua obra disponibilizada para o Ocidente, dispondo hoje de inúmeros estudos por teóricos brasileiros.¹⁰

A perspectiva teórica de Mikhail Bakhtin tem sido objeto de análise pelos estudiosos da linguagem, mas na teoria jurídica sua utilização ainda é escassa, mesmo fornecendo um modelo explicativo capaz de lançar novos contornos ao direito, especificamente à cognição no processo judicial. A categoria que ele utiliza como fundamental para sua obra e, portanto, essencial para esta tese, é o enunciado dialógico, que “instaura a natureza interdiscursiva da linguagem”¹¹. O dialogismo é marcado pela relação entre discursos nem sempre simétricos e harmoniosos. Essa questão nos leva a salientar que o dialógico não é o dialético, pois não busca uma síntese, ainda que haja conclusividade, já que no enunciado existe um esgotamento

¹⁰ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. São Paulo: Ática, 2006, p. 14.

¹¹ BRAIT, Beth. Bakhtin e a natureza constitutivamente dialógica da linguagem. In BRAIT, Beth (organização). **Bakhtin: dialogismo e construção de sentido**. 2ª ed., rev. Campinas: Editora Unicamp, 2005, p. 94-95.

sobre o que se pretendia comunicar.¹² Ademais, visa às possibilidades polifônicas que a linguagem exhibe.¹³

Assim, a prova, por exemplo, tratada como enunciado dialógico deixa de ser considerada uma referência a um dado da realidade, como se constituída ou não por um fato, portanto suficiente para servir de base a uma decisão jurídica, num processo judicial. É que na perspectiva dialógica – não estranha ao direito pelo fato de este ter sua marca constitutiva na intersubjetividade,¹⁴ –, a cognição assume contornos diversos dos admitidos pelos processualistas. Na obra de Marinoni e Arenhardt, por exemplo, a decisão judicial, produto das técnicas cognitivas, aparece dentro do universo do discurso, contudo o caráter dialógico não é explorado sob a visão bakhtiniana, já que esses autores observam o contato entre os sujeitos do processo como diálogos que irão se aprofundar até chegar à probabilidade “máxima de aproximação com a verdade possível”.¹⁵ Esse modo de lidar com o discurso encerra uma forma estruturalista que não se coaduna com o dialogismo, como se assentará.

A proposta do teórico russo rompe o estruturalismo ao ter por função comunicativa da linguagem – a qual tem por unidade o enunciado – a produção de sentido em constante abertura comunicativa. Diversa, portanto, da concepção estruturalista, na qual a posição ativa é apenas do falante, sendo passiva a do ouvinte, dentro do fluxo comunicativo. O dialogismo de Mikhail Bakhtin considera que essas posições, no processo comunicativo real, são ficções, pois o ouvinte, ao perceber e compreender o significado do discurso emitido pelo falante, ocupa, além da função passiva, uma atitude ativa, denominada responsiva.¹⁶ Neste plano, tanto o emissor como o receptor participam de forma ativa na produção do enunciado, que não se exaure em si, já que se entrelaça com outros enunciados. O enunciado dialógico não se coloca de forma definitiva, mas busca no outro uma resposta, que pode ser uma adesão ou um rechaço, ou outra resposta discursivamente possível.¹⁷

Aplicar a perspectiva do enunciado dialógico ao direito processual nos permite pesquisar a atribuição de valores não com resultante de inferências causais, como se existisse alguma entidade fora do enunciado. Com isso, lícito e ilícito, verdade e falsidade, belo e feio etc. são valores em constante processo produtivo no interior do enunciado, que se relaciona

¹² BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. **Estética da criação verbal**. 4ª ed. Tradução do russo por Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 281-282.

¹³ BRAIT, Beth. Bakhtin e a natureza constitutivamente dialógica da linguagem. In BRAIT, Beth (organização). **Bakhtin**. Op. cit., p. 95.

¹⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru (SP): Edipro, 2003, p. 76.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. Op. cit., p. 80.

¹⁶ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. Op. cit. p. 271.

¹⁷ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. Op. cit. p. 271.

com outros enunciados.¹⁸ Tomando, por exemplo, a categoria verdade, que é um valor, Mikhail Bakhtin irá salientar: “a verdade não nasce nem se encontra na cabeça de um único homem; ela nasce entre os homens que, juntos, a procuram no processo de sua comunicação dialógica”.¹⁹ Assim, por exemplo, a verdade que se coloca em um enunciado pode ter como resposta outro enunciado que a indique como falsidade. Fazendo um paralelo bíblico, nada impede que em um enunciado a pedra rejeitada anteriormente se torne a pedra angular. (At. 4, 11).

Ademais, o enunciado dialógico não é o lugar do consenso; este pode vir a acontecer ou não.²⁰ Por tal razão, a via construída por Mikhail Bakhtin mostra-se útil para explicar a cognição processual não como amarra que tem por função estabelecer verdades, como se a cognição fosse produto final do contraditório, mas produto do constante processo comunicativo, no qual a cada vez que o enunciado se põe e a cada vez que se põe, a comunicação se coloca em marcha. O enunciado varia a cada enunciação, bem como a cada contexto discursivo, assim como varia o juízo cognitivo processual a cada volta reflexiva.

Os dados coletados revelaram uma variação enorme, tanto que no universo pesquisado, todas as possibilidades combinatórias, levando em consideração as liminares, sentenças e acórdãos, na valência procedente e improcedente, tiveram representação. Isso indica que a doutrina que estabelece ser o nível de cognição o critério para se produzir as diversas decisões que possuem por objeto o mérito da causa ou aspectos do mérito, seja no plano das liminares, seja no plano definitivo das sentenças de mérito e respectivos acórdãos, mostram-se insuficientes, já que a concessão da segurança fundada na cognição sumária pode ser ou não reformada na cognição exauriente da sentença, que por sua vez pode ser ou não reformada no acórdão, cognição exauriente. Essa variação, um problema para a confirmação da doutrina dos níveis de cognição, não é um problema para a concepção de Mikhail Bakhtin, que tem no estabelecimento do novo a razão de ser do enunciado. No processo comunicativo, toda compreensão é uma resposta,²¹ que pode ser uma confirmação ou um rechaço. Mas não por ser resposta é que põe cabo à cognição; antes, revela-se sempre propícia à revisão, à formulação e à reformulação, considerando uma variedade infinitesimal de alternativas e possibilidades de enunciado dialógico. Ou seja, toda vez que se dá uma enunciação, reinicia-se o processo cognitivo comunicacional.

¹⁸ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In *Estética da criação verbal*. Op. cit. p. 328.

¹⁹ BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Trad. Paulo Bezerra. 4ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 125.

²⁰ FIORIN, José Luiz Fiorin. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. São Paulo: Ática, 2006, p. 24.

²¹ FIORIN, José Luiz Fiorin. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. Op. cit., p. 6.

Assim, a concepção de Mikhail Bakhtin ajustada ao direito processual nos permite considerar o contraditório entre as partes e a relação intersubjetiva estabelecida entre a parte e o magistrado como instantes constantemente abertos à cognição. Não por isso se cai num anarquismo cognitivo, todavia se evita a inocência de considerar que há dados independentes da comunicação, quando o que há é um processo de enunciação constitutivo de enunciados dialógicos. Assim, toma-se o dialogismo como teoria capaz de explicar o processo cognitivo de maneira mais próxima à sua ocorrência que nas teorias atuais do direito processual. Ademais, a prova deixa de ser um elemento externo apto a demonstrar a verdade, ingressando como enunciado apto a construir sentidos, no processo decisório. Assim, a prova que serviu para construir um enunciado pode servir para construir outro distinto, isso porque o sentido é construído entre os sujeitos em um dado momento comunicacional. Na linguagem de Mikhail Bakhtin, a partir da mesma sinalidade ou significação outro sentido ou tema se colocou.²² É isso que ocorre na prática forense, como revela a pesquisa empírica realizada, embora a doutrina tradicional insista em tipificá-la como erro. Por isso, no dialogismo, a diferença entre as decisões judiciais em um mesmo processo não é uma questão que tem por lastro erro ou acerto, mas as possibilidades de produção de sentido do discurso. Por essa razão a opção pela doutrina de Mikhail Bakhtin que explica o problema da mudança no bojo do processo decisório, mesmo no mandado de segurança, que tem um rito procedimental específico e formulado para diminuir ao máximo as possibilidades de mudança.

Partindo do já relatado, ressalta-se que esta pesquisa não tem por objeto fazer um estudo pormenorizado do trabalho de Mikhail Bakhtin, mas, a partir do seu modelo teórico, analisar a teoria da cognição no mandado de segurança, sob o prisma dialógico.

Como restou assentado, a cognição é a condição no processo para a produção judicial do direito. O foco empírico terá como parâmetro o mandado de segurança. A escolha não foi aleatória, mas se deu pelo fato de o aludido procedimento, por conta de sua estrutura focada na prova pré-constituída, possuir a pretensão de dificultar a mudança de sentido nas diversas decisões que nele são veiculadas.

Para realizar o presente mister, desenvolver-se-ão no primeiro capítulo as premissas teóricas que justificaram a tese. No caso, analisar-se-á o denominado enunciado dialógico de Mikhail Bakhtin. Serão estabelecidos os contornos da aludida categoria, tendo em vista a forma fragmentada como a obra do teórico russo e de seus seguidores foi desenvolvida. Embora sua obra tenha sido largamente utilizada para explicar os enunciados na literatura, seu

²² BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. Trad. de Michel Lahud & Yara Frateschi Vieira. 12ª ed. São Paulo: Hucitec, 2006, p. 133-141.

uso nas quadras do direito se mostra pertinente, já que ele se utiliza da linguagem como forma de manifestação.

No aludido capítulo também será abordado o porquê da opção pelo enunciado dialógico e como se distingue de outra forma de analisar a linguagem. Além disso, a distinção entre oração e enunciado será estabelecida, como também a distinção entre sinal e signo, sendo o enunciado o local da construção do sentido. Os tópicos referentes ao enunciado serão delineados, pois servirão de embasamento para a análise da cognição, no contexto da produção judicial do direito. Por fim, no aludido capítulo, serão delineadas considerações sobre o gênero discursivo, que engendra um grupo específico de enunciado. A delimitação da aludida categoria tem por função servir de lastro para a determinação do que seria gênero jurídico, e qual sua forma composicional, assunto que será desenvolvido no capítulo subsequente.

No capítulo segundo, será efetivado um estudo de como a norma jurídica ingressa como categoria apta a demarcar o gênero jurídico e como ela serve para embasar qualquer tipo de enunciado processual – seja ele do magistrado, da parte ou do Ministério Público. Após delinear algumas concepções sobre norma jurídica, buscar-se-á identificar o modelo conceitual que melhor se amolda ao enunciado dialógico. Ultimado tal mister, tratar-se-á do lugar do fato na norma jurídica, seja no antecedente da norma primária ou no antecedente da norma secundária. Cabe ao magistrado, mediante procedimento cognitivo, em cotejo com o enunciado prova, demarcar os antecedentes da norma jurídica que irá veicular a solução para o caso.

Essa delimitação será relevante, já que lícito e ilícito são características do fato, sob o prisma da norma. Assim, a questão de fato e de direito acaba sendo abarcada pela norma jurídica, não sendo, ademais, um problema para a concepção dialógica do enunciado jurídico.

No gênero jurídico, será demonstrado que o fato está no direito, máxime na valoração (lícito/ilícito). A aludida simbiose é característica do enunciado dialógico. Sem valoração o fato não ingressa no mundo jurídico. E mais: tal valoração é produzida dialogicamente no enunciado.

Como o tema do trabalho diz respeito à cognição, o terceiro capítulo tecerá considerações sobre a teoria da cognição no direito pátrio, delimitando-se suas formas e objeto. No quarto capítulo, por sua vez, a análise terá por objeto a prova, já que a cognição toma como um de seus objetos o fato, e no mandado de segurança o fato se apresenta por meio de prova pré-constituída. No caso, a teoria da prova será apresentada buscando-se delimitar o modo como a doutrina vem tratando do assunto, seu vínculo com a verdade e a

insuficiência dos modelos propostos, máxime para explicar o modelo cognitivo, e sobretudo nos processos documentais, como é o caso do mandado de segurança.

A abordagem no trabalho se depara, no capítulo quinto, com o problema referente à gênese do mandado de segurança. É a partir do modo como o instituto vem sendo trabalhado historicamente que se torna possível montar um esboço da garantia constitucional, sobretudo sua natureza sumária, apta a conferir ao jurisdicionado uma tutela jurisdicional mais ágil. Neste capítulo, as categorias fundamentais serão delineadas para, no capítulo subsequente, se demarcar como a teoria da cognição se depara com o mandado de segurança.

Após a demarcação teórica, parte-se, no capítulo seguinte, para a análise empírica dos processos. Aí serão catalogados os processos e distribuídos graficamente, no sentido de montar um mosaico decisório apto a demonstrar se há ou não variação nas decisões judiciais no mandado de segurança, bem como se essas mudanças são significativas.

No último capítulo, evidenciar-se-á o modo como a produção de sentido se processa no bojo do mandado de segurança, seja na petição inicial, seja nos demais atos processuais. Por ser um enunciado, a decisão jurídica possui responsividade, podendo gerar aquiescência, como também dúvida, negação etc.

1 O ENUNCIADO DIALÓGICO DE MIKAHIL BAKHTIN

1. 1 Prolegômenos: problemas do termo enunciado

A função do presente capítulo é estabelecer o que se entende por enunciado e por enunciação na teoria de Mikhail Bakhtin, com intuito de fornecer o lastro teórico que irá delinear a presente pesquisa, cujo objetivo é analisar a técnica de cognição no bojo do mandado de segurança. Nesse intuito, ainda que de forma sucinta, necessário se faz delinear aspectos relevantes da atuação do aludido teórico russo, além de demarcar como se construiu sua teoria do enunciado, no bojo de sua obra e do denominado Círculo de Bakhtin.

Mikhail Bakhtin, autor escolhido para fornecer o marco teórico deste trabalho, é filósofo russo da linguagem, com formação em literatura, nascido no final do século XIX. Ele formou com alguns amigos um grupo multidisciplinar de intelectuais, constituído por filósofos, biólogos, estudiosos da literatura etc., que tinha em comum o gosto pela filosofia e o debate de ideias. Iniciou seus encontros inicialmente em Nevel e em Vitebsk, e depois em Leningrado, hoje rebatizada de São Petersburgo. Neste círculo, o interesse pela linguagem também se fez presente, principalmente nos tempos de Leningrado.²³ O aludido círculo não possuía nome e, posteriormente, recebeu a designação de Círculo de Bakhtin, conferida pelos pesquisadores que passaram a se dedicar ao estudo da produção veiculada por seus membros. A alusão a Bakhtin, constante no termo designativo do círculo, decorreu do fato de se reconhecer no trabalho desenvolvido por Mikhail Bakhtin maior relevância teórica entre aqueles efetivados pelos demais membros.²⁴

Outra questão que se coloca é que muitas obras dos membros do círculo são atribuídas a Mikhail Bakhtin. Elas vieram a público assinadas por outros membros do Círculo, segundo se alega, possivelmente por conta do patrulhamento ideológico que existia na antiga e extinta União Soviética, bem como pelo fato de algumas pessoas possuírem mais fácil acesso ao veículo oficial de publicação. São atribuídas a Mikhail Bakhtin obras como **O discurso na vida e o discurso na arte; Freudismo; e Marxismo e filosofia da linguagem**, todas veiculadas com o nome de V. N. Voloshinov, que possuía formação jurídica, mas com

²³ FARACO, Carlos Alberto. **Linguagem e diálogo: as ideias linguísticas do Círculo de Bakhtin**. São Paulo: Parábola, 2009, p. 13-14.

²⁴ SOUZA, Geraldo Tadeu. **Introdução à teoria do enunciado concreto: do Círculo Bakhtin/Volochinov/Medvedev**. 2ª ed. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2002, p. 19. FARACO, Carlos Alberto. **Linguagem e diálogo**. *Op. cit.*, p. 13.

intensa atuação em jornalismo cultural e literatura,²⁵ bem como **O método formal nos estudos literários**, que veio a lume com a assinatura de P. N. Medvedev, também com formação jurídica.²⁶

O problema da autoria acima mencionado é objeto de intenso debate entre os estudiosos de Mikhail Bakhtin. Neste trabalho essa discussão não será travada, já que foge do objetivo da pesquisa; sua menção tem apenas o intuito de registrar o debate e, principalmente, advertir que, por questões metodológicas, adotar-se-á a sugestão do linguista Viatcheslav V. Ivanov, que atribui às obras anteriormente indicadas à autoria de Mikhail Bakhtin, muito embora se reconheça a crítica à aludida opção.²⁷

A produção de Mikhail Bakhtin tem sido objeto de inúmeras incursões pelos estudiosos da teoria da linguagem, da filosofia, das ciências sociais e da análise do discurso. Trata-se de autor atual nos círculos especializados que têm de alguma forma a linguagem como centro de seus interesses. O direito, entretanto, não tem sido objeto das aludidas reflexões, apesar de a linguagem já haver ingressado na pauta das discussões jurídicas atuais, como se pode perceber na obra de Luis Alberto Warat, de Paulo de Barros Carvalho, entre outros.

Dentro do cabedal teórico desenvolvido por Mikhail Bakhtin, a categoria denominada enunciado se destaca. Em sua obra, o enunciado ingressa como categoria fundamental para o uso da língua. Como salienta o mencionado teórico, “o emprego da língua efetua-se em forma de enunciados (orais e escritos) concretos e únicos, proferidos pelos integrantes desse ou daquele campo da atividade humana”.²⁸ Em outra passagem, reforçando o lugar de centralidade do enunciado, irá afirmar que ele vem a ser a “unidade real da comunicação discursiva”.²⁹

O termo enunciado longe está de possuir uma unidade significativa. Cada autor lida com ele de modo próprio. Mesmo em Mikhail Bakhtin, o termo enunciado ora aparece grafado como enunciado, ora sua grafia se mostra como enunciação. A polissemia apontada gera inconvenientes que atrapalham de modo significativo a compreensão de quem se debruça ao estudo que toma o enunciado como seu sistema de referência. Beth Brait, por exemplo, relata que o termo enunciado, na filosofia da linguagem, apresenta-se para algumas correntes

²⁵ FARACO, Carlos Alberto. **Linguagem e diálogo**. *Op. cit.*, p. 13.

²⁶ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 11-13. FARACO, Carlos Alberto. **Linguagem e diálogo**. *Op. cit.*, p. 11-12.

²⁷ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 12-13. FARACO, Carlos Alberto. **Linguagem e diálogo**. *Op. cit.*, p. 11-12.

²⁸ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. 4ª ed. Tradução do russo por Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, p. 261.

²⁹ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. 269.

teóricas como frases ou como sequências de frases; em outros trabalhos, o enunciado aparece designando unidade da comunicação; noutras ocasiões, o termo é usado como categoria que se coloca em oposição ao texto etc.³⁰

Na obra de Mikhail Bakhtin, que aqui interessa, o referido termo designa, como relatado, tanto o enunciado como a enunciação. Conforme pesquisa de Geraldo Tadeu de Souza, um dos problemas da ambiguidade na obra de Mikhail Bakhtin quanto ao termo enunciado se dá por conta das traduções, tanto na língua pátria como em outras línguas. Assim, o termo enunciado e o termo enunciação aparecem utilizados de forma indistinta. Salienta, entretanto, que predomina o uso do termo enunciado. Porém, a confusão gerada pela ambiguidade permanece.³¹ Sobre o aludido problema, Paulo Bezerra alega que o termo russo *viskázivanie* na obra de Mikhail Bakhtin, **Estética da criação verbal**, tanto designa o ato de emissão do discurso (enunciação) como também o discurso já veiculado (enunciado). O termo russo *viskázivanie* é associado na aludida obra ao discurso veiculado no passado remoto, um texto de filosofia, assim como a *parole*, de Ferdinand Saussure, o que autoriza falar em enunciação.³² Na tradução que Paulo Bezerra efetivou do original, ele relata que optou por utilizar o termo enunciado com mais frequência e apenas fez uso da expressão enunciação quando percebeu que no contexto havia indicação de que Mikhail Bakhtin o utilizava no sentido de ato de enunciar.³³ No verbete enunciação, inserido no **Dicionário de linguística da enunciação**, os dicionaristas irão relatar uma relação de identidade entre os termos enunciação, enunciado e enunciado concreto, na obra de Mikhail Bakhtin.³⁴

Autores como Émile Benveniste distinguem enunciado de enunciação, partindo da ideia de produto (enunciado) e processo (enunciação). São colocados como estruturas estanques. Para ele, enunciação seria o ato de produzir o enunciado, e não o enunciado.³⁵ Esse tipo de modelo serve de lastro para o trabalho desenvolvido por Fabiana del Padre Tomé, que será analisado em momento oportuno.³⁶ Entretanto, essa forma de distinção entre enunciado e enunciação, realizada por Émile Benveniste, não faz eco ao trabalho de Mikhail Bakhtin, conforme escólio de Geraldo Tadeu de Souza.³⁷ Isso ocorre porque a enunciação se dá no

³⁰ BRAIT, Beth. Enunciado/enunciado concreto/enunciação. In BRAIT, Beth (org.). **Bakhtin: conceitos-chaves**. 4ª ed., 1ª reimp. São Paulo: Contexto, 2008, p. 63-64.

³¹ SOUZA, Geraldo Tadeu. **Introdução à teoria do enunciado concreto**. *Op. cit.*, p. 42-47.

³² BEZERRA, Paulo. Introdução. In BAKTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. XI.

³³ BEZERRA, Paulo. Introdução. In BAKTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. XI-XII.

³⁴ FLORES, Valdir do Nascimento; BARBISAN, Leci Borges; FINATTO, Maria José Bocorny; TEIXEIRA, Marlene. **Dicionário de linguística da enunciação**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 99.

³⁵ BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral**. II. Trad. Marco Antônio Escobar *et all*. Campinas: Pontes, 1989, p. 82.

³⁶ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005, p.70.

³⁷ SOUZA, Geraldo Tadeu. **Introdução à teoria do enunciado concreto**. *Op. cit.*, p. 47-48

enunciado, não se tratando de categorias separadas, numa relação causa e efeito. Em passagem elucidativa, Mikhail Bakhtin irá afirmar:

O enunciado concreto (e não a abstração linguística) nasce, vive e morre no processo da interação social entre os participantes da enunciação. Sua forma e significado são determinados basicamente pela forma e caráter desta interação. Quando cortamos o enunciado do solo real que o nutre, perdemos a chave tanto de sua forma quanto de seu conteúdo – tudo que nos resta é uma casca linguística abstrata ou um esquema semântico igualmente abstrato (a banal “ideia da obra”, com a qual lidaram os primeiros teóricos e historiadores da literatura) – duas abstrações que não são passíveis de união mútua porque não há chão concreto para sua síntese orgânica.³⁸

Depreende-se do excerto citado que é na enunciação que o enunciado tem sua existência – nasce, vive e morre. Assim, a enunciação está no enunciado como seu constitutivo. Por essa razão, a separação entre enunciação e enunciado só pode ser feita por mera abstração, já que no enunciado concreto o processo e o produto se confundem, unem-se em uma simbiose, constituindo um todo unitário. Com isso se pode afirmar que o ato de enunciar está no enunciado e dele faz parte. Dessa forma, quando na obra de Mikhail Bakhtin se localizar a expressão enunciação, leia-se enunciado, e vice-versa, sendo os termos tomados por sinônimos.³⁹ É o que constata Beth Brait⁴⁰ e também Geraldo Tadeu Souza, que irá afirmar: “para o Círculo, o enunciado concreto é um elo na cadeia de comunicação verbal, ou seja, ele é produto – um acontecimento único na existência – e processo – uma unidade da cadeia de comunicação verbal – simultaneamente”.⁴¹ A aludida simbiose importa quebra na relação de causalidade. Nele há circularidade.

A filosofia da linguagem desenvolvida por Mikhail Bakhtin teve de se deparar com dois modelos vigentes. Da análise crítica veiculada nos aludidos modelos, surgiu a justificação para o seu, e é este o modelo que se utiliza na presente pesquisa. A compreensão dos mencionados modelos se fará necessária para que se possa verificar em qual situação se enquadra a teoria da cognição posta em xeque nesta tese. As duas concepções foram denominadas por Bakhtin como modelos objetivista e subjetivista, que são a seguir expostos.

³⁸ BAKHTIN, Mikhail. (Voloshinov). **Discurso na vida e discurso na arte:** sobre poética sociológica. Tradução para fins didáticos, por Carlos Alberto Faraco e Cristovão Tezza, p. 13. Capturado na internet no site http://www.4shared.com/document/_I38lf3q/M_Bakhtin_-_Discurso_na_vida_d.html, em 5.6.2010.

³⁹ SOUZA, Geraldo Tadeu. **Introdução à teoria do enunciado concreto.** *Op. cit.*, p. 140.

⁴⁰ BRAIT, Beth. Enunciado/enunciado concreto/enunciação. *Op. cit.*, p. 68.

⁴¹ SOUZA, Geraldo Tadeu. **Introdução à teoria do enunciado concreto.** *Op. cit.*, p. 48.

1.2 Concepções de filosofia da linguagem e a construção da teoria do enunciado de Mikhail Bakhtin: apresentação e rechaço das correntes subjetivas e abstratas da filosofia da linguagem

1.2.1 Colocação do problema

Quando Mikhail Bakhtin se depara com a necessidade de colocar uma concepção teórica, enfrenta as seguintes questões: a) qual seu objeto? b) onde tal objeto é encontrado? c) qual a natureza concreta dele? d) qual a metodologia a ser empregada?⁴²

O problema da determinação do objeto implicará o isolamento do seu elemento contextual. A referida redução é, para Mikhail Bakhtin, complicada, máxime pelo fato de a linguagem, seu objeto de análise, possuir um aspecto biopsicossocial. A forma como as teorias encararam o objeto, efetivando a redução, acabou por gerar duas correntes distintas da filosofia da linguagem. Ainda hoje as duas concepções ecoam nas diversas versões veiculadas pelos teóricos ao lidar com o tema e, como se verá, reverberam na forma como o direito é analisado pelas doutrinas ainda vigorantes.

Tomando a forma como o objeto fora delimitado, constituíram-se as seguintes correntes teóricas da filosofia da linguagem: a) subjetivismo individualista; b) objetivismo abstrato. Ambas com teses antitéticas, como se verá.

1.2.2 Subjetivismo individualista

A concepção denominada subjetivismo individualista irá tomar como categoria central de sua análise o denominado ato individual da fala. Tal ato será, portanto, o objeto da filosofia da linguagem. Assim, para essa concepção a língua será o fundamento a nortear os estudos sobre a filosofia da linguagem.

Nessa análise, prevalece o psiquismo individual, e como cada um age de forma única, não existe possibilidade de estabilidade, já que a língua se manifesta como um processo ininterrupto de criação de sentido que se materializa através do denominado ato da fala.⁴³ Além disso, as leis da criação linguística são as mesmas leis que regem a psicologia

⁴²BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. Trad. de Michel Lahud & Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec, 2006, p. 71.

⁴³BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 74.

individual.⁴⁴ Acrescenta ainda Bakhtin que tal perspectiva da linguagem reputa o ato de criação linguística individual equivalente ao ato de criação estética.⁴⁵

Como a concepção subjetivista toma como ponto de referência o ato de fala, o produto acabado, que é estável, tal qual o léxico, a gramática e a fonética, aquele será visto como um conjunto de situações inertes, prestes a ser utilizado.⁴⁶ Funciona como instrumento a ser manipulados pelo ato psicologizado individual de produzir a fala. Este modelo encontra respaldo em Humboldt, como salienta Bakhtin, muito embora o aludido autor transcenda em muitos aspectos tal modelo.⁴⁷

1.2.3 *Objetivismo abstrato*

O outro modelo trabalhado por Mikhail Bakhtin é o que ele denominou objetivismo abstrato. Nessa concepção, o objeto da teoria da linguagem passa a ser visto não como ato individual da fala, que é efêmero, mas como o próprio sistema linguístico, que engloba o sistema das formas fonéticas, gramaticais e lexicais.⁴⁸ Há uma ênfase diversa dada nesta concepção em face do modelo anterior, já que aquilo que é instrumental no modelo subjetivista passa a ser central no modelo objetivista.

Ao analisar o ato da fala, o teórico do objetivismo não enfatiza aquilo que não se repete e que é único. Ele se debruçará sobre as marcas de perenidade que o ato da fala veicula. Tais marcas possuem características normativas que norteiam as enunciações. As marcas que indicam a perenidade são os traços fonéticos, gramaticais e lexicais. São eles que dão unidade a uma língua. A identidade normativa acaba sendo posta como ponto central desta concepção.⁴⁹

Outra questão interessante nesta linha de pesquisa é o lugar do indivíduo. Ele age ou é um sujeito passivo? Bem, a resposta a essa questão será veiculada por Mikhail Bakhtin da seguinte forma: “o indivíduo recebe da comunidade linguística um sistema já constituído, e qualquer mudança no interior desse sistema ultrapassa os limites de sua consciência individual”.⁵⁰ A participação do indivíduo no sistema normativo funciona de forma subsuntiva. O ato da fala individual só terá valor caso se insira no complexo normativo que o

⁴⁴ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 75.

⁴⁵ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 75.

⁴⁶ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 75 e 78.

⁴⁷ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 75.

⁴⁸ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 79.

⁴⁹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 79-80.

⁵⁰ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 81.

toma por referência.⁵¹ Assim, se o ato da fala estiver de acordo como o modelo, é certo; se não estiver de acordo, está errado.⁵² *Mutatis mutandis*, a referida forma de ver o fenômeno linguístico guarda relação direta com outro sistema jurídico pensado pela doutrina do século XX, no Brasil, que teve como seu maior expoente Pontes de Miranda, máxime no tópico fundamental de sua teoria, que é a incidência, cuja característica fundamental é a infalibilidade e a automaticidade. Assim, ela, a incidência, não falha,⁵³ e também não necessita do homem; realiza-se por si, por isso, automática.⁵⁴

Percebe-se no modelo objetivista abstrato um sistema normativo, que se caracteriza pelo fato de as normas que o compõem não serem transcendentais, mas imanentes, já que surgem como decorrência da própria consciência social. O sujeito a elas não pode se opor aos ditames que o sistema normativo da língua impõe. A ele só cabe aceitá-lo, tal qual se coloca.⁵⁵ Além disso, as aludidas leis têm caráter específico, já que direcionadas para regular a forma como os atos de fala serão veiculados, não havendo espaço para interferência ideológica ou estética, porquanto o indivíduo é eliminado do processo de criação das normas.⁵⁶ As normas são postas para o indivíduo de forma arbitrária, uma vez que ele não tem participação direta em sua formulação. Toma-se assim a língua sob o aspecto da sincronia.⁵⁷

O modelo seria interessante se não houvesse um problema: como fica a questão da mudança da língua no decorrer da história? Noutros termos: como fica a diacronia? O aludido modelo não responde a essa questão e coloca um fosso entre sincronia e diacronia.⁵⁸ A lógica da diacronia é a dos erros individuais ou dos desvios. Para cada época, uma norma linguística. Não há norma contraditória, malgrado seja possível a transgressão. Se o desvio é aceito, torna-se nova norma linguística. Não há vínculo entre a lógica da língua e a lógica da evolução linguística. O presente não se entende com o desenrolar histórico.⁵⁹

Após emitir suas considerações sobre a concepção objetivista, Mikhail Bakhtin lança a seguinte síntese:

⁵¹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 81.

⁵² BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 81.

⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, tomo I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1999, p. 58. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969**, tomo I. 2ª ed. Revista, 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1973, p. 384.

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Incidência e Aplicação da lei**. Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco, ano 01, nº 01, Recife, 1956, p. 53.

⁵⁵ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 80-81.

⁵⁶ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 81.

⁵⁷ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 81.

⁵⁸ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 84.

⁵⁹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 84.

1. A língua é um sistema estável, imutável, de formas linguísticas submetidas a uma norma fornecida tal qual à consciência individual e peremptória para esta.
2. As leis da língua são essencialmente leis linguísticas específicas, que estabelecem ligações entre os signos linguísticos no interior de um sistema fechado. Estas leis são objetivas relativamente a toda consciência subjetiva.
3. As ligações linguísticas específicas nada têm a ver com valores ideológicos (artísticos, cognitivos ou outros). Não se encontra, na base dos fatos linguísticos, nenhum motor ideológico. Entre a palavra e seu sentido não existe vínculo natural e compreensível para a consciência, nem vínculo artístico.
4. Os atos individuais de fala constituem, do ponto de vista da língua, simples refrações ou variações fortuitas, ou mesmo deformações das formas normativas. Mas são justamente estes atos individuais de fala que explicam a mudança histórica das formas da língua; enquanto tal, a mudança é, do ponto de vista do sistema, irracional e mesmo desprovida de sentido. *Entre o sistema da língua e sua história não existe nem vínculo nem afinidade de motivos. Eles são estranhos entre si.* (Destques no original).⁶⁰

Tal concepção teórica deita raízes em Leibniz, como demarca Mikhail Bakhtin, máxime em sua **Teoria da gramática universal**. O modelo para a linguística toma por base o sistema numérico. O número seria o signo por excelência. Ferdinand Saussure segue esta linha. Este autor é analisado por Mikhail Bakhtin, dada a sua relevância na Rússia, e tem forte influência também no Brasil.

O linguista de Genebra parte de uma tripla distinção: *linguagem, língua e fala*.⁶¹ Para ele, a língua e a fala constituem a linguagem. Possui componente físico, fisiológico, psíquico e social. Ela é a totalidade das manifestações linguísticas.⁶² A língua constitui o sistema normativo, e a fala (*parole*), o ato de enunciação individual.⁶³ Ao se deparar com as duas categorias, Ferdinand Saussure decide excluir do estudo da linguística a linguagem. O motivo da exclusão decorre do fato de que na linguagem existe um elemento desestabilizador que não possui unidade interna e por isso a descredencia para ser objeto de uma teoria do conhecimento classificada como linguística. Esse dado desestabilizador é a fala (*parole*), que é um ato individual de volição e de inteligência, de cunho subjetivo, do qual o indivíduo é o senhor.⁶⁴

Por conta da fala (*parole*) a linguagem se torna heteróclita – aquilo que se afasta ou se desvia das regras estabelecidas. Para Ferdinand Saussure, a fala na linguagem a torna incognoscível.⁶⁵ A língua será vista como unidade e um princípio de classificação. Possui uma ordem natural que lhe dá singularidade, não se prestando a outra classificação. Sua

⁶⁰ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 85.

⁶¹ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 25ª ed. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 15-32.

⁶² BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 87.

⁶³ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 87. SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. *Op. cit.*, p. 19-22.

⁶⁴ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. *Op. cit.*, p. 21-22.

⁶⁵ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. *Op. cit.*, p. 28.

identidade tem por referência uma norma que lhe confere estabilidade e autonomia. A língua é algo do mundo social que o indivíduo registra instintivamente.⁶⁶ Já a fala ingressa, por sua vez, no mundo como ato produzido individualmente pela inteligência do indivíduo, que a utiliza para comunicar as formas normativas da língua, que são perenes. Identifica na língua o caráter social e, como categoria social, é passível de análise. Com relação à fala destaca seu caráter único, singular, irrepetível e em oposição ao social, possuindo assim caráter individual.⁶⁷

Com base na distinção entre língua e fala, identifica na última o caráter mutável da diacronia. Na fala o caráter diacrônico é determinante. Trazendo para o direito essa discussão, tem-se, neste sentido, a pertinente contribuição de Hans Kelsen, quando coloca na autoridade competente a função de estabelecer a denominada interpretação autêntica, que é ato individual de conhecimento e de vontade emitido por um sujeito autorizado pelo sistema a aplicar o direito ao caso concreto. No ato de aplicação não há garantia de constância.⁶⁸

Por outro lado, a perenidade, a repetição e o caráter normativo da língua fazem eclodir seu aspecto sincrônico. Em síntese, na fala, a diacronia; na língua, a sincronia. A oposição entre o caráter sincrônico e o aspecto diacrônico da linguagem é marcante na obra de Ferdinand Saussure, como relata Mikhail Bakhtin,⁶⁹ e está registrado na fala de Saussure:

A linguística sincrônica se ocupará das relações lógicas e psicológicas que unem termos coexistentes e formam sistema, tais como são percebidos pela consciência coletiva.

A linguística diacrônica estudará, ao contrário, as relações que unem termos sucessivos não percebidos por uma mesma consciência coletiva e que se substituem uns aos outros sem formar sistema entre si.⁷⁰

Por fim, Mikhail Bakhtin lança a pergunta que permeia as ciências sociais: o que deve prevalecer, o objetivismo sistêmico ou o subjetivismo da ação?

1.2.4 Crítica aos modelos subjetivista e objetivista

Na análise dos modelos subjetivista e objetivista a linguagem é redutora. Aquilo que é relevante para um, é irrelevante ou sem grande importância para o outro. Entretanto, se se

⁶⁶ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. *Op. cit.*, p. 17-25.

⁶⁷ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. *Op. cit.*, p. 22. BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 89.

⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 392-395.

⁶⁹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 90.

⁷⁰ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. *Op. cit.*, p. 116.

tomar o sistema linguístico, mesmo para um objetivista, a perenidade, que é considerada como marca determinante, não passa de uma abstração, já que na realidade o sistema da língua está em constante mudança, pois o sincrônico sofre influência diretamente do diacrônico, que transforma os desvios da língua em regra.⁷¹

Ademais, o sistema normativo da língua se exprime por objetos materiais, que são utilizados pelos sujeitos (fonemas, regras gramaticais, léxico etc.). Outro dado que deve ser levado em consideração consiste no fato de que, apesar de o modelo objetivista identificar o sistema linguístico com a premissa de que ele é externo à consciência individual, é para o indivíduo que o sistema aparece como sistema de normas rígidas e imutáveis. Noutros termos, o sistema só se move através do indivíduo, que o torna vivo. Toda vez que um sistema não encontrar indivíduos que o utilizem, ocorre a morte da língua. Por isso Mikhail Bakhtin irá afirmar: “o sistema sincrônico da língua só existe do ponto de vista da consciência subjetiva do locutor de uma dada comunidade linguística num dado momento da história”.⁷²

Com relação à consciência subjetiva, Mikhail Bakhtin afirma:

Todo sistema de normas sociais encontra-se numa posição análoga; somente existe relacionado à consciência subjetiva dos indivíduos que participam da coletividade regida por essas normas. São assim os sistemas de normas morais, jurídicas, estéticas (tais normas realmente existem), etc.⁷³

O caráter da norma jurídica será objeto de análise em capítulo próprio, já que ela é inerente à determinação do gênero “discurso jurídico”, como bem destacou Hans Kelsen.⁷⁴

Para Mikhail Bakhtin, seria equivocado afirmar que a língua é um sistema de normas imutáveis e incontestáveis abstratamente. No entanto, não há exagero ao afirmar que a língua constitui, com a consciência individual, um sistema de normas imutáveis. Esse é o modo da existência da língua para a totalidade de uma comunidade linguística dada. Desta forma, mesmo que se abstraia a consciência individual, ao se lançar um olhar, de forma objetiva, sobre o sistema normativo da língua, não se verá nada mais do que um complexo normativo em ininterrupta evolução. Por isso a pretensão de normas imutáveis desenhada pelos objetivistas é mais uma abstração idealizada conforme o desejo de quem cria o respectivo objeto do conhecimento sem pertinência com o real, embora tenha pretensão de ser a representação da realidade.⁷⁵

⁷¹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 93.

⁷² BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 94.

⁷³ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 94.

⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 5.

⁷⁵ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 95.

Os partidários do objetivismo, em sua maioria, afirmam a realidade e a objetividade da língua como sistema de formas normativas. No entanto, segundo Mikhail Bakhtin, a consciência subjetiva do locutor não usa a língua como forma normativa. O sistema normativo é uma abstração teórica que não procede da consciência do denominado “locutor nativo” e que não serve para os propósitos imediatos da comunicação. O locutor usa a língua para suas necessidades de enunciação da fala. Para o locutor, o ponto central da língua não está na conformidade à norma, mas no novo sentido que essa forma adquire no contexto. O que importa é que o signo seja sempre variável e flexível diante das diversas situações comunicativas.

E o receptor? O relevante na decodificação não é a norma, mas a compreensão de como a forma foi utilizada no contexto. Como será assentado de maneira mais pormenorizada, decodificar (compreender) não é identificar. O signo é decodificado. O sinal, identificado. Por essa razão este último não é ideologizado. A linguística não é de sinais, como querem os objetivistas.⁷⁶ Todavia, isso tem uma razão de ser, pois o surgimento da linguística, enquanto ciência, é correlato ao surgimento da filologia.⁷⁷ Na Europa, a linguística indo-europeia toma por lastro as línguas indo-europeias ancestrais, favorecendo línguas mortas, não sendo capaz de verificar o processo de surgimento das línguas em geral. Esse apego à filologia tradicional acabou por engessar o estudo, pois toma por premissa a língua indo-europeia como língua única, sem aporte da etnolinguística.⁷⁸

Neste contexto, os teóricos da linguística elaboraram métodos e categorias com monólogos fechados, imobilizados. Entretanto, mesmo nos aludidos monólogos, a língua é composta pela cadeia dos atos da fala, pois é inscrita para ser compreendida dentro de um contexto, logo incluída no processo ideológico.⁷⁹

A marca do filólogo-linguista é a desvinculação da linguagem da esfera do real, tomando-o como um todo isolado, não aplicando uma compreensão ideológica ativa. Contenta-se em comparar um termo de uma língua com outras inscrições no quadro geral da língua dada ou de outra. É uma postura passiva. Neste caso, sua reflexão não toma por base o locutor nativo, mas a de alguém que pretende abrir caminhos no mundo misterioso de uma

⁷⁶ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 96.

⁷⁷ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 100-101.

⁷⁸ “Antrop. O estudo da linguagem de sociedades sem escrita. Antrop. e Ling. O estudo da linguagem em seu contexto social, e das relações entre a linguagem e os demais aspectos da sociedade e da cultura”. HOLANDA, Aurélio Buarque de. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed., rev. e ampl. 36ª reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 733.

⁷⁹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 101.

língua estrangeira. A compreensão do produto desta reflexão é falsa, dirá Mikhail Bakhtin, pois toma por base o ato passivo de compreensão.⁸⁰

Com relação ao ato passivo de compreensão, Mikhail Bakhtin demonstra que a concepção objetivista utiliza por fundamento não o aspecto do sentido, mas o componente normativo do signo linguístico. Assim, para a concepção objetivista, o signo se manifesta como sinal e não como sentido. Neste contexto, a objetividade acaba por gerar uma perenidade no sentido, que se torna invariável, ou quase isso. Esta perenidade é, no entanto, artificial, já que o sentido é colocado em cada ato enunciativo e não se repete.⁸¹ O que se repete no signo são os sinais como fonemas, estruturas lógicas, estruturas gramaticais etc. Em momento oportuno, a distinção entre sinal e signo será abordada de forma mais pormenorizada.

Com relação à corrente teórica que toma por marca o subjetivismo, há o problema de encontrar no enunciado e na enunciação uma categoria de natureza individual e psicologizada. Não se percebe que na enunciação o que existe é uma expressão de natureza social e que, por isso, depende do outro para se realizar.⁸² A concepção subjetiva individual deita raízes no romantismo, enquanto a concepção objetivista vai buscar suas origens no racionalismo e no neoclássico.⁸³ Os românticos deram ênfase à língua materna, rejeitando a influência estrangeira. Não deixaram de ser filólogos. Tinham por fim organizar a reflexão linguística com base na atividade mental.

Por outro lado, Mikhail Bakhtin toma como ponto de partida a enunciação monológica, mas não de forma passiva, senão a partir do que se fala. A enunciação monológica para o subjetivista aparece como expressão da consciência individual, seus desejos, intenções etc. A categoria da expressão engloba o ato de fala, a enunciação. Nesse contexto, expressão “é tudo aquilo que, tendo se formado e determinado de alguma maneira no psiquismo do indivíduo, exterioriza-se objetivamente para outrem com a ajuda de algum código de signos exteriores”.⁸⁴ Ela comporta duas facetas: uma interior e outra exterior (objetivação externa dirigida para o outro).⁸⁵

⁸⁰ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 102.

⁸¹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 102.

⁸² BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 113. BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e estética: a teoria do romance**. 5ª ed. São Paulo: Hucitec, 2003, p. 86.

⁸³ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 114.

⁸⁴ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 115.

⁸⁵ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 115.

No dualismo – interior e exterior –, a ênfase é dada ao aspecto interior, para a corrente subjetivista. Isso porque o ato de objetivação procede do interior para o exterior. A essência é interna. O externo apenas ganha importância como receptáculo do interno.⁸⁶

O problema na aludida concepção reside no fato de que não é a atividade mental interna que determina a expressão, mas o inverso, já que o enunciado é social e é ele que determina o individual. O que Mikhail Bakhtin irá afirmar é que, na realidade, a expressão é determinada pelas condições reais de enunciação, tomada como “produto da interação de dois indivíduos socialmente organizados e, mesmo que não haja um interlocutor real, este pode ser substituído pelo representante médio do grupo social ao qual pertence o locutor”.⁸⁷ O enunciado, assim, é o produto interativo entre o locutor e o ouvinte. Funciona como ponte entre mim e o outro. É o território comum entre o locutor e o interlocutor.⁸⁸ Desta feita, o nível de consciência, sofisticação e acabamento formal da atividade mental é diretamente proporcional ao seu grau de orientação social. Só há atividade mental mediante orientação social, pois até os gritos do recém-nascido são dirigidos para a mãe.⁸⁹

Há a atividade mental do eu, que é autolimitativa, e a atividade mental do nós. A primeira isola-se, distanciando-se do tecido social. A segunda possui diferenciação ideológica, em graus diversos. “Quanto mais forte, mais bem organizada e diferenciada for a coletividade no interior da qual o indivíduo se orienta, mais distinto e complexo será o seu mundo interior”.⁹⁰ Tomando por exemplo a fome, ela será expressa linguisticamente pelo indivíduo que a sente a partir do contexto em que está inserido.

A atividade mental do sujeito é um território social, tal qual a expressão exterior. Assim, situam-se no território social a atividade mental (conteúdo a exprimir), sua objetivação externa (enunciação) e o itinerário que leva um ao outro. Enquanto consciência não objetivada, permanece em estado embrionário na cabeça do ser consciente. Trata-se de um esboço de enunciação. Após a objetivação social, ingressa no sistema da ciência, da arte, da moral, do direito etc.⁹¹

O mundo interior se adapta ao exterior. Denomina-se ideologia do cotidiano a atividade mental centrada na vida cotidiana, distinta dos sistemas ideológicos constituídos (arte, direito, religião etc.). Ela constitui o domínio da palavra interior e exterior

⁸⁶ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 115.

⁸⁷ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 116.

⁸⁸ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 117.

⁸⁹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 119.

⁹⁰ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 119.

⁹¹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 122.

desordenada.⁹² Como a atividade mental, a estrutura da expressão é social; daí Mikhail Bakhtin afirmar que a ideologia do cotidiano corresponde ao que Karl Marx denominou psicologia social.⁹³

A denominada ideologia do cotidiano não se apresenta de forma estática, mas estratificada em níveis distintos. Tal estratificação decorre da dinâmica social. A atividade mental individual neste contexto se apresenta de forma fortuita, não possuindo força para uma ação duradoura no plano social. Está-se aqui em um plano inferior que tem por característica a efemeridade.⁹⁴ Há dificuldade então de se perceber leis sociológicas, no plano inferior. Aqui só se apreendem regras estatísticas, pois “é apenas a partir de uma grande massa de produtos dessa ordem que se podem descobrir as grandes linhas de uma ordem socioeconômica”.⁹⁵ Nos níveis inferiores os fatores biográficos e biológicos têm papel importante, mas não nos níveis superiores.

Os níveis superiores da sociologia do cotidiano entram em contato direto com os sistemas ideológicos (arte, direito, moral etc.); são substanciais. O surgimento de novas forças sociais ocorre neste nível.

A “individualidade criadora” é expressão sólida da orientação social do indivíduo.⁹⁶ Desta forma, rejeita-se a teoria da expressão subjacente ao subjetivismo individualista. O centro irradiador da expressão é externo e não interno, como pretendem. A enunciação não é uma reação fisiológica, mas uma reação ideologicamente marcada. É produto de interação social, “quer se trate de um ato de fala determinado pela situação imediata ou pelo contexto mais amplo que constitui o conjunto das condições de vida de uma determinada comunidade linguística”.⁹⁷

A *parole* (enunciação individual) não se apresenta como ato subjetivo, mas como fato sociológico, diferentemente do que pensa a concepção objetivista. Os subjetivistas têm razão quando enfatizam as enunciações isoladas como substância real da língua, mas criam problema quando ignoram o caráter social da enunciação e da atividade mental.⁹⁸

As duas correntes pecam ao tomar a enunciação monológica como ponto básico, e não a interação verbal. Mesmo em um solilóquio, há um diálogo consigo mesmo.⁹⁹ Nas

⁹² BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 123.

⁹³ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 123.

⁹⁴ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 123.

⁹⁵ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 124.

⁹⁶ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 125.

⁹⁷ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 126.

⁹⁸ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 126.

⁹⁹ BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Trad. Paulo Bezerra. 4ª ed., rev., ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 137.

palavras de Robert Stam: “qualquer enunciado, inclusive o monólogo solitário, tem seus ‘outros’, e só existe em relação ao contexto de outros enunciados”.¹⁰⁰

Como assentado, a substância da língua não é um sistema abstrato de formas ou enunciação monológica isolada, ou ato psicofisiológico de sua produção, mas um fenômeno social da interação verbal. Ela se realiza por enunciações ou enunciação. É a realidade fundamental da língua. O diálogo é uma das formas mais importantes de interação. O livro, por exemplo, ato de fala impresso, é elemento da comunicação verbal.¹⁰¹

Não se pode isolar a comunicação verbal da comunicação global em constante mudança. Esse vínculo possibilita que a comunicação verbal venha acompanhada de atos sociais não verbais (gestos, rituais, cerimônias etc.). O local da língua é a comunicação verbal concreta. Ordem metodológica para o estudo da língua:

1. As formas e os tipos de interação verbal em ligação com as condições concretas em que se realiza. 2. As formas das distintas enunciações, dos atos de fala isolados, em ligação estreita com a interação de que constituem os elementos, isto é, as categorias de atos de fala na vida e na criação ideológica que se prestam a uma determinação pela interação verbal. 3. A partir daí, exame das formas da língua na sua interpretação linguística habitual.¹⁰²

Essa é a ordem em que se desenvolve a evolução da língua. Mikhail Bakhtin estipula suas conclusões finais:

1. A língua como sistema estável de formas normativamente idênticas é apenas uma abstração científica que só pode servir a certos fins teóricos e práticos particulares. Essa abstração não dá conta de maneira adequada da realidade concreta da língua.
2. A língua constitui um processo de evolução ininterrupto, que se realiza através da interação verbal social dos locutores.
3. As leis da evolução linguística não são de maneira alguma as leis da psicologia individual, mas também não podem ser divorciadas da atividade dos falantes. As leis da evolução linguística são essencialmente leis sociológicas.
4. A criatividade da língua não coincide com a criatividade artística nem com qualquer outra forma de criatividade ideológica específica. Mas, ao mesmo tempo, a criatividade da língua não pode ser compreendida independentemente dos conteúdos e valores ideológicos que a ela se ligam. A evolução da língua, como toda evolução histórica, pode ser percebida como uma necessidade cega de tipo mecanicista, mas também pode tornar-se “uma necessidade de funcionamento livre”, uma vez que alcançou a posição de uma necessidade consciente e desejada.
5. A estrutura da enunciação é uma estrutura puramente social. A enunciação como tal só se torna efetiva entre falantes. O ato de fala individual (no sentido estrito do termo “individual”) é uma *contradictio in adjecto*.¹⁰³

¹⁰⁰ STAM, Robert. **Bakhtin**: da teoria literária à cultura de massa. Trad. Heloisa Jahm. São Paulo: Ática, 1992, p. 73.

¹⁰¹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 127.

¹⁰² BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 129.

¹⁰³ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 131-132.

A proposta bakhtiniana, desta feita, não esboça uma síntese entre a concepção objetivista e a concepção subjetivista, mas uma nova proposta que toma o enunciado dialógico como eixo condutor de sua filosofia da linguagem. Da crítica às duas concepções Mikhail Bakhtin estabelece as bases para sua proposta dialógica – que já começou a ser apresentada e que nos próximos itens terá análise mais pormenorizada.

1.3 Enunciado

Nas escolas estruturalistas, a função comunicativa da linguagem, que tem por unidade o enunciado, é posta como elemento secundário. Para essa concepção, há o falante, o objeto da fala e o ouvinte (entendedor). No caso, há uma posição ativa do falante, e passiva do ouvinte, no fluxo comunicativo. Essas posições, no processo comunicativo real, são ficções, pois o ouvinte, ao perceber e compreender o sentido do discurso emitido pelo falante, ocupa, além da função passiva, uma atitude ativa, denominada por Mikhail Bakhtin de atitude responsiva.¹⁰⁴ Aqui o ouvinte é chamado a concordar, discordar (no todo ou em parte), participar, completar. Essa forma de pensar se amolda ao modo de pensar do processo judicial pátrio, que tem no contraditório uma de suas marcas características,¹⁰⁵ máxime na questão da cognição, técnica utilizada para a produção da decisão judicial.

Deve-se destacar, nesse contexto, que a compreensão não se dá de forma isolada. Pelo contrário, o processo de compreensão do enunciado é “preenche de resposta”.¹⁰⁶ Nesse momento o ouvinte se torna falante. Nesta linha, irá acrescentar Mikhail Bakhtin que a chamada compreensão passiva do discurso corresponde ao momento abstrato da compreensão ativa responsiva real do ouvinte.¹⁰⁷ “Compreender é opor à palavra do locutor uma *contrapalavra*”.¹⁰⁸ A expressão “palavra do locutor” é o enunciado, pois ela tem autor.¹⁰⁹

A atitude responsiva do receptor é esperada e pretendida pelo emissor, sob pena de se ter um solilóquio travestido de diálogo. Além disso, o emissor é potencialmente um respondente. Assim, cada enunciado acaba sendo um elo na cadeia complexa de outros

¹⁰⁴ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 271.

¹⁰⁵ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8ª ed. Padova: Cedam, 1996, p. 82.

¹⁰⁶ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 271.

¹⁰⁷ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 271.

¹⁰⁸ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 137.

¹⁰⁹ BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Trad. Paulo Bezerra. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 210. BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 301.

enunciados. O outro, o ouvinte, fala! Isso torna possível o processo comunicativo mediante sua unidade, o enunciado.¹¹⁰

Com isso é possível afirmar, como Mikhail Bakhtin, que “os limites de cada enunciado concreto como unidade da comunicação discursiva são definidos pela *alternância dos sujeitos do discurso, ou seja, pela alternância dos falantes*”.¹¹¹ (Destaques no original). Aqui fica evidente o conteúdo real, não convencional, do enunciado, com limites precisos estipulados pela alternância dos falantes. Além disso, a resposta emitida pelo ouvinte está ligada ao conteúdo do discurso emitido pelo falante.¹¹² Essa característica encontra marca no denominado princípio do contraditório, categoria inerente ao processo judicial, como salienta Elio Fazzalari.¹¹³

No bojo do diálogo, encontram-se palavras e orações. Elas, entretanto, podem aparecer fora do enunciado. Por essa razão, no próximo item tecer-se-ão considerações sobre a relação existente entre oração (e palavra) – unidade da língua – e enunciação – unidade da comunicação discursiva.

1.4 Oração (e Palavra) x Enunciado

A oração não se confunde com o enunciado, já que ela, por ser unidade da língua, não é marcada pela alternância intersubjetiva do discurso. Ela encontra sua moldura em outra oração. A oração é um pensamento acabado interligado a outra oração do mesmo falante. Seu contexto é o da fala do mesmo falante. Não possui intersubjetividade, mas subjetividade. As pausas entre as orações têm natureza gramatical, enquanto a pausa entre enunciações é real – seu limite é o outro sujeito.¹¹⁴ Acrescente-se ainda que a oração não possui contato com a realidade, nem com outros enunciados, e não pode suscitar respostas. Ademais, por ter natureza gramatical, é regida pela lei gramatical e nela encontra seus limites e unidade.¹¹⁵

Vale salientar que a oração ou a palavra, como unidades da língua, não possuem autor. São de ninguém!¹¹⁶ Palavras depositadas em um dicionário.¹¹⁷ O enunciado, por sua vez, possui uma relação direta e necessária com o autor e com o destinatário do discurso, uma vez que nesses dois sujeitos o enunciado encontra sua conformação, devido a seu caráter

¹¹⁰ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 128.

¹¹¹ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 275.

¹¹² BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 275.

¹¹³ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8ª ed. Padova: Cedam, 1996, p. 82.

¹¹⁴ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 277.

¹¹⁵ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 278.

¹¹⁶ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 289.

¹¹⁷ BAKHTIN, Mikhail. (Voloshinov). Discurso na vida e discurso na arte. *Op. cit.*, p. 13.

intersubjetivo.¹¹⁸ Salienta, que o enunciado não “está autoencerrado no sentido de alguma quantidade linguística abstrata, nem pode ser derivado psicologicamente da consciência subjetiva do falante tomada em seu isolamento.”¹¹⁹ Aqui fica mais uma vez demarcado o rechaço de Mikhail Bakhtin pelas concepções objetivistas e subjetivistas da filosofia da linguagem.

Quando uma oração se torna enunciado, há uma posição responsiva, logo vínculo com o real e com outros enunciados. Deve-se salientar que um enunciado pode ser formado tanto por palavras isoladas como por oração ou orações. Neste caso, uma unidade da língua se transforma em unidade da comunicação.

A alternância dos sujeitos emoldura o enunciado, distinguindo-o da unidade da língua.¹²⁰ Mas não só. O enunciado possui aquilo que se denominou de conclusividade. Trata-se de um aspecto interno da alternância intersubjetiva do discurso, consistente no esgotamento daquilo que o falante pretendia afirmar para o ouvinte, sob determinada condição. A conclusividade implica responsividade. Enquanto o enunciado estiver inconcluso, a resposta não poderá ser ofertada. Uma oração acabada não é capaz de gerar atitude responsiva do ouvinte. Seu termo é gramatical, e não o outro, como já assentado. Apenas quando se torna enunciado a resposta é possível, pois seu termo é o outro.¹²¹ Com relação à conclusividade, pertinente a observação de Artur Stamford da Silva:

Acontece que conclusividade não se confunde com término da comunicação. Se assim fosse, teríamos a não-comunicação. O que a vida em sociedade não comporta. A inteireza acabada do enunciado é justamente o que dá espaço à resposta e, com isso, gera continuidade dialógica. A conclusividade do significado, portanto, não é um acabamento (fim, término, extinção) do que se enuncia, mas justamente a continuidade recursiva de todo o diálogo.¹²²

Três fatores determinam a conclusividade. Ei-los:

a – exauribilidade do objeto e do sentido: consiste no esgotamento “semântico-objetual do tema do enunciado”.¹²³ A exauribilidade é quase plena nas questões factuais e em alguns campos oficiais em que os gêneros de discurso são padronizados;¹²⁴

¹¹⁸ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 279-280.

¹¹⁹ BAKHTIN, Mikhail. (Voloshinov). Discurso na vida e discurso na arte. *Op. cit.*, p. 13

¹²⁰ BAKHTIN, Mikhail. (Voloshinov). Discurso na vida e discurso na arte. *Op. cit.*, p. 13

¹²¹ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 280.

¹²² SILVA, Artur Stamford da. Da legalidade à decisão ilimitada. A construção semântica social da videoconferência no direito penal brasileiro. Sobre o lugar da incompletude consistente no direito. In BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; Adeodato, João Maurício. (Coord.). **Princípio da legalidade:** da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 29.

¹²³ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 281.

¹²⁴ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 281.

b – projeto de discurso ou vontade de discurso do falante ou intenção discursiva: ele determina os contornos do enunciado, seu volume e conteúdo. Aqui se estabelece o que o falante quer dizer, mediante a constatação da vontade verbalizada. Esta vontade se vincula ao aspecto semântico-objetivo, delimitando-o;

c – formas típicas composicionais e de gênero do acabamento: a vontade discursiva se realiza antes de tudo na escolha do gênero de discurso. Tal escolha é determinada ora pela peculiaridade do campo da comunicação, ora pela temática, ora por características individuais dos participantes etc.

A intenção discursiva não é amorfa, mas se amolda a um determinado gênero, à medida que é produzido. Como salienta Mikhail Bakhtin, “falamos através de determinados gêneros de discurso”.¹²⁵ Por isso, os enunciados acadêmicos possuem uma forma de articulação; o jurídico, outra; o religioso, outra; etc.

Mais. Aprender a falar nada mais é do que aprender a construir enunciados, e estes se organizam mediante gêneros. Há gêneros informais e há os que exigem um nível formalizado de organização. Esses gêneros possuem maior estabilidade e coação.¹²⁶ Tome-se para exemplo a formalização da petição inicial, cujos requisitos estão estipulados nos arts. 282 e 283, ambos do CPC; ou da sentença, cuja estrutura está determinada pelo art. 458 do CPC. Ademais, despachos, decisões interlocutórias, sentenças, acórdãos, são espécies de gêneros do discurso jurídico. Cada um é determinado pela temática, no caso, da sentença, a decisão jurídica, que lhe é objeto. Ademais, cada um dos gêneros terá atitudes responsivas específicas.

A habilidade do sujeito perante o gênero determinará o grau de liberdade que este terá em determinado campo comunicacional. Por sua vez, a inabilidade com o gênero implicará dificuldade na construção de enunciados. Exemplifica Mikhail Bakhtin que muitas pessoas têm habilidade com o discurso científico ou com o sociopolítico, mas têm dificuldade quando a temática muda para questões mundanas. O inverso é mais comum.¹²⁷

A familiaridade ou não com relação ao gênero discursivo determinará a desenvoltura comunicacional do sujeito.¹²⁸ Essa habilidade é individual, mas repercute na produção intersubjetiva do enunciado.

¹²⁵ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 282.

¹²⁶ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 284.

¹²⁷ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 284-285.

¹²⁸ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 285.

1.5 Elementos característicos do enunciado

Ao tratar do enunciado, Mikhail Bakhtin irá sempre demarcar que ele não é só. Em passagem elucidativa, irá afirmar, dado o caráter relacional que o enunciado possui, a inexistência do que se denominou enunciado adâmico. Em suas palavras:

Apenas o Adão mítico que chegou com a primeira palavra num mundo virgem, ainda não desacreditado, somente este Adão podia realmente evitar por completo esta mútua orientação dialógica do discurso alheio para o objeto. Para o discurso humano, concreto e histórico, isso não é possível: só em certa medida e convencionalmente é que pode dela se afastar.¹²⁹

Desta forma, o enunciado é, existe na cadeia discursiva. Sua primeira característica é seu conteúdo semântico-objetual. Este conteúdo determina os meios linguísticos, o gênero do discurso.¹³⁰ A segunda característica é formada pelo elemento expressivo. Ele determina a composição e o estilo. Trata-se da relação emotiva e axiológica entre o falante e o conteúdo semântico-objetual do enunciado. Neste contexto, a palavra ou a oração, por não serem de ninguém, não possuem carga valorativa. São neutras. Quando o sujeito se apropria delas no enunciado, passam a ser valoradas. Eis a entonação expressiva. Trata-se de uma peculiaridade constitutiva do enunciado.¹³¹

No desenrolar do discurso, a mesma unidade da língua pode ser valorada de forma distinta. Assim, a palavra e a oração ganham valor no enunciado. Neste passo, pode-se afirmar que apenas no enunciado os valores verdade e falsidade, belo e feio, justo e injusto podem ser aferidos.¹³²

Salienta Mikhail Bakhtin que, na construção de enunciados, as palavras muitas vezes não são retiradas da neutralidade léxica, mas de outros enunciados. Neste caso, o enunciado que se forma já vem valorado com expressões de enunciados anteriores.¹³³ Assim, “as palavras podem entrar no nosso discurso a partir de enunciações individuais alheias, mantendo em menor ou maior grau os tons e ecos dessas enunciações individuais”.¹³⁴ É o que ocorre, por exemplo, com a prova que fundamenta a decisão judicial.

Nesta ordem, as palavras podem ser vistas como (a) neutras, (b) alheias (cheias de ecos de enunciados anteriores) e (c) minhas (aquelas que o falante opera com intenção

¹²⁹ BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e estética: a teoria do romance**. *Op. cit.*, p. 88.

¹³⁰ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 289.

¹³¹ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 296.

¹³² BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 328.

¹³³ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 292.

¹³⁴ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 293.

discursiva).¹³⁵ Quer-se com isso afirmar que os nossos enunciados são prenhes de palavras dos outros. Dizem-se neutras para as palavras em “estado de dicionário”.¹³⁶ Entretanto, ecoa a pergunta do outro poeta: “mas quais são as palavras que nunca são ditas?”¹³⁷ Neutras ou não, as palavras são objeto dos enunciados.

As palavras que vêm de outros enunciados trazem para o novo enunciado valores que se assimilam, reelaboram, reacentuam, recriam etc. No processo judicial, por exemplo, as peças veiculadas pelos agentes, advogados e magistrados, inúmeras vezes são permeadas de opiniões de doutrinadores sobre o assunto e de decisões judiciais que se colocam no intuito de direcionar a formação na convicção do julgador, dentro do procedimento cognitivo. A título elucidativo, neste item, as considerações feitas para as palavras servem igualmente para a oração.

Retomando o enunciado, pode-se afirmar que ele “é pleno de ecos e ressonâncias de outros enunciados com os quais está interligado pela identidade da esfera da comunicação discursiva”.¹³⁸ Quando se põe um enunciado, coloca-se uma resposta ao(s) enunciado(s) que o antecede(m), seja rejeitando, confirmando ou completando. Por essa razão, a expressão do enunciado não pode ter por lastro apenas o conteúdo de seu objeto e sentido, mas deve levar em consideração outros enunciados que se reportam àquele tema, ora rechaçando, ora retificando.¹³⁹

Isolado, o enunciado reflete o processo do discurso, enunciados dos outros e, sobretudo, os elos da cadeia comunicativa.¹⁴⁰ Ele é “um conjunto de sentidos”.¹⁴¹ Pelo fato de o falante não ser o Adão mítico ou bíblico, o objeto de seu discurso é o palco onde diversas opiniões de interlocutores se encontram. Com isso o enunciado está voltado sobre ele e sobre os discursos dos outros sobre ele.¹⁴² Quando o enunciado é emitido, dado seu caráter responsivo, ele se entrelaça com enunciados subsequentes. Esse vínculo com o outro revela outra característica do enunciado, que é seu endereçamento ou direcionamento para alguém, elemento constitutivo do enunciado.¹⁴³ Por essa razão, o enunciado é veiculado para o outro. Mas quem é o outro? Alguém determinado? A resposta é sim e não. Ou seja, depende. Pode

¹³⁵ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 294.

¹³⁶ DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. Procura da poesia. *Op. cit.* BAKHTIN, Mikhail.(Voloshinov).Discurso na vida e discurso na arte. *Op. cit.*, p. 13.

¹³⁷ RUSSO, Renato. Quase sem querer. In Legião Urbana **Dois**. Letra capturada no site <http://letras.terra.com.br/legiao-urbana/46972>

¹³⁸ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 297.

¹³⁹ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 297.

¹⁴⁰ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 299.

¹⁴¹ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 329.

¹⁴² BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 300.

¹⁴³ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 301.

ser que o outro seja uma pessoa particular ou uma coletividade ou alguém indefinido que virá, como ocorre como um livro, expressão escrita de um enunciado, que está à espera do leitor. Sempre relevante lembrar que o outro é constitutivo do enunciado. Por essa razão o enunciado é *enformado* por elementos extralinguísticos (dialógicos) que penetram no enunciado, conferindo-lhe sentido, como o outro e as condições para a produção do enunciado.¹⁴⁴

Como se constrói o enunciado para o outro, ele acaba por interferir na escolha do gênero, do procedimento composicional e do estilo, já que todo enunciado é responsivo e a resposta dependerá do grau de compreensão do ouvinte. Este fato se torna extremamente presente no gênero retórico, como também no jurídico.

O conteúdo dialógico do enunciado revela que ele não pode ser explicado, como ocorre com os fenômenos naturais, mas compreendido, já que pressupõe o outro.¹⁴⁵ A resposta, que decorre do caráter responsivo do enunciado, não é tautológica, mesmo quando confirma.¹⁴⁶ Já a natureza não responde, tampouco emite perguntas, por isso, basta um só sujeito diante dela para explicá-la, numa posição contemplativa.¹⁴⁷

1.6 Dialogismo e enunciado

1.6.1 Aspecto dialógico do enunciado

Como ficou demarcado, a língua é vista por Mikhail Bakhtin em sua manifestação concreta e viva como dialógica, ou seja, decorre de uma relação de sentido estabelecida entre dois ou mais enunciados.¹⁴⁸ Por essa razão se passa agora a analisar o caráter dialógico do enunciado.

Como já assentado, a visão de Mikhail Bakhtin sobre o enunciado é pautada por sua necessária natureza dialógica. O dialogismo ingressa como seu pressuposto necessário. Na realidade, o caráter dialógico do enunciado é seu princípio unificador. Deve-se salientar que a proposta bakhtiniana rompe com o modelo de dialética estruturado pela formulação tese, antítese e síntese.¹⁴⁹ Isso porque a resposta que se processa no bojo do enunciado não é uma

¹⁴⁴ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 313.

¹⁴⁵ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. 316 e 319.

¹⁴⁶ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. 321.

¹⁴⁷ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. 319.

¹⁴⁸ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁹ JOZEF, Bella. O espaço da paródia, o problema da intertextualidade e a carnavalização. **Revista Tempo Brasileiro**: Sobre a paródia. Nº 62, julho-setembro de 1980, p. 62.

síntese decorrente da análise de enunciados que se contrapõem, mas uma escolha que pode ser, como já visto, uma confirmação.

Outro ponto que merece consideração diz respeito ao fato de que todo enunciado possui dimensão dialógica, que pode ser interna, já que todo enunciado é perpassado pela palavra do outro (enunciado, pois tem autor), porquanto toda vez que o enunciador vai produzir um discurso ele se vale do discurso de outrem. Noutros termos, a palavra do outro irá compor o enunciado.¹⁵⁰ Como assevera Mikhail Bakhtin:

O enunciado existente, surgido de maneira significativa num determinado momento social e histórico, não pode deixar de tocar os milhares de fios dialógicos existentes, tecidos pela consciência ideológica em torno de um dado objeto de enunciação, não pode deixar de ser participante ativo do diálogo social.¹⁵¹

A petição inicial, por exemplo, utiliza-se do enunciado prova para demonstrar uma assertiva, como também se vale de estipulações doutrinárias e jurisprudenciais, com intuito de demonstrar argumentos que serão levados em consideração no contexto da cognição judicial. Saliente-se que, no mandado de segurança a existência de prova documental pré-constituída é condição necessária para que o procedimento se desenvolva, dada a natureza sumária do aludido procedimento, como se verá. A decisão judicial, por sua vez, apresenta-se como resposta a outros enunciados postos no percurso dos processo pelos seus partícipes.

O diálogo que permeia o enunciado, entretanto, não é uma relação face a face entre dois sujeitos, mas entre posições sociais. Todo enunciado tem um autor, e é ele que revela a posição, dirigida a alguém, que pode ser determinada ou não.¹⁵² Por essa razão, o dialogismo não se coloca sob o prisma da conversação.¹⁵³ Pode-se afirmar que o “dialogismo são as relações de sentido que se estabelecem entre dois enunciados”.¹⁵⁴ Ele funciona como princípio constitutivo do enunciado.¹⁵⁵

O estabelecimento de um enunciado implica um diálogo com outros enunciados, por isso ele não existe fora da relação dialógica. Mais. Dado o caráter responsivo do enunciado, a relação dialógica sempre está aberta.¹⁵⁶ Há abertura dialógica na formação do enunciado e na sua interação responsiva.

¹⁵⁰ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁵¹ BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e estética**. *Op. cit.*, p. 86.

¹⁵² FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 22-23.

¹⁵³ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁴ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 19. No mesmo sentido, FARACO, Carlos Alberto. **Linguagem & diálogo**. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁵ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁵⁶ BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética**. *Op. cit.*, p. 89.

A questão do enunciado dialógico se coloca de forma fundamental na filosofia de Mikhail Bakhtin, já que a realidade se apresenta para o indivíduo semioticamente.¹⁵⁷ O enunciado reflete e refrata o mundo. Deve-se salientar que Mikhail Bakhtin faz uso do termo refração no sentido de modificação da realidade que é colocada. Assim, no enunciado, a realidade pode ser refletida ou alterada (refratada). Tudo dependerá de como os sujeitos farão uso das interações existentes no bojo do enunciado. Por essa razão o enunciado possui caráter constitutivo, mesmo quando reflete.¹⁵⁸

É bom salientar também que Mikhail Bakhtin não nega a existência da realidade. Entretanto, ele não admite a possibilidade de acesso direto do homem a ela.¹⁵⁹ A realidade é para o homem aquilo que se lhe apresenta, perpassado pelo discurso alheio que o circunda. Com relação à realidade, o discurso pode desacreditá-la, contestá-la, avaliá-la, exaltá-la, confirmá-la etc.¹⁶⁰ Assim a realidade ingressa sob o prisma dialógico do enunciado. É, no enunciado. O enunciado, de certa forma, introduz no universo humano o real. Ou seja, o real é, existe no enunciado dialógico, através dele. Nesse contexto, a prova ingressa como enunciado apto a demonstrar outro enunciado. Ou seja, a prova é um enunciado que toma o fato (acontecimento narrado) como seu objeto. Assim, na prova (enunciado) está o fato (enunciado). Ademais, deve-se sempre levar em consideração que todo enunciado dialoga com outro ou outros.¹⁶¹ Como visto, não são as unidades da língua (oração ou palavra) que dialogam, mas os enunciados, que podem ter como suporte apenas uma palavra. Enunciado expresso por uma palavra, palavra com autor.

Através da análise da obra de Mikhail Bakhtin ultimada por José Luiz Fiorin, estabeleceram-se três conceitos de dialogismo, e seus modos de manifestação, a seguir expostos:

1.6.2 Dialogismo constitutivo

Como visto, o enunciado é constituído dialogicamente, sendo réplica de outro enunciado.¹⁶² Muitas vezes a réplica não se coloca de forma explícita. O enunciado “homens e

¹⁵⁷ BAKHTIN, Mikhail. **Para uma filosofia do ato responsável**. Trad. Valdemir Miotello e Carlos Alberto Faraco. São Carlos (SP): Pedro & João Editores, 2010, p. 85. FARACO, Carlos Alberto. **Linguagem & diálogo**. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁸ FARACO, Carlos Alberto. **Linguagem & diálogo**. *Op. cit.*, p. 50-51.

¹⁵⁹ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁰ BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética**. *Op. cit.*, p. 86.

¹⁶¹ BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética**. *Op. cit.*, p. 86-87.; FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁶² FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 24

mulheres são iguais” só terá sentido se contraposto a outro enunciado que exalte a superioridade de um dos gêneros.¹⁶³ “A alteridade é uma dimensão constitutiva do sentido”.¹⁶⁴

A constituição do enunciado se dá entre o enunciado que o precede e o que virá, já que é posto esperando uma resposta, que pode ser uma concordância ou uma refutação.¹⁶⁵ Desta feita, é possível afirmar que “todos os enunciados constituem-se a partir de outros”.¹⁶⁶

Embora haja no enunciado um locutor e um interlocutor, ambos são no enunciado, funcionam como posição. “O interlocutor é sempre uma resposta, um enunciado”.¹⁶⁷ Por essa razão o dialogismo se coloca como uma relação entre enunciados, já que os sujeitos se põem como enunciados. Eles são os termos do enunciado dialógico, pois todo enunciado tem autor e destinatário.¹⁶⁸

1.6.3 Dialogismo como forma composicional

O dialogismo também é visto sob o prisma de sua composição. Nesse caso, Mikhail Bakhtin irá tratar do uso que faz o enunciador das vozes de outros enunciados. É interessante notar que as outras vozes se põem de forma expressa no bojo do enunciado, mediante absorção. Tal concepção engendra uma visão estreita de dialogismo.¹⁶⁹

A absorção ou incorporação pode se dar de forma nítida, em que o discurso de outrem é abertamente mencionado e destacado do discurso citante; ou quando a separação não é tão nítida, como ocorre na paródia, na polêmica clara ou velada etc. Expressa ou tácita, entretanto, a incorporação ocorre.

Na cognição judicial, o uso do enunciado prova, no bojo do enunciado decisão judicial, revela o uso de tal função, já que se busca no discurso alheio a comprovação de uma dada assertiva.

¹⁶³ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁶⁴ FIORIN, Jose Luiz. Polifonia textual e discursiva. In BARROS, Diana Luz Pessoa; FIORIN, José Luiz (orgs.). **Dialogismo, polifonia, intertextualidade: em torno de Bakhtin**. 2ª ed., 1ª reimp. São Paulo: Edusp, 2003, p. 36.

¹⁶⁵ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁶ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 30

¹⁶⁷ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁸ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 301.

¹⁶⁹ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 33.

1.6.4 Dialogismo e o sujeito

O sujeito e a subjetividade são constituídos dialogicamente, pois o indivíduo sempre se encontra em relação ao outro, sendo sua realidade mediada linguisticamente. Isso decorre do caráter intersubjetivo do enunciado.

Desta forma, seu mundo interior é formado por vozes em relação de concordância e discordância.¹⁷⁰ Por estar em relação constante, a subjetividade que se produz está em mudança.¹⁷¹ Como alerta Bella Jozef:

Na narrativa dialógica ouvimos a voz do outro – destinatário – várias instâncias discursivas se fazem ouvir, o que a torna polifônica. O dialogismo designa a dupla pertinência do discurso a um “eu” e ao “outro”, em direção ao objeto da narrativa e ao falar de um outro.¹⁷²

Nesse contexto, José Luiz Fiorin indica que há vozes que se incorporam ao sujeito como voz de autoridade – impermeável, resistente às mudanças, como ocorre com a voz da igreja, de um partido ou de um grupo de que o indivíduo participa –; outras se incorporam com sentido persuasivo – são opiniões abertas às mudanças.¹⁷³ Vale salientar que tanto a voz de autoridade como a voz persuasiva não são em si; ganham tal valor no bojo do enunciado. É no enunciado que as aludidas vozes são valoradas. É muito provável que um indivíduo adepto de uma determinada religião tome a palavra de um sacerdote como voz de autoridade. Por exemplo, a conclamação feita por setores da Igreja Católica contra determinado candidato a cargo eletivo, por suposta intenção em legalizar o aborto. A aludida voz para quem é adepto da referida religião e segue à risca as diretrizes veiculadas por seus representantes terá um peso. Já a mesma diretriz, nos ouvidos de um ateu ou de um católico não praticante ou até mesmo liberal, terá responsividade diversa. Assim, apenas no enunciado é que o valor se põe, já que ele é intersubjetivo. Como afirma Cristovão Tezza, “nenhuma significação se instaura, em nenhum evento concreto, sem a presença de, no mínimo, *dois centros de valor*”. (Destaque no original).¹⁷⁴ Aqui o termo significação está colocado no lugar de sentido.

O indivíduo não é, entretanto, assujeitado, porquanto a singularidade irá depender das opções individuais que cada um coloca diante do outro. Ademais, a constituição de sua

¹⁷⁰ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 55.

¹⁷¹ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 55.

¹⁷² JOZEF, Bella. O espaço da paródia, o problema da intertextualidade e a carnavalização. **Revista Tempo Brasileiro**. *Op. cit.*, p. 60.

¹⁷³ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 55.

¹⁷⁴ TEZZA, Cristovão. **Bakhtin e o formalismo russo**: entre a prosa e a poesia. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 232.

subjetividade, muito embora seja social, é historicamente única. Ao mesmo tempo, o sujeito é social e individual. Nisso reside a unidade: “o sujeito é integralmente social e integralmente individual. Ele é um evento único porque responde às condições objetivas do diálogo social de uma maneira específica, interage concretamente com as vozes sociais de um modo único”.¹⁷⁵

Pelo que ficou assentado, o sujeito, por ser um complexo enunciativo, funciona como parte do universo dialógico. Por essa razão o enunciado se coloca como parte na cadeia discursiva, em que enunciado põe enunciado.

1.7 Dialogismo e intertextualidade

Sob a influência de Julia Kristeva, linguista francesa que difundiu o pensamento de Mikhail Bakhtin em seu país na década de sessenta do século passado, lançou-se a ideia de que o dialogismo decorria da relação entre texto e não entre sujeitos. Na aludida perspectiva, os sujeitos se esfumam, tornando-se categoria desnecessária. Os sujeitos seriam apenas aspectos do texto.¹⁷⁶ Por essa razão, para a linguista francesa acima indicada, a dialogia é, na realidade, intertextualidade.¹⁷⁷ José Luiz Fiorin afirma, ao se referir à leitura ultimada por Júlia Kristeva, o seguinte: “a semiótica diz que, para o filósofo russo, o discurso literário não é um ponto, um sentido fixo, mas um cruzamento de superfícies textuais, um diálogo de várias escrituras, um cruzamento de citações”.¹⁷⁸

A análise delineada por Júlia Kristeva para o dialogismo de Mikhail Bakhtin não se coaduna com o pensamento bakhtiniano, já que a forma como a linguista francesa trabalha remete a produção teórica do filósofo russo para as quadras do formalismo russo, em uma perspectiva estruturalista, ao modo de Ferdinand Saussure.¹⁷⁹

Ora, como ficou assentado neste capítulo, Mikhail Bakhtin rechaça o formalismo de matriz saussuriana e constrói sua forma própria de analisar o fenômeno linguístico. Ele se opõe ao modelo saussuriano, já que põe o enunciado no centro do processo comunicacional. Por sua vez, o linguista franco-suíço coloca o ouvinte numa posição passiva, não sendo possível, na prática, sob essa perspectiva, a possibilidade de comunicação, já que apenas constitui uma fala. Ademais, confere ao texto um caráter abstrato e objetivo, pois destitui o

¹⁷⁵ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁷⁶ KRISTEVA, Júlia. **Introdução à semanálise**. 2ª ed. Trad. Lúcia Helena França Ferraz. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 71.

¹⁷⁷ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁷⁸ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 51..

¹⁷⁹ KRISTEVA, Júlia. **Introdução à semanálise**. *Op. cit.*, p. 73.

enunciado do caráter intersubjetivo. Neste sentido, irá salientar José Luiz Fiorin que a análise de Júlia Kristeva, ao colocar o dialogismo como intertextualidade, o empobrece, já que retira do dialogismo sua marca característica que é a intersubjetividade.¹⁸⁰

Na esteira de José Luiz Fiorin, Paulo Bezerra irá afirmar que essa forma de interpretar Mikhail Bakhtin transforma o dialogismo em monologismo, o que é um equívoco,¹⁸¹ visto que na intertextualidade a palavra do outro é apropriada pelo autor, tornando-a sua, evaporando-se assim qualquer possibilidade do diálogo. Noutros termos, a palavra do outro no processo de apropriação se torna palavra do autor e, portanto, eis eliminado o diálogo.¹⁸² A polêmica em torno do assunto não se restringe a opiniões divergentes sobre a mesma corrente teórica, já que sobre o assunto, manifestou-se expressamente Mikhail Bakhtin, como se vê:

Não pode haver relações dialógicas tampouco entre os textos, vistos também sob uma perspectiva rigorosamente linguística. Qualquer confronto puramente linguístico ou grupamento de quaisquer textos abstrai forçosamente todas as relações dialógicas entre eles enquanto enunciados integrais.¹⁸³

Por essa razão, tendo em vista que o dialogismo mantém a possibilidade do diálogo, este trabalho não adota a perspectiva da intertextualidade, tal qual relatado, já que esta tem o condão de eliminar a identidade do sujeito, no enunciado.¹⁸⁴ Além disso, a opção pelo dialogismo decorre do fato de que o direito é posto no enlace intersubjetivo, um vínculo com o outro e não consigo mesmo.¹⁸⁵

1.8 Enunciado: entre o sinal e o signo

A questão do sentido ultrapassa aquilo que ficou estabelecido por Ferdinand Saussure, que tinha sua pedra de toque na distinção entre *langue* – sistemas de regras e códigos – e *parole* – mensagem ou discurso individual. Ademais, no autor francês, o sentido ficava adstrito à sinalidade. Em uma relação de identidade: sentido = sinalidade. Em Mikhail

¹⁸⁰ FIORIN, Jose Luiz. Polifonia textual e discursiva. *Op. cit.*, p. 29.

¹⁸¹ BEZERRA, Paulo. Prefácio: uma obra à prova do tempo. In BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Trad. Paulo Bezerra. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. XIV.

¹⁸² BEZERRA, Paulo. Prefácio: uma obra à prova do tempo. In BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Trad. Paulo Bezerra. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. XIV.

¹⁸³ BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. *Op. cit.*, p. 209.

¹⁸⁴ BRAIT, Beth. Bakhtin e a natureza constitutivamente dialógica da linguagem. In BRAIT, Beth (organização). **Bakhtin: dialogismo e construção de sentido**. *Op. cit.*, p. 94-95; SILVA, Artur Stamford da. Da legalidade à decisão ilimitada. A construção semântica social da videoconferência no direito penal brasileiro. Sobre o lugar da incompletude consistente no direito. In BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; Adeodato, João Maurício. (Coord.) **Princípio da legalidade**. *Op. cit.*, p. 29.

¹⁸⁵ MÁYNEZ, Eduardo García. **Filosofia del derecho**. 8ª ed. México: Porrúa, 1996, p. 66.

Bakhtin, o sentido é tratado de outra maneira. Ele se expressa através do signo, mas este é ideologizado, pois permeado pela dialogização. No signo, há o sentido.

Como afirmado, a proposta bakhtiniana coloca o conceito de signo como uma categoria da ideologia, vista como tudo aquilo que possui um sentido. Este, por sua vez, sempre se refere a algo que lhe é exterior. Ele é o que não é, pois representa, está no lugar.

Deve-se pontuar que a concepção de ideologia desenvolvida por Mikhail Bakhtin destoa e se afasta da concepção que a trata como falsa representação da realidade. O ideológico se apresenta como expressão do valor. É ideológico porque vale. E vale porque está no bojo do enunciado. Além disso, no pensamento de Mikhail Bakhtin, como já mencionado, o signo reflete e refrata a realidade.

Quando se depara com a ideologia, o linguista russo a compara ao signo, ao afirmar que “tudo que é ideológico é um signo. *Sem signos não existem ideologias*”.¹⁸⁶ (Destaque no original). Como assevera Augusto Ponzio, o signo tem por função representar e organizar uma determinada realidade a partir de um ponto de vista valorativo.¹⁸⁷

O signo possui um dado objetivo, já que tem existência física, mas por significar, representa algo que lhe é distinto. Ademais, em Mikhail Bakhtin o signo não só faz parte de uma realidade, mas também reflete e refrata uma outra, podendo distorcê-la ou ser-lhe fiel, bem como apreendê-la.¹⁸⁸ Possui natureza social,¹⁸⁹ porquanto o signo só aparece em um espaço interindividual, que exerce um papel socialmente organizado.¹⁹⁰

Em **Marxismo e filosofia da linguagem**, Mikhail Bakhtin estabelece a distinção entre sinal e signo. Tal dicotomia também aparece sob a forma significação e tema, ou significado neutro e significado atual.¹⁹¹ A aludida distinção se processa por abstração, sendo difícil, na realidade, estabelecer uma fronteira nítida entre as duas categorias. Ambos aparecem entrelaçados no enunciado. O sinal ou significação funciona como instrumento do signo, que contém o tema – “sentido completo unitário de um signo verbal”.¹⁹²

O sinal não se decodifica, não é ideologizado, apenas se identifica; logo, não representa, não reflete e não refrata.¹⁹³ Por isso, em Ferdinand Saussure, Mikhail Bakhtin identificou que o sentido era mera sinalidade.¹⁹⁴

¹⁸⁶ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁸⁷ PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. o pensamento de Bakhtin e a ideologia contemporânea. São Paulo: Contexto, 2008, p. 109.

¹⁸⁸ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁸⁹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 59.

¹⁹⁰ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁹¹ PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁹² PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. *Op. cit.*, p. 91.

¹⁹³ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 96-97.

Os signos constituem um universo próprio, distinto dos objetos físicos, embora um objeto físico ou um sinal possam se tornar ideológicos, como o pão e o vinho, para os cristãos, no sacramento da comunhão.¹⁹⁵ Os signos se submetem à avaliação ideológica, ou seja, são verdadeiros, falsos, bons, ruins, justificados, válidos etc.¹⁹⁶

Entretanto, há sinalidade no signo – como no exemplo do pão e do vinho, que se tornam signos no sacramento da comunhão. A sinalidade confere objetividade existencial ao signo.¹⁹⁷ Com isso é possível identificar aquilo que é objetivo no signo.

Por ser ideológico, não se pode apartar o caráter axiológico do signo.¹⁹⁸ Ele será o local onde se desenvolve a luta de classes. Ele é o lugar da contradição.¹⁹⁹ Por isso, a relevância da teoria do enunciado dialógico de Mikhail Bakhtin para a compreensão e o estudo do processo, sobretudo a questão da cognição.

Como salienta Augusto Ponzio, o signo constitui uma enunciação completa, imersa em um contexto social e ideologizado.²⁰⁰ Assim, há uma relação entre signo e enunciado. Ele é o sentido no enunciado. Mais. O sentido não é dado, mas dialogicamente criado.²⁰¹ De certa forma, pode-se perceber isso no seguinte excerto kelseniano: “na verdade, o indivíduo que, atuando racionalmente, põe o ato, liga a este um determinado sentido que se exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros”.²⁰² O aludido autor, entretanto, irá optar por uma perspectiva subjetivista da análise do fenômeno jurídico, uma vez que põe no sujeito o sentido²⁰³ e não na intersubjetividade dialógica.

Quando Mikhail Bakhtin se debruçou sobre o que denominou significação (sinal) e tema (sentido), realçou o segundo como o sentido completo e unitário de um signo, de um enunciado. Acrescentou que, além de unitário, é irrepetível, já que cada vez que se utiliza um enunciado, outro signo é produzido, pois elaborado em uma enunciação própria. A cada enunciado, outro signo, outro sentido.²⁰⁴ No processo judicial, por exemplo, cada decisão jurídica veicula um novo sentido, mesmo quando confirma, já que a confirmação não é repetição, mas uma resposta dialógica, que se for veiculada pelo tribunal, em grau de recurso,

¹⁹⁴ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 96.

¹⁹⁵ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁶ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁷ PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁹⁸ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁹⁹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 47.

²⁰⁰ PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. *Op. cit.*, p. 120.

²⁰¹ MACHADO, Irene A. Os gêneros e o corpo de acabamento estético. In BRAIT, Beth (organização). **Bakhtin: dialogismo e construção do sentido**. 2ª ed., rev., Campinas: Editora Unicamp, 2005, p. 131.

²⁰² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 3.

²⁰³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 393.

²⁰⁴ PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. *Op. cit.*, p. 95.

tem o condão de substituir a decisão confirmada, segundo critérios positivados (art. 512 do CPC).²⁰⁵

Diante de duas orações que tenham o mesmo conteúdo expressional, por exemplo, “a vida é boa” e “a vida é boa”, há, no plano lógico, uma relação de identidade. Dialogicamente, se emitido cada um por sujeitos distintos, há, no segundo, uma resposta que confirma o que fora emitido no primeiro. Muito embora iguais no plano lógico, são distintos dialogicamente, sendo o segundo um novo enunciado na cadeia discursiva.²⁰⁶ Elucidativo, com relação ao sentido, o seguinte excerto: “portanto, a emoção, o juízo de valor, a expressão são estranhas à palavra da língua e surgem unicamente no processo do seu emprego vivo em um enunciado concreto”.²⁰⁷

Com relação à significação (sinal), esta se repete, reproduz-se, pois está sujeita à identificação. Ela será aquilo que produz efeito comum em distintas enunciações, quando se abstrai a intenção, o sentido, o tema. Como salienta Augusto Ponzio, “a significação é o ‘aparato técnico’ para realizar o tema e consiste em tudo aquilo que, na mensagem verbal, se pode atribuir, por abstração, ao código linguístico, ao sistema unitário da língua”.²⁰⁸ Assim, “não há tema sem significação, e vice-versa”.²⁰⁹

A significação (sinal) são as frases, orações que se esgotam na identificação. Podem ser decompostas e submetidas à análise no plano fonológico, lógico, sintático e semântico.²¹⁰

Como salienta Mikhail Bakhtin:

O tema constitui o estágio superior real da capacidade linguística de significar. De fato, apenas o tema significa de maneira determinada. A significação é o estágio inferior da capacidade de significar. A significação não quer dizer nada em si mesma, ela é apenas um potencial, uma possibilidade de significar no interior de um tema concreto.²¹¹

A compreensão responsiva se dirige ao enunciado como um todo, sinal e signo. Este todo pode ser composto por uma palavra, tomada pelo interlocutor como enunciado completo ou relativamente completo. Isso porque dentro de um enunciado podem existir microdiálogos que se chocam dialogicamente.²¹² Tal situação ocorre quando se percebe dentro do enunciado

²⁰⁵ Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.

²⁰⁶ BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. *Op. cit.*, p. 210.

²⁰⁷ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 292.

²⁰⁸ PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. *Op. cit.*, p. 91.

²⁰⁹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 134.

²¹⁰ PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. *Op. cit.*, p. 94.

²¹¹ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 136.

²¹² BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. *Op. cit.*, p. 210-211.

emitido uma contradição, que pode fundamentar a produção de outro enunciado apto a desconstruir aquilo que foi posto pelo oponente, em uma demanda judicial, por exemplo.

A relação sinal e signo se impõe como necessária para a existência do enunciado dialógico. Neste passo, a prova, enquanto enunciado, remete a uma resposta do adversário, como também do magistrado.

1.9 Signo: o conteúdo explícito e o conteúdo presumido

O sentido se processa diante de uma relação entre um conteúdo explícito e outro implícito. Essa relação restou demarcada por Mikhail Bakhtin no opúsculo **O discurso na vida e o discurso na arte**. Há menção ao caráter implícito também na obra **Estética da criação verbal**. O sentido, desta feita, é impregnado por palavras ditas e não ditas. O presumido seria um entimema de um tipo especial, já que ele não é psicologizado, mas socialmente posto.²¹³

Alega Mikhail Bakhtin que aquilo que conheço, quero, amo etc. não pode ser presumido. Entretanto, o que todos conhecem, querem e amam etc. ingressa no campo da presunção.²¹⁴ Como salienta Augusto Ponzio, a parte presumida que dota de sentido a enunciação é social.²¹⁵ Com isso, o presumido se faz mais presente diante de situações de domínio público.²¹⁶

Neste caso, o presumido é objetivado, já que socialmente dado. Mikhail Bakhtin irá denominar tal situação como entimema social objetivo.²¹⁷ Ele será constituído tanto pela unidade material do mundo que ingressa no universo do falante – as características do local em que o enunciado é produzido – como pela “unidade das condições reais de vida que geram uma comunidade de julgamentos de valor”.²¹⁸ Aqui se analisa o fato de os falantes pertencerem à mesma família, ou profissão, ou classe, ou grupo social, bem como o fato de os falantes serem contemporâneos.

O dito e o não dito atuam na composição do sentido, e o não dito estabelece o contexto apto a fornecer o ambiente necessário à compreensão e a possibilitar a resposta. Em uma conversa entre duas pessoas, a expressão “não” pode designar uma negação ou uma afirmação, como, por exemplo, em um diálogo que envolve um contexto afetivo. Idêntica

²¹³ BAKHTIN, Mikhail. **O discurso na vida e o discurso na arte**. *Op. cit.*, p. 8.

²¹⁴ BAKHTIN, Mikhail. **O discurso na vida e o discurso na arte**. *Op. cit.*, p. 8.

²¹⁵ PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. *Op. cit.*, p. 93.

²¹⁶ PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. *Op. cit.*, p. 98.

²¹⁷ BAKHTIN, Mikhail. **O discurso na vida e o discurso na arte**. *Op. cit.*, p. 8.

²¹⁸ BAKHTIN, Mikhail. **O discurso na vida e o discurso na arte**. *Op. cit.*, p. 8.

situação pode ocorrer com a expressão “sim” designando um “não”, no contexto irônico. Ou seja, o sentido depende do dito e do presumido. Na teoria kelseniana, uma importante categoria encontra no conteúdo presumido do signo uma forma de explicação: é a norma fundamental, que é o pressuposto para a estruturação do sistema jurídico como ordem escalonada de normas jurídicas positivas.²¹⁹ A norma fundamental assim, sob esse enfoque, apresenta-se na intersubjetividade dialógica do signo, funcionando como sentido presumido necessário apto para fundar a norma jurídica e, em última instância, o sistema jurídico.

1.10 Enunciado e gênero

No trabalho de Mikhail Bakhtin, gênero de discurso é uma categoria macro que engendra e enfeixa um grupo específico de enunciados. Como salienta Irene A. Machado, o gênero não são entes linguísticos, mas formas específicas de enunciados.²²⁰ Como espelho, o enunciado reflete as especificidades dos campos de atividade humana mediante seu conteúdo temático, visto como domínio de sentido ocupado por um gênero. No processo judicial, alguns gêneros se colocam, todos procedimentalmente controlados, como (a) a petição inicial, a resposta, a decisão judicial – em suas diversas modalidades –, as provas;²²¹ (b) estilo – seleção de frases, palavras e recursos gramaticais, em suma, seleção dos meios linguísticos; e (c) construção composicional ou maneira de organizar o texto.²²² Esses três elementos são determinados pela peculiaridade de cada campo da comunicação e estão relacionados diretamente ao enunciado.

Malgrado o enunciado particular seja individual, cada campo acaba por determinar os gêneros do discurso, que são tipos mais ou menos estáveis de enunciados.²²³ Os gêneros modulam a fala.²²⁴ Na lição de Mikhail Bakhtin:

Aprender a falar significa aprender a construir enunciados (porque falamos por enunciados e não por orações isoladas) Os gêneros do discurso organizam nosso discurso quase da mesma forma que o organizam as formas gramaticais (sintáticas).²²⁵

²¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 217.

²²⁰ MACHADO, Irene A. **O romance e a voz: a prosaica dialógica de M. Bakhtin**. Rio de Janeiro: Imago, 1995, p. 70.

²²¹ FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. São Paulo: Editora Ática, 2006, p. 62.

²²² FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. *Op. cit.*, p. 62.

²²³ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. 262.

²²⁴ MACHADO, Irene A. Os gêneros e o corpo de acabamento estético. *Op. cit.*, p. 145.

²²⁵ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. 283.

Por ter um papel nitidamente organizacional, o gênero do discurso estabelece os contornos do enunciado. No gênero, o dialogismo se realiza, já que coloca em ação a relação interativa própria da comunicação humana.²²⁶ O interessante é que os gêneros não se desenvolvem no sistema da língua, mas no enunciado concreto elaborado dialogicamente.²²⁷

Um ponto que deve ser salientado consiste na diversidade dos gêneros do discurso. Isso se dá por conta da complexidade da atividade humana. São as necessidades da vida em sociedade que determinam o surgimento dos gêneros discursivos. Neste complexo do gênero do discurso, ingressam gêneros como o jurídico, o político etc.²²⁸

Em seu relato, Mikhail Bakhtin distingue os gêneros discursivos primários dos gêneros discursivos secundários. Adverte que a diferença não é funcional. Afirma que o gênero discursivo primário (cotidiano) é simples, sendo formado em condições de comunicação discursiva imediata. Está relacionado com o discurso da oralidade, seja ele referente ao cotidiano, à filosofia, seja ele referente à política etc.²²⁹ Possui vínculo imediato com a realidade concreta.

Quanto ao gênero discursivo secundário, também denominado complexo e ideológico, observa que surge em condições complexas do convívio cultural, por isso mais desenvolvido e organizado. Aqui há o predomínio da escrita. Em sua construção, incorpora e reelabora os gêneros simples, simulando, em princípio, as formas primárias de comunicação.²³⁰

Esta reelaboração retira do enunciado primário seu vínculo imediato com a realidade.²³¹ Ingressam no campo dos gêneros complexos os romances, as pesquisas científicas, os gêneros publicísticos, inclusive o legal e o jurídico.²³²

A ignorância acerca da natureza do enunciado e de sua relação diante da diversidade dos gêneros discursivos redundará em uma investigação linguística formal, abstrata, sem vínculo histórico e, mais grave, afastando a língua de sua atuação viva, a *parole* ou enunciado.²³³ Esta forma de analisar a linguagem é típica da concepção objetiva abstrata, já

²²⁶ SILVEIRA, Maria Inez Matoso. **Análise de gênero textual: concepção sócio-retórica**. Maceió: Edufal, 2005, p. 61.

²²⁷ MACHADO, Irene A. Os gêneros e a ciência dialógica do texto. In FARACO, Carlos Alberto; TEZZA, Cristovão; CASTRO, Gilberto de. (Organizadores). **Diálogos com Bakhtin**. Curitiba: Editora UFPR, 2007, p. 202-203.

²²⁸ BAKHTIN, Mikhail. **Os gêneros do discurso**. *Op. cit.*, p. 263.

²²⁹ MACHADO, Irene A. **Os gêneros e o corpo de acabamento estético**. *Op. cit.*, p. 144.

²³⁰ SILVEIRA, Maria Inez Matoso. **Análise de gênero textual**. *Op. cit.*, p. 63.

²³¹ BAKHTIN, Mikhail. **Os gêneros do discurso**. *Op. cit.*, p. 263.

²³² BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. 264.

²³³ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. 285.

vista, que tem como um dos representantes Ferdinand Saussure.²³⁴ Contrariando essa corrente, Mikhail Bakhtin irá afirmar que “a língua passa a integrar a vida através de enunciados concretos (que a realizam)”.²³⁵ Adota assim uma postura pautada na mutabilidade do próprio signo como seu caráter determinante, “permitindo captar sua pluriacentuação diferentemente da reafirmação de uma evidência”.²³⁶

Os estudos sobre a teoria da prova, que interfere na teoria da cognição, tomam a teoria da linguagem como parâmetro e dão-se, em regra, sob a perspectiva saussuriana, já que buscam a elaboração de um sentido após o processo gerativo, uma relação entre significante e significado estática. Constroem assim uma visão objetivista da linguagem, tanto que na sentença de mérito o magistrado emite um juízo de certeza.

Com relação ao gênero discursivo, deve-se salientar a importância do estilo, que é constituído pela escolha de palavras, frases e uso de recursos gramaticais. Ele integra o gênero do enunciado, sendo seu elemento.²³⁷ A importância do estudo do estilo se mostra presente quando se toma por objeto a linguagem literária, aqui empregada em sentido amplo, albergando, inclusive, o discurso filosófico e o jurídico.

1.11 Próximo capítulo

A análise a ser ultimada no próximo capítulo tomará a norma como referência. Isso porque ela e sua forma de manifestação é que, como se verá, delimitam e norteiam o gênero discursivo inerente ao processo judicial e suas técnicas de resolução dos conflitos, máxime a técnica da cognição.

²³⁴ BAKHTIN, Mikhail (Voločínov). **Marxismo e Filosofia da Linguagem**. *Op. cit.*, p. 85.

²³⁵ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. 265.

²³⁶ FAÏTA, Daniel. A noção de “gênero discursivo”. In BRAIT, Beth (org.). **Bakhtin: dialogismo e construção de sentido**. 2ª ed., rev. Campinas: Editora Unicamp, 2005, p. 151

²³⁷ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. 266.

2 NORMA JURÍDICA E A DETERMINAÇÃO DO GÊNERO JURÍDICO POSITIVO

2. 1 Proêmio: a norma como estrutura fundamental no discurso jurídico

O ato decisório veiculado como consequência da cognição será veiculado, como se verá, em uma categoria denominada norma jurídica. Essa estrutura permeia o discurso jurídico e delineia o modo de ser do gênero jurídico, por essa razão essa análise se impõe no processo construtivo da presente tese.

O vocábulo norma tem sido objeto de diversas concepções teóricas. Trata-se de uma categoria importante para a compreensão do fenômeno jurídico. Pode-se perceber isso na teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, na teoria jurídica de Pontes de Miranda, na teoria egológica do direito de Carlos Cossio, na teoria kelseniana do direito etc. Cada concepção irá analisar a norma de forma distinta.

A análise nesta tese terá por fio condutor o trabalho de Pontes de Miranda e de Hans Kelsen, já que o primeiro acaba por ter uma postura objetivista frente ao fenômeno jurídico, enquanto o segundo envereda por uma opção subjetivista.

A concepção desenvolvida por Pontes de Miranda terá como mote o fato jurídico, que eleger como estrutura fundante da categoria jurídica. Para ele, o mundo seria a totalidade de fatos, e o mundo jurídico, que nada mais que é que uma secção do mundo total, por consequência, a totalidade dos fatos jurídicos. Com relação aos fatos, jurídicos ou não, estes aparecem na teoria pontiana não de forma estática, mas dinâmica, uma vez que “todo fato é, pois, *mudança* no mundo” (Destaque no original).²³⁸ Para ele, a norma jurídica, denominada de regra jurídica, nomenclatura preferida pelo autor, enquanto direito objetivo, aparece como fato do mundo político, que irá dar causa ao mundo jurídico, mediante o processo de juridicização. Ela possui o condão de qualificar os fatos que estão no mundo como fatos jurídicos e, por isso, componentes do mundo jurídico.²³⁹ Essa dinamicidade é capturada pela demarcação seletiva que o direito objetivo ultima através do suporte fático hipotético. Ele estabelece os dados necessários para a configuração do fato jurídico, que causará consequência no mundo jurídico.

Por outro lado, a via eleita por Hans Kelsen toma a norma jurídica como estrutura fundamental. Sua perspectiva influencia diversos autores nacionais, máxime aqueles que

²³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. T. I. 4ª ed., 2ª tir. São Paulo: RT, 1983, p. 5.

²³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. T. I. *Op. cit.*, p. 5.

enveredaram hodiernamente para uma concepção do direito pautada na linguagem, tem ressaltado a norma como sendo a categoria fundamental do direito.²⁴⁰ A influência kelseniana nas concepções linguísticas do direito se dá pelo fato de ele ter sido, segundo Luis Alberto Warat, o primeiro autor a fazer uso de categorias da teoria da linguagem no direito, mesmo que sem mencioná-las de forma expressa, quando efetivou a distinção entre linguagem-objeto e metalinguagem.²⁴¹

Colocar a regra jurídica como categoria pré-dogmática, causa do mundo jurídico, foi a forma que Pontes de Miranda utilizou para conferir homogeneidade ao seu sistema, já que analisa o direito não sob a perspectiva normativa, mas sob a perspectiva do fato. Sua visão socializante do direito fica demarcada, por exemplo, na seguinte assertiva: “nas portas das escolas de direito devia estar escrito: aqui não entrará quem não for sociólogo. E o sociólogo supõe o matemático, o físico, o biólogo. É flor da cultura”.²⁴²

No presente trabalho, opta-se pela perspectiva normativista. Ela é vista como categoria jurídica e não metajurídica, tal qual o pensamento de Pontes de Miranda, pois não há fato jurídico sem que uma norma jurídica o anteceda, sendo ela o *fiat* que transforma o nada jurídico em categoria do mundo jurídico, numa clara alusão ao *Gênesis*, primeiro livro da Bíblia. O produto não pode ser apartado do processo, já que, como visto até agora, no enunciado está a enunciação. Dessa forma, colocar fora do mundo jurídico a norma implicaria uma cisão contraditória, uma vez que, mesmo no pensamento pontiano, a lei também é um espécie de fato jurídico (ato jurídico),²⁴³ que pode ser objeto de invalidação.²⁴⁴ Levando-se ao pé da letra, numa visão pontiana, a lei está e não está no plano jurídico ao mesmo tempo. Por essa razão, a opção pela versão que encontra na norma veiculada pela lei como categoria das quadras jurídicas.

Deve-se salientar, no entanto, que a opção feita pela norma jurídica como categoria do mundo jurídico não nega a relevância do fato jurídico para o estudo do fenômeno jurídico, pelo contrário, é nele que a prova encontra sua relevância, bem como a cognição judicial, que a toma como modo de qualificação. Entretanto, não se pode falar em prova, do ponto de vista

²⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 4.

²⁴¹ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Leonel Severo Rocha (Colaborador). 2ª ed. Aumentada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 50.

²⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Introdução à Política Científica**. Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1983, p. 16.

²⁴³ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 81.

²⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969**. T. I. 2ª ed., revista, 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1973, p. 400.

jurídico, em fato e em fato jurídico, senão em referência à norma. Melhor dizendo, o fato jurídico é na norma, que no processo é produzido pela técnica cognitiva. Não é possível vislumbrar um fato jurídico fora de um contexto normativo instaurado. Onde houver um fato jurídico, a norma jurídica lá estará possibilitando sua manifestação enquanto fenômeno do mundo jurídico.

Em uma perspectiva dialógica, a norma irá delimitar os contornos do gênero jurídico. Por exemplo, a partir de uma perspectiva bakhtiniana, pode-se perceber a existência de dialogicidade no bojo de um fato jurídico qualquer. Isso ocorre quando se está diante de um fato qualificado pelo direito, fato jurídico: a sua juridicidade remete a outros enunciados. Tais enunciados são ecos de enunciações pretéritas que formam o fato jurídico, como, por exemplo: (a) a norma jurídica que o qualificou como jurídico mediante a incidência; e (b) como o relato que indica a situação ocorrida no mundo fenomênico que suportou a qualificação, o denominado suporte fático – o aspecto do fato ou dos fatos que sofrem a incidência da norma.²⁴⁵ Saliente-se que o termo “jurídico” da expressão “fato jurídico” é adjetivo, e tem por função qualificar o fato, conferindo novo contorno, para além do social, do político, do físico, do biológico etc. Por ser a qualificação uma valoração ela se dá no bojo do enunciado dialógico. Reforce-se: a incidência, que é a eficácia da regra jurídica, tem o condão de transformar o fato em fato jurídico.²⁴⁶ A morte de uma pessoa, por exemplo, é fato biológico, médico, social, religioso etc., mas para o direito ingressa como fim da personalidade e, se for o caso, como situação componente do outro fato jurídico, tal como: homicídio, latrocínio, infanticídio etc.

Percebe-se assim, do que restou anteriormente exposto, uma pequena mostra do que a perspectiva bakhtiniana pode fornecer para a compreensão do fenômeno jurídico. Entretanto, por ora, antes de adentrar de forma mais pormenorizada no aludido aspecto, necessário se faz tecer considerações sobre os dois grandes modelos que lidam com a categoria norma, a contar do vínculo existente entre lei e norma. Esta demarcação será necessária para que se coloque em que tipo de sentido será empregado no presente estudo a expressão norma jurídica. Além disso, far-se-á incursão sobre a estrutura lógica da norma jurídica, bem como as demais proposições, tais como: petição inicial, resposta do réu, informação da autoridade coatora no mandado de segurança, recursos, pronunciamento do ministério público, que têm por finalidade interferir na produção estatal do direito mediante a

²⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. T. I. *Op. cit.*, p. 19.

²⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. T. I. *Op. cit.*, p. 19.

decisão jurídica, outra proposição jurídica. Isso porque, como se demonstrará, há um fio condutor que une as diversas formas proposicionais, conferindo-lhe homogeneidade sintática.

Nesse contexto, o lógico será analisado sob o ponto de vista do enunciado dialógico, ingressando, desta feita, como seu componente. A ideia é verificar se o aspecto lógico aparece no contexto enunciativo como sinal ou como sentido (tema).²⁴⁷ A análise irá verificar também se o functor de functor ou functor functorial ou conector de conector,²⁴⁸ que define uma proposição como norma jurídica, se insere no plano da sinalidade ou do sentido. A solução de tal questão, longe de ser um aparato árido, desvinculado da realidade, é fundamental para se demarcar o fenômeno normativo e irá reforçar a relevância do modelo dialógico desenvolvido por Mikhail Bakhtin, utilizado nesta pesquisa como fundamento teórico.

Ademais, a estrutura lógica irá demarcar o lugar do fato nas diversas proposições que interferem na produção dialógica da norma jurídica. A indicação do lugar do fato possui repercussão direta na questão do papel da prova no enunciado normativo. Até porque prova será aquilo que for acatado como tal em um determinado processo. Dessa forma, a prova não aparece como categoria em si, mas como categoria reconhecida como tal, valorada como tal em um determinado enunciado.

Para se iniciar a análise, faz-se mister explicitar duas grandes concepções que se debruçam sobre a categoria lei e norma. De plano, duas formas de analisar o fenômeno. Uma que não utiliza a distinção entre lei e norma, colocando-as na quadra da identidade. A segunda concepção partirá da ideia de que lei e norma são categorias distintas e, por isso, necessitam de uma análise mais pormenorizada, apta a demarcar aquilo que nelas se distingue. Lei e norma aparecem nesse contexto sob o prisma da diferenciação e não da identidade, como ocorre na concepção anteriormente indicada, que se passa a analisar.

2.2 Lei e norma: entre a identidade e a diferença

2.2.1 Corrente que não distingue lei e norma: relação de identidade

A concepção teórica que trabalha lei e norma como sendo categorias idênticas confere ao instituto natureza objetiva, distinta do sujeito cognoscente. Lei aqui é produto da atividade do poder legiferante, que no sistema pátrio, em regra, é representado pelo Poder

²⁴⁷ BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. *Op. cit.*, p. 209.

²⁴⁸ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 114-115.

Legislativo e que muitas vezes sofre interferência do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Ministério Público etc.

A característica objetiva fica tão patente que a própria eficácia da lei independe da atuação do homem. Nessa linha, a incidência, eficácia legal, dar-se-á no plano do pensamento, mas não pensamento psicologizado, senão em um mundo com realidade objetiva distinta dos sujeitos.²⁴⁹

A existência desse mundo conceitual, formado por ideias, já fora percebida por diversos filósofos. Vale anotar a contribuição de Platão ao tratar do mundo das ideias na “Alegoria das Cavernas”,²⁵⁰ em que o sensitivo são sombras do real que permanecem perenes, no mundo das ideias. Além dele, já no século XX, Karl Popper, partindo da contribuição de Platão, dos estoicos, de Leibniz, de Frege, dentre outros, considera o mundo ideal como conhecimento objetivo ou terceiro mundo, que é formado de ideias objetivas. Estas independem do pensamento psicologizado. Exemplo crucial dessa categoria se dá com os números, a igualdade, o círculo, a justiça etc. É construção do homem, mas não é propriedade de um único ser cognoscente. É patrimônio da humanidade.²⁵¹ Manuel Garcia Morente vai denominar esse ambiente formado por conceitos, como esfera dos objetos ideais, que embora sejam abstratos, existem.²⁵²

O aludido mundo das ideias ou terceiro mundo é autônomo, apesar de ser produto da atividade humana, e por isso o homem pode alterar a sua dimensão.²⁵³ É considerado terceiro mundo porque o primeiro é o mundo material das coisas palpáveis, sensíveis, e o segundo o mundo do pensamento subjetivo, da mente (psique). Em interessante passagem, pontua Pontes de Miranda:

O fato de ser o Direito expresso em pensamentos, e consistirem os seus preceitos em resultados de adaptação entre pensamentos, não o faz objeto da Psicologia do Direito, que o esgotasse. *Ele supra-existe às consciências individuais*; e isso claramente se compreende ainda quando represente adaptação entre elas. (A consequência mecânico-social de fatos psíquicos não é necessariamente psíquica. (sic).²⁵⁴

²⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. T. I. *Op. cit.*, p. 10 e 12.

²⁵⁰ PLATÃO. **A República**: Livro VII. Coleção Os Pensadores. Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultura, 1997, pp. 225-256.

²⁵¹ POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem revolucionária. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1999, p. 151-154.

²⁵² MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de Filosofia – Lições Preliminares**. Tradução de Guilherme de la Cruz Conrado. 8ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980, p. 281.

²⁵³ POPPER, Karl R. **Conhecimento Objetivo**. Tradução: Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p. 153-157.

²⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol I (art. 1-36). Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor – Distribuidora Livraria Boffoni, 1947. p. 31. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969**. T. I. 2ª ed. Revista, 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1973. Tomo I, p. 38.

O mundo do pensamento ou terceiro mundo possui reflexo na dimensão física, matemática, biológica, sociológica, jurídica etc. Através do processo de revelação do direito, o legislador insere no mundo do pensamento novas categorias, modifica algumas já existentes ou retira dele algum conteúdo mediante nova demarcação.

No campo jurídico, o conceito fundamental veiculado pelas regras jurídicas é o de suporte fático hipotético, bem como o de preceito abstrato. Essas categorias pertencem ao mundo do pensamento. Esses são hauridos do mundo dos fatos e transportados para o mundo do pensamento através de palavras que exprimem conceitos.²⁵⁵ Como enfatizam Pontes de Miranda e seus seguidores, a lei incide de forma automática – já que não precisa da atuação humana – e infalível – porquanto não é suscetível de erro; noutros termos, uma vez acontecendo a previsão, sempre atinge o seu alvo, uma vez acontecido.²⁵⁶ Ademais, a incidência se dá no mundo dos pensamentos.²⁵⁷ Para esta concepção, a demarcação do aludido mundo é necessária para justificar o fenômeno da incidência, que cria, como já relatado, o mundo jurídico.

Partindo do método indutivo²⁵⁸ e abstraindo o que é essencial ao objeto da análise, estabelece-se o conceito, que é, na linguagem de Lourival Vilanova, “seletor de propriedades”.²⁵⁹ Trata-se, assim, de uma abstração que almeja ser precisa, no intuito de facilitar as constatações da incidência.²⁶⁰ Por essa razão, o fático não entra no mundo jurídico em sua integralidade, mas apenas no que é reputado essencial no processo de adaptação social denominado direito.²⁶¹

Malgrado abstrato, o conceito, elaborado na aludida concepção, não é transcendente, mas imanente. Assim, atende à exigência do positivismo em que está inserido. Não se trata simplesmente de método empírico – aquele que se satisfaz como sensitivo. Busca-se a partir do dado real, no objeto, o que Pontes de Miranda denomina *jeto*, ou seja:

²⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. T. II. *Op. cit.*, p. 114.

²⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. T. I. *Op. cit.*, p. 16. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.* p. 71-77.

²⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. T. I. *Op. cit.*, p. 16. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Incidência e Aplicação da Lei**. Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco, ano 01, nº 01, 1956, p. 52.

²⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, tomo II, p. 235.

²⁵⁹ VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 89.

²⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, *Op. cit.*, p. X-XI.

²⁶¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.* p. 3-5.

Tudo aquilo que se apresenta, seja na ordem estritamente física, seja de ordem psíquica, desde que considerado sem ser do lado de quem ver ou do outro lado, isto é, eliminados os elementos que representam oposição entre eles, operação que exprimimos pelo ‘pôr entre parênteses os prefixos de (su)jeito e de (ob)jeto’.²⁶²

Assim, a teoria do *jeto* é o máximo de abstração que o real pode passar. Visa alcançar a própria essência das coisas.

O processo revelador do direito é expresso através dos conceitos com os quais são formuladas as regras jurídicas.²⁶³ Os conceitos, componentes da regra jurídica, são veiculados mediante as palavras.²⁶⁴ “Entre a palavra e o real está o conceito”.²⁶⁵ Os referidos conceitos “têm a sua fixação histórica e hão de ser precisados”.²⁶⁶ Histórico no sentido externo, social e não interior, psicológico, pois não se trata de buscar a vontade histórica do legislador. Mais. O conceito aqui mencionado é, em regra, geral ou abstrato. Afirma-se geralmente, pois a generalidade ou a abstração não é essencial à lei.²⁶⁷ Como salienta Lourival Vilanova: “Pontes não nega a existência de lei para classe de um só caso (classe unitária, em terminologia lógica; nega que atos jurídicos sejam fonte de produção de normas, gerais ou individuais).”²⁶⁸

Sendo conceito, este terá o condão de enunciar os elementos ou as qualidades que um objeto possuirá para que haja a subsunção.²⁶⁹ Não é papel do conceito estipular que o objeto deve ter esta ou aquela propriedade.²⁷⁰ O conceito atua como um juízo descritivo.

Ademais, nesta concepção, o sentido não está na vontade do legislador ou na vontade da lei, já que, como relata Pontes de Miranda, “lei não quer; lei regra, lei enuncia”.²⁷¹ No entanto, se o sentido não está na vontade da lei ou na vontade do legislador, onde se encontra? A resposta de Pontes de Miranda é precisa e representa muito bem a concepção que encontra uma relação de identidade entre a lei e a norma. Nas palavras de Pontes de Miranda: “o sentido é o que está na lei, conforme o sistema jurídico, e não o que se atribui ao legislador ter querido, nem a lei querer agora”.²⁷² Pouco depois, irá reforçar: “interpretar é revelar as regras

²⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **O Problema Fundamental do Conhecimento**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, p. 115.

²⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, tomo I. *Op. cit.*, p. X.

²⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**, tomo II. *Op. cit.*, p. 113.

²⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**, tomo II *Op. cit.*, p. 114.

²⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, tomo I. *Op. cit.*, p. XII.

²⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, tomo I. *Op. cit.*, p. 6, 8 e 39.

²⁶⁸ VILANOVA, Lourival. **A Teoria do Direito em Pontes de Miranda**. In **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, vol. 1. São Paulo: Axis Mvndi/IBET, 2003, p. 411.

²⁶⁹ Kelsen, Hans. **O Problema da Justiça**. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 12.

²⁷⁰ Kelsen, Hans. **O Problema da Justiça**. *Op. cit.*, p. 12.

²⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, tomo I. *Op. cit.*, p. XII.

²⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, tomo I. *Op. cit.*, p. XII.

jurídicas que fazem parte do sistema jurídico.”²⁷³ E, ainda sob essa perspectiva, assevera: “não se cria a regra jurídica não escrita, como não se cria a regra jurídica escrita, ambas são reveladas.”²⁷⁴

Não se pode, dentro da teoria pontiana, afirmar que a hipótese (conceito) e a consequência (conceito) sejam um valor, ou seja, valem. Como salienta Hans Kelsen,²⁷⁵ o conceito não constitui um valor.²⁷⁶ Estão no plano do ser. Em elucidativa lição, Manuel Garcia Morente afirma: “os valores não são, mas valem. Uma coisa é valor e outra coisa é ser. Quando dizemos que algo vale, não dizemos nada de seu ser, mas dizemos que não é indiferente.”²⁷⁷

Por essa razão, a norma, em Pontes de Miranda, é um juízo de ser e não de dever-ser. Mesmo quando o referido autor menciona a invalidade do ato jurídico, afirma-o não no sentido de valor, mas no sentido de ser. Corrobora essa asserção o fato de a invalidade ser um defeito do suporte fático.²⁷⁸ Neste caso, a norma não é um enunciado prescritivo, mas descritivo e descritivo do real, o real jurídico.

Para essa linha de pensamento, as regras jurídicas, através das palavras, veiculam conceitos denominados suporte fático hipotético e preceito abstrato. Estes, por sua vez, ingressam no plano do pensamento, para depois cair – incidir – sobre os suportes fáticos, criando o fato jurídico. O suporte fático hipotético constitui o mundo ideal, mas este não faz parte do mundo jurídico. É pré-jurídico, apesar de ser determinado pela regra jurídica.²⁷⁹

Através da lei, o suporte fático hipotético demarca os contornos do mundo jurídico. Esta constatação foi percebida por Pontes de Miranda, que enuncia: “direito objetivo é fato do mundo político, que leva às fronteiras do mundo jurídico e o causa, o compõe – pois que da incidência do direito objetivo (= das regras jurídicas) é que resultam os fatos jurídicos, o mundo jurídico”.²⁸⁰

²⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, tomo I. *Op. cit.*, p. XII-XIII.

²⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, tomo I. *Op. cit.*, p. XIV.

²⁷⁵ KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. *Op. cit.*, p. 12.

²⁷⁶ Deve-se salientar que Lourival Vilanova, partindo de premissas kelsenianas, entende que tanto a hipótese como a consequência valem, já que são veiculadas em norma. (VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. *Op. cit.* p. 88.) Kelsen, por sua vez, irá estipular que as normas não emitem conceitos. (KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. *Op. cit.*, p. 12).

²⁷⁷ MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de Filosofia**. *Op. cit.*, p. 300.

²⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. T. IV. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, p. 3-4

²⁷⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Contribuição ao Estudo da Incidência da Norma Jurídica Tributária. In BORGES, José Souto Maior. (Coord.) **Direito tributário moderno**. São Paulo: Editora José Bushatsky Ltda., 1977, p. 11.

²⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. T. I. *Op. cit.*, p. 5.

Deve-se salientar que o mundo político acima mencionado constitui o que Marcos Bernardes de Mello denomina dimensão política do fenômeno jurídico. Nesta dimensão, a comunidade jurídica escolhe os fatos da vida que deverão ser regulados pelo plano jurídico.²⁸¹

A versão teórica até agora descrita considera o sentido contido no aparato legal, necessitando apenas ser declarado pelo intérprete. Trata-se de uma expressão subjetiva da objetividade, já que a função do intérprete é descobrir o que já estava presente na objetividade da lei.

A relação lei e norma como identidade não deixa de ser uma expressão da tese que identifica a verdade como correspondência entre realidade e pensamento. Os adeptos da aludida concepção irão, por coerência, enxergar na prova uma função veritativa, nos moldes *adequatio intellectus et rei*.

Por essa razão o intérprete funciona como mero esclarecedor, um descobridor do sentido que já preexiste.²⁸² “Interpretar leis é lê-las, entender-lhes e criticar-lhes o texto e revelar-lhes o conteúdo”.²⁸³

Tal concepção deita raízes na visão iluminista de Montesquieu, que vai designar o Judiciário como a “boca que pronuncia as palavras da lei”,²⁸⁴ e, neste contexto, o aludido poder tem valência nenhuma, pois nulo,²⁸⁵ já que nada cria, apenas declara. Quanto aos julgamentos, alega que deverão ser fixos, representando a expressão fixa da lei.²⁸⁶ Acrescenta ainda que “no governo republicano, é da natureza da constituição dos juízes seguirem a letra da lei”.²⁸⁷

No caso, o sentido da lei independe de seu intérprete. Mediante a contemplação, o sujeito cognoscente irá captar o seu sentido, tal qual um físico, mediante observação, descobre as relações que governam os fenômenos naturais.

Pontes de Miranda, um dos adeptos da aludida concepção, como já salientado, nega a divisão entre ciência social e natural, pondo o direito como um fenômeno natural,²⁸⁸ já que o

²⁸¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. *Op. cit.*, p. 14.

²⁸² CAVALCANTI, Arthur José Faveret. **A estrutura lógica do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 72-73.

²⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. T. I, p. XII.

²⁸⁴ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d., p. 137.

²⁸⁵ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. *Op. cit.*, p. 136.

²⁸⁶ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. *Op. cit.*, p. 134.

²⁸⁷ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. *Op. cit.*, p. 85-86.

²⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva do direito**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, T. I, p. 127 e 242.

social seria um aspecto da física.²⁸⁹ Sob essa perspectiva, confere maior objetividade à lei, que é expressão da observação do legislador do mundo social.²⁹⁰ Reafirma o caráter neutro do direito,²⁹¹ além de lançar a seguinte assertiva sobre o papel do jurista, quando versa sobre interpretação:

O que o jurista faz (e aqui usamos o termo jurista no mais simples sentido) é o mesmo que, com as pedras e o barro, faz o arquiteto: a construção. Nem a matéria das regras jurídicas, nem as das paredes do novo edifício deixaram de ser as mesmas coisas que a natureza produziu. O artifício humano pouco haverá de fazer, salvo a ilusão de criar.²⁹²

Essa visão do direito, eminentemente mecanicista, foi a marca do pensamento jurídico do século XIX, com forte reflexo no século XX, sendo veiculada até hoje por diversos estudiosos do fenômeno jurídico, como é o caso de Marcos Bernardes de Mello,²⁹³ Arruda Alvim,²⁹⁴ Marcus Orione G. Correia,²⁹⁵ Arthur José Faveret Cavalcanti²⁹⁶ etc.

2.2.2 Corrente que distingue lei e norma

Outra forma de ver a relação entre lei e norma consiste na separação nítida entre os dois fenômenos. A distinção não é negação, mas diferença. A relação que se propõe aqui foge da identidade, porquanto a norma aparece como produto da interpretação, que é ato praticado pelo intérprete,²⁹⁷ que toma a lei como ponto de partida.

Conforme relato de Rolando Tomayo Salmorán, a expressão interpretação vem do latim *interpretatio*, que deriva do verbo *interpretor*, que significa servir de intermediário, aquele que vem ajudar. O verbo *interpretor*, por sua vez, decorre do vocábulo *interpres*, cujo significado é agente, intermediário. Neste passo acrescenta que o comerciante era considerado um negociador, um intermediário que esclarece, explica o preço da mercadoria ao comprador. Assim, o *interpres* era considerado um intermediário, o responsável pela negociação, um

²⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Introdução à sociologia geral**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 17.

²⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva do direito**. T. I. *Op. cit.*, p. 120-121.

²⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva do direito**. T. I. *Op. cit.*, p. 120.

²⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva do direito**. T. I. *Op. cit.*, p. 122.

²⁹³ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**. *Op. cit.*, p. 26-27.

²⁹⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: parte geral**. 9ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2005, vol. I, p. 142-143.

²⁹⁵ CORREIA, Marcus Orione G. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16-17

²⁹⁶ CAVALCANTI, Arthur José Faveret. **A estrutura lógica do direito**. *Op. cit.*, p. 72-73.

²⁹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 393.

tradutor entre as partes que não se entendem. Ele transmite às pessoas em linguagem comum – ordinária – a significação de determinados sinais ou acontecimentos. Põe para o conhecimento dos destinatários, com base em cânones admitidos pela comunidade, a que objeto – significado – se refere determinada significação. Este era o papel desenvolvido pelos áugures, sacerdotes, magos, oráculos, bruxos, xamãs etc.²⁹⁸ Nesse sentido, Torquato Castro Júnior, para quem "interpretar significava 'adentrar a presa'".²⁹⁹ Aqui o intérprete funciona como mediador entre os deuses e o homem.

A natureza mística de que se investia o intérprete (oráculos, magos, sacerdotes etc.) e o desconhecimento dos seus métodos interpretativos geraram, em grande medida, a crença de que estes agentes, *interpretes*, possuíam a aptidão para encontrar ou desentranhar das coisas a significação ou o sentido, como se o objeto sujeito à interpretação tivesse um sentido previamente estabelecido.³⁰⁰

Um ponto é salutar nessa incursão histórico-etimológica: o intérprete é colocado como o agente, *interpretes*, que introduz no sistema da ciência do direito ou do direito positivo, o sentido construído a partir do texto de direito positivo. Esta é a lição lançada por Rolando Tomayo Salmorán:

*Interpretar, por tanto, consiste en **dotar** de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos (objeto significado). De ahí que interpretar consista en un acto de significación, esto es, un acto por el cual se asigna un significado específico a ciertos hechos, signos, fórmulas o palabras. El acto de significación es siempre expresado en un lenguaje.*³⁰¹

Com relação à interpretação, Souto Maior Borges vai identificá-la como sendo um *explicare*, ou seja, um “des-dobramento” do sentido escondido pela ordem jurídica. Com base nessa premissa, afirma: “assim como a natureza, o Direito ama ocultar-se. Toda interpretação é uma lâmpada de Diógenes à procura do justo. E nenhuma aplicação do Direito é possível sem prévia interpretação”.³⁰²

²⁹⁸ SALMORÁN, Rolando Tomayo. Interpretación Constitucional: La Falacia de la Interpretación Cualitativa. In VÁZQUEZ, Rodolfo (Compilador). **Interpretación Jurídica y Decisión Judicial**3. ed. México: Fontamara, 2002, p. 89-92.

²⁹⁹ CASTRO JÚNIOR, Torquato. Interpretação e Metáfora no Direito. In **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito**. São Paulo: Editora Noeses, 2005, p. 663.

³⁰⁰ SALMORÁN, Rolando Tomayo. Interpretación Constitucional. *Op. cit.*, p. 92.

³⁰¹ SALMORÁN, Rolando Tomayo. Interpretación Constitucional. *Op. cit.*, p. 92. Tradução livre: “Interpretar, portanto, consiste em **dotar** de significado, mediante uma linguagem significativa, certas coisas, signos, fórmulas ou acontecimentos (objeto significado). Daí que interpretar consista em um ato de significação, isto é, um ato pelo qual se atribui um significado específico a certos fatos, signos, fórmulas ou palavras. O ato de significação é sempre expresso em uma linguagem”.

³⁰² BORGES, José Souto Maior. **O Contraditório no Processo Judicial** (Uma Visão Dialética). São Paulo: Malheiros, 1996, p.73.

Sem menosprezar a classificação da interpretação que toma por base ora os métodos (literal, teleológico, histórico, sociológico, sistemático etc.), ora quem a veicula (autêntica, jurisprudência e doutrinária), far-se-á uma incursão no que Hans Kelsen pensa sobre interpretação, pois a sua abordagem tem que ver diretamente com a aplicação do direito, inclusive a via judicial, repercutindo na forma como o fato irá ingressar no bojo da decisão judicial.

A interpretação em Hans Kelsen é tomada a partir do *interpretes*, e este a classificou em autêntica e não autêntica. Assim como nem todos têm a capacidade de ler a partitura de ‘As Quatro Estações’, de Vivaldi, e reproduzi-la por meio de violino, também no universo jurídico não são todos que podem, a partir da compreensão de enunciados normativos, produzir interpretações autênticas, mas tão só quem possui competência. A competência é vista não como saber, mas como poder conferido pela ordem jurídica. Portanto, a interpretação que é realizada pelo cientista do direito é não autêntica. Já a interpretação ultimada pela autoridade competente é autêntica, porquanto produz direito.

Deve-se registrar, mais uma vez, no contexto apresentado, que o termo “autoridade competente” está posto conforme construção kelseniana, ou seja, como sendo uma função da comunidade jurídica exercida por um indivíduo, através de atribuição de poder.³⁰³ Noutros termos, pode-se afirmar, exemplificativamente, que quando o indivíduo, investido na função jurisdicional, prolata uma decisão, a interpretação carreada aos autos é uma interpretação autêntica; mas quando elabora uma obra especializada na área jurídica, aquela interpretação é denominada não autêntica, mesmo que o escritor exerça a função de magistrado ou de legislador.

Com relação à interpretação perpetrada pelo intérprete não autêntico, Kelsen abandona a ambição da interpretação correta, uma vez que para ele a função da ciência dogmática do direito consiste em estabelecer as possíveis significações que um texto de direito positivo possibilita construir, mesmo que seja politicamente indesejável.³⁰⁴

Já tomando como ponto de análise a interpretação autêntica, deve-se salientar, sob a perspectiva kelseniana, como também de seus inúmeros seguidores, que ela cria direito, pois o órgão aplicador é autoridade do sistema.³⁰⁵ Percebe-se assim que no aludido autor a interpretação é um ato de cognição permeado pelo ato de volição voltada à solução de um problema. Mas só isso não basta para que se tenha uma interpretação autêntica, já que esta só

³⁰³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Op. cit., p. 167-168.

³⁰⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Op. cit., p. 396.

³⁰⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Op. cit., p. 394.

terá tal característica se veiculada por um sujeito exercendo função de autoridade competente do sistema jurídico. Assim, a identificação de “quem” estipula a solução é fundamental para caracterizar a interpretação autêntica. Só assim é possível distinguir a peça produzida por um parecerista, ou por um advogado, ao veicular a petição inicial, daquela produzida por um magistrado ao julgar um caso. A aludida distinção, na teoria dialógica de Mikhail Bakhtin, só é possível, como se demonstrará, no bojo do enunciado. Já em Hans Kelsen, sua análise tem nítido aspecto subjetivista.

Noutros termos, na interpretação autêntica o sujeito, autoridade competente do sistema, emite ato de vontade que utiliza a cognição como instrumento, como um meio. Aqui a aplicação é tomada como uma forma específica de interpretação, pois o ato de escolha tem por função eleger um dos possíveis sentidos que os documentos normativos veiculam. Por ser a escolha um ato que se volta a um dos sentidos, que fora ungido pela autoridade do sistema, tem-se que são ínsitos à aplicação um ato coligado de cognição (interpretação) e um ato de volição (escolha). Por ser escolha, escolha de algo, este algo acaba por justificar o termo interpretação na expressão “interpretação autêntica”.

Com isso, Hans Kelsen será um dos autores que irá separar a lei da norma, ao estipular para a segunda a natureza de esquema de interpretação.³⁰⁶ Com relação a isso, irá asseverar: “norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida, ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada na competência de alguém”.³⁰⁷

A mudança de perspectiva com relação ao modelo que trata a lei e a norma como categorias idênticas consiste no fato de que o ato de interpretar tem por função estabelecer os possíveis sentidos que a norma jurídica veicula, não sendo papel da ciência estabelecer qual a interpretação correta, mas as possíveis, mesmo que isso destoe do sentido comum que normalmente se atribui ao aludido texto.³⁰⁸ Quanto ao ato de aplicação, ultimado pelo órgão judicial, por exemplo, Hans Kelsen explanará:

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples “descoberta” do Direito ou júris – “dição” (“declaração” do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. *E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo.*³⁰⁹ (Destacou-se)

³⁰⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 4.

³⁰⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 6.

³⁰⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 395-396.

³⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 264.

Com isso, evidencia o aludido autor o caráter constitutivo da atividade interpretativa, mesmo quando depara com dados que se referem ao fato.³¹⁰ Ademais, o caráter constitutivo é operacional e necessário para a própria dinâmica do sistema normativo, já que, como adverte Hans Kelsen, a determinação estipulada na norma de escalão superior não consegue descer aos pormenores existentes na situação concreta do ato de aplicação. A norma de padrão superior estipula a moldura a ser preenchida pela autoridade no ato de aplicação. Assim, Hans Kelsen irá alegar que “mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.”³¹¹ Por essa razão, a teoria kelseniana enfatiza o caráter constitutivo da decisão, não só por capricho do aplicador, mas como um modo explicativo da dinâmica jurídica que põe no centro do sistema jurídico a norma, produzida pelo sujeito enquanto autoridade do sistema.

A perspectiva acima é seguida por inúmeros autores do direito pátrio, tais como Cassio Scarpinella Bueno,³¹² Fredie Didier Jr.,³¹³ Gabriel Ivo,³¹⁴ Humberto B. Ávila,³¹⁵ João Paulo Allain Teixeira,³¹⁶ Ovídio Baptista da Silva,³¹⁷ Paulo de Barros Carvalho³¹⁸ e carvalhianos, entre outros.

2.2.3 Crítica às duas correntes e a proposta bakhtiniana

A primeira corrente teórica, que encontra na norma uma expressão subjetiva daquilo que já está na lei, sendo assim mera reprodução em uma relação de identidade, se por um lado incute a ideia de segurança jurídica, já que retira do sujeito a capacidade de interferir na atividade julgadora, como pensou Montesquieu,³¹⁹ por outro lado se revela como uma visão equivocada, que não se sustenta, máxime quando se tem presente a plurivocidade de sentidos veiculados pelo mesmo documento prescritivo,³²⁰ mesmo o mais simples.

³¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 265 e 266.

³¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 388.

³¹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1, p. 66-67.

³¹³ DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12ª ed., Salvador: Podivm, 2010, T. I., p. 86-90.

³¹⁴ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. XXXVIII-XXXIX.

³¹⁵ ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos princípios**. 4ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22-26.

³¹⁶ TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 46.

³¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 145.

³¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24.

³¹⁹ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. *Op. cit.*, p. 134-138.

³²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 396-397.

Pode-se perceber a questão da mudança, a título de exemplo, na situação da possibilidade de prisão do depositário infiel. Em 2009, o STF editou a Súmula Vinculante nº 25, de 16.12.2009,³²¹ reputando ilícito esse tipo de prisão, ao argumento de que o Tratado de San Jose da Costa Rica, em vigor no Brasil desde 1992, havia retirado a eficácia do dispositivo constitucional que a permitia. Antes, entretanto, a aludida Corte negava expressa aplicação ao aludido Tratado, reconhecendo lícita a mencionada forma de coação, como se vê no acórdão veiculado no HC 72.131/RJ.³²² Vale ainda salientar que existia, na época, a Súmula do STF nº 619, de 17.10.1984,³²³ revogada pela Súmula Vinculante nº 25, já mencionada, no sentido de permitir a prisão do depositário infiel.

Esse é um dos inúmeros exemplos de mudança que demonstram a dificuldade que tem a teoria que prega uma relação de identidade entre lei e norma para explicar o fenômeno jurídico. A divergência, inclusive, é reconhecida, tendo o sistema processual criado mecanismos para minorar seus efeitos, como no caso do incidente de uniformização de jurisprudência, embargos de divergência etc. Com relação ao incidente de uniformização de jurisprudência, Barbosa Moreira irá salientar que sua função é conferir uniformidade, havendo julgamento em curso que aponte divergência no tribunal, quanto à interpretação do direito (tese jurídica) a ser aplicada ao caso.³²⁴ O aludido incidente não constitui um recurso, pois pode ser suscitado de ofício ou a requerimento da parte (art. 476 do CPC). Além disso, só pode ser veiculado antes do julgamento do recurso, pois sua função é estabelecer a tese jurídica que irá nortear o julgamento.³²⁵

Há também os embargos de divergência, que são um recurso e dependem da atuação da parte interessada, não podendo ser pronunciados de ofício. Podem ser veiculados tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça (art. 546 do CPC), possuindo por função, no âmbito do recurso extraordinário (STF) ou especial (STJ), uniformizar o entendimento veiculado pelas aludidas Cortes federais, em caso de divergência sobre

³²¹ “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

³²²EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. (Relator: Min. Marco Aurélio; Relator para o Acórdão: Min. Moreira Alves. Julgamento em 23.11.1995, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 01.08.2003, p. 103).

³²³ “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

³²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V (art. 476 a565 do CPC), p. 9-15.

³²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. *Op. cit.*, p. 11.

interpretação de direito constitucional (STF) e de direito federal (STJ).³²⁶ Como dito, tais institutos não tratam a divergência como um defeito, mas tentam minorar os seus efeitos, no intuito de conferir maior uniformidade aos julgamentos. Busca-se, com isso, diminuir os espaços em branco existentes na moldura, aqui utilizando uma imagem de matriz kelseniana,³²⁷ mas sem eliminar por completo a capacidade criativa dos intérpretes que irão se utilizar de tais enunciados.

Outro importante instrumento utilizado para minimizar os efeitos das interpretações divergentes, mas sem retirar o conteúdo criativo da interpretação, são as súmulas dos tribunais, muitas vezes decorrentes de decisões emitidas em incidente de uniformização de jurisprudência ou em embargos de divergência, como também em procedimento próprio das súmulas com efeito vinculante do STF.

Embora se reconheça a divergência na produção de sentido, como restou salientado, a concepção que trata lei e norma como categorias idênticas analisa a aludida variação como erro, pois o sentido da lei é visto como único. O grande problema desta concepção é encontrar onde está a interpretação correta, ou melhor, quem é o iluminado capaz de indicar qual o sentido único, como anota a crítica kelseniana.³²⁸ Vale salientar, ademais, que a aludida teoria tem um vínculo direto com a concepção objetivista da linguagem, explicitada no capítulo anterior, já que visa estabelecer um padrão de perenidade diante de uma situação que é focada na mudança, o ato de aplicação.

Com relação ao modelo de matriz kelseniana, que possui na distinção entre lei e norma uma de suas marcas características, fica evidenciado que a partir de uma mesma lei é possível a veiculação de diversas normas jurídicas. Isso ocorre porque a multiplicidade de sentido não é um defeito, como se percebe na concepção clássica, mas uma característica inerente à linguagem. Ela é plurívoca. Por isso, a multiplicidade de sentido produzida pelo intérprete nada mais é que a constatação da característica plurissignificativa da linguagem. Isso se reflete de forma fundamental no direito, já que a linguagem, com sua riqueza multifacetária, é instrumento indispensável para a manifestação do jurídico.³²⁹ Com isso, a concepção kelseniana abandona a pretensão de construir uma interpretação correta, já que, como demonstra, do ponto de vista da ciência jurídico-positiva isso não é possível.³³⁰ Em que pese o avanço construído pela concepção kelseniana e pelos teóricos que a seguiam, um

³²⁶ NERY JR. Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6ª ed., atual., ampl. e reformulada. São Paulo: RT, 2004, p. 445.

³²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 388.

³²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 391-392.

³²⁹ CAPELLA, Juan-Ramon. **El derecho como lenguaje**: um análisis lógico. Barcelona: Ariel, 1968, p. 28.

³³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 396-397.

problema crucial se coloca, que põe em xeque o modelo constitutivo ali desenvolvido. O mencionado problema consiste em colocar o sentido no intérprete. Retira os sentidos da objetividade e os coloca na subjetividade. Esta posição acaba por remeter tal concepção à posição subjetivista da linguagem, como delineado por Mikhail Bakhtin, fato já explicitado no capítulo anterior.

Isso se dá graças ao fato de a produção de sentido, na perspectiva kelseniana, ser tratada como uma categoria individual e, principalmente, psicologizada, como explicitado no capítulo segundo desta tese. Esta linha de raciocínio pode ser vista, de certa forma, em Ovídio Baptista da Silva, como segue: “o sentido não está no *texto*. O sentido será dado pelo intérprete. Não um sentido *a priori*, que seja anterior e independente do respectivo *contexto* em que ele se insere”.³³¹ (Destques no original). Acrescenta que o sentido originário estipulado pelo legislador pode ser importante para o legislador, mas “perde qualquer relevância para o intérprete da norma jurídica”.³³²

A ênfase ao subjetivismo acaba por retirar do direito uma categoria também essencial, que é a alteridade. Ao tratar o direito como linguagem, Juan-Ramon Capella irá acoplá-la ao *alter*, quando afirma: “todo derecho, en efecto, tiene por condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje, impuesta por el postulado de la alteridad.”³³³ Isso quer dizer que a produção do direito não pode ser vista sem a participação e a interferência do outro. Em Mikhail Bakhtin, o outro atua interagindo, e não como mero receptor passivo. Ele atua de forma responsiva. Neste contexto, o outro é ativo, pois responde confirmando ou rechaçando aquilo que é emitido pelo emissor.³³⁴

A concepção que toma como sistema de referência o modelo subjetivo da linguagem, tal qual o modelo kelseniano de interpretação, reputa que a construção do sentido é um produto da atuação individual. Nas palavras de Hans Kelsen, “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.³³⁵ O aludido indivíduo sofre a interferência do meio em que está inserido, sendo fustigado por influências religiosas, econômicas, políticas etc. Estas interferências irão repercutir de forma indireta na escolha a ser realizada pelo intérprete, já que a decisão tomada estará prenhe das condições sociais que constituem a

³³¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. *Op. cit.*, p. 145.

³³² SILVA, Ovídio A. Baptista da. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. *Op. cit.*, p. 145.

³³³ “Todo direito, com efeito, tem por condição de existência a de ser formulado em uma linguagem, imposta pelo postulado da alteridade.” (Tradução livre). CAPELLA, Juan-Ramon. **El derecho como lenguaje**. *Op. cit.*, p. 28.

³³⁴ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 280.

³³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 387.

psique individual. No entanto, as aludidas interferências antecedem à interpretação, fazem parte do sujeito, constituem-no. Por essa razão o ato de interpretação acaba por ser visto como um ato subjetivo, desprovido da interação social. Muito embora se tome o sujeito como histórico, sua interpretação é subjetiva. Registre-se, entretanto, que as interferências históricas que determinam o sujeito interferem em sua produção jurídica positiva. A proposta bakhtiniana visa conferir à interpretação não um caráter individual psicologizado, mas um caráter intersubjetivo, dada a natureza social da interação verbal ocorrida na enunciação.³³⁶

Percebe-se então que uma perspectiva dialógica melhor satisfaz como modelo para compreender o fenômeno do direito, já que põe na intersubjetividade o lugar do sentido. “A alteridade é uma dimensão constitutiva do sentido”.³³⁷ Tal concepção não despreza o sentido conferido pelo legislador, pela doutrina, pelos advogados do caso, ou qualquer enunciado anteriormente produzido, que possa reverberar no momento discursivo em que a norma, enquanto decisão jurídica, será colocada. Os enunciados anteriores podem ser ou não relevantes. A relevância e a irrelevância são valores que se dão de forma intersubjetiva, no enunciado.³³⁸ A aludida qualificação irá depender de como os ecos das enunciações anteriores foram articulados no procedimento discursivo e de como os sujeitos na interação irão utilizá-los.

Percebe-se, do que restou exposto, que as soluções preconizadas nos dois modelos não se compadecem com a perspectiva dialógica de Mikhail Bakhtin, que coloca o sentido não na subjetividade individualizada, mas na intersubjetividade.³³⁹ Conclui-se do que restou apresentado que a formação do convencimento judicial é permeada pela atuação necessária dos demais sujeitos no processo, e que aquela interfere e influencia no resultado do provimento jurisdicional final.³⁴⁰ Observa-se em Hans Kelsen que os advogados, quando atuam no processo, agem com o intuito de influenciar a decisão judicial,³⁴¹ mas a influência é externa, e pode ser acatada ou não. Com certeza, a perspectiva kelseniana constitui um avanço, entretanto, as subjetividades, em Hans Kelsen, não interagem, já que o sentido é construído pelo intérprete,³⁴² no recôndito da psique do emissor do enunciado. Em Mikhail

³³⁶ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 126-127.

³³⁷ FIORIN, Jose Luiz. Polifonia textual e discursiva. In BARROS, Diana Luz Pessoa; FIORIN, José Luiz (orgs.). **Dialogismo, polifonia, intertextualidade: em torno de Bakhtin**. 2ª ed., 1ª reimp. São Paulo: Edusp, 2003, p. 36.

³³⁸ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 296.

³³⁹ MACHADO, Irene A. Os gêneros e o corpo de acabamento estético. *Op. cit.*, p. 131.

³⁴⁰ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Coord.) **Teoria geral do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Editora Podivm, 2008, p.162.

³⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 396.

³⁴² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 387.

Bakhtin, as influências sociais não só constituem o sujeito, mas o próprio enunciado; logo, pode-se afirmar que a prova e a decisão judicial que a utiliza, por serem enunciados, são constituídas a partir das interações sociais que permeiam o processo interativo.

A proposta kelseniana e de seus seguidores, para formular uma teoria que toma a linguagem como componente importante à compreensão do fenômeno jurídico, será de vital relevância para se demarcar os contornos característicos aptos a reconhecer o gênero jurídico positivo processual. A aludida opção será, no entanto, permeada pela compreensão dialógica que norteia o presente estudo.

No próximo item, após a constatação de que a norma é distinta da lei, passar-se-á a analisar sua estrutura lógica. Ela será importante para que se possa identificar o gênero jurídico, conforme as constatações de Mikhail Bakhtin.

2.3 Estrutura lógica da norma jurídica

A norma vai ser vista por Hans Kelsen como o significado que se confere a uma determinada conduta.³⁴³ Esta visão se coloca do ponto de vista semântico. Do ponto de vista sintático a norma se apresenta como estrutura hipotética condicional. Tais estruturas, como delineadas, servem para norma de decisão, como delineado pela doutrina, ou também delimitam os demais enunciados veiculados na cadeia discursiva em um mesmo processo judicial?

A resposta a essa pergunta tem o condão de encontrar um padrão lógico para as diversas formas de manifestação de proposições que se colocam no gênero jurídico que possui, na produção estatal do direito, sua finalidade precípua. Por essa razão a demarcação da estrutura sintática da norma se faz necessária.

A norma jurídica enquanto enunciado coloca-se no sistema como unidade de sentido, e só por abstração se destaca da sua forma material de manifestação, que, na linguagem bakhtiniana, é denominada sinal.³⁴⁴ No campo da sinalidade, encontram-se não só os indicativos materiais, que do ponto de vista léxico indicam a norma, como também as possíveis interpretações que a doutrina venha a veicular, ou seja, o aspecto semântico.

Na sinalidade, a expressão e a significação andam juntas. Além disso, o aspecto lógico também compõe a sinalidade. Mikhail Bakhtin, a respeito da análise lógica, irá afirmar que entre duas proposições pode haver relações lógicas de identidade ou de contradição, mas

³⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 2-3.

³⁴⁴ BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. *Op. cit.*, p. 96-97.

só no enunciado a expressão ganha densidade dialógica, sentido. Afirma assim que “as relações dialógicas são irredutíveis às relações lógicas ou às concreto-semânticas, que *por si mesmas* carecem de momento dialógico”.³⁴⁵ (Destaque no original). O lógico está no dialógico, como sinalidade. Isso não quer dizer que o aspecto lógico não seja relevante. Pelo contrário. Nunca se pode perder de mira que sem o sinal, o sentido não se coloca. Sendo sinal, o lógico se coloca como um dos instrumentos a serviço da produção do sentido, no enunciado.³⁴⁶ Assim, para que o sentido se apresente, o sinal se faz necessário, já que é seu instrumento. Pelo fato de o aspecto lógico se colocar dentro do enunciado, compondo sua sinalidade, sua análise se justifica.

Do ponto de vista sintático, a norma se apresenta como um juízo. Tem-se, na lógica apofântica ou alética, os denominados juízos descritivos, cuja função é emitir um juízo de valor de cunho veritativo ou falso. Por exemplo, na assertiva “a árvore é um vegetal”, que pode ser expressa sob a forma “A = V”, em uma relação de identidade. Tal assertiva pode ser considerada verdadeira ou falsa. Existem os juízos persuasivos, cuja função é convencer. Há também os juízos condicionais, como se vê nesta proposição: “se o metal é aquecido, possivelmente se dilatará”. Aqui aparece a configuração “se..., então”.

Com relação aos conectores, embora haja outros, apenas os dois, o que indica identidade e o que indica condição, serão abordados neste trabalho, já que a prova, no processo judicial, muitas vezes é tratada como instrumento da relação de identidade entre pensamento e realidade. Já o conector condicional será tomado, pois a norma, na concepção de Lourival Vilanova, adotada nesta pesquisa, apresenta-se como estrutura condicional, como se passa a expor.

O direito irá se valer de uma estipulação condicional ou implicacional, do modo “se..., então”,³⁴⁷ mas com uma diferença. Conforme Lourival Vilanova, sobre o conector que une a proposição hipótese – que descreve uma situação – e a proposição tese – que estipula uma consequência – incide o modal deontológico, transformando a estrutura meramente condicional em uma estrutura condicional normativa. Tendo em vista que o aludido conector ou functor se coloca sobre a proposição, conferindo-lhe o caráter deontológico, tem-se que ele se apresenta como sendo um conector de conector ou functor de functor ou functor functorial.³⁴⁸

³⁴⁵ BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. *Op. cit.*, p. 209.

³⁴⁶ PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. *Op. cit.*, p. 91

³⁴⁷ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 124.

³⁴⁸ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 114-115.

No modelo normativo, esse modal se manifesta como dever-ser, opondo-se ao que é, que se dá no plano apofântico. O aludido dever-ser irá se relacionar às duas proposições (hipótese e tese). A proposição hipótese é aquela que estipula uma situação qualquer. A proposição tese é aquela que estipula a consequência. Ambas relacionadas pelo conector “então” e, também, antecedidas pelo condicional “se”. Assim, pode-se expressar uma proposição condicional: “se acontecer a proposição hipótese, *então* a proposição tese”. O functor de functor irá transformar a aludida proposição em normativa ao incluí-la no arcabouço do dever ser. Segundo Lourival Vilanova, o aludido functor será neutro.³⁴⁹

Diz-se neutro no sentido de que ele não é um functor que se modaliza sob a forma permitido, proibido e obrigado. Por essa razão é tratado como categoria transcendental desvinculada do mundo da experiência,³⁵⁰ como enfatiza Lourival Vilanova no seguinte excerto: “como categoria ou modo fundamental do conhecimento, o dever-se é axiologicamente neutro. Nem valioso nem desvalioso é o nexos que estabelece entre os dados-da-experiência”.³⁵¹

Esse functor atua de forma interproposicional,³⁵² transformando a proposição a que se refere em jurídica. Há também, deve-se salientar, outro functor, que se modaliza no interior da proposição tese.³⁵³ Por se apresentar na consequência, é intraproposicional, possuindo o condão de imputar à conduta intersubjetiva uma permissão, uma proibição ou uma obrigação, não havendo possibilidade de um quarto modal, colocado por alguns como facultativo. A exclusão da possibilidade do quarto modal insere, na lógica deôntica, a lei formal do quarto excluído ou do quarto excluído, uma vez que o modal permitido ora aparece como permissão de fazer **ou** de omitir (permissão unilateral), ora aparece como permissão de fazer **e** de omitir (permissão bilateral).³⁵⁴ Há, segundo Lourival Vilanova, quem coloque o quarto modal, que seria o facultativo. Entretanto, relata o jusfilósofo pernambucano, trata-se de permissão bilateral, não havendo sentido para o aludido quarto modal, que é uma forma de permissão.³⁵⁵ Noutros termos, o facultativo é uma forma de permissão (permitido fazer e não fazer).

Em item próprio se retomará a questão do functor de functor. Sua análise será fundamental para se verificar como a norma se põe no enunciado dialógico. A seguir se analisará o problema da norma como estrutura bimembre ou unimembre, já que diz respeito à

³⁴⁹ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 142.

³⁵⁰ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 142.

³⁵¹ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 142.

³⁵² VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 96 e 141.

³⁵³ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 78-79 e 141.

³⁵⁴ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 79.

³⁵⁵ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 79.

forma como a estrutura lógica mínima pode se apresentar no discurso jurídico, máxime, o processual.

2.4 Concepção unimembre e bímembre da norma jurídica

2.4.1 Concepção unimembre

A oposição acima indicada – concepção unimembre e concepção bímembre – reflete a dissonância entre a visão do direito como caráter eminentemente sancionatório e a outra, que vislumbra no aspecto da sanção uma situação existente, mas não necessária para a configuração do direito. A partir das aludidas concepções será possível verificar qual a estrutura formal que a enunciação jurídica apresenta.

Começa-se por verificar a concepção unimembre, que parte da ideia de que a norma jurídica não necessita da sanção para existir. Nesta forma de análise, o direito serve para regular as condutas, sejam elas lícitas ou ilícitas. A sanção seria característica da norma que tem como antecedente a descrição de um fato ilícito. Por outro lado, a norma jurídica que regula a conduta lícita irá conter um antecedente (proposição hipótese), que estipula o suporte fático hipotético lícito, conectado a um conseqüente (proposição tese), que estipula um preceito.³⁵⁶ Lícito e ilícito são características do antecedente da norma.

A norma que regula a conduta lícita e a que regula a conduta ilícita possuem a mesma estrutura formal, ou seja, uma proposição hipótese relacionada a uma proposição tese. Ademais, tanto a norma que regula a conduta lícita como a que regula a conduta ilícita possuem a mesma estrutura hipotética condicional “se ..., então”. Cada uma teria independência funcional, sendo, assim, bastante em si.³⁵⁷ Nesse contexto ter-se-ia a formulação “D (p → q).” Desformalizando: D (dever ser – functor de functor), p (proposição hipótese), → (conectivo “então”, indicativo da relação implicacional), q (proposição tese). Percebe-se tal formulação, antecedida pelo dever ser, em Marcos Bernardes de Mello, autor de orientação pontiana, já em sua obra **Contribuição à teoria do fato jurídico**.³⁵⁸ Entretanto, o mesmo autor, em trabalho anterior, enunciava a aludida norma como juízo hipotético, mas não deontologizado, sob a forma “se S será P, onde S= fato; P= efeito”.³⁵⁹ O aludido autor,

³⁵⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.*, p. 33-34.

³⁵⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.*, p. 33.

³⁵⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Contribuição à teoria do fato jurídico**. 2ª ed. Maceió: Edufal, 1982, p. 20.

³⁵⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Um sistema de aprendizagem do conceito de fato jurídico**. Maceió: Edufal, 1981, p. 15.

em sua obra de 1981, segue a concepção trilhada por Pontes de Miranda, que não vê diferença entre uma regra social e uma regra jurídica. Para ele as relações sociais são relações entre fatos.³⁶⁰ É um capítulo da física social. Por essa razão a sua análise deve ser ultimada do modo como é feito por outras ciências. Segundo Pontes de Miranda, a diferença que se apresenta entre regra do direito e regra da ciência é apenas de grau. Só.³⁶¹ Ademais, em Pontes de Miranda, o caráter deontológico conferido às normas decorre de uma visão do direito idealizado, refém do pensamento metafísico deontológico.³⁶²

No presente trabalho, diferentemente, adota-se a postura de Lourival Vilanova e mesmo de pontianos que põem no dever ser o caráter que distingue uma proposição qualquer da proposição de cunho normativo.

2.4.2 Concepção bimembre

A outra forma de analisar a questão da estrutura lógica da norma vai partir da ideia de que ambas as normas, aquela que prescreve a conduta lícita e aquela que estipula a sanção para a conduta ilícita, relacionam-se formando um todo unitário. Essa referência possui nítida influência kelseniana, que deu ênfase ao caráter sancionatório da norma jurídica. Para ele, todas as normas que estatuem condutas lícitas no sistema jurídico só podem ser compreendidas em conexão com as normas que estatuem sanção.³⁶³ Por essa razão Hans Kelsen denominou as normas que estatuem condutas lícitas como normas não autônomas. Já as que estabelecem a sanção pelo descumprimento do preceito inscrito na norma não autônoma, denominam normas autônomas.³⁶⁴ As normas não autônomas só encontram seu aporte jurídico em consonância com a norma sancionatória que as garante no prisma estatal do direito.

Essas duas normas estão, nas palavras de Hans Kelsen, “essencialmente interligadas”.³⁶⁵ Acrescenta, reforçando sua posição, que uma conduta somente será juridicamente prescrita se a conduta oposta (ilícita) for pressuposto de uma sanção. Estabelece com isso que:

³⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva de direito**. T. I. *Op. cit.*, p. 132.

³⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva de direito**. T. II. *Op. cit.*, p. 203.

³⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva de direito**. T. I. *Op. cit.*, p. 131.

³⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 60-65.

³⁶⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 60-65.

³⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 61.

Se uma ordem jurídica ou uma lei feita pelo parlamento contém uma norma que prescreve uma determinada conduta e uma outra norma que liga à não-observância da primeira uma sanção, aquela primeira norma não é uma norma autônoma, mas está essencialmente ligada à segunda; ela apenas estabelece – negativamente – o pressuposto a que a segunda liga à sanção.³⁶⁶

No presente estudo o conceito de sanção é tomada em sentido amplo, para abarcar a medida coercitiva decorrente da ameaça a ilícito, isso para incluir a tutela inibitória, que tem por função evitar que o ilícito seja praticado, como bem demarcou Hans Kelsen, no seguinte excerto: “a sanção, neste sentido amplo, não tem necessariamente de seguir-se ao ato ilícito: pode precedê-lo”.³⁶⁷ A preocupação de Hans Kelsen teve por causa o fato de a jurisdição muitas vezes ser chamada para fazer uso de meios coercitivos, sem que houvesse ainda um ilícito configurado, nos moldes clássicos, como na prisão cautelar.³⁶⁸ Por essa razão, o termo ilícito, nesta tese, terá por referência o ilícito propriamente dito, a ameaça ou qualquer ato que redunde em atuação coercitiva do Estado-juiz. Já a sanção será vista em sentido amplo como sendo a consequência de fato que configure o ilícito, propriamente dito, ou sua ameaça aqui visto como sendo “situações de fato socialmente indesejadas”.³⁶⁹

A posição demarcada por Hans Kelsen parte da ideia de que a função primordial do direito não é ensinar ou aconselhar, mas obrigar, permitir ou proibir.³⁷⁰ Se fosse possível uma norma jurídica destituída da sanção, o direito perderia sua prescritividade, característica que lhe é determinante e necessária. Tal forma de analisar o direito já encontra esteio em Thomas Hobbes, quando afirma: “é evidente que a lei, em geral, não é um conselho, mas uma ordem”.³⁷¹

A nomenclatura das aludidas normas, bem como a forma de tratá-las, varia entre os autores. Por exemplo, Lourival Vilanova³⁷² denomina como normas primárias as não autônomas, e normas secundárias, as normas autônomas. Esta formulação aparece em Hans Kelsen, em obra de publicação póstuma.³⁷³ Carlos Cossio, por sua vez, prefere denominá-las endonormas – designação para a norma não autônoma – e perinormas – nomenclatura para a

³⁶⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 61.

³⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 45.

³⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 45.

³⁶⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 46. Essa forma de ver a questão é corroborada por Sérgio Muritiba (MURITIBA, Sérgio. **Ação executiva lato sensu e ação mandamental**. São Paulo: RT, 2005, p. 124).

³⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 81.

³⁷¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1997, p. 207.

³⁷² VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47.

³⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florêncio Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 181-182.

norma autônoma.³⁷⁴ Adota-se neste trabalho a designação utilizada pelo jusfilósofo pernambucano e por Hans Kelsen, na referida obra de publicação póstuma (norma primária e norma secundária). Ambas são relevantes e se interconectam, formando uma unidade. A conectividade confere unidade conceitual ao direito enquanto aparato coercitivo.

Na concepção bimembre a estrutura lógica da norma será assim descrita: $D(p \rightarrow q) \vee (\sim q \rightarrow r)$.³⁷⁵ Decodificando: D (functor-de-functor, que indica a natureza jurídica normativa da estrutura), p (proposição hipótese da norma primária), $\rightarrow$ (conectivo “então”, indicativo da relação implicacional), q (proposição tese da norma primária), $\vee$ (conectivo “ou”, no sentido includente),³⁷⁶ $\sim q$ ou $\neg q$ (negação da proposição tese do antecedente, que funciona como antecedente da norma secundária), $\rightarrow$ (conectivo “então”, indicativo da relação implicacional), r (proposição tese da norma secundária, no caso, a sanção).

Com relação ao conectivo que une as duas normas, Lourival Vilanova irá utilizar um conector que possibilite a indicação de que as duas normas são válidas, excluindo assim a eventual contradição entre “q” e “ $\sim q$ ”, já que estas não se excluem.³⁷⁷ Para isso utiliza alguns conectores como “e, ou- (ou-includente), ‘se ..., então (em símbolo, ‘ $\wedge$ ’, ‘ $\vee$ ’, ‘ $\rightarrow$)’”.³⁷⁸ Irá excluir o ou-disjuntivo, também denominado ou-excludente, pois este impede que as duas proposições sejam simultaneamente válidas ou verdadeiras.³⁷⁹

2.4.3 Opção pela estrutura bimembre

A postura unimembre não será adotada neste trabalho, uma vez que a forma que o direito possui para demarcar seu caráter coercitivo é a estipulação de uma reprimenda, em caso de desobediência. Esta reprimenda pode não ser efetivada, mas existe enquanto possibilidade no sistema jurídico positivo. O não atendimento é um problema de ordem sociológica.³⁸⁰

A mencionada reprimenda pode ser veiculada no mesmo documento normativo ou não. Isso não quer dizer, entretanto, que se está diante de normas independentes, já que não se parte da premissa de que lei e norma são idênticas. Os documentos normativos podem ser

³⁷⁴ COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944, p.133 e 191.

³⁷⁵ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e sistema de direito positivo*. *Op. cit.*, p. 141.

³⁷⁶ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e sistema de direito positivo*. *Op. cit.*, p. 134.

³⁷⁷ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e sistema de direito positivo*. *Op. cit.*, p. 134.

³⁷⁸ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e sistema de direito positivo*. *Op. cit.*, p. 128.

³⁷⁹ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e sistema de direito positivo*. *Op. cit.*, p. 126 e 128. MAYNEZ, Eduardo García. *Logica del juicio jurídico*. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 124.

³⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. T. I. *Op. cit.*, p. 10-11.

distintos, mas as normas que eles veiculam estão deonticamente relacionadas. Por isso, a independência se dá no plano da expressão. Por exemplo, a proteção à vida humana está estatuída na Constituição Federal, no art. 5º, *caput*. Uma das reprimendas à sua violação encontra-se no Código Penal, no art. 121, que prescreve a sanção ao homicídio. Trata-se de documentos até mesmo hierarquicamente diversos, mas a norma, quando construída, terá como ponto de partida os sentidos dialogicamente elaborados a partir deles. Haveria proteção à vida se não houvesse no sistema jurídico alguma forma de reprimenda quanto à sua violação? Resposta: não. Neste sentido, em uma assertiva de cunho abstrato, a emblemática lição de Lourival Vilanova: “a primária sem a secundária desjuridiciza-se; a secundária sem a primária reduz-se a instrumento, meio, sem fim material, a adjetivo sem o suporte do substantivo”.³⁸¹ Abstrata, pois não desce às peculiaridades do caso, mas enuncia o caráter necessário da bimebridade da proposição normativa. Com isso, ambas as normas, primária e secundária, segundo o pensamento de Lourival Vilanova, relacionam-se entre si gerando um vínculo necessário, possibilitando o estabelecimento do jurídico.

A estrutura bimebre da norma ganha relevância quando se analisa a estrutura das decisões judiciais, bem como os institutos jurídicos a elas relacionados, como se verá. Por ora, um interessante instituto necessita de análise, como já indicado. É o functor de functor.

2.5 Functor de functor: lógico ou dialógico?

A formulação de Lourival Vilanova coloca, no plano lógico, o functor de functor, pois ele é que irá juridicizar a proposição hipotética condicional.³⁸² Tornará assim em jurídica uma proposição hipotética condicional. O aludido functor, segundo o jusfilósofo pernambucano, não possui conteúdo axiológico: é neutro.³⁸³

A primeira questão a ser posta é qual sentido de neutralidade que se coloca para o aludido functor. Trata-se de um sem valor ou, como parece, uma forma de distingui-lo de outros funtores, presentes na proposição tese, como se verá.

Da análise da obra de Lourival Vilanova, o sentido posto para a aludida neutralidade é colocado como ausência de relação direta com a conduta intersubjetiva regulada pela proposição tese, nos moldes proibido (ou vedado), permitido ou obrigado.³⁸⁴ Com isso o termo neutro é colocado não como sem valor, mas para distinguir um modal de outro. Possui

³⁸¹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação**. *Op. cit.*, p. 124.

³⁸² VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 114-115.

³⁸³ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p.142-143.

³⁸⁴ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p.142.

função especificadora. Existe um modal que se manifesta sob a forma permitido, obrigado ou vedado (proibido). Existe outro que não se modaliza sob as aludidas formas, não tendo o condão de direcionar a conduta, mas apenas conferir o caráter jurídico a uma proposição.

Assim, esta denominada neutralidade diz-se com relação apenas ao dado da experiência a que a proposição se refere.³⁸⁵ Só! Portanto, não deve ser vista como um sem-significado. Ele possui pelo menos um significado, o lógico-formal.³⁸⁶ Funciona, como salienta Lourival Vilanova, da mesma maneira que os operadores quânticos: “todos”, “alguns”, “um, no máximo” etc.³⁸⁷

Em obra na qual Lourival Vilanova se debruça sobre a questão da causalidade, uma interessante posição será por ele posta. Malgrado longa, sua transcrição se faz necessária, para se verificar em que ponto tal categoria, o functor de functor, se insere. Ei-la:

A forma lógica da proposição implicacional (ou condicional, hipotética) parece ser a que melhor corresponde à relação semântica fato jurídico/eficácia (efeito = eficácia interna, o efectual do fato-causa). *Tanto a causalidade natural como a causalidade jurídica encontram na proposição implicacional sua adequada forma sintática.* Numa como na outra, há *variáveis*, e, acrescentemos, há *relação funcional* (mais que relação). Numa e noutra, podemos aplicar a função: $y = f(x)$, onde y representa a consequência (ou efeito, no plano real), e x representa a hipótese (a causa ou o fato jurídico, no plano real). A diferença, (parece-nos) residiria no operador, não no functor interno (“ $\rightarrow$ ”, símbolo da implicação), mas no functor que afeta a proposição implicacional, em seu conjunto. Seria um *functor-de-functor* (algumas vezes denominado *functor functorial*), ou um operador de segundo grau, que vem *modalizar*, imprimir um *modus* à implicação, em seu todo.³⁸⁸ (Original está destacado).

Na aludida passagem o autor relata a identidade entre a causalidade jurídica e a causalidade normativa, já que ambas se manifestam como proposição implicacional. É esta forma sintática de indicar, já que fala em correspondência, a relação semântica fato e eficácia do fato, ou seja, hipótese-tese.

Assim, o semântico causal é sintaticamente implicacional. O problema surge com relação ao lugar do functor do functor, no plano sintático.

Como relatado, ele aparece como operador que irá modalizar a implicação “em seu todo”, constituindo a causalidade normativa.³⁸⁹ Noutra passagem, Lourival Vilanova irá afirmar que “o modo deontico ‘dever-ser’ é um operador que afeta a norma completa, em seu

³⁸⁵ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p.142.

³⁸⁶ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p.118.

³⁸⁷ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação**. *Op. cit.*, p. 62.

³⁸⁸ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação**. *Op. cit.*, p. 47.

³⁸⁹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação**. *Op. cit.*, p. 60.

conjunto”.³⁹⁰ Com o aludido functor, tem-se uma causalidade jurídica. Sem ele, uma causalidade natural.

A expressão “em seu todo” é ambígua, já que pode se referir ao aspecto sintático e semântico ou apenas ao aspecto sintático. Tomar-se-á a expressão apenas no aspecto sintático, para verificar se ela é uma categoria lógico-sintática ou não. Se for lógica no sintático, reverberará no semântico. Se não for lógica no sintático, não terá ressonância no semântico, enquanto categoria lógica.

Segundo Lourival Vilanova, o aludido functor de functor se manifesta como o “dever-ser” que confere à proposição o contorno de juridicidade. Em suas palavras: “o dever-ser tem a categoria sintática de um *sintategorema*, quer dizer, é uma significação ou um conceito incompleto, não por si bastante para perfazer um esquema ou fórmula bem construída”.³⁹¹ Acrescenta que o dever-ser não se refere a coisa, a pessoa ou a ocorrência alguma, já que exerce o papel de conceito funcional, distinto dos conceitos de objeto.³⁹² Alega que o functor se restringe a cumprir função sintática e, por fim, acrescenta: “neste sentido, é conceito ou termo lógico funcional. O dever-ser é o modal específico das proposições normativas, uma das subclasses sendo a do direito”.³⁹³

Constata-se, no que ficou exposto, que Lourival Vilanova reputa o functor de functor como categoria lógico-sintática.

Entretanto, o que caracteriza, segundo o autor, o caráter sintático é sua não referência a coisa, pessoa ou ocorrência. O aludido functor se dirige, entretanto, a ocorrências, mesmo que sintáticas. Dirige-se, mas não com o fim de quantificar, senão de qualificar, pois transforma uma implicação geral em implicação jurídica. Não pode assim ingressar na modalidade quantificadora, como fez Lourival Vilanova.³⁹⁴

Possui desta feita um objeto definido, que é a proposição implicacional em seu nível sintático, ou sintático-semântico. O functor assim se dirige à proposição com o intuito de transformá-la em jurídica.³⁹⁵ Essa transformação não é axiologicamente neutra, pois implica tomada de posição. Nas palavras de Hans Kelsen, “a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real”.³⁹⁶

³⁹⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação**. *Op. cit.*, p. 62.

³⁹¹ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 70.

³⁹² VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 70-71.

³⁹³ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 71.

³⁹⁴ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação**. *Op. cit.*, p. 62.

³⁹⁵ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação**. *Op. cit.*, p. 47.

³⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 19.

Ingressando como um valor, pode ser o aludido functor um sinal? Em uma perspectiva bakhtiniana, que percebe o valor como inerente ao sentido do enunciado, percebe-se que tal functor não possui característica de sinal, mas de sentido. Tomando Hans Kelsen, que analisa a norma do ponto de vista subjetivo, ela vem a ser o sentido conferido pelo intérprete.³⁹⁷ Interessante é a assertiva lançada por Carlos Eduardo Alchourrón e Eugenio Bulygin, que afirmam: “toda norma se formula o pode ser formulada en un lenguaje, pero la norma no es un conjunto de signos linguisticos, sino el sentido eses signos expresan”.³⁹⁸ O termo signo utilizado pelos autores argentinos neste trabalho equivale a sinal. Em uma perspectiva dialógica, o sentido não é colocado pelo sujeito, mas produzido pelos sujeitos, dialogicamente, que se colocam em relação intersubjetiva no enunciado.

Com isso, um enunciado será valorado como norma em um determinado ambiente discursivo. Em outro, pode não ser. Assim, nada impede que a mesma proposição, em outro enunciado, possa ser tomada com outro sentido. Por exemplo, a jurisprudência citada em uma petição inicial foi, ou é, em outro enunciado, uma norma, todavia, na petição, ela aparece como reforço argumentativo. Em uma reportagem, aquilo que foi ou é norma em outro enunciado irá compor a notícia e terá cunho descritivo. Desta forma, o deôntico é no enunciado. Na sinalidade há proposições – orações e/ou palavras – que se relacionam. Deve-se salientar que “as relações dialógicas são absolutamente impossíveis sem relações lógicas e concreto-semânticas, mas são irreduzíveis a estas e têm especificidade própria.”³⁹⁹

Mesmo a norma hipotética fundamental kelseniana, norma pressuposta,⁴⁰⁰ é, na perspectiva bakhtiniana – exposta no capítulo primeiro –, um sentido de conteúdo presumido,⁴⁰¹ necessário para possibilitar o discurso normativo. Sem ela o sistema jurídico, no prisma kelseniano, não se instaura; por isso é pressuposto para a existência de um discurso de cunho jurídico.

Dessa forma, o functor de functor, que demarca um discurso como normativo, não aparece como um sinal, mas como um sentido no bojo do enunciado dialógico. Possui um sentido presumido, já que necessário para o deôntico. É nele que o normativo se dá. A sinalidade lógica fica por conta da estrutura hipotética condicional do enunciado.

³⁹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 2-5.

³⁹⁸ “Toda norma se formula ou pode ser formulada en un lenguaje, porém a norma não é um conjunto de signos linguisticos, senão o sentido que esses signos expressão.” (Tradução livre). ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo; BULYGIN, Eugenio. **Análisis logico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 442.

³⁹⁹ BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. *Op. cit.*, p. 210.

⁴⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 217.

⁴⁰¹ BAKHTIN, Mikhail. **O discurso na vida e o discurso na arte**. *Op. cit.*, p. 8. PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. *Op. cit.*, p. 93.

Advirta-se, entretanto, que não se quer negar o caráter normativo ao direito, apenas que este, como de certa forma trabalhou Hans Kelsen, ocorre no plano do sentido subjetivado, ou, como se adota neste trabalho, dado o fato de que o sentido não está no sujeito, mas na interação discursiva, no enunciado – que é intersubjetivo.⁴⁰²

A contribuição de Lourival Vilanova, que segue as marcas de Hans Kelsen, fornece para o presente estudo um importante aporte, já que é possível perceber que há uma unidade nas diversas proposições que são veiculadas no bojo do processo de produção judicial do direito. Essa unidade será vista como a estrutura hipotética condicional das proposições, que aparecem tanto na petição inicial, como na resposta do réu, como na sentença etc. Como se verá, há um padrão de sinalidade nos diversos enunciados que compõem o gênero discursivo jurídico. Antes de adentrar na análise do aludido padrão, passa-se a verificar como no plano semântico as proposições normativas se apresentam.

2.6 Classificação das normas a partir da análise da proposição hipótese e da proposição tese

Partindo da premissa de que a norma jurídica, tanto a primária como a secundária, se manifesta como uma proposição cujo antecedente é ligado ao consequente por uma locução verbal “dever ser”, que assim se torna após a qualificação da implicação “→” pelo functor de functor, como ficou assente, podem-se classificar as normas a partir da identificação do tipo de significação que estas veiculam em sua proposição hipótese (antecedente) e em sua proposição tese (consequente). Esta classificação é tomada do ponto de vista semântico. Ainda se está na sinalidade, necessária para o sentido.⁴⁰³

O antecedente pode referir-se a fatos de possível ocorrência – abstração – ou a fatos que mediante a linguagem da prova admitida pelo direito já foram materializados – concreção. Esses fatos, malgrado sejam veiculados em uma forma descritiva, têm função prescritiva, conforme relato de Lourival Vilanova. Isso se dá porque a aludida descrição não possui pretensão de verdade. É posta para compor a proposição hipotética condicional. Nas palavras de Lourival Vilanova: “no descritor da norma jurídica inexiste juízo-de-realidade subordinado ao critério de verificabilidade empírica para ser subsistente.”⁴⁰⁴

⁴⁰² BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da criação verbal**. *Op. cit.*, p. 280.

⁴⁰³ BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. *Op. cit.*, p. 210.

⁴⁰⁴ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 87.

No que se refere ao consequente, tem-se que este pode dirigir-se a uma classe indeterminada de sujeitos – generalização – ou destinar-se a sujeitos determinados – individualização.

Com isso, é possível, seguindo o escólio de Luís Cesar Souza de Queiroz, compor os seguintes tipos normativos:

a- norma abstrata e geral: antecedente – descreve, mas como função prescritiva, uma situação de possível ocorrência; e o consequente – estipula uma relação em que os sujeitos não são previamente determinados, cuja conduta é modalizada sob a forma permitido ou proibido ou obrigado. A título de exemplo se lança a seguinte proposição: deve ser⁴⁰⁵ que dado o fato de alguém ser proprietário de imóvel no perímetro urbano de Maceió, em 1º de janeiro de cada ano, deve ser⁴⁰⁶ a obrigação de o referido proprietário pagar, a título de IPTU, ao fisco de Maceió, todos os anos, em prazo a ser estipulado pelo referido fisco, meio por cento do valor venal do aludido imóvel;

b- norma concreta e individual: antecedente – descreve, com função prescritiva, um fato (relato linguístico do evento); e o consequente – estipula uma relação entre sujeitos determinados, cuja conduta é modalizada sob a forma permitido ou proibido ou obrigado. Mais um exemplo com fim elucidativo: deve ser que dado o fato de João Decálogo ser proprietário de imóvel, em 1º de janeiro de 2010, no perímetro urbano de Maceió, deve ser a obrigação de o referido proprietário pagar, a título de IPTU, em 20 de março de 2010, o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), tendo em vista que o valor venal do imóvel é de R\$ 100.000,00 (cem mil reais);

c- norma abstrata e individual: antecedente – descreve, com função prescritiva, um fato de possível ocorrência; e o consequente – estipula uma relação entre sujeitos determinados, cuja conduta é modalizada sob a forma permitido ou proibido ou obrigado. Aqui outro exemplo: deve ser que dado o fato de Maceió vir a ser escolhida como sede de jogos pan-americanos, deve ser a obrigação de a União Federal doar ao referido município o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

d- norma concreta e geral: antecedente – descreve, com função prescritiva, um fato (relato linguístico do evento); e o consequente – estipula uma relação entre sujeitos indeterminados, cuja conduta é modalizada sob a forma permitido ou proibido ou obrigado. Outra situação exemplificativa: deve ser que dado o fato de o STF ter declarado inconstitucional o IPMF

⁴⁰⁵ Este dever-ser é o functor de functor.

⁴⁰⁶ Este dever-ser é o functor modalizado pelo functor de functor. Manifesta-se sob a forma permitido, proibido (ou vedado) e obrigado.

(imposto provisório sobre movimentação financeira) incidente sobre livros, deve ser a obrigação de a União Federal restituir aos destinatários desta regra o imposto porventura pago indevidamente.⁴⁰⁷

Utilizando-se de outro vernáculo, Paulo de Barros Carvalho vai afirmar que a abstração e a generalidade são veiculadas por expressões que indicam uma classe de notas sobre o fato e sobre a relação (também um fato). Trata-se de estipulações conotativas, e a proposição antecedente implica a consequente.⁴⁰⁸

No que se refere à concreção e individuação, têm-se outros tipos de proposição decorrentes da redução à unidade das classes. Trata-se, no caso, de proposição protocolar denotativa. Uma referente ao antecedente e a outra referente ao consequente. Estipulações conotativas compõem o antecedente e o consequente da norma abstrata e geral. Estipulações denotativas compõem o antecedente e o consequente da norma concreta e individual.⁴⁰⁹

No enunciado dialógico que estabelece a decisão judicial, encontrar-se-á tanto norma abstrata e geral como a concreta e individual, se a demanda versar sobre direito individual; ou abstrata e geral, juntamente com a concreta e geral, se a causa versar sobre interesse coletivo. Há também a possibilidade de aparecer a norma abstrata e individual e concreta e individual. Não há, na norma de decisão, a veiculação de uma norma abstrata gerando outra abstrata. Sempre será uma abstração gerando uma concreção, que se explicará adiante.

Não é possível aparecer em uma decisão apenas uma norma, já que o ato de aplicação judicial do direito é inclusão de caso, sendo os efeitos jurídicos decorrentes da referida inclusão. Essa inclusão, nesta tese será vista não como um aparato lógico de mera subsunção, mas de concretização, uma vez que aplicar o direito não é declará-lo, mas cria-lo. Como salienta Pontes de Miranda, os efeitos jurídicos decorrem do fato jurídico e este é produto da incidência da norma sobre um suporte fático.⁴¹⁰

Mesmo quando o legislativo cria uma lei há, no processo de aplicação, a indicação de uma norma abstrata e geral, que corresponde às normas de processo legislativo e às normas a serem introduzidas no sistema, que possui característica concreta, já que indica em seu antecedente o uso de competência normativa, no plano do acontecimento, e geral, pois destina a todos a obrigatoriedade da observância, pois fora criada por autoridade competente.⁴¹¹ Desta forma a lei é introduzida no sistema jurídico por norma concreta e geral que aplica norma

⁴⁰⁷ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Sujeição Passiva Tributária**. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 50-52.

⁴⁰⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. *Op. cit.*, p. 129.

⁴⁰⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. *Op. cit.*, p. 129.

⁴¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**, T. I. *Op. cit.*, p. 4 e 22.

⁴¹¹ SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 66-67

abstrata e geral. Isso se dá mesmo quando a lei veicula norma abstrata e geral ou é lei que só serve para um caso.

Percebe-se do que restou exposto uma relação internormativa presente no enunciado. Tal relação indica o caráter dialógico do enunciado. No processo judicial isso fica mais marcado, já que a produção judicial do direito é, por exigência constitucional, obrigatoriamente, motivada. Ou seja, a decisão que se produz se faz com base em outra norma decisão que a fundamenta. A relação fundamentação e fundada é interdiscursiva.

Entretanto, é possível, apesar de invalidável, uma decisão não motivada. Aqui um esclarecimento: diz-se invalidável e não inválida, pois, numa proposta kelseniana, neste ponto adotada, uma norma inválida é aquela que está fora do sistema jurídico. Assim a decisão não motivada é invalidável, ou seja, passível de ser expulsa do sistema por outra decisão jurídica. O inválido é produto da norma de invalidação. Enquanto não invalidado, permanece no sistema produzindo efeitos.

Vale salientar com relação ao dialogismo, no bojo da decisão judicial, que geralmente se encontram normas abstrata e geral e concreta e individual, já que cabe ao aplicador, dialogicamente, tanto construir a norma abstrata e geral, que servirá de lastro para a estipulação da norma jurídica, como a concreta e individual, que irá reger o caso posto à cognição do magistrado. Por tal razão, é possível construir os precedentes a partir da decisão judicial, já que esta coloca no sistema um sentido que serve para instrumentalizar a decisão do caso, como também para situações semelhantes.

Passa-se agora a outro aspecto semântico, que é o fato, na norma jurídica.

2.7 O fático nas proposições

O fato ingressa no jurídico pela porta das proposições antecedentes, seja da norma primária, seja da norma secundária.⁴¹² Segundo Pontes de Miranda, teórico que vai considerar o fato jurídico como categoria fundamental do direito, o suporte fático será aquilo que é previsto na hipótese da regra jurídica, mas não em sua rudeza.⁴¹³ A regra jurídica seleciona aquilo que considera relevante para sofrer a qualificação jurídica.⁴¹⁴ Por essa razão pode-se afirmar que o suporte fático é a parte do fato que ingressa na composição da hipótese de uma

⁴¹² VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 89.

⁴¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**, T. I. *Op. cit.*, p. 3.

⁴¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**, T. I. *Op. cit.*, p. 20

norma jurídica.⁴¹⁵ O suporte fático, antes da qualificação ultimada pela regra, é categoria do mundo. Só após a qualificação jurídica ingressa para o mundo jurídico.⁴¹⁶ O uso da construção pontiana tem uma razão, já que ele teve a virtude de pormenorizar a análise fática do direito. Uma ressalva deve ser colocada, o fato, que em Pontes de Miranda é um acontecer no mundo, aqui é visto como categoria da linguagem, constituído dialogicamente no bojo do enunciado. Pode-se perceber, entretanto, que o trabalho de Pontes de Miranda fornece interessantes elementos semânticos que dizem respeito ao acontecimento. Nisso sua doutrina se mostra útil, enquanto demarcador de sinalidade. O aspecto semântico do acontecimento, no entanto se apresenta como componente da norma jurídica, central no discurso jurídico decisório.

Com relação à norma, tem-se que a questão de sua incidência sobre o suporte fático irá gerar o denominado fato jurídico, aqui considerado como “o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico”.⁴¹⁷ Com relação ao suporte fático, Marcos Bernardes de Mello irá identificar duas funções: “(a) uma que designa o enunciado lógico da norma em que se representa a hipótese fática condicionante de sua incidência; (b) outra, que nomeia o próprio fato quando materializado no mundo”.⁴¹⁸ A opção (a), denominou-a suporte fático hipotético ou abstrato, e a opção (b), chamou-a suporte fático concreto.⁴¹⁹

Percebe-se que a função da proposição hipótese, na norma primária abstrata, é estipular os suportes fáticos abstratos lícitos. Já o antecedente da norma secundária tem por função, também de forma abstrata, estipular os fatos de possíveis ocorrências ilícitas. Assim se estabelece que o suporte fático abstrato, no antecedente e no consequente, estipula as portas de entrada do fático no direito.

No plano da concreção, o aludido suporte fático é antecedente da norma primária e da norma secundária. Embora o antecedente se manifeste como proposição descritiva de situação objetiva possível, verificável pela prova, não coincide com a realidade, mas incide.⁴²⁰ Malgrado se apresente com função descritiva, não possui valor veritativo, já que incide (cai) sobre a realidade com intuito de transformá-la. Ela possui função descritiva, mas sem pretensão de verdade. “Quer dizer, verificado o fato jurídico, no suporte fático, ou não

⁴¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**, T. I. *Op. cit.*, p. 20.

⁴¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**, T. I. *Op. cit.*, p. 21.

⁴¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**, T. I. *Op. cit.*, p. 21.

⁴¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.*, p. 39.

⁴¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.*, p. 39.

⁴²⁰ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 89-90.

verificado, a hipótese não adquire valor de verdade”.⁴²¹ Acrescenta, ainda, Lourival Vilanova, quanto à proposição antecedente:

Falta-lhe, pois, *status semântico* de enunciado veritativo. As hipóteses de normas valem ou não valem. Substrato seu pode ser fato natural, fato social ou fato já qualificado juridicamente que a hipótese tenha trazido para compor o *fato jurídico*.⁴²² (Destaques no original).

É interessante notar que aquilo que Lourival Vilanova, no excerto anteriormente citado denomina de “*status semântico*”, no enunciado dialógico é sentido, já que verdade ou falsidade é um valor.⁴²³

A questão de o fato no antecedente da norma primária ou secundária não possuir valor de verdade (nas diversas versões) ou de falsidade, coloca um problema interessante para as teorias da prova que estabelecem a aludida busca como crucial na determinação do fato na decisão judicial, como se verá em momento próprio.

O fático, como assentado, é categoria do antecedente. Lá também se encontra o caráter lícito e ilícito, que o acompanha enquanto valor. Sendo valor, apenas no enunciado dialógico pode ser construído. Por essa razão, nada impede que em um determinado enunciado uma situação seja relatada como lícita e, em outro enunciado, a aludida situação apareça como ilícita ou mesmo como indiferente jurídico. Isso pode ocorrer, por exemplo, na petição inicial, que relata a existência de uma situação que causou um dano sujeito à indenização, e o réu que, embora concordando com a existência da situação, alega que ela se deu por conta de culpa exclusiva do autor. Por sua vez, o magistrado adota uma ou outra posição emitida em um enunciado. É também possível que, no mesmo processo, o tribunal, ao julgar o recurso que tem por objetivo rever o enunciado decisório emitido pelo magistrado de primeiro grau, adote ou não a postura indicada na decisão recorrida. A mudança e a confirmação são dialogicamente possíveis no enunciado, mas não de forma subjetiva, porém intersubjetiva.

A questão da prova, na cognição, é central com relação ao fato, já que o modelo jurídico positivo adotado no Brasil exige a necessidade de se provar o fato alegado, em regra. Pode-se ver isso na lei processual, que ao mencionar o fato, aduz a necessidade de prová-lo (art. 282 e art. 300, ambos do CPC). Como salienta Pontes de Miranda: “a prova refere-se a fatos; portanto: a elementos do suporte fático e aos fatos jurídicos que de suportes fáticos

⁴²¹ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 96.

⁴²² VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 90.

⁴²³ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 328.

resultam”.⁴²⁴ Acrescenta Pontes de Miranda que fatos devem compreender não só o suporte fático, mas também as regras jurídicas. Com relação às regras jurídicas, tal obrigatoriedade é suprimida pelo “princípio da notoriedade absoluta da regra jurídica”, só amainada na citada exceção prevista no art. 337 do CPC.⁴²⁵

Por essa razão a questão fática esta totalmente delimitada e condicionada pelas estipulações normativas que delineiam o antecedente da norma primária e secundária. Nesse contexto, Francois Rigaux irá afirmar:

Em suma, ‘o fato’ não tem existência independente da norma jurídica sob cuja hipótese deve ser subsumido. É artificialmente criado pela própria aplicação da norma, o que atesta bem a circularidade própria do raciocínio do jurista: os fatos não são um dado submetido à regra, é a escolha desta que permite construir os fatos que ela rege.⁴²⁶

É na norma que o fato jurídico se manifesta, como criação do engenho humano. Ele é, na norma. O enunciado prova se dirige para construir o fato que irá compor o antecedente do enunciado norma jurídica. A subsunção, também denominada incidência, não acontece fora do processo de aplicação, como pretendem Pontes de Miranda⁴²⁷ e seus seguidores,⁴²⁸ mas se dá dialogicamente, no bojo do enunciado. É nele que o fato se torna jurídico e produz os seus regulares efeitos.

Nesse contexto, o fato, que aparece no antecedente da norma, surge como categoria do mundo jurídico. Ele se apresenta como situação apta a funcionar como antecedente de normas jurídicas. Trata-se de uma função, no enunciado norma, enquanto decisão jurídica.

Assim, na proposição jurídica, $D(p \rightarrow q) \vee (\sim q \rightarrow r)$, “p” e “~q” indicam os fatos. Nada impede que se trate também a relação contida no consequente da norma primária e na norma secundária como fato, os denominados fatos relacionais.⁴²⁹ Quanto a essa possibilidade, a ênfase deste trabalho será posta nas proposições antecedentes.

⁴²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. IV. *Op. cit.*, p. 245.

⁴²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. IV. *Op. cit.*, p. 245.

⁴²⁶ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 53.

⁴²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**, T. I. *Op. cit.*, p. 12.

⁴²⁸ BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 175-177; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.*, p. 72-76; NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Fundamentos do dever tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 139;

⁴²⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. *Op. cit.*, p. 129.

É de bom alvitre salientar que dialogicamente falando, apenas no enunciado um fato é constituído, e nele pode receber a qualificação de lícito ou ilícito, já que a tomada de posição mediante qualificação importa valoração.

Delimitado o lugar do fato no enunciado normativo, passa-se à verificação da estrutura lógica do enunciado jurídico.

2.8 A estrutura hipotética condicional no enunciado jurídico

Antes de adentrar propriamente no tema que se enunciou no tópico, uma elucidação se faz necessária. Aqui se coloca, como se vê, o termo enunciado jurídico, em lugar de enunciado normativo. Neste trabalho, o termo enunciado jurídico refere-se a todos os enunciados veiculados que possuam por função interferir na produção judicial do direito e os enunciados que representam a produção judicial do direito.

Assim, ter-se-iam: (a) o enunciado jurídico em sentido estrito – aquele que tem por função interferir na produção judicial do direito; (b) o enunciado normativo – aquele que representa a produção judicial do direito; (c) enunciado jurídico em sentido amplo ou simplesmente enunciado jurídico – o gênero que congrega as duas espécies. O motivo para tal separação será analisado neste item.

Como ficou assentado, o direito se manifesta mediante uma estrutura normativa que, do ponto de vista lógico-sintático, se expressa como proposição implicacional “se ..., então”. Nela há duas normas, logicamente interligadas pelo conector, e aqui se optou pelo “v” (ou-includente).

Ao tratar da estrutura implicacional, Lourival Vilanova relata que nada impede que ela se apresente sob a forma categórica. Isso se dá porque a aludida estrutura pode ser reescrita sob a forma condicional – tanto no plano das proposições naturais, como no plano das proposições jurídicas. Esse autor lança o seguinte exemplo: “o enunciado ‘a personalidade do homem começa como o nascimento como vida’ equivale a ‘se o ser humano nasce como vida, então começa sua personalidade’”.⁴³⁰ Saliente-se que o termo enunciado, lançado por Lourival Vilanova, é posto no sentido de proposição e não como enunciado dialógico.

Acrescenta Lourival Vilanova que predomina no direito positivo a forma categórica, ou aparentemente categórica, nos documentos normativos.⁴³¹ Na realidade são proposições implicacionais expostas sob a forma categórica.

⁴³⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação**. *Op. cit.*, p. 48.

⁴³¹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação**. *Op. cit.*, p. 48.

O que demarca a função implicacional é o seu caráter condicional que liga a causa ao efeito. No direito, o efeito não é naturalisticamente dado, mas imputado, colocado pela ordem jurídica.⁴³² Consoante ensinamento de Lourival Vilanova, do ponto de vista lógico, não há diferença entre causalidade e imputação. A diferença, irá afirmar, ocorre no plano ontológico, pois está no campo dos objetos.⁴³³ Neste trabalho, a aludida diferença não é apontada como problema do campo ontológico, mas do dialógico, já que o sentido normativo se dá no enunciado normativo.

Voltando à estrutura lógica do enunciado jurídico, especificamente, percebe-se que do ponto de vista da sinalidade, a estrutura lógica utilizada pelo direito será a hipotética condicional. A valoração da proposição hipotética condicional, como norma, irá depender do enunciado em que está inserta, já que, como demonstrado, o denominado functor de functor irá aparecer no processo de produção de sentido contido no enunciado, denotando norma jurídica.

Neste ponto, pode-se enfim afirmar que há, no processo judicial, inúmeras formas de enunciados, todos entrelaçados no processo dialógico. Trata-se de instrumentos distintos, tais como: petição inicial, resposta do réu, sentença, acórdão etc. Há um padrão nas aludidas peças? Bem, para verificar a existência ou não de padronização, faz-se mister averiguar não o signo, mas aquilo que de perene aparece no enunciado – no caso, a sinalidade, já que, como assinala Augusto Ponzio, é ela que confere objetividade ao signo, sendo passível de identificação.⁴³⁴

Percebe-se da análise da petição de inicial que ela se apresenta como uma narrativa com função persuasiva. Narrativa, pois relata um fato que ensejou um direito subjetivo ou subjetivado, o descumprimento do aludido direito e o pedido para que se imponha à parte uma providência. Sua manifestação é precedida por um ato de escolha ultimado pelo advogado, ou pela própria, quando o advogado atua em causa própria, ou nas hipóteses em que se admite, ainda que de forma excepcional, a postulação laica ou *jus postulandi* (Juizados Especiais e Justiça do Trabalho). A escolha recai sobre uma das possíveis interpretações aptas a solucionar o caso. Muito embora apareça sob a forma descritiva, pode ser reescrita sob a forma implicacional: $(p \rightarrow q) \vee (\sim q \rightarrow r)$. Não há o functor de functor, pois não se trata de norma, mas de proposta de norma com função persuasiva. A aludida função persuasiva só

⁴³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 100-102; VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação**. *Op. cit.*, p. 27-29.

⁴³³ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 104.

⁴³⁴ PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana**. *Op. cit.*, p. 90.

pode ser vista enquanto enunciado dialógico; na sinalidade, terá a estrutura implicacional anteriormente transcrita.

Tal percepção já se encontra em Hans Kelsen, quando ressalta que o advogado, no processo, exerce função político-jurídica, já que propõe ao órgão jurisdicional uma norma.⁴³⁵ A aludida demarcação já se põe como exigência da dogmática processual, quando fixa os denominados requisitos da petição inicial e, no art. 282 do CPC, irá exigir que se demonstrem os fatos e os fundamentos do pedido, o pedido, além das provas com que se pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.⁴³⁶

Evidencia-se, sobre a premissa kelseniana, que o advogado, ao propor a petição inicial, não leva ao Judiciário um problema, mas a solução. O problema que descreve é o pressuposto para que se adote, conforme deseja, a solução que propõe em seu pedido.

Na resposta do réu, outra formulação também é veiculada, de forma descritiva, mas que, sintaticamente, constitui uma estrutura hipotética condicional, máxime quando a resposta rechaça o pleito autoral. No caso, o réu irá propor ao magistrado outra solução distinta da preconizada pelo autor. Quando concorda com a pretensão autoral, irá propor ao magistrado que confirme a proposta veiculada na petição inicial. Pode, entretanto, concordar com os fatos articulados, mas opor fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, como no caso da exceção do contrato não cumprido ou compensação ou prescrição etc. A forma proposicional é similar à proposta para a petição inicial, ou seja: $(p \rightarrow q) \vee (\sim q \rightarrow r)$. Caso proponha outra solução, ter-se-á um enunciado que lança ao magistrado uma nova solução; se confirmação, novo enunciado, distinto do primeiro, mas com função de referendá-lo. Tanto a confirmação como a refutação são possibilidades dialógicas.

A formulação da defesa encontra na dogmática processual, art. 300 do CPC, sua forma de manifestação, exigindo do réu que exponha as razões fáticas e jurídicas da defesa, além de ter o ônus de especificar as provas que pretende produzir.⁴³⁷ Da mesma forma que a exordial, a defesa também possui função persuasiva. Esta função só aparece dialogicamente no enunciado. Só pode ser percebida enquanto sentido do signo. Desta feita, como na petição inicial, a função persuasiva não se trata de algo que se encontre *a priori* na sinalidade.

⁴³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 396.

⁴³⁶ 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 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.

⁴³⁷ Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Percebe-se, entretanto, na sinalidade, o aspecto lógico implicacional que a defesa veicula, assim como a exordial.

Com relação à decisão, a formulação hipotética condicional se apresenta seja no pedido procedente, seja no pedido improcedente.

No primeiro caso, o magistrado irá estipular o fato e o direito que dele dimana, estabelecer a existência do ilícito e estipular uma sanção. Já no caso de improcedência, deverá o magistrado estabelecer que um, ou alguns, ou todos os elementos da proposta normativa apresentada e apta ao julgamento procedente não aconteceram e, por isso, não pode formular uma decisão que acolha o pedido, mas formular uma decisão que tenha por função negar o pleito. Isso se dá mediante prolação de decisão declaratória negativa, já que nega, com função prescritiva, a existência de vínculo que obrigue o réu a se comportar de acordo com a vontade do autor. A aludida decisão tomará por lastro o brocardo inerente ao princípio da legalidade: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF/88).

Por ser um ato decisório, o aludido enunciado terá o modal que o qualifica como normativo, denominado functor de functor. A sua escritura no momento da enunciação terá sentido normativo. Deve-se sempre lembrar que o caráter normativo do enunciado se manifesta nele, mas não se pereniza, já que não tem aspecto de sinalidade, mas de sentido colocado em um determinado enunciado. Por essa razão, o Tribunal que revir o julgado o revisará não como decisão, ou seja, enunciado normativo, mas como enunciado jurídico, porquanto o órgão revisor não está obrigado a cumpri-lo, mas a revê-lo. Será tomado, desta forma, como enunciado jurídico em sentido estrito, tal como a petição inicial ou a resposta do réu. Ou seja, será visto como proposta de norma. Noutros termos, o que fora dialogicamente uma norma – enunciado normativo –, pode, em outro enunciado, aparecer como um enunciado de conteúdo persuasivo, tal qual a petição inicial. No recurso, a decisão de primeira instância será objeto de avaliação pelo tribunal, que, em uma atitude responsiva, poderá confirmá-la, invalidá-la, completá-la ou reformá-la. Entretanto, seja qual for a decisão do Tribunal, esta terá o condão de substituí-la, pois se trata de novo enunciado. Tal aspecto não escapou ao legislador que, de forma expressa, determinou que “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso” (art. 512 do CPC). Ao comentar o aludido dispositivo, Nelson Nery Jr. articula:

Ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou na linguagem inexacta mais corrente, ‘confirme’ a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de sorte

que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva e não a decisão 'confirmada'.⁴³⁸

Fica assentado que o enunciado, enquanto ato decisório, tem uma formulação hipotética condicional, mas com a diferença valorativa que dele decorre, pois constitui uma norma, possuindo valência prescritiva. Já os atos das partes se manifestam como formulação hipotética condicional, mas no campo do enunciado possuem valência persuasiva e não prescritiva. O que é prescritivo pode aparecer em outro enunciado como persuasivo ou simplesmente narrativo, como quando um jornal relata a decisão tomada por um magistrado. Em cada situação, um novo enunciado, que pode ter a mesma valência ou não.

Resta evidenciado que do ponto de vista da sinalidade, tanto a petição inicial como a resposta do réu, além dos atos decisórios, têm um padrão hipotético condicional bimembre, o que demonstra a operatividade do modelo bimembre da norma jurídica. Todas elas podem ser reescritas sob a forma hipotética condicional. Esta homogeneidade sintática pode ser percebida como marca que indica um certo padrão no gênero jurídico, mas ela não implica uma homogeneidade sígnica, já que cada enunciado que se coloca veicula um novo sentido, mesmo que venha a corroborar o anterior.

Há, do ponto de vista do sentido, certa homogeneidade, já que todos os enunciados jurídicos se destinam teleologicamente à produção do direito ou são a própria criação do direito. Com isso, quer-se demonstrar que a norma é um signo que possui na estrutura hipotética condicional sua sinalidade lógica. Mais. Tal sinalidade também permeia os demais enunciados aqui ditos jurídicos, pois tem a pretensão de influenciar na produção de um enunciado normativo. Esta perenidade revela um dos lastros que delimitam o gênero jurídico, o qual se encaminha finalisticamente a uma tomada de decisão estatal.

Pode-se nesse contexto identificar como incluso no gênero dogmático normativo todo enunciado que veicula norma, como também aquele que tem por função influenciar a sua produção. A prova aparece como enunciado no discurso normativo com a função de influenciar a produção normativa. Retirada do aludido gênero, pode servir para embasar um discurso jornalístico, histórico etc. Como o gênero jurídico encontra na norma jurídica seu ponto de referência, bem como seu ponto de chegada, tem-se que ela acaba por ser a categoria que demarca o discurso jurídico.

⁴³⁸ NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**. *Op. cit.*, p. 488.

2.9 Próximo capítulo

O próximo capítulo terá por objeto a cognição, tal qual se apresenta no direito pátrio, já que é nela que se produzem os diversos enunciados que compõe o gênero jurídico normativo. No mandado de segurança, a doutrina tradicional lança mão dos postulados da teoria da cognição para explicar o modo como a decisão jurídica é veiculada.

3 TEORIA DA COGNIÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL

3.1 A cognição: aspectos no processo

O termo cognição, no processual civil, aparece como um dos processos catalogados na vigente lei dos ritos e também como designação de uma técnica utilizada para se construir formas de procedimentos adequados para que o processo seja um instrumento apto a tutelar de maneira específica o direito material. Trata-se de uma forma de organizar a análise dos argumentos e provas veiculadas nos autos.⁴³⁹ No direito pátrio, a obra de referência sobre o tema cognição é a veiculada por Kazuo Watanabe que vai identificá-la como sendo um ato emitido pelo magistrado em que há prevalência de ato de inteligência, consistente em analisar e valorar as provas e as alegações veiculadas pelas partes. Na cognição ingressa não só os aspectos fáticos do litígio, como também os aspectos jurídicos.⁴⁴⁰

Tomando o primeiro enfoque, em que a cognição qualifica o processo, a expressão cognição valora a categoria processo, identificando-o como aquele que tem por função determinar, em um conflito de interesse, lide, a quem pertence o bem da vida. Esse conceito se coloca em contraposição ao conceito de processo de execução, que visa realizar coativamente o comando inserto no título judicial ou extrajudicial.⁴⁴¹

Essa separação entre conhecimento e execução, disseminada pela doutrina tradicional, era criticada por autores como Pontes de Miranda, que demonstrava ser possível haver cognição na execução, bem como o contrário, execução na cognição, em diversas hipóteses.⁴⁴² Esse tipo de pensamento encontrou eco no trabalho de Kazuo Watanabe, que defende a aglutinação entre cognição e execução como forma de garantir maior efetividade ao processo.⁴⁴³ O sincretismo ficava evidente, no Código de Processo Civil, em sua feição original, apenas em seus ritos especiais, como nos procedimentos possessórios, bem como nos ritos especiais previstos em legislação extravagante, tais como os procedimentos previstos na lei de locação, na lei de desapropriação, na lei de mandado de segurança, objeto de análise nesta tese etc. A regra no Código de Processo Civil era a pureza, principalmente no processo de conhecimento. Com a mudança ocorrida no Código de Processo Civil, a contar da reforma

⁴³⁹ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**. Curitiba; Juruá, 2008, p. 47.

⁴⁴⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 58-59.

⁴⁴¹ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Vol I. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 133.

⁴⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. I. Revista e atualizada por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 70-71.

⁴⁴³ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 50.

promovida pela Lei nº 8.952/94, consolidada por outras leis, como a Lei nº 11.232/2005, a visão sincrética do processo se consolidou, deixando de ser uma peculiaridade prevista em procedimentos especiais no Código de Processo Civil ou em leis extravagantes, passando a ser algo comum na seara processual cível, máxime no processo de conhecimento.

O enfoque sincrético da cognição indicado por Pontes de Miranda e desenvolvido por Kazuo Watanabe e outros autores será a via seguida nesta tese, uma vez que o direito pátrio, na sistemática atual do processo, generalizou a versão sincrética que vislumbra a cognição como técnica de realização efetiva do direito material, malgrado ainda persista no Código de Processo Civil vigente a indicação dos livros que tratam do processo de conhecimento, do processo de execução e do processo cautelar.

Sob a ótica sincrética, o termo cognição também se coloca como técnica judicial para a prestação jurisdicional. Essa técnica estipula a profundidade e a amplitude que o magistrado pode conhecer de um litígio. No plano vertical verifica-se o nível de profundidade com que o magistrado conhece a matéria posta à sua análise. Já no plano horizontal, a análise tem por objeto verificar quais os aspectos do litígio que o magistrado pode conhecer.⁴⁴⁴ As aludidas técnicas serão objeto de análise no presente capítulo.

3.2 Objeto da cognição

3.2.1 *Palavras iniciais*

No contexto do direito processual a prova aparece como atividade, técnica, método ou operação lógica utilizada pelo magistrado para atribuir valor aos argumentos fáticos e jurídicos deduzidos no processo.⁴⁴⁵ É a partir dela que o magistrado constrói a solução para o caso, já que a decisão, por se manifestar como norma jurídica, terá que possuir antecedentes. Segundo escólio de Kazuo Watanabe, a atividade cognitiva é prevalentemente lógica, um ato de inteligência que irá valorar as provas e alegações deduzidas pelas partes.⁴⁴⁶ É bem verdade que o aludido autor, em seguida, irá afirmar que após a análise das provas, que permanece sendo ato intelectual, no ato de decidir, ingressam elementos extralógicos (volitivo,

⁴⁴⁴ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 111-112. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1994, p. 21-22; NUNES, Luiz Antonio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.33-36.

⁴⁴⁵ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 105.

⁴⁴⁶ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed., atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 58-59.

psicológico, sensitivo, vivencial etc.).⁴⁴⁷ Em outro momento, ao exemplificar a possível diferença de julgamento sobre um caso de acidente automobilístico por um magistrado que sabe dirigir e outro que não sabe, irá admitir também caráter de interferência extralógica no campo da avaliação da prova, bem como no resultado final da demanda.⁴⁴⁸

Além de servir para determinar o fato, está no tipo de cognição um dos critérios para se estipular cada tipo de processo. É ela que estabelece se se está diante do processo de conhecimento, cautelar ou de execução, quadro definido na sistemática processual vigente.⁴⁴⁹ A cognição, no processo civil, dirige-se às questões no intuito de fixar-lhes soluções. São as questões o objeto da cognição. O termo questão, no entanto, é, do ponto de vista dogmático, semanticamente ambíguo. Ele aparece como qualquer situação controvertida que envolva tanto o que se denomina questão de fato como questão de direito, que necessite de pronunciamento judicial.⁴⁵⁰ Como assegura Fredie Didier Jr., a disposição dogmática a que se refere o primeiro sentido está estabelecida no art. 458, II, do CPC.⁴⁵¹ O outro sentido posto para a questão aparece também no mesmo artigo do CPC, mas no inciso III.⁴⁵² Neste caso a expressão questão aparece como objeto do pedido, também denominado *thema decidendum* ou questão principal.⁴⁵³

Com isso é possível estabelecer distinção entre questão incidente (*incidenter tantum*) e questão principal (*principaliter tantum*). A primeira surge no processo para servir como parâmetro para solução de outras, como, por exemplo, a resolução, em um processo de divórcio, de uma questão envolvendo existência ou não de casamento. O divórcio, no caso, é a questão principal. Há tomada de decisão tanto na questão incidental como na principal. A diferença é que a segunda, por dizer respeito ao mérito da causa, pode ser coberta pelo manto da coisa julgada. Claro que a questão incidental pode vir a se transformar em principal, caso a parte interessada requeira que o magistrado sobre ela se pronuncie com força de sentença.⁴⁵⁴ Neste caso, o incidente muda de coloração, passando a ser também *principaliter tantum*,

⁴⁴⁷ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 60-61.

⁴⁴⁸ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 61.

⁴⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52-53. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 305.

⁴⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I, *op. cit.*, p. 305.

⁴⁵¹ Art. 458 do CPC. São requisitos essenciais da sentença: II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

⁴⁵² Art. 458 do CPC. São requisitos essenciais da sentença: III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

⁴⁵³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I, *op. cit.*, p. 306.

⁴⁵⁴ Tramita no Congresso Nacional projeto de novo Código de Processo Civil que confere às questões incidentais idênticas consequências atribuídas às questões principais (Conferir art. 20 do Projeto no novo CPC – Art. 20. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, o juiz, assegurado o contraditório, a declarará na sentença, com força de coisa julgada).

conforme prescrição do art. 470 do CPC.⁴⁵⁵ O ser coberto ou não pelo manto da coisa julgada é um problema de direito positivo, tanto que no Projeto do novo CPC, há previsão de que a sentença que resolver questão prejudicial estará encoberta pela coisa julgada material.⁴⁵⁶

Ambas as questões – incidental e principal – estão presentes no processo e são submetidas à cognição do magistrado. A doutrina as utiliza para distinguir o que seria objeto do processo do objeto litigioso. O primeiro seria a totalidade das questões submetidas ao conhecimento do magistrado, enquanto o objeto litigioso, parcela do objeto do processo, cinge-se à própria questão principal.⁴⁵⁷ Com relação ao mandado de segurança, a questão da certeza e da liquidez, por ser questão incidental referente à admissibilidade do procedimento, ingressa, por exemplo, como etapa preliminar que antecede ao julgamento do próprio mérito, que é a tutela do direito violado por ato de autoridade pública ou por agente de pessoa jurídica que exerça função pública.

A indicação dos sentidos do termo questão, no bojo do processo, acaba por fazer surgir a necessidade de estipular uma classificação, a partir da identificação de características que tornam distintas as categorias da mesma família. Ei-las: questões de fato e questões de direito; questões preliminares e questões prejudiciais; questões de admissibilidade e questões de mérito.

3.2.2 *Questão de fato e questão de direito*

3.2.2.1 Perspectiva de Karl Larenz (modelo clássico)

O pensamento clássico consagra a dicotomia entre as questões de fato e de direito como sendo decorrente da própria separação entre fato e direito. No pensamento de Karl Larenz, a distinção entre as referidas questões é estabelecida seguindo, em linhas gerais, o critério tradicional. Ele indica a questão de fato como aquela que ocorre no mundo fenomênico. Já a questão de direito cinge-se ao modo como a ordem jurídica irá qualificar aquilo que se deu no plano dos acontecimentos (mundo fenomênico).

⁴⁵⁵ Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide. CPC.

⁴⁵⁶ Art. 20 do Projeto do novo CPC: Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, o juiz, assegurado o contraditório, a declarará na sentença, com força de coisa julgada. (PLS n.º 166, de 2010).

Art. 484 do Projeto do Novo CPC. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas. (PLS n.º 166, de 2010).

⁴⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I, *op. cit.*, p. 307.

Entre a questão de fato e a questão de direito, há um processo subsuntivo que, segundo sua análise, tem natureza lógica, em um raciocínio silogístico. Assim, o fato se enquadra como premissa menor, enquanto a norma jurídica funciona como premissa maior. No entanto, adverte que o processo subsuntivo depende de uma concretização em que o magistrado muitas vezes se vale das máximas da experiência, interpretação das condutas, valorações etc.⁴⁵⁸ Essa forma de análise se coloca bem ao sabor da doutrina tradicional pátria cujo maior expoente, neste caso, é Pontes de Miranda.

Com relação ao julgamento, decorrente do processo cognitivo, vaticina Karl Larenz que o magistrado decide a questão de fato com lastro naquilo que é veiculado pelas partes e suas provas. Já a questão de direito será resolvida pelo conhecimento que o magistrado possui do direito e da lei.⁴⁵⁹

Admite, entretanto, que a distinção entre fato e direito, bem como suas respectivas questões, por vezes não é simples, já que muitas questões de fato se apresentam imbricadas com questões de direito, como no exemplo que lança: “era N detentor do animal”?⁴⁶⁰ Aqui uma questão que tem contornos fáticos e jurídicos, já que a detenção é uma categoria definida pelo direito. Noutra situação discute um acidente causado por alguém que conduzia seu veículo em estrada molhada. Seria questão de fato a velocidade que conduzia o veículo, o estado da estrada, mas seria questão de direito se dirigia com negligência, uma vez que se trata de qualificação jurídica.⁴⁶¹ Entretanto, se a negligência foi leve ou grosseira, reputa ser aspecto fático.⁴⁶² Adianta que há situação que a relação é tão imbricada que a questão de fato e direito parece se liquefazer,⁴⁶³ como na hipótese de ruído perturbador do repouso. Neste caso, irá vaticinar que há no caso tanto uma situação fática como a própria qualificação jurídica.⁴⁶⁴ Apesar disso, reputa relevante a distinção, máxime para determinar os contornos da prova e a possibilidade de recurso, como ocorre em nosso caso no recurso extraordinário e no recurso especial.⁴⁶⁵ O modelo delineado por Karl Larenz encontra-se no pensamento de

⁴⁵⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 433.

⁴⁵⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 433.

⁴⁶⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 434.

⁴⁶¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 435.

⁴⁶² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 437.

⁴⁶³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 435.

⁴⁶⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 435.

⁴⁶⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 435.

Giuseppe Chiovenda, que também se vale do modelo subsuntivo clássico,⁴⁶⁶ como também Francisco Javier E. Ganuzas,⁴⁶⁷ Pontes de Miranda, Lúcia Fontoura,⁴⁶⁸ dentre outros.

3.2.2.2 Perspectiva de Chäim Perelman

Com relação à questão de fato e à questão de direito, Chäim Perelman critica as posturas que as colocam na simplicidade do silogismo, em que a primeira é premissa menor e a segunda é a premissa maior. Vai além da posição desenvolvida por Karl Larenz, pois entende que a complexidade do problema decorre da necessidade de se qualificar o fato de forma positiva ou de forma negativa, para se saber se ele se ajusta a uma previsão normativa. Essa qualificação faz com que a questão de fato deixe de ser a simples descrição do ocorrido e ganhe contornos axiológicos sempre.⁴⁶⁹ Ademais, essa valoração será ultimada pelo direito. Ou seja, a questão de fato e a questão do direito acabam sendo ambas jurídicas, uma vez que o fato é visto sob o prisma do direito.

Conforme sua visão, compete ao magistrado estabelecer os fatos que justificam o pedido e, após, determinar as suas consequências jurídicas. A solução jurídica, que decorre do processo cognitivo, será estabelecida da seguinte forma: determinação da norma aplicável e determinação do fato que deve se coadunar com a hipótese da norma aplicável. Acrescenta que o estabelecimento do fato é determinado por regras processuais e pela prova.⁴⁷⁰

3.2.2.3 Perspectiva de Jerzy Wróblewski

O problema da questão de fato e da questão de direito é tratado por Jerzy Wróblewski de modo similar ao veiculado por Chäim Perelman. Entretanto, ele irá afirmar que a decisão veiculada pelo tribunal, no que concerne às questões fáticas, terá de tomar como pauta o que denominou enunciados existenciais, já que compete ao magistrado estabelecer

⁴⁶⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. Anotada por Eurico Tullio Liebman. Trad. `Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 119-222

⁴⁶⁷ GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **“Iura novit curia” y la aplicación judicial del derecho**. Valladolid: Editorial Lex nova, 2000, p. 78-79.

⁴⁶⁸ FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. **Recurso especial**: questão de fato/questão de direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 41-45.

⁴⁶⁹ PERELMAN, Chäim. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 571-572.

⁴⁷⁰ PERELMAN, Chäim. **Ética e direito**. *Op. cit.* p. 572-573

mediante os aludidos enunciados, veiculados linguisticamente, a ocorrência do fato no tempo e no espaço.⁴⁷¹

Tais enunciados tomam por referência a prova, que irá estabelecer uma decisão de evidência. Ou seja, a estipulação da hipótese da norma será decorrente de um ato decisório pautado em prova.⁴⁷² Há na valoração um ato de volição por autoridade do sistema.

Com isso se tem que a questão de direito irá estipular os contornos do fato apto a figurar no antecedente da norma jurídica. Assim os fatos estão enformados pelo direito. Sua análise sobre o problema possibilitou a efetivação das seguintes distinções:

Fatos determinados descritivamente e fatos determinados axiologicamente:

Os fatos determinados de forma descritiva seguem o mesmo caminho das evidências nas ciências naturais. Com relação aos fatos axiologicamente determinados, faz-se mister cotejar as regras jurídicas para que eles possam ser estabelecidos, como ocorre no caso do uso das presunções, por exemplo.⁴⁷³

Os problemas que dizem respeito aos fatos determinados axiologicamente seriam questões de direito; já os problemas referentes aos fatos determinados descritivamente são questões de fato.⁴⁷⁴ Deve-se ressaltar que os fatos determinados descritivamente são colocados segundo as regras do direito. Assim, a distinção entre um e outro é o modo como será demonstrado no processo, ou seja, não deixa de possuir uma determinação jurídica.

Fatos determinados positivamente e fatos determinados negativamente

Existem fatos que são determinados de modo positivo, já outros são estabelecidos, segundo alega, de forma negativa. Nesta quadra, encontram-se os fatos que indicam comportamentos. Assim, os enunciados que indicam uma omissão (fato negativo) ou que indicam uma atuação (fato positivo).⁴⁷⁵

⁴⁷¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. 1ª ed., 1ª reimp. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuas e Juan Igartua Salavería. México: Fontamara, 2003, p. 261.

⁴⁷² WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. *Op. cit.*, p. 262-264.

⁴⁷³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. *Op. cit.*, p. 265.

⁴⁷⁴ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. *Op. cit.*, p. 274-275.

⁴⁷⁵ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. *Op. cit.*, p. 268-269.

Fatos determinado de modo simples e fatos determinados de modo relacional

Identifica-se como primeira categoria – fatos determinados de modo simples – aquele que para sua conformação não se faz necessário o cotejo com uma norma jurídica. A existência de relação entre o fato e a norma jurídica é irrelevante para sua existência. Isso ocorre tanto na hipótese da determinação descritiva e valorativa do fato, como em boa parte dos fatos estabelecidos de forma positiva.⁴⁷⁶

Na segunda hipótese – fatos determinados de modo relacional –, a existência do fato só poderá ser estabelecida se estiver relacionada a uma norma jurídica, como ocorre no caso de abuso de autoridade, contrato inválido etc.⁴⁷⁷ Trata-se aqui do próprio fato jurídico.⁴⁷⁸ Identifica que os problemas indicados nos fatos relacionais são questões de direito.⁴⁷⁹

Na construção teórica montada por Jerzy Wróblewski, admite-se a combinação entre as três possibilidades. Quando isso ocorre, a distinção entre fato e direito se esvanece. Adverte também que de alguma forma se refere ao direito sobre sua influência. Ou seja, o direito sempre influencia a determinação dos fatos que compõem sua estrutura.⁴⁸⁰ Ademais, há questões que se reportam à existência dos fatos, mas que são problemas referentes ao direito, como os fatos determinados de forma relacional e os fatos determinados por meio de juízos axiológicos.

3.2.2.4 Perspectiva de Castanheira Neves

Ressalta Castanheira Neves, ao se debruçar sobre o problema da questão de fato e da questão de direito, que ela tem sido tormentosa, já que pode abrigar um problema dogmático, epistemológico ou metodológico. A confusão existente quanto à forma de abordar o problema levou o autor a questionar até mesmo sua natureza problemática.⁴⁸¹ Sob a perspectiva dogmática, a distinção é percebida quando se fala sobre “erro de fato e erro de direito”, bem como sobre “matéria de fato e matéria de direito”. Ambas nada mais são do que eco da

⁴⁷⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. *Op. cit.*, p. 271.

⁴⁷⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. *Op. cit.*, p. 271.

⁴⁷⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. *Op. cit.*, p. 271.

⁴⁷⁹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. *Op. cit.*, p. 273.

⁴⁸⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. *Op. cit.*, p. 276-277.

⁴⁸¹ NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-fato – questão de direito**: ou problema metodológico da juridicidade (ensaios de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967, p.11. NEVES, A. Castanheira. A distinção entre questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de Revista. In **Digesta**: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1. 1ª ed., 1ª reimp. Coimbra: Editora Coimbra: 2010, p. 483-484.

“questão de fato e da questão de direito”. Já aqui se percebe a dimensão epistemológica, porquanto a discussão sobre questão de fato e questão de direito remete à distinção entre dois objetos: fato e direito.⁴⁸² No plano metodológico, a verificação se dá pelo modo como o problema é abordado.⁴⁸³ A abordagem sob o prisma dogmático é o que interessa na presente tese, e um ponto de partida é que tanto o conceito de fato como o conceito de direito são conceitos jurídicos. Nas palavras de Castanheira Neves:

O ‘facto’ e o ‘direito’, a ‘matéria de facto’ e a matéria de direito’, a ‘questão de facto’ e a ‘questão de direito’, são, pois, perspectiva, conceitos cujos conteúdos significativos e objectivo-intencional – p. ex., aqueles que respectivamente lhes correspondem nos problemas do erro, do recurso de revista e da competência do tribunal colectivo – têm o seu fundamento e critério decisivos nas directas intenções normativas do direito positivo, e unicamente nelas. São conceitos determinados *juridicamente, no seio do direito e pelo direito*.⁴⁸⁴ (Destaques no original).

A relação estabelecida entre fato e direito, juridicamente posta, implica uma relação de interdependência, já que a questão de direito é uma questão que se refere a uma questão de fato.⁴⁸⁵ Isso não quer dizer, entretanto que a postura do autor seja favorável ao monismo que reduz, do ponto de vista dogmático, o fato ao direito, pois, para Castanheira Neves, ambas são categorias distintas, embora interdependentes.⁴⁸⁶ Não aceita o autor, portanto, a ideia de que os fatos relevantes são selecionados, logo determinados pela norma jurídica aplicável. Os fatos têm, segundo alega, sua existência autônoma.⁴⁸⁷

A interdependência de fato e direito é determinante para a produção da decisão jurídica. Esse vínculo é estabelecido através da subsunção, que em Castanheira Neves tem tratamento distinto do modelo tradicional. Em sua análise, a subsunção aparece com nítida função determinativa e criativa da decisão que toma tanto o fato como o direito como seus fundamentos.⁴⁸⁸ Nesse contexto, a interpretação se apresenta como sendo subsunção antecipada, de caráter constitutivo, já que implica criação normativa.⁴⁸⁹ Em obra publicada posteriormente, irá optar pelo termo “concretização”, em lugar de subsunção, já que aquele pressupõe a identificação entre o fato e a norma, e isso não ocorre na relação fato e direito, no

⁴⁸² NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-fato – questão de direito**. *Op. cit.*, p. 11-13. NEVES, A. Castanheira. **Digesta**. *Op. cit.*, p. 483-484.

⁴⁸³ NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-fato – questão de direito**. *Op. cit.*, p. 18-23.

⁴⁸⁴ NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-fato – questão de direito**. *Op. cit.*, p. 27.

⁴⁸⁵ NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-fato – questão de direito**. *Op. cit.*, p. 44 e 50.

⁴⁸⁶ NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-fato – questão de direito**. *Op. cit.*, p.57.

⁴⁸⁷ NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-fato – questão de direito**. *Op. cit.*, p.55.

⁴⁸⁸ NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-fato – questão de direito**. *Op. cit.*, p.215.

⁴⁸⁹ NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-fato – questão de direito**. *Op. cit.*, p.216.

processo construtivo da decisão jurídica, daí o uso do termo concretização.⁴⁹⁰ Assim a subsunção enquanto concretização deixa de ser uma inclusão de classe para ser uma determinação de classe.

No aludido autor, a questão de fato é composta por dois momentos fundamentais:

- a – âmbito de relevância jurídica da situação: o acontecimento objeto da cognição será submetido à análise a fim de se verificar se é apto a objetivar o caso jurídico concreto.⁴⁹¹ Será definido como caso jurídico concreto porque nele se coloca um problema (caso) em determinada situação objetiva apta a repercutir no mundo jurídico;⁴⁹²
- b – comprovação: que diz respeito ao momento em que a situação sob análise é justificada mediante prova, no intuito de se aferir a verdade jurídica, que é colocada como verdade prática, já que possui correlação com a práxis jurídica e social.⁴⁹³ A verdade prática delineada é distinta da verdade científica, já que não é demonstrada, mas motivada.⁴⁹⁴ A prova, no contexto de Castanheira Neves, não possui uma perspectiva retórica, mas como meio apto a justificar o caso jurídico concreto, que não é fato puro, senão aquilo que do acontecimento terá relevância jurídica.⁴⁹⁵ De certa forma, o conceito do autor de caso jurídico concreto muito se aproxima do conceito de suporte fático delineado por Pontes de Miranda, malgrado o teórico lusitano não se valha do conceito de subsunção, incidência, como delineado pelo pensador brasileiro.

Com relação à questão de direito, Castanheira Neves irá distingui-las em duas situações:

- a – questão de direito em abstrato: que teria por objeto identificar a norma ou conjunto de normas aptas a estabelecer os critérios jurídicos para a solução jurídica do caso jurídico concreto. Ou seja, a referida questão é colocada segundo o caso jurídico.⁴⁹⁶
- b – questão de direito concreta: aqui se construirá a solução do caso, realizando o direito seja por mediação da norma, em suas diversas modalidades,⁴⁹⁷ seja pela a realização do direito, por autônoma constituição normativa, como ocorre nos casos das denominadas lacunas.⁴⁹⁸

⁴⁹⁰ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 163.

⁴⁹¹ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica**. *Op. cit.*, p.163.

⁴⁹² NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-fato – questão de direito**. *Op. cit.*, p.274.

⁴⁹³ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica**. *Op. cit.*, p.163.

⁴⁹⁴ NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-fato – questão de direito**. *Op. cit.*, p.482.

⁴⁹⁵ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica**. *Op. cit.*, p.164.

⁴⁹⁶ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica**. *Op. cit.*, p. 165.

⁴⁹⁷ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica**. *Op. cit.*, p. 176ss.

⁴⁹⁸ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica**. *Op. cit.*, p. 205ss.

3.2.2.5 Perspectiva de Fredie Didier Jr.

Para Fredie Didier Jr. a distinção entre questão de fato e questão de direito posta pela doutrina tradicional não resolve o problema, já que muitas vezes, como demarcado pelas correntes anteriores, a questão de fato é determinada pela questão de direito, pois nesses casos o fato que estabelece uma questão é formado por outros fatos, inclusive fatos já qualificados pelo direito, fatos jurídicos. Diante desse impasse, esse autor indicou um critério distintivo que denominou funcional. Abandona por isso o critério que toma por ponto de partida o objeto da questão (fato ou direito). Para ele, seria questão de fato toda a matéria que dissesse respeito aos pressupostos fáticos da incidência, seja ela do ponto de vista do objeto, questão de fato pura ou de fato juridicizada. Nesse contexto, todos os elementos que compõem a causa de pedir em uma petição inicial seriam reputados questões de fato. Por outro lado, o que dissesse respeito à subsunção da norma ao suporte fático constituiria questão de direito.⁴⁹⁹

Argumenta que geralmente as questões de fato serão conhecidas mediante provocação, no entanto, na hipótese do art. 131 do CPC e do art. 462 do CPC, podem ser conhecidas de ofício.⁵⁰⁰ Com relação ao direito a situação se inverte, uma vez que as questões de direito são conhecidas de ofício. Em seu pensamento, as questões de fato se submetem a prova; já nas de direito vige a cláusula *iura novit curia*.

3.2.3 Análise crítica das perspectivas propostas: utilidade da teoria do enunciado dialógico

A simplicidade com que muitas vezes se coloca a distinção entre questão de fato e questão de direito esconde uma complexidade, como já restou demarcado. Na realidade, na maioria das vezes, a questão de fato envolve digressões de ordem jurídica, como ficou assente em boa parte da doutrina cotejada. Isso porque o elemento que compõe o suporte fático de uma norma jurídica, na maioria das vezes, é outro ou são outros fatos jurídicos, como, por exemplo, no fato jurídico pensão por morte previdenciária, que pressupõe um suporte fático complexo formado por quatro fatos jurídicos distintos: a morte do instituidor da pensão (fato jurídico *stricto sensu*); o fato de o *de cujus* ter sido segurado da previdência (ato-fato

⁴⁹⁹ DIDIER JR. Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 60-61. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I, *op. cit.*, p. 310.

⁵⁰⁰ Art. 131 do CPC. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 462 do CPC. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

jurídico); a condição de dependência jurídica do postulante da pensão em face do instituidor da pensão (ato-fato jurídico);⁵⁰¹ o ato de o postulante requerer a pensão (ato jurídico *stricto sensu*). Isoladamente, cada um é fato jurídico autônomo e, conjugados, formam outro fato jurídico, a pensão previdenciária por morte.⁵⁰² Percebe-se no exemplo que a questão fática se encontra totalmente imbricada com a questão jurídica, já que o fato jurídico é produto da incidência da lei sobre o suporte fático.

A questão de fato e a de direito, objeto da análise de diversos matizes, têm um ponto de contato que lhes é determinante: a vinculação de ambas ao direito. Mesmo a análise perpetrada pelo modelo clássico, como faz Karl Larenz, acaba por redundar no aspecto jurídico da questão de direito. Isso se dá porque a subsunção acaba se materializando nas quadras do mundo jurídico. Ademais, a justificativa para a separação se depara com situações de difícil dissociação, dada a simbiose das situações. Dessa forma, o fato que se dá no mundo fenomênico, ou suporte fático, usando o léxico pontiano, é definido pelo direito. Essa relação dificulta ou até mesmo impossibilita a distinção.

Quando se verifica o pensamento de Chäim Perelman a respeito, percebe-se que todo fato necessita ser valorado pelo prisma do direito. Mais uma vez a distinção sob o prisma do objeto da questão acaba se esvanecendo.

Com relação a Jerzy Wróblewski, constata-se sua postura analítica ao lidar com o fato, bem como a maneira como identificou enunciados que existiriam independentemente da sua vinculação jurídica, como é o caso dos fatos determinados descritivamente. Entretanto, os fatos, mesmo os que são determinados de forma descritiva, serão demonstrados segundo as regras de direito e não segundo as regras das ciências naturais. Assim, a determinação do enunciado de evidência é realizada conforme as regras do direito, pelo que as distinções estabelecidas pelo autor, de certa forma, dissipam-se. É relevante no autor, entretanto, a demarcação do fato como sendo enunciado, dissociando-o do evento que faz referência.

Com relação ao pensamento delineado por Castanheira Neves, percebe-se a nítida relação entre questão de fato e de direito, que as lança para as quadras do mundo jurídico. Já Fredie Didier Jr., percebendo a dificuldade que o critério tradicional ofertava, optou por tratar o problema indicando uma distinção meramente funcional, colocando em seu bojo, inclusive,

⁵⁰¹ A dependência meramente econômica não confere ao indivíduo direito a pensão. A dependência deve ser jurídica, e esta não implica dependência econômica. O cônjuge supérstite pode não necessitar da pensão, mas mesmo assim tem direito a ela. Pelo contrário, um terceiro que não seja dependente do segurado, na forma da lei, e a quem o ex-segurado por motivo de morte ajudava constantemente e dele dependia economicamente, não possui direito a pensão.

⁵⁰² DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. *Op. cit.*, p. 60.

elementos jurídicos. Usou a petição inicial como referência, mas não avança na distinção entre acontecimento e seu relato.

A análise feita pela doutrina exposta neste item não deixa de ter um caráter funcional, já que todas elas visam resolver problemas ligados ao direito positivo e essa opção passa ao largo do pensamento dos autores que identificam a necessidade e a utilidade da distinção para solucionar problemas referentes à prova ou referentes ao recurso, ou a ambos. A título de exemplo, Castanheira Neves usa a distinção com intuito de determinar o objeto do recurso de revista.⁵⁰³ Nesse contexto, a questão de fato e a questão do direito são grandezas do direito e é nele que devem ter sua regulação. A necessidade de sua distinção se dá para resolver problemas de cunho dogmático e, por isso, apresenta-se como conceito jurídico-positivo – aquele estabelecido por uma ordem jurídica em particular –⁵⁰⁴ e não como conceito lógico-jurídico – aquele identificado como sendo de caráter universal, determinante para todo e qualquer sistema jurídico.⁵⁰⁵ Com isso, o que irá definir a questão de fato e a questão de direito é a política legislativa vigente para resolver problemas referentes a recursos, referentes a prova, referentes a erro (de fato e de direito) etc.

As distinções lançadas apresentam argumentos importantes, sob o prisma objetivista, pois buscam encontrar marcas perenes que sejam capazes de distinguir um objeto do outro, porém muitas vezes os critérios estabelecidos se esvaem, tornando-se supérfluos. Percebe-se da análise da situação, bem como dos diversos pontos de vista lançados, que a distinção é demarcada por uma qualificação, e qualificar é atribuir qualidade, atribuir valor.⁵⁰⁶ Como visto, o valor é algo que se põe no enunciado, de forma intersubjetiva. É no enunciado que a conduta será valorada, por exemplo, como lícita ou ilícita, nada impedindo que aquilo que foi tomado como lícito em um enunciado possa ser, responsivamente, tomado como ilícito em outro momento discursivo, ou vice-versa. Essas possibilidades se colocam dialogicamente no enunciado e isso é visto constantemente no denominado processo cognitivo de produção judicial do direito em um mesmo processo. Retomando a distinção entre questão de fato e questão de direito, sob o ponto de vista dialógico, percebe-se que, como destacou Fredie

⁵⁰³NEVES, A. Castanheira. A distinção entre questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de Revista. In **Digesta**. Vol. 1. *Op. cit.*, p. 523.

⁵⁰⁴TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía del Derecho**. 14ª ed. México: Porrúa, 1998, p. 81-83.

⁵⁰⁵TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía del Derecho**. *Op. cit.*, p. 81-83.

⁵⁰⁶ Não se usa aqui a ideia de que o valor é uma categoria objetiva, ou seja, que ele está na capacidade que tem um objeto de influenciar outro objeto ou um sujeito, tornando possível assim a adaptação, como faz Pontes de Miranda ao construir conceito fundamental para sua teoria jurídica, já que vislumbra no direito um processo de adaptação social. Nesse contexto, valor é uma aptidão de um objeto e não ato do sujeito. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva do direito**. T. I, *Op. cit.*, p. 233-270).

Didier, o critério distintivo seria funcional. Aqui se opta por afirmar que o critério seria lógico-jurídico. Mas não só. Isso porque o critério lógico atende ao aspecto da sinalidade.⁵⁰⁷ No entanto, como é valor, aflora também o aspecto do sentido. Por essa razão os dois aspectos serão analisados, o do sinal e o do sentido, mas sem perder o foco de que um e outro compõem o signo em uma relação necessária, sendo separados apenas para fins de análise. No enunciado, são um.

Aspecto da sinalidade

Para se verificar a questão de fato e a questão de direito, do ponto de vista da sinalidade, devem-se verificar os aspectos sintático e semântico. O sintático remete à estrutura lógica da proposição jurídica enquanto estrutura hipotética condicional bimembre, determinante do gênero discursivo jurídico-positivo, como já delineado. Por essa razão, na aludida estrutura é possível identificar em que lugar as eventuais situações podem aparecer. Deve-se salientar, entretanto, que o aspecto proposicional sintático não aparece como categoria jurídico-positiva, mas lógico-jurídica, pois perene, estando assim no direito e não fora dele a identificação das aludidas questões. Resumindo: tanto a questão de fato quanto a questão de direito acabam por redundar em questão eminentemente jurídica. O fato é relevante para o direito porque ele, o direito objetivo, assim determinou normativamente. Nesse contexto, podem-se demarcar os antecedentes da norma como lugar do fato juridicamente relevante, seja ele o primário – aquele que estabelece os pressupostos da conduta lícita –, seja o secundário – aquele que estabelece em sentido amplo o ilícito. Deve-se ressaltar que também ingressará como antecedente da norma secundária, funcionando como ilícito em sentido amplo,⁵⁰⁸ qualquer situação que possa ser causa da atuação coercitiva judicial, como no caso da possibilidade de existência do ilícito, fato que ocorre na tutela inibitória.⁵⁰⁹ Mas não qualquer antecedente, senão aquele que se estabelece de forma concreta, isso porque os antecedentes abstratos estabelecem notas (tipos) que serão utilizados para identificar, no caso, os antecedentes concretos.

⁵⁰⁷ BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. *Op. cit.*, p. 209-210.

⁵⁰⁸ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 45.

⁵⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 3ª ed., rev., atual. São Paulo: RT, 2003, p. 190

Os antecedentes abstratos ingressam como questão de direito. São também questões de direito os aspectos que dizem respeito ao consequente tanto da norma primária como da norma secundária.

Por outro lado, será questão de direito a que estabeleça qual a norma abstrata e geral aplicável ao caso. É essa norma, abstrata e geral, que irá definir os contornos da questão de fato, já que determina o parâmetro da norma concreta e individual, a ser posta na decisão judicial apta a solucionar o caso. Além disso, aparecem como questão jurídica as consequências jurídicas imputadas aos fatos jurídicos lícitos e ilícitos. Sendo a norma jurídica aquela que delimita o fato, ela também delimita o direito, eficácia do fato jurídico, presente no consequente da norma primária. Nas palavras de Torquato Castro, “a norma é, assim, igualmente constitutiva da juridicização do fato e da juridicização da consequência que dela dimana”.⁵¹⁰

O caso de as questões denominadas de fato serem veiculadas mediante provocação e de as questões de direito serem conhecidas de ofício é um problema de política legislativa, podendo ser alterada, salvo se macular, no direito pátrio vigente, a imparcialidade – um dos pilares da garantia do juiz natural.⁵¹¹ Isso pode ser visto, por exemplo, no art. 128 do CPC, que exclui da cognição do magistrado as questões em que a lei exige iniciativa da parte.⁵¹² A *contrario sensu*, se a lei não exigir tal iniciativa, pode ser conhecida de ofício. Assim, a exigência da iniciativa da parte é excepcional, devendo ter interpretação restritiva ante a cognição plena, que é geral.

Aspecto do sentido

Passando agora para o campo do sentido, pode-se afirmar também que a questão de fato e a questão de direito são categoremáticas (variáveis) que compõem a norma jurídica. Assim, o fato que é objeto da cognição, logo de interesse do magistrado e das partes na resolução do problema, é o fato jurídico, e este é determinado no bojo da norma jurídica. Só se pode visualizar um fato jurídico no bojo de uma norma jurídica que o determina. Ademais, sendo o

⁵¹⁰ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 27.

⁵¹¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73-77.

⁵¹² Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

termo jurídico uma qualidade do fato, um valor, tem-se que este se coloca enquanto sentido em um enunciado. Assim, o fato é jurídico porque admitido como tal em um enunciado normativo.

Outro dado relevante, na situação, é que no enunciado, enquanto sentido, que uma determinada situação será qualificada como questão de fato ou de direito. Por isso que para alguns o que se constitui como questão de fato pode ser constituído como questão de direito, já que isso se põe em um enunciado concreto. Acrescente-se que nada impede que, em um mesmo processo, um dado seja admitido como questão de fato para determinado fim e em outro momento discursivo possa ser tomado como questão de direito.

Isso fica bastante marcado quando um recurso especial ou extraordinário é admitido ou não, pois a situação versa ou não a respeito de questão de fato ou de direito e, em grau de recurso, a situação é resolvida de forma distinta. Saliente-se que quando a situação é confirmada sempre o novo se coloca, já que a resposta emitida a um enunciado pode ser um rechaço, uma confirmação, uma complementação etc. Isso se dá porque a produção judicial do direito é estabelecida dialogicamente, aspecto que pouco tem sido levado em consideração nas análises perpetradas pela doutrina pátria, máxime a processual.

Por essa razão, as teorias que separam o fato do direito ou que buscam um critério meramente funcional para solucionar o problema distintivo entre eles acabam por perder o alcance que tal problema indica, já que o que se toma por fato ou por direito nada mais é que elementos compositivos da norma jurídica e do processo de concretização. Esse processo de concretização se constitui no bojo do enunciado dialógico, que é determinado no contexto do gênero normativo jurídico.

No próximo subitem, ainda tomando o objeto da cognição, a doutrina também analisa o que se denomina questões prévias.

3.2.4 Questões prévias: questões preliminares e questões prejudiciais

Encontra-se como objeto da cognição, além das denominadas questões de fato e questões de direito, algumas questões que se colocam de forma encadeada, de maneira que a solução da segunda depende da solução da primeira. Nessa cadeia de subordinação, as questões cujas soluções condicionam outras questões são denominadas prévias. Nada impede que duas questões funcionem de forma coordenada como condicionantes de outra; neste caso, ambas serão prévias, em face da questão subordinada. A determinação de uma questão

preliminar não se dá pelo seu conteúdo, mas pela posição que ocupa na relação subordinante e subordinada. Desta feita, podem as questões veicular tanto situação referente ao processo, como com relação ao mérito da causa. As questões prévias manifestam-se como preliminares e prejudiciais.⁵¹³

Denominam-se questões preliminares aquelas cujas soluções possam criar ou remover obstáculos para a apreciação da questão subordinada. Se a solução criar obstáculo, a questão subordinada não pode ser apreciada. Se a solução da preliminar implicar remoção do óbice, a questão principal poderá ser analisada.⁵¹⁴ Caracteriza ainda a preliminar o fato de que sua solução não possui o condão de influenciar no conteúdo da questão posterior.⁵¹⁵ Segundo Barbosa Moreira, as preliminares aparecem da seguinte forma: preliminares ao conhecimento do mérito da causa, de natureza processual (pressupostos processuais e condições da ação); preliminares recursais, que são necessárias para que haja ou não julgamento do recurso (requisitos de admissibilidade); preliminares de mérito, que embora digam respeito ao mérito da causa, impedem que prossiga em sua atividade cognitiva, como ocorre, por exemplo, com a prescrição.⁵¹⁶

Por outro lado, a solução da questão prejudicial, diferentemente da questão preliminar, tem por função estipular o modo de ser da questão subordinada, mas não condiciona a sua apreciação, como faz a questão preliminar.⁵¹⁷ Nas palavras de Antonio Scarance Fernandes, “a preliminar impede, impossibilita a decisão sobre a subordinada. A prejudicial condiciona o teor da decisão sobre a subordinada”.⁵¹⁸ São casos de prejudiciais: existência ou validade de casamento, em ação de divórcio; filiação, em ação de alimentos etc. A questão prejudicial pode ser interna – aquela que surge na mesma demanda em que está subordinada, como no caso de a parte ré arguir em sua defesa, em ação de divórcio, que não é casado com a parte autora – ou externa – aquela em que a questão surge em demanda autônoma.⁵¹⁹ A questão prejudicial também é classificada pela doutrina como homogênea, caso a questão diga respeito ao mesmo ramo do direito, e heterogênea, no caso de a questão

⁵¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Prejudicialidade**: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais. São Paulo: RT, 1988, p. 47-78. DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. *Op. cit.*, p.67. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I, *op. cit.*, p. 311.

⁵¹⁴ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. *Op. cit.*, p.67. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I, *op. cit.*, p. 311.

⁵¹⁵ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Preliminares, prejudiciais e mérito da causa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4145>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

⁵¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V (arts. 476 a 565), p. 679.

⁵¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 29-30.

⁵¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Prejudicialidade**. *Op. cit.*, p. 51.

⁵¹⁹ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. *Op. cit.*, p. 71.

prejudicial pertencer a ramo jurídico diferente.⁵²⁰ As aludidas distinções têm relevância prática, já que utilizadas para modificar competência, suspender processo etc.

Agora se analisa o que a doutrina demarca como questões de admissibilidade e questão de mérito.

3.2.5 Questões de admissibilidade e questões de mérito

Outra situação colocada pela doutrina e sintetizada por Fredie Didier Jr. diz respeito às questões de admissibilidade e às questões de mérito. O critério que utiliza para a distinção é o objeto das questões.⁵²¹ O aludido autor reúne na classe questão de admissibilidade – ou questão atinente à validade do procedimento – as questões referentes ao processo e as questões referentes às condições da ação.

Por sua vez, Kazuo Watanabe opta por um trinômio, já que mantém separadas as questões referentes às condições da ação e às referentes ao processo.⁵²² Para ele haveria as questões processuais, as questões das condições da ação e as questões de mérito. Há quem defenda um modelo com quatro combinações. É o caso de Celso Neves, que põe as questões de mérito ao lado das questões referentes às condições da ação e distingue aquilo que a doutrina processual denomina, em sentido amplo, pressupostos processuais, em pressupostos processuais – que correspondem aos pressupostos processuais de existência, como a capacidade de ser parte – e supostos processuais – equivalentes aos pressupostos processuais de validade, como a capacidade de estar em juízo.⁵²³

Opta-se pela construção dicotômica de Fredie Didier Jr., uma vez que as questões que dizem respeito às condições da ação e dos pressupostos processuais (existência e validade) têm em comum o fato de ser atinentes a requisitos de admissibilidade ao conhecimento do mérito da causa e, por essa razão, podem ser agrupadas em uma única classe.⁵²⁴

Com relação às questões de mérito, Fredie Didier Jr. faz uma subdivisão, uma subclasse, já que: (a) existem aquelas questões que serão solucionadas como fundamento da

⁵²⁰ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. *Op. cit.*, p. 71.

⁵²¹ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. *Op. cit.*, p. 71-72. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 314.

⁵²² WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 71-74.

⁵²³ NEVES, Celso. Binômio, trinômio ou quadrinômio? **Revista dos Tribunais**, vol. 517. São Paulo: RT, 1978, p. 11-16.

⁵²⁴ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. *Op. cit.*, p. 74. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 314.

decisão, como a causa de pedir, a defesa, a questão prejudicial (questão de mérito *stricto sensu*); (b) existem questões que se colocam como o próprio objeto litigioso.⁵²⁵

Ainda com relação ao mérito, adverte o mencionado autor que nada impede que uma questão seja de admissibilidade em relação a um procedimento e de mérito quanto a outro. Isso acontece, por exemplo, quando o objeto do recurso é a carência de ação. Noutros termos, naquele procedimento, o recursal, aquilo que em outro momento, no mesmo feito, era questão de admissibilidade, torna-se questão de mérito recursal.

No mesmo procedimento, entretanto, uma questão não pode ser, simultaneamente, questão de admissibilidade e questão de mérito,⁵²⁶ sob pena de ferir o princípio lógico da identidade.

3.3 Formas de cognição ou cognição do ponto de vista subjetivo

3.3.1 Aspecto bidimensional da cognição

No Brasil, tornou-se clássico o trabalho desenvolvido por Kazuo Watanabe acerca da cognição, principalmente quando o assunto se volta para as formas de cognição. Os autores que se debruçam no Brasil sobre o assunto se valem da lição difundida pelo processualista paulista acima indicado, tomando sua exposição como definitiva. A título de exemplo, pode-se perceber essa relação no trabalho de Alexandre Freitas Câmara,⁵²⁷ Cândido Rangel Dinamarco,⁵²⁸ Daisson Flach,⁵²⁹ Fredie Didier Jr.,⁵³⁰ Jean Carlos Dias,⁵³¹ José Carlos Barbosa Moreira,⁵³² José Henrique Mouta,⁵³³ José Roberto dos Santos Bedaque,⁵³⁴ Luiz Antônio Nunes,

⁵²⁵ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. *Op. cit.*, p. 74. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 315.

⁵²⁶ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. *Op. cit.*, p. 75. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I, *op. cit.*, p. 315-316. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. *Op. cit.*, p. 680.

⁵²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 269-279.

⁵²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63-65. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 143-144.

⁵²⁹ FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: RT, 2009, p. 80-84.

⁵³⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. V. 1. *Op. cit.*, p. 316-318.

⁵³¹ DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípios sistemático da fungibilidade**. 1ª ed., 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 90.

⁵³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Temas de direito processual civil**. 8ª série. Saraiva, 2004, p. 92.

⁵³³ MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. 2ª ed., rev., ampl., autal. Salvador: Podivm, 2010, p. 76-77.

⁵³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131.

⁵³⁵ Luiz Guilherme Marinoni, ⁵³⁶ Ovídio Baptista da Silva, ⁵³⁷ Ricardo Alessandro Castagna, ⁵³⁸ Ricardo Tinoco de Góes, ⁵³⁹ Betina Rizzato Lara⁵⁴⁰ etc. Por essa razão, dada a forma como a tese da cognição exposta por Kazuo Watanabe é seguida pela doutrina pátria, a sua análise se torna relevante para o desenrolar da presente tese.

Nesse ponto, o enfoque se volta para o modo como o magistrado irá analisar as questões que lhe são postas. Por essa razão se considera tal enfoque como sendo o aspecto subjetivo da cognição, ou simplesmente, do prisma de quem conhece o objeto litigioso. Até o momento perfilhou-se o aspecto objetivo da cognição, pois se visou delimitar como o objeto da atividade cognitiva se apresentava. Agora, a análise se dirige ao aspecto subjetivo do fenômeno. Esse modelo se apresenta como estrutura explicativa apta a demonstrar, procedimentalmente, a mudança no conteúdo decisório entre a tutela antecipada e a sentença que lhe é contrária, sem que isso implique quebra na estabilidade nas relações, fazendo preservar a segurança jurídica.

Para isso, analiticamente, Kazuo Watanabe vislumbrou a cognição sobre dois prismas, um horizontal e outro vertical. Ambos os aspectos não se apresentam de forma antagônica, mas são faces distintas da mesma moeda, atuando de forma conjunta, combinando-se. Desta feita o plano vertical não se apresenta só, mas combinado necessariamente com o horizontal. Por essa razão pode-se dizer que, do ponto de vista subjetivo, a cognição judicial se apresenta de forma bidimensional.⁵⁴¹ Analiticamente, passa-se a demarcar os aludidos planos, traçando as respectivas características.

3.3.1.1 Plano horizontal

O plano horizontal é delimitado pelo elemento objetivo da cognição. Ou seja, diz respeito a que questões o magistrado pode emitir o respectivo juízo. No caso, a cognição pode dizer respeito às questões de admissibilidade (condições da ação e pressupostos processuais –

⁵³⁵ NUNES, Luiz Antônio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.33-38.

⁵³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: RT, 1994, p.21-33.

⁵³⁷ SILVA Ovídio A. Baptista da. **Decisões interlocutórias e sentenças liminares. Sentença e coisa julgada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 298.

⁵³⁸ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. **Tutela de urgência: análise teórica e dogmática**. São Paulo, 2008, p. 97-110.

⁵³⁹ GÓES, Ricardo Tinoco. **Efetividade do processo e cognição adequada**. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 86-89.

⁵⁴⁰ LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. São Paulo: RT, 1993, p. 25-26.

⁵⁴¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 112-113.

existência e validade), bem como às questões de mérito.⁵⁴² Percebe-se assim que a cognição é delimitada pelo procedimento, isso porque são as regras de direito formal (normas de estrutura ou de competência) que estabelecem o que, quem, quando e como determinada norma será produzida.⁵⁴³ Nesse caso, no campo horizontal, a ênfase dada pela norma procedimental se dirige ao conteúdo ou, simplesmente, ao porquê da norma de estrutura. Trata-se de norma de estrutura, porque a cognição do magistrado é ato preparatório necessário para a produção da norma concreta e individual ou concreta e geral apta a solucionar o caso.

Com isso quer se afirmar que a lei sempre estabelece o objeto da cognição. Divide-se no plano horizontal a cognição em plena e parcial. Do ponto de vista pleno, o magistrado pode conhecer de qualquer questão que diga respeito à demanda, seja ela de admissibilidade, seja ela de mérito. Ao se reportar ao assunto, Luiz Guilherme Marinoni identifica na cognição plena a possibilidade de o magistrado conhecer todo o conflito de interesse.⁵⁴⁴ Do ponto de vista parcial, a lei estabelece um corte, retirando do campo cognitivo algum dos aspectos das questões que podem ser analisadas pelo magistrado. Na opinião de Luiz Guilherme Marinoni, sob o prisma parcial, alguns aspectos do conflito do interesse ficam de fora do campo cognitivo do magistrado.⁵⁴⁵ Percebe-se que Luiz Guilherme Marinoni coloca a questão do plano horizontal apenas focalizando a questão de mérito, enquanto a concepção de Kazuo Watanabe abrange tanto a questão de admissibilidade como a questão de mérito, sendo assim mais ampla, o que acaba por se apresentar mais pertinente, já que existe cognição com relação às questões de admissibilidade, tanto que sobre elas o magistrado emite juízo de valor que pode, inclusive, impedir o avanço da marcha processual.

Deve-se ressaltar que da plenitude não resulta que o magistrado esteja livre para conhecer qualquer matéria. Não se trata de ausência de limites. Eles existem e são estabelecidos pelas normas de estruturas que regulam a produção judicial do direito. Por isso, deve-se ler a plenitude da cognição como aquela que tenha como objeto todas as questões de admissibilidade e de mérito possíveis, do ponto de vista jurídico, isso porque as regras processuais proibem, por exemplo, que o magistrado conheça de matéria não trazida aos autos pelas partes, quando a lei exigir sua iniciativa (art. 128 do CPC).⁵⁴⁶ Ademais, existem questões que determinado magistrado jamais poderá delas conhecer, porquanto a lei dele suprime tal possibilidade. Exemplo lapidar é a questão da constitucionalidade, que o juízo de

⁵⁴² WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 111-112.

⁵⁴³ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Trad. Genaro Carrió. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997, p. 43.

⁵⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 21-22.

⁵⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 21-22.

⁵⁴⁶ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

primeiro grau só pode conhecer como questão prejudicial, nunca como questão principal, seja na cognição parcial, seja na cognição plena. Assim, tanto na cognição plena como na parcial existe delimitação imposta pelas regras de direito formal, não sendo apropriado atribuir à expressão pleno o sentido de ilimitado, já que é procedimentalmente regulado.

A regulação procedimental da cognição, por motivos mais fortes, aparece no plano parcial da cognição, do ponto de vista horizontal. Isso porque a lei exclui do campo cognitivo do julgador alguns aspectos das questões que normalmente ele poderia analisar. Mesmo que as partes coloquem para o magistrado as questões que o procedimento lhe subtraiu, não lhe cabe emitir juízo, já que a norma de estrutura ou de direito formal não lhe confere tal competência. Isso não quer dizer que em outro momento, em outro procedimento, a questão suprimida não possa ser objeto de seu conhecimento. O que se quer afirmar é que, naquele procedimento, o magistrado não tem poder para conhecer aquela ou aquelas questões, como ocorre no procedimento de desapropriação, em que o magistrado só pode emitir juízo de valor sobre a questão referente ao preço e à nulidade processual.⁵⁴⁷ Passa-se, agora a traçar os contornos da outra dimensão cognitiva, a vertical.

3.3.1.2 Plano vertical

Com relação ao plano vertical, a análise das questões toma como foco o nível de profundidade adotado pelo julgador ao conhecer a matéria. Kazuo Watanabe identifica três níveis de profundidade: a rarefeita, a sumária e a exauriente. Com relação à rarefeita, o jurista paulista reputa-a mais tênue, daí sua denominação. Ela é efetivada na execução, por exemplo, já que aí o magistrado é chamado a emitir juízo de valor sobre as questões identificadas como de admissibilidade (condições da ação e pressupostos processuais).⁵⁴⁸ Como as questões pertinentes à admissibilidade dizem respeito a qualquer procedimento, a análise cingir-se-á à cognição sumária e exauriente. Vale salientar, por oportuno, que Luiz Guilherme Marinoni, que lida apenas com questões de mérito, põe a cognição em três níveis, incluindo, além da sumária e da exauriente, uma mais tênue, que denomina superficial, típica dos juízos de verossimilhança, que define como aquela em que se admite uma alegação como possível e aceitável antes de a prova ser produzida, mas que será oportunamente produzida, no curso do

⁵⁴⁷ Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta. DL nº 3.365/41.

⁵⁴⁸ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 112.

procedimento.⁵⁴⁹ Ou seja, aceita-se a assertiva, ainda que no momento a prova não tenha sido apresentada ao magistrado. Não deixa de ser um ato de confiança. O referido autor reserva à cognição sumária àquela que tem por pauta a prova, juízo de probabilidade, como ocorre nas liminares em mandado de segurança.⁵⁵⁰

Em ambos os autores, há a cognição sumária⁵⁵¹ e exauriente. Com relação à cognição exauriente, pode-se afirmar que é aquela com a qual o magistrado emitiu um juízo de valor definitivo sobre a lide, passível de produzir coisa julgada material, como ocorre, por exemplo, nos ritos ordinários, sumários e dos juizados especiais.⁵⁵² É na cognição exauriente que se encontra a possibilidade de estabilização da decisão mediante a coisa julgada material. Com relação a esse modo de cognição, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a lide submetida a esse modelo cognitivo não mais será objeto de análise em outro processo.⁵⁵³

Já na cognição sumária, a análise aparece de forma menos aprofundada, típica dos juízos de probabilidade. O que caracteriza a cognição sumária é a existência de prova apta a demonstrar, ainda que de forma inicial, a alegação sobre o fato. A cognição sumária, por não emitir um juízo definitivo sobre a lide, enquanto conflito de interesse,⁵⁵⁴ não tem o condão de fazer coisa julgada material.⁵⁵⁵ Justifica-se o uso da cognição sumária no caso de urgência, decorrente de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou de existência de demonstração processual do direito pleiteado (evidência), ou ainda no caso de ocorrência de ambas as situações (urgência e evidência).⁵⁵⁶ Ela é utilizada para concessão de tutela cautelar e antecipada. Ou seja, seu uso visa garantir e positivar a efetividade da tutela jurisdicional, evitando os males que a demora pode causar ao bem jurídico a ser protegido pela ordem jurídica.

Até agora se falou de sumariedade enquanto sua forma material. Há, entretanto, uma sumariedade em sentido formal, que consiste na abreviação de procedimento.⁵⁵⁷ Essa abreviação pode decorrer de política legislativa do Poder Legislativo ordinário, como ocorre no rito sumário e nos juizados, ou por imposição do próprio sistema constitucional, como no

⁵⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 22 e 25.

⁵⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 25-26..

⁵⁵¹ Kazuo Watanabe usa o termo sumário como sinônimo de superficial. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 112. Já Luiz Guilherme Marinoni, como visto, coloca como categoria autônoma, sendo a cognição sumária distinta da cognição superficial.

⁵⁵² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 316-317.

⁵⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 22.

⁵⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999, p. 108.

⁵⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 25. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 317.

⁵⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 317.

⁵⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 61.

caso do *habeas corpus* e do mandado de segurança, que será objeto de análise em capítulo próprio. No rito sumário e nos ritos especiais pode haver tanto cognição sumária (no plano material) como cognição exauriente.

No intuito de adequar o procedimento ao direito material que se pretende tutelar, o legislador tem ultimado combinações entre os planos horizontal e vertical.⁵⁵⁸ Trata-se de problema de política legislativa. Passa-se agora a verificar, no campo subjetivo da cognição, os dois planos: o vertical e o horizontal.

3.3.2 Combinação dos dois planos

3.3.2.1 Cognição plena e exauriente

A partir do ponto de vista horizontal, qualquer questão delimitada pela regra de estrutura pode ser conhecida pelo magistrado, que do ponto de vista vertical é pautado em um juízo de certeza, devendo-se lembrar que a certeza deve ser vista de acordo com os contornos estabelecidos pelo sistema jurídico.⁵⁵⁹ Esse tipo de combinação é a regra geral no processo e nele se prestigia a segurança jurídica, mediante a possibilidade de estabelecer a coisa julgada material. Pode-se ver a aludida combinação nos ritos ordinários, sumários, bem como no procedimento dos juizados especiais.⁵⁶⁰

3.3.2.2 Cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*

Uma forma peculiar de cognição plena e exauriente é a que toma como critério definidor do procedimento a eventualidade da prova. Isso acontece no caso do mandado de segurança, já que a cognição exauriente depende necessariamente da existência de prova pré-constituída.⁵⁶¹ A inexistência ou a insuficiência da prova não permite que se produza cognição aprofundada apta a emitir um declaração capaz de fazer coisa julgada material.⁵⁶²

⁵⁵⁸ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 113.

⁵⁵⁹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 113.

⁵⁶⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 113 e 115. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 317.

⁵⁶¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 118-119.

⁵⁶² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 317.

3.3.2.3 Cognição parcial e exauriente

Com relação ao plano horizontal, tem-se uma limitação cognitiva, como já assinalado. O direito positivo pré-exclui matérias do conhecimento do magistrado. No entanto, do ponto de vista vertical, o magistrado emite juízo de certeza. Na presente combinação, dada a profundidade da cognição, do ponto de vista vertical, tem-se a possibilidade de a decisão ser estabilizada mediante a coisa julgada material.⁵⁶³ Isso acontece, por exemplo, no caso da ação de desapropriação, em que o magistrado está adstrito a conhecer apenas matéria referente a preço e questões procedimentais.

As demais matérias, mesmo que aduzidas, não poderão ser apreciadas pelo magistrado naquele processo, cabendo ao interessado, caso queira, questionar a nulidade do decreto expropriatório, por exemplo, buscar guarida em demanda autônoma.

3.3.2.4 Cognição eventual plena ou parcial e exauriente *secundum eventum defensionis*

Neste caso, a depender da situação, pode haver, do ponto de vista horizontal, cognição plena ou parcial, mas ambas exaurientes, a depender da eventualidade da defesa. No caso, só haverá cognição se o demandado exercitar o contraditório. Isso ocorre quando do procedimento que disciplina a prestação de contas (art. 914 a 919 do CPC), bem como com relação ao procedimento monitório (art. 1102-A a 1.102-C do CPC).⁵⁶⁴

3.3.2.5 Cognição plena e sumária

Os procedimentos que veiculam cognição plena podem vir a permitir a possibilidade da concessão de tutelas baseadas em cognição sumária, como é o caso da tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC, na hipótese de liminar em mandado de segurança etc.

⁵⁶³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 317.

⁵⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 317.

3.3.2.6 Cognição parcial e sumária

Nos ritos que contemplam cognição, no plano horizontal, parcial, também é possível a existência de prestação jurisdicional com base em cognição sumária. É o que ocorre, por exemplo, na liminar de imissão de posse, na ação de desapropriação.⁵⁶⁵

3.3.3 Relação de interdependência da cognição sumária e da exauriente

A cognição sumária e a exauriente se mostram no processo em uma relação de interdependência. Isso porque o provimento que toma por base uma cognição sumária pode veicular tanto uma tutela cautelar como uma tutela antecipatória. Em ambos os casos, a cognição exauriente se coloca ora para tornar definitivo aquilo que se apresenta como decisão provisória (proveniente da cognição sumária) e, por essa razão, não vincularia o magistrado ao proferir a decisão final,⁵⁶⁶ ora para tornar definitiva uma decisão cujo direito está temporariamente protegido por meio de decisão cautelar.

Esclareça-se que temporário “é o que dura determinado tempo”;⁵⁶⁷ já o provisório “é o que, por algum tempo serve, até que venha o ‘definitivo’”. O temporário se define em absoluto apenas em face do tempo; ‘provisório’, além do tempo, exige a previsão de outra coisa em que se sub-rogue”.⁵⁶⁸ O caráter temporário é tomado por Ovídio Araújo Baptista da Silva como sendo a nota essencial da cautelar.⁵⁶⁹ Por essa razão, o cautelar e o antecipatório são definidos pela função, ocorrendo que o primeiro não satisfaz e o segundo satisfaz, ainda que de forma provisória.⁵⁷⁰ No caso da cautelar, a decisão que possua essa característica não será substituída pela decisão veiculada em decisão exauriente, já que possui objetos distintos. O objetivo dessa tese é analisar justamente o problema da passagem da cognição sumária, veiculada na tutela de cunho provisório, e a tutela de cunho definitivo. É digna de nota a ponderação efetuada por Ovídio Araújo Baptista da Silva, quando afirma:

⁵⁶⁵ Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens. DL nº 3.365/41.

⁵⁶⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil: processo cautelar** (tutela de urgência). 4ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. 2, p. 33.

⁵⁶⁷ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de preparação**. 3ª ed. São Paulo: Sugestões literárias, 1966, p. 16.

⁵⁶⁸ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas**. *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁶⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2, *Op. cit.*, p. 49-60.

⁵⁷⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil: processo cautelar e tutela de urgência**. Vol. 2, *Op. cit.*, p. 28.

Ao contrário dessa doutrina, entendemos que pode haver **decisões provisórias** sobre a lide, tomadas com base num juízo de *verossimilhança* sobre a existência do direito, as quais, sendo provisórias, não vinculam o juiz na sentença final, podendo por este revogada livremente.⁵⁷¹ (Destaques no original).

Da mesma forma, mas sobre outras premissas, será o pensamento de Alfredo Buzaid, ao afirmar que “o juiz que concede a liminar não é obrigado a mantê-la no momento de proferir a sentença final, em que reconhece ou nega o direito invocado pelo impetrante”.⁵⁷² Trata-se de regra processual que permite ao magistrado alterar a decisão. Percebe-se que se está diante de mero critério jurídico positivo.

O fato de haver possibilidade plena de revogação da decisão que concede provimento com base em cognição sumária não quer dizer que não haja interdependência, já que a cognição exauriente é vista pela doutrina como um grau mais elevado do que a cognição sumária, porquanto se passa de uma cognição menos aprofundada para uma cognição mais aprofundada.⁵⁷³ A relação é entre menor e maior. Esse aprofundamento, em tese, até para manter a coerência, deveria confirmar, em regra o estabelecido inicialmente, já que ambos possuem por lastro a prova. Como se verá em momento oportuno, a mudança nas decisões é tão comum que não será lícito afirmar que em regra haja uma confirmação no momento da denominada certeza preconizada na cognição exauriente.

Sob o prisma do dialogismo, a passagem não se coloca sobre o prisma do aprofundamento, mas como consequência normal do processo enunciativo, já que cada enunciado uma vez posto se coloca para o outro prenhe de resposta. A resposta, como demarcado no primeiro capítulo pode ser uma concordância ou um rechaço.

3.4 Próximo capítulo

Percebeu-se até então que a cognição do magistrado passa pela valoração do fato, no bojo do enunciado. Essa valoração decorre da prova. Além disso, a prova, no mandado de segurança, ganha contornos especiais, uma vez que se trata de um procedimento que exige sua existência sob a forma pré-constituída. Por essa razão, a categoria prova merece ser analisada,

⁵⁷¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil**: processo cautelar e tutela de urgência. Vol. 2, *Op. cit.*, p. 33.

⁵⁷² BUZOID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 37.

⁵⁷³ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 112. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 23. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 317.

já que se apresenta como enunciado jurídico, em sentido amplo, apto para fundamentar a decisão jurídica.

4 A PROVA E O FATO NAS SENDAS DA COGNIÇÃO PROCESSUAL

4.1 Palavras iniciais

Como adverte Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a cognição como técnica apresenta nítida relação com o relevante tópico do processo denominado prova, uma vez que é nela que será estabelecido o que o magistrado pode conhecer, delimitando-se assim o objeto da prova. A determinação do que se pode conhecer acaba por delimitar a atuação da parte. A delimitação da prova pode servir de critério para definir o tipo procedimental, como ocorre no procedimento monitorio e no mandado de segurança, objeto de análise nesta tese. Acrescente-se, ainda, que o tipo de cognição pode possibilitar ou não ao magistrado a dispensa de parcela da prova que pode ser produzida, ao argumento de reputar o fato já suficientemente provado.⁵⁷⁴ No mesmo sentido, é o escólio de Kazuo Watanabe,⁵⁷⁵ Dhenis Cruz Madeira etc.⁵⁷⁶

Essa íntima relação entre prova e cognição fica patente no mandado de segurança que tem seu procedimento pautado na existência de um tipo específico de prova, a prova pré-constituída, que será objeto de análise em momento próprio. Por essa razão, dada a relação entre prova e cognição, o objeto deste capítulo toma a prova como seu objeto de análise. A começar, a questão que envolve a polissemia do termo prova, que gera problemas na demarcação de seu objeto.

4.2 A polissemia do termo prova

Quando se põe a questão da cognição no processo, um dos pontos que aparecem em destaque é o referente à prova, já que ela, em regra, dirige-se ao fato. Essa relação, prova e fato, na maioria das vezes, é posta pela doutrina como condição para cognição, foco da tese que ora se desenvolve. Por essa razão, passa-se a analisar a categoria prova, que se apresenta como categoria polissêmica, como salientou Fabiana del Padre Tomé, que identificou a existência de cinquenta e sete possibilidades significativas para o aludido termo.⁵⁷⁷

Dada a natureza polissêmica da prova, Fabiana del Padre Tomé indica diversas acepções em que o aludido termo aparece no linguajar jurídico. Sua pesquisa vai além da já

⁵⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009, p. 60-62.

⁵⁷⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed., atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 58-59.

⁵⁷⁶ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**. *Op. cit.*, p. 173.

⁵⁷⁷ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 65-66.

clássica tríade delineada pela doutrina, qual seja: prova como ato de provar; prova como meio de prova; prova como resultado dos atos de prova.⁵⁷⁸ Transcende também a versão que a identifica como instrumento de demonstração de algo, confrontação, convencimento, enunciado de ocorrência de um acontecimento;⁵⁷⁹ bem como a concepção que vislumbra a prova como instrumento para conhecimento do fato; como procedimento; como atividade lógica para o conhecimento do fato; resultado da atividade lógica de conhecimento.⁵⁸⁰ Veicula em sua análise as seguintes acepções da prova: procedimento; produto; enunciação; enunciado; fato; norma; signo; mensagem; relação de implicação; elemento constitutivo do fato jurídico; meio de convencimento; demonstração; experiência; certificação; e meio de prova. Dada a quantidade de sentidos diversos indicados para o termo prova, necessário se faz que se pormenorize cada um.

Como relatado, o primeiro dos sentidos indicados foi prova como procedimento. Tal acepção não aparece só, já que se coloca em relação com outro, que é a prova como produto, segundo sentido acima articulado, pelo que ambos serão verificados em conjunto. Como procedimento, a categoria prova aparece como uma sequência de atos concatenados cuja finalidade é constituir ao final um produto que será o relato probatório. Quando se coloca a prova como procedimento, esta é considerada feito um conjunto de normas que organizam a forma como a prova produto será admitida no sistema jurídico, e como ela será valorada.⁵⁸¹ Como procedimento, a prova aparece tal se fosse norma de estrutura, ou norma competência, que segundo Norberto Bobbio é “o modo pelo qual se devem produzir as regras”.⁵⁸² É da aplicação da aludida norma de estrutura ou de competência que surgirá um produto, a prova. Tem-se assim que as regras de produção que estipulam o modo como a prova testemunhal, a prova pericial etc. serão constituídas, no processo, resultam no procedimento prova.⁵⁸³ Nas palavras de Maria Rita Ferragut, “prova é procedimento, conjunto ordenado de atos e fatos jurídicos sucessivos ou instantâneos, sequenciais ou não, que visam demonstrar a ocorrência

⁵⁷⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol. I. 2ª ed., correta, e atual. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 11-12. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente e antecipação dos efeitos da tutela**. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2010, vol. 2, p. 43. CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: RT, 2001, p. 41.

⁵⁷⁹ HOFFMANN, Susy Gomes. **Teoria da prova no direito tributário**. São Paulo: Copola editora, 1999, p. 61.

⁵⁸⁰ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3ª ed. Napoli: Jovene Editores, 1999, p. 430.

⁵⁸¹ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 68.

⁵⁸² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1ª reimp. Brasília: Polis e Editora Universidade de Brasília, 1990, p. 33-34. No mesmo sentido, ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Trad. Genaro Carrió. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997, p. 43.

⁵⁸³ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 69.

de eventos descritos em um fato”.⁵⁸⁴ Percebe-se, na definição de prova como procedimento, a inclusão do produto, já que o fim do procedimento é a demonstração do fato.

Outra forma de uso do termo prova também se coloca de forma relacional. É o que ocorre na versão da prova como enunciação e seu correlato enunciado, que é tomado sob a perspectiva estruturalista, já exposta. De certa forma, quando se trata da prova como enunciação, está-se tratando de um aspecto procedimental, já que sendo a enunciação um ato tendente a pôr o enunciado, acaba por conferir-lhe tal caráter. Trata-se de outra maneira de ver a questão, e nesse ponto o termo prova é utilizado ora para designar a enunciação, ora para designar o enunciado. A dicotomia processo e produto mais uma vez se instaura. Ao analisar o enunciado e a enunciação, Fabiana del Padre Tomé parte da corrente teórica que vê na enunciação um ato que se perde no tempo e no espaço. Por ser efêmera, a única forma de aproximação do sujeito cognoscente ao aludido fenômeno será efetivada pela análise das marcas que a enunciação deixa no enunciado, no caso os dêiticos. Com relação aos dêiticos, termo de origem grega que significa aquilo que mostra ou demonstra,⁵⁸⁵ na lição de Gabriel Ivo, estes se apresentam como as marcas que ficam no texto, tendo por função revelar (demonstrar) o processo de enunciação.⁵⁸⁶

A prova enquanto enunciado é o produto do ato de provar – que não deixa de ser uma espécie do gênero enunciação. Segundo José Luiz Fiorin, é a “instância constitutiva do enunciado”.⁵⁸⁷ Nesse contexto, o enunciado pressupõe a enunciação.⁵⁸⁸ No direito, os dêiticos indicam o processo de produção, mas com este não se confunde. Não deixa de ser uma forma de prova de que houve um processo enunciativo, quem o fez, quando fez e como fez. No bojo do enunciado há tanto o seu conteúdo como as marcas que indicam o processo produtivo. Na análise da prova enquanto enunciado, duas indicações se estabelecem, já que:

- a – há no produto aquilo que se quis produzir, denominado enunciado enunciado, e
- b – a enunciação enunciada ou enunciação narrada, que é “o simulacro que imita, dentro do discurso, o fazer enunciativo”.⁵⁸⁹

Noutros termos, há no produto tanto o que se quis produzir, denominado enunciado enunciado, quanto as marcas que remetem ao processo enunciativo (dêiticos), que funcionam

⁵⁸⁴ FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 47.

⁵⁸⁵ Dêitico ou dêixis – “faculdade que tem a linguagem de designar demonstrando e não conceituando”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. *Op. cit.*, p. 531.

⁵⁸⁶ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. *Op. cit.*, p. 68.

⁵⁸⁷ FIORIN, José Luiz. Enunciação e Construção de Sentido. In **Aulas de Português – Perspectivas Inovadoras**. (Org. André Valente). Petrópolis: Vozes, 1999, p. 1999, p. 170.

⁵⁸⁸ FIORIN, José Luiz. Enunciação e Construção de Sentido. *Op. cit.*, p. 171.

⁵⁸⁹ GREIMAS, A. J.; COUTÉS, J. **Dicionário de semiótica**. Trad. Vários tradutores. São Paulo: Contexto, p. 68.

como enunciação enunciada.⁵⁹⁰ Conforme afirma José Luiz Fiorin, no campo da linguística os dêiticos identificam, no processo enunciativo, o lugar, o tempo e a pessoa. Ou seja, onde o enunciado foi produzido (lugar), quando foi produzido (tempo) e quem o produziu (pessoa).⁵⁹¹

Ainda sob o prisma do enunciado, Fabiana del Padre Tomé analisa a prova como o sentido construído pelo intérprete a partir do enunciado, aqui visto como a expressão material do signo, tais como a grafia das palavras no papel, a fotografia, a imagem veiculada através de dvd ou outro meio digital etc.⁵⁹²

Sob outra perspectiva, a prova aparece para Fabiana del Padre Tomé como sendo o fato. Por ser o termo fato também polissêmico, a autora o qualifica como o produto daquilo que denominou enunciação. Destarte, a prova enquanto enunciado enunciado é tratada como fato. O aludido enunciado, agora fato, manifesta-se no plano dogmático como fato jurídico. Para evitar ambiguidades, denomina prova como fato jurídico em sentido amplo. A referida autora explica a denominação alegando que se trata de fato, pois relata acontecimento pretérito (fato, do latim *factu*, equivale a feito, realizado, ação feita etc.,⁵⁹³ por isso se reporta ao passado, já que fato é feito e não aquilo que se fará); é jurídico, já que integra o sistema jurídico positivo; é em sentido amplo, porque em conjunção com outros irá formar a convicção do intérprete, apta a constituir o fato jurídico em sentido estrito, aquele que ingressa como antecedente da norma jurídica.⁵⁹⁴ Percebe-se que a autora não usa a expressão fato jurídico em sentido estrito, como faz Pontes de Miranda, que a utiliza para identificar os fatos jurídicos em que os atos humanos não ingressam em sua composição, ou seja, aqueles que possuem, como núcleo do suporte fático, um evento da natureza, tal qual o nascimento, a morte etc.⁵⁹⁵

É interessante notar que Fabiana Tomé del Padre, ao se deparar com a prova, enquanto fato, elabora uma cadeia casual de implicação em que o fato alegado, em combinação com as provas (fatos jurídicos em sentido amplo), redundará implicativamente no fato jurídico em sentido estrito. Para isso formula o seguinte encadeamento: “[Fa . (F1 . F2 . F3. ... Fn)] → Fj”.⁵⁹⁶ Desformalizando: Fa (fato alegado); “.” (conector conjuntivo); F1, F2,

⁵⁹⁰ FIORIN, José Luiz. **As astúcias da enunciação**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 36.

⁵⁹¹ FIORIN, José Luiz. **As astúcias da enunciação**. *Op. cit.*, p. 36-37.

⁵⁹² TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 70.

⁵⁹³ HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª ed., rev. e ampl. 36ª reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p.761.

⁵⁹⁴ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 71.

⁵⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. T. II. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1983, p. 187.

⁵⁹⁶ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 71.

F3 e Fn (provas ou fatos jurídicos em sentido amplo); “→” (conector implicacional); Fj (fato jurídico em sentido estrito).⁵⁹⁷ Estabelece que a conjunção dos diversos fatos levará à conclusão de que o fato alegado é verdadeiro. Salienta que essa verdade é relativa, já que depende do raciocínio de quem analisa a prova.⁵⁹⁸ Mais. Tal análise se põe no bojo da técnica cognição.

Pode-se perceber que no contexto apresentado o termo prova pode designar: o fato de provar (ação); o fato provado (resultado); o fato que causa o convencimento do julgador acerca da verdade de outro fato; a própria convicção provocada na consciência de quem julga.⁵⁹⁹ A polissemia é imensa e acaba por escancarar as portas para possíveis ambiguidades.

Ainda com relação à prova, esta pode aparecer designando uma norma. Tal aspecto já fora mencionado quando se tratou da prova como procedimento e a questão norma foi veiculada. Entretanto, aqui o aspecto normativo não é posto apenas naquele sentido. A partir da formulação veiculada na prova como fato, percebeu-se a existência de um encadeamento formalizado. Isso levou Fabiana del Padre Tomé a analisar a prova como norma. Afirma que, simultaneamente, a prova é fato e norma, já que se estabelece como as diversas proposições irão intervir na constituição do fato jurídico em sentido estrito.⁶⁰⁰

Além disso, a prova apresenta-se como norma de estrutura, enunciação, porquanto estabelece o sujeito, o tempo, o modo e o local em que o enunciado probatório será produzido.⁶⁰¹ No campo polissêmico em que a prova se insere, outra vertente se coloca. É a prova como signo linguístico. A autora trabalha signo como aquilo que representa algo, no processo comunicacional.⁶⁰² Nesse contexto, a prova aparece como signo do fato, aqui posto como fato alegado, relato. É o fato signo do evento – acontecimento que se dá no mundo fenomênico.⁶⁰³ Afirma que a representação não é total, pois esta, enquanto codificação, representa parcialmente o universo.⁶⁰⁴

Acrescenta, nesta quadra, as diversas formas de manifestação do signo. A primeira é o **ícone** – possui similitude com o objeto representado, *e. g.*: fotografia, estátua, pintura etc. –; a segunda forma é o **índice** – mantém algum vínculo existencial com o objeto representado, *e. g.*: fumaça indica fogo, febre indica infecção etc. –; e, por última maneira, o **símbolo** – possui

⁵⁹⁷ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 71-72.

⁵⁹⁸ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 72.

⁵⁹⁹ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 72.

⁶⁰⁰ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 73.

⁶⁰¹ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 73.

⁶⁰² TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 73.

⁶⁰³ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 74.

⁶⁰⁴ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 75.

relações convencionais com o objeto, *e. g.*: as palavras.⁶⁰⁵ Percebe-se desta feita que as provas testemunhais, periciais e documentais, veiculadas em palavras, compõem o universo sógnico simbólico, como adverte Tércio Sampaio Ferraz Júnior.⁶⁰⁶ Já as fotografias e filmagens ingressam na categoria iconográfica.

Ainda na perspectiva do signo, como demarcado por Fabiana del Padre Tomé, este pode ser analisado sob o prisma sintático – analisa as formas de relação das provas entre si –, semântico – relação entre a prova e o fato alegado –, e pragmático – relação entre a prova e o valor que seus utentes lhe atribuem.⁶⁰⁷ É interessante perceber que a valoração da prova escapa ao aspecto semântico e sintático, colocando-se no plano pragmático da linguagem.

Há também a veiculação da prova como mensagem. Esta se coloca como informação transmitida, ou seja, uma sequência de signos teleologicamente organizados a partir de um código, veiculado por um transmissor a um receptor.⁶⁰⁸

A plurissignificação do termo prova acaba por colocá-lo no campo da relação de implicação que une o fato que se pretende provar e a própria prova. Aparece nesta situação a questão da verdade, uma vez que a proposição implicada será verdadeira, caso a proposição implicante também seja.⁶⁰⁹ Com base nisso, Fabiana del Padre Tomé irá afirmar que se há prova constituída segundo as regras estabelecidas pelo direito, então se terá por existente o fato jurídico alegado.⁶¹⁰

Até agora se percebe a íntima ligação ultimada pela autora entre prova e verdade. Como se verá, esse elo se repetirá em boa parte dos autores que lidam com a prova. Entretanto, retomando a polissemia, a prova é também colocada para designar o elemento constitutivo do fato jurídico. Isso se dá porque a prova, em sua relação com o fato alegado, vai além da mera forma de averiguação da verdade dos fatos. Ela ingressa como fato cuja existência é indispensável para a constituição do denominado fato jurídico em sentido estrito.⁶¹¹ Ademais, é o fato jurídico que compõe o antecedente concreto da norma jurídica. Aqui, uma distinção: embora a prova seja fato jurídico em sentido amplo, não ingressa como antecedente da norma jurídica concreta, já que não é fato jurídico estrito. A aludida distinção,

⁶⁰⁵ ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. Fato e Evento Tributário – Uma Análise Semiótica. In **Curso de Especialização em Direito Tributário** – Estudos Analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 336.

⁶⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 257ss.

⁶⁰⁷ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 77.

⁶⁰⁸ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 78.

⁶⁰⁹ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 79.

⁶¹⁰ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 79.

⁶¹¹ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 79.

entretanto, não retira da prova o caráter de fato jurídico, e mais, sua configuração é condição para a concretização do fato jurídico em sentido estrito.⁶¹²

No que se refere ao plano pragmático da linguagem, acima apontado, a prova aparece como instrumento utilizado para produzir o convencimento. Trata-se de uma das funções primordiais da prova, qual seja influenciar a convicção do destinatário.⁶¹³ Tércio Sampaio Ferraz Jr., além de encontrar na prova uma vinculação com o ético, uma vez que a expressão prova decorre do latim *probus*, que originou o termo prova e probó (honesto), percebe nela dois sentidos. O primeiro se apresenta de forma objetiva e tem por finalidade demonstrar a existência do fato ocorrido. Já o segundo sentido se mostra de caráter subjetivo e consiste em aprovar ou fazer aprovar.⁶¹⁴ Adianta:

Fazer aprovar significa a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento dos fatos em sentido favorável (o que envolve questões de justiça, equidade, bem comum etc).⁶¹⁵

A questão do convencimento está atrelada ao aspecto subjetivo da prova. Neste aspecto a prova será tomada como pressuposto para a formação da convicção do julgador, visando assim extirpar a dúvida.⁶¹⁶

A quadra polissêmica da prova ainda indica outra versão, que é a prova como demonstração. Aqui, a prova terá relação direta com a plêiade de instrumentos e de recursos aptos a atestar a verdade de um fato. A mencionada versão envolve desde as operações lógico-matemáticas até as construções retórico-discursivas que engendram muitas vezes as peças processuais.⁶¹⁷

A prova também serve como “contraprova” ou prova contrária. Neste caso, sua função não é atestar a existência, mas a inexistência de um fato, como ocorre com a prova de uma exceção de direito material, como aquelas tendentes a demonstrar a existência de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos da pretensão do autor.⁶¹⁸ A prova, assim, apresenta uma função constitutiva negativa, buscando destruir um argumento.⁶¹⁹ Neste caso a prova se apresenta como linguagem exercendo função afásica, ou seja, aquela que consiste em um

⁶¹² TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 79-80.

⁶¹³ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 79-80.

⁶¹⁴ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. *Op. cit.*, p. 318.

⁶¹⁵ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. *Op. cit.*, p. 318.

⁶¹⁶ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 80-81.

⁶¹⁷ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 84.

⁶¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial: parte geral**. 2ª ed., correta e atual. São Paulo, Max Limonad, 1952, vol. IV, p. 26.

⁶¹⁹ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 83.

conjunto de enunciados veiculados contra a mensagem de outro, no intuito de gerar obscuridade, confusão, ou mesmo dificuldade no entendimento de terceiros acerca do que fora colocado, ou de dificultar sua aceitação.⁶²⁰

Ainda no campo plurissignificativo em que a prova se encontra inserida, há a ideia da prova como experiência. Toma-se a prova como decorrente de uma experiência sensorial. Utiliza-se o termo como experimento para aprovar ou reprovar.⁶²¹ É de se salientar que a aludida experiência ingressa no processo mediante o relato próprio admitido pelo direito. Num caso, o fato de uma pessoa presenciar um crime não é prova. A prova é o ato de testemunhar efetivado por essa pessoa, bem como o testemunho veiculado, mas ambos segundo as regras estabelecidas pelo direito positivo.⁶²²

A expressão prova também pode servir para designar uma certificação. Neste caso, ela irá atestar a veracidade ou falsidade de um fato (contraprova) – ela atesta ou certifica.⁶²³ Pode também ser vista como uma forma de autenticação, como ocorre no reconhecimento de firma, autenticação de documentos etc. A certidão autenticadora irá funcionar como prova de prova.⁶²⁴ Há também a hipótese de a certificação aparecer sob a forma de constituição. No caos a prova ingressa como fato constituidor do fato jurídico. Assim a prova “x” certifica que o fato jurídico aconteceu.⁶²⁵

Outro importante sentido colocado para a prova é a sua utilização para designar os meios de prova. Interessante notar que os meios de prova são uma expressão por si só polissêmica, já que a doutrina os utiliza de forma distinta. Eles podem ser vistos como atividade, produto da atividade, documento, técnica utilizada para produzir a prova etc.⁶²⁶ No presente estudo serão tomados como as formas, tipificadas pelo sistema ou não, aptas a introduzir no processo judicial a prova.⁶²⁷ Têm um nítido conteúdo procedimental. Na lição de Cândido José Dinamarco, “meios de prova são técnicas destinadas à investigação dos fatos relevantes para a causa”.⁶²⁸ São considerados meios tipificados: prova pericial, prova documental, prova testemunhal, depoimento pessoal, inspeção judicial, confissão.⁶²⁹

⁶²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 49-50.

⁶²¹ HOFFMANN, Suzy Gomes. **Teoria da prova no direito tributário**. Campinas: Copola, 1999, p. 62.

⁶²² TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 84.

⁶²³ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 85.

⁶²⁴ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 85.

⁶²⁵ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 86.

⁶²⁶ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 86.

⁶²⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. . 2. *Op. cit.*, p. 47.

⁶²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. *Op. cit.*, p. 86.

⁶²⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. *Op. cit.*, p. 49.

Ao lado dos meios tipificados, existem formas atípicas de procedimento investigatório aptas a introduzir no sistema processual os fatos jurídicos necessários à produção da decisão judicial. Os meios atípicos são lançados de forma exemplificativa. Não existe um catálogo taxativo dos meios atípicos. Se existisse, deixaria de ser atípico. A título de exemplo, a doutrina catalogou os seguintes meios: prova cibernética, reconstituição do fato, prova emprestada etc.⁶³⁰ Os meios típicos possuem regras específicas estipulando como, quando, onde e quem irá realizar a produção da prova. Tais regras incluem-se naquilo que já ficou demarcado como norma de estrutura.⁶³¹ Já os meios atípicos serão admitidos, desde que respeitem as regras gerais do processo, máxime o devido processo legal e seus corolários, como contraditório, ampla defesa, publicidade etc.⁶³² Desta feita, o fato de não haver regra específica para os meios atípicos de prova não quer dizer que eles serão admitidos sem seguir os padrões que a ordem jurídica processual estipula.

Viu-se até o momento a menção da prova como enunciado. Esse termo também é polissêmico. Neste trabalho se utilizará a categoria enunciado, mas no sentido dialógico de matriz bakhtiniana, como se exporá de forma mais detida no segundo capítulo, distinto, portanto, da análise perpetrada pela Escola Carvalhiana, da qual a autora Fabiana Tomé del Padre é signatária, que o veicula sob a perspectiva estruturalista, como demarcado no capítulo primeiro.

A polissemia acima destacada indica um fio condutor que une as diversas situações. Tal vínculo tem como marca a categoria demonstração. Noutros termos, a prova como instrumento apto a demonstrar algo dentro de um procedimento cognitivo. Entretanto, tal vinculação com a demonstração nem sempre apareceu, como se verificará. No âmbito da decisão, o termo já esteve ligado ao sentido “desafio”. Historicamente, no âmbito da decisão jurídica, vários tipos de sistemas foram utilizados para justificar uma decisão sobre a questão do fato. Passa-se a expô-los.

4.3 Os modelos de verificação da verdade segundo Michel Foucault

A necessidade de se teorizar sobre a prova surge porquanto a decisão jurídica necessita de uma justificação distinta do uso da força em seu estado bruto, físico. Por essa

⁶³⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. *Op. cit.*, p. 50.

⁶³¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. *Op. cit.*, p. 33-34. No mesmo sentido, ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. *Op. cit.*, p. 43.

⁶³² CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 46.

razão, a análise que possui por escopo explicar o fenômeno probatório tem sido tema recorrente nos estudos do direito, tanto no passado como hodiernamente.

A relação direito, decisão jurídica, verdade e prova acaba por gerar uma estrutura de interdependência e, por isso, a forma como se vê o direito irá em certo grau interferir no modo como se analisa a decisão judicial, bem como na maneira como a prova é analisada, já que esta é condicionante para a aferição da denominada verdade dos fatos.

Interessante análise foi feita por Michel Foucault, quando percebeu como a verdade e sua forma de aferição, condicionantes da decisão jurídica, eram admitidas, historicamente. A verdade é vista como um procedimento apto a legitimar as práticas humanas num determinado contexto social, histórico e econômico. Tal procedimento, em um determinado momento, passa a se valer da prova como sua condicionante, como segue.

4.3.1 Sistema da prova (provação)

O aludido sistema consistia em se produzir a verdade mediante o artifício de um dos oponentes lançar um desafio para o outro. Aqui o termo prova não está sendo utilizado no sentido de demonstração, mas de desafio. Se o desafio não é aceito, tem-se que o proponente da prova sai vencedor. Aceito o desafio, este pode ser vencido ou não pelo desafiado. Se lograr êxito, está com a razão; caso contrário, o desafiante se encontra com a verdade e vence a querela.⁶³³ Essa maneira de produção do acerto do fato também é denominada juramento.⁶³⁴

Para ilustrar o sistema, que vigorou na sociedade grega arcaica e na Alta Idade Média – e. g.: as ordálias –, Foucault toma um episódio relatado em **A Ilíada**.⁶³⁵ Trata-se da contenda entre Antíloco e Menelau, por ocasião de uma corrida de carros cujo vencedor foi Antíloco. Ao final, Menelau afirma que seu oponente cometera irregularidades. Apesar de a competição possuir um árbitro apto a atestar a regularidade ou não da corrida, Menelau propôs ao seu adversário uma prova:

Antíloco, vem cá, discípulo de Zeus, como é de regra e, em pé, diante dos cavalos e do carro, com o chicote nas mãos, flexível, graças ao qual conduzas há bocado,

⁶³³ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Machado e Eduardo Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 32-33.

⁶³⁴ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 20.

⁶³⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 31-33.

tocando nos teus cavalos, jura por Aquele que sustém e sacode a terra que não entravaste voluntariamente, e por manha, o meu carro.⁶³⁶

Em resposta, Antíloco renuncia ao desafio, reconhecendo o cometimento de irregularidade. Caso jurasse e Zeus não o fulminasse com um raio, venceria a querela. Se Zeus o fulminasse, Menelau restaria vencedor.

Malgrado na sociedade atual esse sistema não seja mais utilizado na ciência, ele tinha por função aferir a verdade – no caso, a acusação de que o oponente agiu de forma irregular.⁶³⁷ Vale salientar que tal sistema ainda é utilizado socialmente, máxime nas sociedades cristãs, em face da estipulação do segundo mandamento do Decálogo: “Não pronunciarás em vão o nome do Senhor, teu Deus; porque o Senhor não terá por inocente aquele que tiver pronunciado em vão o seu nome” (Dt 5, 11).⁶³⁸ Trata-se de uma regra de procedimento decisório, já que a falsidade no juramento implicará condenação. Claro que a aludida prescrição só terá sentido para os seguidores da fé cristã. O que se quer pontuar é que tal sistema não se encontra tão longe de nossa realidade, já que os cristãos, em suas práticas, recorrem a esse preceito religioso de conteúdo nitidamente processual.

O sistema de prova (provação), como descrito, não constitui um sistema de perquirição da verdade. Mas se a prova acontece e o desafiado vence, atestar-se-ia a assertiva como verdadeira, nos seguintes termos: “certa pessoa tendo dito a verdade tem razão, uma outra tendo dito uma mentira não tem razão”.⁶³⁹

O procedimento se restringe à existência ou não da prova e, existindo, verificar-se-á se obteve fracasso ou sucesso. Cabe ao magistrado atestar o procedimento.⁶⁴⁰ Nesse sistema se atesta não quem realmente tem razão, mas quem é mais forte, permitindo-se a passagem da força ao direito, tendo-se como o mais forte aquele que tem razão. Noutros termos: confere à força o valor verdade. Esse sistema foi útil na Alta Idade Média, já que o modo de circulação de riqueza não era o comércio, mas a rapinagem, a guerra, a herança etc.⁶⁴¹

A pesquisa – a demonstração – será objeto de outro modelo, que encontra raízes na Grécia clássica e também na Idade Média, tendo reflexo em nosso mundo: o inquérito.

⁶³⁶ HOMERO. *A Ilíada*. Trad. Cascais Franco. 2ª ed. Sintra: Publicações Europa-América, 1988, p. 332.

⁶³⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. *Op. cit.*, p. 32.

⁶³⁸ BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. 57. ed. Trad. Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave Maria, 1987, p. 221.

⁶³⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. *Op. cit.*, p. 61.

⁶⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. *Op. cit.*, p. 62.

⁶⁴¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. *Op. cit.*, p. 62-63.

4.3.2 Sistema de inquérito

Assevera Foucault que a modalidade inquérito vai surgir na Grécia clássica e toma como marco importante o relato na peça de Sófocles, Édipo Rei. Na peça há um deslocamento da verdade: do divino/profético para o empírico, mesmo que o detentor do saber seja um escravo e um pastor.⁶⁴² O escravo afirma que Édipo não é filho de Pólibo⁶⁴³, e o pastor atesta que dera àquele escravo uma criança, filho de Jocasta e de Laio.⁶⁴⁴

Valoriza-se aqui o detentor do conhecimento, seja porque em contato com os deuses (profeta), com os fatos, seja porque, mediante a contemplação do mundo das ideias, teve acesso ao conhecimento, aqui já numa visão nitidamente platônica, a reminiscência.

Na Idade Média, o inquérito vai ser utilizado pela Igreja (inquérito eclesiástico) e pelo Estado na época carolíngia (inquérito administrativo), e depois generalizado. A influência do Direito Canônico, que irá disseminar o denominado processo “romano-canônico”, trará o aludido modelo aos nossos dias.⁶⁴⁵

Nele se destaca a existência de um poder político ou eclesial que ‘não sabe’, e por isso necessita inquirir ‘quem sabe’, no caso, os notáveis (indivíduos ‘capazes de saber’ devido à idade, à riqueza, à notabilidade de conhecimento, os dignos de confiança etc.).⁶⁴⁶ No inquérito administrativo, a participação dos notáveis é espontânea.⁶⁴⁷

O aludido procedimento passou a ser o instrumento apto a generalizar o denominado “flagrante delito” – quando o indivíduo era surpreendido na prática do delito.⁶⁴⁸ Como na maioria das vezes o flagrante delito real não era possível, passou-se a utilizar o inquérito como forma de se construir o flagrante, mesmo que não se estivesse presente ao acontecimento. Com isso era possível, mediante o uso da prova (aqui não se utiliza o termo no sentido de desafio, mas de algo apto a reconstituir o passado), tornar “(...) presente, sensível, imediato, verdadeiro, o que aconteceu, como se estivéssemos presenciando (...)”.⁶⁴⁹ A prova passou a ser um artifício para se voltar no tempo. Reconstitui-se o passado mediante a

⁶⁴² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 40.

⁶⁴³ SÓFOCLES. Édipo Rei. In **Trilogia Tebana**. Tradução do grego por Mário da Gama Kury. 8ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 71.

⁶⁴⁴ SÓFOCLES. Édipo Rei. In **Trilogia Tebana**. *Op. cit.*, p. 82.

⁶⁴⁵ PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 38-40.

⁶⁴⁶ No processo civil brasileiro atual nem todos são admitidos como testemunha, como se depreende do art. 405 do CPC: “podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas”.

⁶⁴⁷ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 69.

⁶⁴⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 68.

⁶⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 69.

linguagem da prova, ou, simplesmente, constitui-se o passado mediante a linguagem da prova. Neste sentido, o acontecido é, segundo a construção linguística do denominado flagrante.

Estabelece-se um novo modelo, pautado na demonstração. Essa mudança não foi uma evolução, mas uma necessidade.⁶⁵⁰ Nas palavras de Foucault: “o inquérito na Europa Medieval é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira de o poder se exercer”.⁶⁵¹ A premissa que fez necessária a construção do modelo inquérito, por ainda estar presente nos dias atuais, possibilita hodiernamente sua utilização, principalmente nos processos judiciais.

O mencionado procedimento, de matriz judicial, foi relevante para a economia, a demografia, a geografia, a astronomia, a climatologia, a medicina, a botânica, a zoologia e outros campos do saber.⁶⁵²

À medida que o sistema de inquérito se impôs, o sistema da prova (desafio) caiu em desuso. Mesmo a tortura chegou a ser utilizada para se conseguir a confissão.⁶⁵³ Era um método usado largamente no sistema inquisitivo. A mudança de perspectiva que se opera com o sistema inquérito vai fazer com que a alquimia, que utilizava o sistema da prova, perca sua utilidade, dada a necessidade do conhecimento empírico. Alega Foucault que a crise da universidade medieval pode ser vista sob esse prisma – a superação do sistema de prova. A universidade medieval utilizava o sistema de prova sob a forma da *disputatio* – vencida o desafiante que trouxesse um número maior de autores favoráveis a sua tese – como modelo de atestar o saber. No século XVI, essa forma foi abandonada nas universidades, porquanto não era mais útil.

Com relação ao fato e ao direito, na decisão judicial o sistema de inquérito se impõe, já que se constitui em uma forma de atestar um saber, sob o prisma da demonstração, trazendo aos autos o acontecimento que estava oculto nas brumas do tempo.

4.3.3 Sistema de exame

O terceiro modelo, exame, também denominado vigilância, surge a partir do século XVIII e domina o modelo de produção do saber nas denominadas sociedades disciplinares.

⁶⁵⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 72.

⁶⁵¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 73.

⁶⁵² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 74-75.

⁶⁵³ Hoje tal prática não possui respaldo jurídico.

Ele se manifesta sob a forma de vigilância permanente sobre os indivíduos, por alguém que exerce algum tipo de poder, seja ele o mestre-escola, o chefe de oficina, o médico, o psiquiatra, o diretor de prisão etc. Aqui há o surgimento do modelo *panopticon*. Mediante o exame, atesta-se se os vigiados evoluíram ou regrediram. Em outros termos, testifica-se se são ou não normais, ou seja, conforme a norma.⁶⁵⁴ Segundo Foucault, esse modelo irá permear as ciências humanas como a psiquiatria, a psicologia, a sociologia, a criminologia etc.⁶⁵⁵

Tal sistema se impõe porque serve para um novo tipo de riqueza. Antes a economia tinha por lastro a propriedade imobiliária, mas com o advento do capitalismo industrial surge uma nova forma, a mercadoria.⁶⁵⁶ O latifúndio no capitalismo só tem sentido se for produtivo. Apto a produzir mercadoria e, via de consequência, gerar riqueza. Para garantir a segurança e evitar o dano é que foi criado o sistema de vigilância. Aqui o vigilante se antecipa ao fato.⁶⁵⁷

Do ponto de vista epistêmico, o exame extrai do indivíduo saberes pessoais que serão incorporados à produção, além de reproduzir o sistema de controle. Foucault usa como exemplo as invenções e as novas técnicas desenvolvidas pelo operário, que são apropriadas pelo empregador, na escala produtiva.⁶⁵⁸

Ademais, a observação sobre os indivíduos fez nascerem as ciências que tomam o homem, melhor dizendo, o comportamento humano, como objeto de conhecimento, como o caso da psicologia, da psiquiatria, da criminologia etc.⁶⁵⁹

Embora esse sistema tenha diversas implicações para o direito, como a sociologia do direito, a criminologia, a psiquiatria forense, a psicologia forense etc., para o presente estudo a ênfase não terá por ponto esse modelo, mas aquele que se constitui a partir do inquérito, já que é este o adotado pelo sistema jurídico positivo pátrio, por influência do direito romano-canônico. Constata-se tal assertiva pelo modelo eleito no sistema processual da necessidade da demonstração dos fatos no vigente processo civil pátrio.

⁶⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 88.

⁶⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 88.

⁶⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 100-101.

⁶⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 100-107.

⁶⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 121.

⁶⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 121 e 125.

4.4. Modelo demonstrativo decorrente do inquérito

4.4.1 Palavras iniciais

No denominado sistema inquérito, a função demonstrativa impera. Esse modelo é utilizado, como se verá, pela ciência processual, que tem por premissa a perspectiva objetivista. Entretanto, a relação entre a prova e o fato a ser provado é analisada de modo distinto. Cada corrente teórica pode fazer uso diferente do aludido aparato. Há correntes teóricas que vislumbram na prova a função de demonstrar a verdade do fato, logo a prova é estranha ao fato. Pode ocorrer que a prova seja utilizada para constituir o fato, mesmo assim mantendo uma relação distinta, como ocorre na teoria que toma o fato prova como fato jurídico em sentido lato, distinto do fato jurídico em sentido estrito, exposta no primeiro item. Na aludida concepção, o estranhamento também ocorre. Embora haja a distinção, existe uma relação de referibilidade entre a prova e o fato demonstrado.

A função demonstrativa presente no sistema inquérito, na doutrina pátria, manifesta-se de duas formas: uma declaratória e outra constitutiva. Passa-se a explanar as referidas concepções.

4.4.2 Concepção declaratória

A prova pode ser veiculada como imersa em uma concepção declaratória. Na mencionada concepção a prova terá a função de tornar clara uma determinada situação e pode ser tomada de duas formas:

- a - como uma situação no mundo fenomênico, ontologizada;
- b - como um argumento.

São perspectivas distintas, mas que utilizam a prova como critério apto a declarar a existência ou não de um evento. Expõem-se as duas formas:

4.4.2.1 Prova como situação no mundo fenomênico

A prova pode ser tomada como uma situação existencial no mundo fenomênico. A mencionada concepção não aparece de forma uníssona, isso porque a prova tinha por função chegar à verdade, que era definida como *adequatio intellectus et rei*. Na aludida concepção de verdade há uma relação direta entre o pensamento e o real, em um vínculo que importa

identidade mediada pela objetividade da prova. Essa objetividade da prova decorre do fato de ela ser distinta do sujeito cognoscente, já que dele é exterior. Neste ponto, a prova tem papel essencial na objetivação da assertiva produzida pelo julgador, já que esta é, segundo Malatesta, “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”.⁶⁶⁰ Muito embora a tese tenha como foco um procedimento cível, o mandado de segurança, que tem sua versão atual originada no *habeas corpus*, o aludido autor, que escreve na seara penal, é referência quando a temática prova é posta em xeque, juntamente com Mittermaier, ambos autores do século XIX. Além disso, a teoria geral da prova fornece elementos comuns à compreensão da prova em todos os ramos do direito. É o modelo desenvolvido por Malatesta que serve de base para a técnica dos níveis de cognição.

Constata-se na obra de Malatesta a já clássica gradação entre ignorância – ausência de conhecimento sobre o fato –; credulidade – existência de motivos que autorizam atestar a existência do fato, bem como sua inexistência em igual medida –; probabilidade – prevalência de motivos que autorizam atestar a existência dos fatos –; e certeza – conhecimento afirmativo sobre o fato.⁶⁶¹ O aludido autor faz, entretanto, a ressalva de que a certeza, como as demais situações, é uma crença, de natureza subjetiva, que pode ser distinta da verdade real.⁶⁶² Neste ponto a verdade é algo que está fora do sujeito, possuindo um caráter eminentemente objetivo. Já a certeza possui um aspecto subjetivo. Entretanto, Malatesta não abandona o conceito clássico de verdade como conformidade entre a ideia e a realidade, já que a correspondência ocorre, e a certeza se ampara na verdade.⁶⁶³ Assevera:

A certeza é, por natureza, subjetiva, mas pode considerar-se do ponto de vista de suas relações objetivas. Do ponto de vista objetivo, confunde-se com a verdade; é a verdade enquanto seguramente percebida. Por isso, com objetividade, única, em si, da certeza, não se revela a nosso espírito senão através de uma *conformidade simples e sem contraste* entre a noção ideológica e a realidade ontológica e que dá lugar, sob o primeiro aspecto, com verdades instituídas, sejam contingentes ou necessárias e, portanto, como certezas instituídas.⁶⁶⁴ (Destaques no original)

O aludido tratadista repudia o uso da probabilidade na decisão judicial penal apta a condenar, já que nela o magistrado não conseguiu descartar o divergente. Para Malatesta, o verossímil ingressa como o primeiro grau de probabilidade. Depois, faz uma gradação que se inicia no verossímil, passa pelo provável, até chegar ao probabilíssimo.

⁶⁶⁰ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 203, p. 15.

⁶⁶¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. *Op. cit.*, p. 16.

⁶⁶² MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. *Op. cit.*, p. 17.

⁶⁶³ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. *Op. cit.*, p. 19.

⁶⁶⁴ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. *Op. cit.*, p. 53-54..

Como salientado, a prova é o dado determinante da produção daquilo que Malatesta denominou certeza, bem como probabilidade. De certa forma, Mittermaier tem posição similar, já que partindo da ideia de verdade, considera o ato de provar como “querer, em substância, demonstrar a verdade e convencer o juiz, o qual para decidir há mister de adquirir plena certeza”.⁶⁶⁵ Idêntica premissa é utilizada por Eduardo J. Couture. Nele a prova é um método de verificação, averiguação e convicção.⁶⁶⁶ Acrescente-se que o termo verificar possui em seu radical a expressão “veri”, que é o radical da expressão latina *veritas*.

Na perspectiva de Malatesta, encontra-se também o pensamento de Jeremías Bentham que vê na prova um fato que leva à conclusão de outro fato.⁶⁶⁷ A relação entre um fato e outro toma como marca a identidade que irá implicar verdade. No mesmo contexto, o pensamento exposto por Antonio Dellepiane, quando assevera: “acabamos de dizer que a verdade, no tocante aos fatos, existe sempre que a ideia que deles forma o juiz coincide exatamente com a realidade”.⁶⁶⁸ Outro argentino irá afirmar que “*probar es establecer la existencia dela verdad*.”⁶⁶⁹

Boa parte dos estudiosos da prova, no direito pátrio, desde o século XIX, tomou o caminho trilhado pelos autores acima mencionados, no sentido de ter na prova um instrumento demonstrativo apto a declarar uma verdade. Toma-se, por exemplo, um dos primeiros trabalhos versando sobre a temática, veiculado no Brasil em meados do século XIX:

Segundo estes princípios, podemos definir as provas no seu sentido lato: – o meio pelo qual a intelligencia chega á descoberta da verdade. No seu sentido jurídico, porém, define-as a nossa lei civil – a demonstração da verdade dos factos allegados em juízo.⁶⁷⁰

Percebe-se no excerto transcrito que há uma vinculação entre a prova, a cognição e a verdade acerca dos fatos. Assim, a prova ingressa como elemento objetivo, distinta do sujeito cognoscente, apta a revelar uma verdade que irá colocar no sujeito cognoscente uma certeza. Saliente-se que o termo que Francisco Augusto das Neves Castro utiliza é descoberta. A

⁶⁶⁵ MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Trad. Hebert Wüntzel Heirich. 2ª tir. Campinas: Bookseller, 2007, p. 59.

⁶⁶⁶ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de derecho procesal civil**. 4ª ed. Montevideo/Buenos Aires, 2002, p. 177-178.

⁶⁶⁷ BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2003, p. 23

⁶⁶⁸ DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Trad. Érico Maciel. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958, p. 42.

⁶⁶⁹ SILVA, Carlos Martinez. **Tratado de pruebas judiciales**. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947, p. 21,

⁶⁷⁰ CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Theoria das provas**. Atualizada por Pontes de Miranda. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 14.

função da prova é ser um meio para revelar ao espírito a verdade, que é imanente e se encontra no real.

Já no século XX e até mesmo no atual, a forma de trabalhar a prova ainda deita raízes nas premissas anteriormente lançadas, havendo mudança, muitas vezes, no enfoque conferido à verdade, já que esta pode ser vista, hodiernamente, como correspondência, coerência, consenso etc. Não é objeto desta pesquisa analisar as inúmeras concepções de verdade, mas demarcar que a concepção de prova está a ela ligada, seja qual for o conceito que lhe for atribuído. Ademais, a prova ingressa como fator fundamental da produção da decisão judicial sobre o fato.

Pode-se perceber essa forma oitocentista ainda vigente em diversos autores que influenciam a doutrina pátria no que tange à matéria da prova, como se expõe. Em Pontes de Miranda, colhe-se a seguinte assertiva: “a prova refere-se a fatos”.⁶⁷¹ Após, esclarece: “as provas destinam-se a convencer da verdade; tal fim”.⁶⁷²

Na mais volumosa obra escrita sobre prova, no Brasil, Moacyr Amaral Santos, com forte base em Malatesta, irá afirmar que provar é o “meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade”.⁶⁷³ Já se mostra a função retórica da prova, que é voltada à verdade como correspondência entre a ideia e a realidade.⁶⁷⁴ Noutra passagem, irá pontuar: “a questão de fato se decide pelas provas”.⁶⁷⁵

A forma de trabalhar a aludida categoria se repete em outros autores, até mesmo nos atuais, como Ana Maria Campo Torres,⁶⁷⁶ André Almeida Garcia,⁶⁷⁷ Andrea Proto Pisani,⁶⁷⁸ Arruda Alvim,⁶⁷⁹ Eduardo Cambi,⁶⁸⁰ Flávio Luiz Yarshell,⁶⁸¹ Gildo dos Santos,⁶⁸² Graciela

⁶⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. IV. Atualizada por Sérgio Bermudes. 3ª ed., revista e aumentada. São Paulo: Forense, 1997, p. 245.

⁶⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. IV. *Op. cit.*, p. 246.

⁶⁷³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial: parte geral**. 2ª ed., correta e atual. São Paulo, Max Limonad, 1952, vol. I, p. 12.

⁶⁷⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁷⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. *Op. cit.*, p. 15.

⁶⁷⁶ TORRES, Anamaria Campos. Devido processo legal e natureza da prova. In BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; Adeodato, João Maurício. (Coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 423. TORRE, Anamaria Campos. 56-64. Natureza da prova: da verdade, da certeza, da convicção, da probabilidade. Do convencimento judicial – o atual sistema do livre convencimento. In. SILVA, Ivan Luiz da; CARDOZO, Teodomiro Noronha; HIRECHE, Gamil Föppel el. **Ciências criminais no século XXI: Estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito de Recife**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2007, p. 56-64.

⁶⁷⁷ GARCIA, André Almeida. **Prova civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

⁶⁷⁸ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. *Op. cit.*, p. 432.

⁶⁷⁹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 9ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 381.

⁶⁸⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 19.

Iurk Marins,⁶⁸³ Humberto Theodoro Jr.,⁶⁸⁴ Jaime Guasp,⁶⁸⁵ João Batista Lopes,⁶⁸⁶ Ovídio Araújo Baptista da Silva,⁶⁸⁷ Paulo Celso B. Bonilha,⁶⁸⁸ Rossana Teresa Curioni Mergulhão,⁶⁸⁹ Rui Portanova,⁶⁹⁰ Vicente Higino Neto,⁶⁹¹ etc.

É sempre importante salientar que a forma de pensar de Malatesta é a inspiração que norteia a teorias níveis de cognição adotada pela doutrina pátria⁶⁹² e que nesta tese se pretende analisar, bem como vislumbrar sua viabilidade como modelo teórico apto a justificar as alterações das decisões judiciais no bojo do mandado de segurança.

4.4.2.2 Prova como argumento

Ainda sob o prisma declarativo, encontra-se uma perspectiva que vem ganhando força no Brasil. Ela enfoca a prova como meio destinado a demonstrar os argumentos sobre os fatos, e não os fatos propriamente ditos alegados no processo, já que estes não podem ser apreendidos, pois se exaurem no tempo e no espaço, são efêmeros.

Neste contexto, os fatos existem ou não existem. Sua existência ou inexistência não tem que ver com a verdade. O que pode ser verdadeiro ou falso são os argumentos sobre os fatos. Tal assertiva já encontra ressonância na obra de Sentis Molendo, que afirma ser a prova destinada a verificar as afirmações sobre fatos.⁶⁹³ No pensamento de Michele Taruffo, o fato é visto como algo externo e objetivamente posto,⁶⁹⁴ entretanto, no processo, o magistrado

⁶⁸¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 249-250.

⁶⁸² SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 25

⁶⁸³ MARINS, Graciela Iurk. **Produção antecipada de provas**. São Paulo: RT, 2004, p. 38.

⁶⁸⁴ THEODORO JR. Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 414-415.

⁶⁸⁵ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. **Derecho procesal civil**. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2003, T. I, p. 349-350.

⁶⁸⁶ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 25.

⁶⁸⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2002, p. 336.

⁶⁸⁸ BONILHA, Paulo Celso B. **Da prova no processo administrativo tributário**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 1997, p. 68-69.

⁶⁸⁹ MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 34-36.

⁶⁹⁰ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 198.

⁶⁹¹ HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 83.

⁶⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. *Op. cit.*, p. 143.

⁶⁹³ MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires, 1979, p. 16.

⁶⁹⁴ TARUFFO, Michele. **La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti**. Bari: Laterza, 2009, p. 197 e 205. TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 96.

constrói a narrativa do fato, competindo à prova confirmar a verdade da aludida descrição.⁶⁹⁵ Essa narrativa possui nítida função demonstrativa, rechaçando o autor a tese que vê na construção da narrativa do fato uma função persuasiva.⁶⁹⁶ Ainda com relação à narrativa, no entanto, entende que possui relação com a verdade dos fatos, já que o acerto do fato é requisito essencial para uma decisão fundamentada e condição para o que denomina processo justo.⁶⁹⁷ A narrativa construída não deixa de possuir relação de correspondência com o fato, o que leva a reputar a construção de Michele Taruffo como uma concepção que está entre a visão clássica da prova, presente em Malatesta, e a visão que vislumbra no argumento a aferição do valor verdade. Autores, como é o caso de Juan Montero Aroca, admitem o fato ora como acontecimento, ora como argumento. Isso se dá da seguinte forma: se o que se quer provar é o antecedente da norma jurídica, a prova se dirige ao fato; caso o que se deseja demonstrar é o tema da prova, tem-se que o objeto é o argumento e não o fato.⁶⁹⁸

Usando a linha que toma o fato como argumento, tem-se a concepção desenvolvida por Alessandro Giuliani,⁶⁹⁹ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart,⁷⁰⁰ Cândido Rangel Dinamarco,⁷⁰¹ Ronaldo Porto Macedo,⁷⁰² Antonio Carratta⁷⁰³ etc. Até mesmo Pontes de Miranda deixa antever tal situação, quando afirma: “o que alega tem de provar a alegação”.⁷⁰⁴ Esta forma de pensar – provam-se argumentos – encontra-se positivada no *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil vigente.⁷⁰⁵ Percebe-se desta feita que a questão gera problemas também no campo legislativo. Essa questão aqui posta é o reconhecimento jurídico positivo de uma nova técnica que vai reputar o fato como argumento e não como acontecimento que se dá no plano fenomênico.

⁶⁹⁵ TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Op. cit., p. 245. TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 26, n. 2: 195-208, jul./dez. 2010, p. 202.

⁶⁹⁶ TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Op. cit., p. 205. TARUFFO, Michele. *Sui confini*: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 327-328.

⁶⁹⁷ TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Op. cit., p. 116.

⁶⁹⁸ AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2007, p. 71.

⁶⁹⁹ GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova* (contributo alla logica giuridica). Milano: Giuffrè, 1971, p. 253.

⁷⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 52-53.

⁷⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. III, p. 46. No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação de tutela. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 44.

⁷⁰² MACEDO, Ronaldo Porto. Prova dos atos jurídicos. *Revista de Processo*. Nº 16, ano 4, out-dez de 1979. São Paulo: RT, 1979, p. 61.

⁷⁰³ CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatório). *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LVI, n. 1 (gennaio-marzo 2001). Milani: Cedam, 2001, p. 73-74.

⁷⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao código de processo civil*. Op. cit., p. 248.

⁷⁰⁵ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...)”

A análise feita por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart tem uma peculiaridade que merece destaque. Eles agregam à prova uma característica persuasiva, ao defini-la como “todo meio retórico, regulado pela lei e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.⁷⁰⁶ Embora Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart utilizem outras premissas, já que colocam a prova como argumento, o tema verdade, que é rechaçado pelos processualistas paranaenses, é substituído por validade das proposições.⁷⁰⁷ Usam para embasar o respectivo rechaço a chancela de Michel Foucault.⁷⁰⁸ Percebe-se que o termo validade não foi colocado pelos autores ora analisados como sendo valência deôntica, mas como sentido de verdade, malgrado dele os autores tentem fugir. A tentativa de efetivar o corte se mostra frustrada, já que usam Michel Foucault para fundamentar a mudança de perspectiva. Tal tentativa é problemática e indica um retorno à questão da verdade no que se refere à prova, uma vez que o filósofo francês utilizado para dar lastro à sua conclusão não abandona a verdade, apenas a vê como uma instância de poder, como restou assentado neste capítulo.⁷⁰⁹ Ou seja, o tema verdade embora negado Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, permanece subentendido, na contradição entre o que restou afirmado e a concepção teórica adotada. Ademais, no final do capítulo, quando Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart se propuseram a definir prova, asseveram que “a busca pela certeza e pela verdade ideal sempre será a meta do juiz na perquirição dos argumentos probatórios encartados no processo”.⁷¹⁰ O tema verdade retoma, sob o prisma de verdade real, visto como meta. Nesse contexto, o fim da cognição é buscar realizar no processo a verdade real, mediante a prova.

A definição de prova veiculada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt também padece de outro problema, que é a restrição da prova aos fatos controvertidos, pois ficam de fora as provas que são veiculadas no processo, mas que não são impugnadas pela outra parte. A referida restrição é corrente em diversos autores, possivelmente influenciada pela estipulação contida no art. 334 do vigente CPC.⁷¹¹

⁷⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. *Op. cit.*, p. 57.

⁷⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. *Op. cit.*, p. 54.

⁷⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. *Op. cit.*, p. 54.

⁷⁰⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Graal, 2008, p. 12-14.

⁷¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. *Op. cit.*, p. 59.

⁷¹¹ Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

A análise do dispositivo, entretanto, não autoriza a restrição, já que sua prescrição tem por função não exigir prova daquilo que fora reputado como já provado. Tomando por exemplo o fato confessado, este realmente independe de prova, porque já fora provado, pelo meio de prova confissão. No caso da presunção, a prova é necessária, mesmo que seja para provar a sua existência ou o indício que lhe serve de lastro.

Ainda tratando a prova como argumento, há o trabalho de Luis Alberto Reichelt, que afirma:

A prova se constitui em um argumento que exerce a função de persuadir o magistrado de maneira que este acabe por concluir no sentido de que está diante da situação necessária para a produção da consequência jurídica que constitui o objeto do pedido de tutela jurisdicional.⁷¹²

Verifica-se também, do trecho transcrito, que a prova exerce um papel persuasivo específico, já que tem por fim tornar necessária uma decisão que lhe seja compatível. Neste caso, a prova surge como argumento com pretensão de irrefutabilidade, não possuindo propensão ao diálogo. Além disso, deixa de fora a função dissuasiva e aquela tendente não à certeza, mas a suscitar a dúvida. Isto ocorre nas defesas de mérito veiculadas pelo réu, no processo, com o intuito de rechaçar o pedido do autor ou de aduzir fatos que extingam, modifiquem ou impeçam o pleito autoral, como o uso da já mencionada contraprova. A prova assim persuade e também dissuade, já que é um enunciado a espera de uma resposta.

Até aqui a doutrina utiliza a prova como meio apto a declarar a verdade, com o fim de convencer o destinatário ou simplesmente demonstrar o alegado ou o próprio fato. Percebem-se nitidamente duas correntes declaratórias. A primeira, que tem por objeto a demonstração do fato alegado nos autos, e a segunda, que tem por objeto a demonstração da alegação sobre o fato – ambas com pretensão de verdade, que não deixa de ser correspondência.

4.4.3 *Concepção constitutiva*

Uma outra perspectiva sobre a prova pode ser percebida a partir da obra de Carnelutti, que elabora uma visão constitutiva da prova. Ele não despreza a função de constatação, mas ela terá por finalidade fixar, estipular o fato. No processualista italiano

⁷¹² REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 119.

acima destacado, o objeto da prova seriam, em regra, os fatos controvertidos.⁷¹³ É pertinente a ele, neste ponto, a mesma crítica feita a Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt.

No pensamento carneluttiano, a denominada verdade formal ou convencional, aquela produzida segundo os preceitos jurídicos positivos,⁷¹⁴ é tida como uma metáfora, já que esta ou corresponde à verdade material, logo verdade, ou dela discrepa, logo falsidade. Assim irá identificar a verdade formal como verdade material.⁷¹⁵ Após, acrescenta:

(...) o processo de busca submetido às normas jurídicas que obrigam e deformam sua pureza lógica, não pode ser considerada como um meio para o conhecimento da verdade dos fatos, senão para uma *fixação ou determinação dos próprios fatos*, que pode coincidir ou não com a verdade dos mesmos e que permanece por completo independente deles.⁷¹⁶

Assevera que “as provas (*probare*) são fatos presentes sobre os quais se constrói a probabilidade da existência ou da inexistência de um fato passado”.⁷¹⁷ Por ser a prova um fato presente, (re)presenta, tornando presente o passado.⁷¹⁸ A isso, Michel Foucault denominou de constituição do flagrante delito.⁷¹⁹ Por ter função representativa, a prova aparece como um signo. A representação não deixa de ser, no aludido autor, uma repetição de algo que ocorreu no passado, numa relação de identidade. Noutra passagem, após definir prova como “demonstração da verdade legal de um fato”,⁷²⁰ assevera:

Dizer, portanto, que prova em sentido jurídico é a demonstração da verdade formal ou judicial, ou dizer, entretanto, que é a determinação dos fatos discutidos, é no fundo, a mesma coisa: aquela é somente uma expressão figurada, e esta uma expressão direta de um conceito essencialmente idêntico.⁷²¹

O autor já deixa antever que a prova se dirige ao alegado sobre o fato.⁷²² Em obra posterior essa questão fica evidente, quando vaticina que “a prova serve para comprovar um juízo por meio da lei”.⁷²³ No Brasil, trabalhos como o de Daisson Flach adotam a postura desenvolvida pelo jurista italiano.⁷²⁴

⁷¹³ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 44.

⁷¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. *Op. cit.*, p. 47.

⁷¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. *Op. cit.*, p. 72-73.

⁷¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. *Op. cit.*, p. 48.

⁷¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Lider, 2002, p. 50.

⁷¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. *Op. cit.*, p. 51.

⁷¹⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. *Op. cit.*, p. 68-69.

⁷²⁰ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. *Op. cit.*, p. 72.

⁷²¹ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. *Op. cit.*, p. 73.

⁷²² CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. *Op. cit.*, pp. 61, 67-68 e 71.

⁷²³ CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual civil e penal**. Trad. Júlia Jimenes Amador. São Paulo: Péritas Editora, 2001, p. 165.

⁷²⁴ FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: RT, 50-51.

A função constitutiva da prova sofre críticas de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, já que, segundo esses autores, a reconstrução do fato não seria possível, pois este se perderia no tempo e no espaço,⁷²⁵ isso porque eles identificam o fato não como evento linguístico, mas como acontecimento do mundo fenomênico.

A perspectiva constitutiva aparece no engenho kelseniano, quando irá afirmar “o reconhecimento de que também a averiguação do fato delitual é uma função do tribunal plenamente constitutiva”.⁷²⁶ Noutro momento irá aduzir que “o fato que condiciona a sanção é produzido no processo judicial”.⁷²⁷ Tratar-se-ia de um ato decisório. A aludida constituição pressupõe procedimento previamente estabelecido e autoridade competente, mediado pela verificação.⁷²⁸ Ao comentar a postura kelseniana, Jordi Ferrer Beltrán aduz que os efeitos jurídicos da decisão independem da verdade dos enunciados, aqui vista como correspondência,⁷²⁹ isso porque a decisão tomada pode pautar-se em fato constituído com base em situação que efetivamente não aconteceu; mesmo assim a decisão terá caráter vinculativo, até que outra decisão venha retirá-la do sistema. Malgrado a construção de Jordi Ferrer Beltrán, Hans Kelsen encontra certo paralelismo entre o processo de produção de conhecimento e o processo de produção judicial.⁷³⁰ A questão da verdade fica, mesmo como papel secundário, latente no processo de constituição do fato.

Outra vertente, mas com lastro na filosofia da linguagem, irá conferir nova roupagem à discussão. No Brasil, uma das referências neste modo de pensar é Paulo de Barros Carvalho.⁷³¹ Nele, a prova ingressa como um enunciado linguístico apto a constituir o fato. Tal qual Hans Kelsen, a prova se insere no processo de positivação do direito.⁷³²

Esta elaboração já se encontra, de forma embrionária, em Carnelutti,⁷³³ mas não com a radicalidade proposta por Paulo de Barros Carvalho, já que este toma o fato como relato

⁷²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. *Op. cit.*, p. 57.

⁷²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 265.

⁷²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 269.

⁷²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 266.

⁷²⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad en el derecho**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 21.

⁷³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 268.

⁷³¹ A forma de analisar o fenômeno jurídico veiculada por Paulo de Barros Carvalho tem feito surgir inúmeros trabalhos sobre prova, como o de Susy Gomes Hoffmann, Maria Rita Ferragut, Fabiana del Padre Tomé, Márcio Prestana etc.

⁷³² CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 824.

⁷³³ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. *Op. cit.*, p. 30. CARNELUTTI, Francesco. **Direito e processual civil e penal**. *Op. cit.*, p. 165-167.

linguístico do evento e, por isso, deve ser vertido em linguagem competente, sendo esta aquela estipulada pela ordem jurídica.⁷³⁴

Sua função é constituir o fato, que deixa de ser um elemento do mundo fenomênico e passa a ser uma categoria da linguagem. Estipula-se uma dicotomia entre evento e fato. O primeiro é irrepetível e efêmero, pois se dá no mundo fenomênico. Consome-se na cadeia temporal dos acontecimentos. Já o segundo é um relato daquilo que foi percebido pelo sujeito cognoscente. Assim, o fato não é o evento, mas o que dele se diz.⁷³⁵ Cabe ao magistrado, na cognição, estabelecer a relação entre prova relato e fato relato. Acaba a dicotomia fato (evento do mundo fenomênico) e alegação sobre o fato, instaurando-se outra, como já salientado.

A distinção entre fato e evento deita raízes na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que afirma: “fato não é pois algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade”.⁷³⁶ Mais. Sobre a premissa habermasiana, que Paulo de Barros Carvalho utiliza como fundamento, o fato é visto como enunciado com pretensão de verdade,⁷³⁷ e a existência do fato depende da prova, enquanto linguagem admitida pelo sistema como linguagem competente.⁷³⁸

A linguagem é capaz de constituir fatos para o futuro (situações fantásticas), mas no processo judicial volta-se para o passado. Tal assertiva pode ser constatada em nossos dicionários, como já assinalado, que põem como sinônimo de fato a expressão feito, realizado.⁷³⁹

Nas sendas de Paulo de Barros Carvalho, Fabiana del Padre Tomé irá afirmar que “provado o fato, tem-se o reconhecimento de sua veracidade”.⁷⁴⁰ Verdade, em última análise, aparece nesta perspectiva como categoria inerente ao fato. Noutros termos: fato provado = fato verdadeiro = fato. Conclui-se que o fato não provado é um não fato, uma contradição. Mais. A expressão fato provado é uma redundância.

⁷³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos da incidência**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 106.

⁷³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: Fundamentos da Incidência**. *Op. cit.*, p. 93-94

⁷³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 278.

⁷³⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos da incidência**. *Op. cit.*, p. 105.

⁷³⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos da incidência**. *Op. cit.*, p. 106.

⁷³⁹ HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª ed., rev. e ampl. 36ª reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 761.

⁷⁴⁰ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 35.

4.5 Análise crítica das duas correntes

O relato de diversos modos de ver a prova e modo de sua aferição não só tem o condão de demonstrar a importância da temática e seu papel no contexto da cognição, como também de evidenciar que ela, embora com coloração distinta, possui um fio condutor que a orienta: a vinculação da prova à verdade ou a algo que se lhe assemelha, tais como verossimilhança ou probabilidade. Mesmo em Hans Kelsen, a função verificadora, enquanto procedimento, existe, malgrado possua função constitutiva.

A coincidência com relação a este ponto acaba por conferir um caráter necessário à relação. Neste contexto, a prova depende do sucesso na realização do fim. Se o fim não é alcançado, o meio é inútil. Noutros termos, a prova insuficiente a demonstrar o ocorrido é uma não prova. Ademais, a função probatória tem-se dirigido apenas aos fatos controvertidos, como se no incontroverso ela não existisse. Ora, a existência ou não do incontroverso é fato, logo necessita de comprovação, ou seja, de prova, ainda que isso seja posto de lado. Ademais, se é incontroverso é porque de alguma forma está provado.

4.5.1 *(In)subsistência da concepção declaratória*

Como demonstrado, diversos estudos sobre o tema probatório partem da ideia de que existe uma verdade nos objetos, distinta das variações subjetivas que obscurecem o sentido intrínseco das coisas, pois se encontra pautada em outra realidade, objetivada pela prova, vista como um dado que se reporta a um fenômeno passado, conferindo, na atualidade, uma imagem idêntica ao ocorrido.

Esta maneira de vislumbrar o fenômeno probatório tem sofrido resistência, pois coloca a prova como elemento condicionante, mas distinto do fato que ela busca comprovar, além de desprezar a participação do sujeito na determinação do que é verdadeiro, já que a verdade é objetiva, está no objeto, coloca-se como uma categoria ontológica.

Entretanto, se se tomar a construção ontológica, percebe-se a formação de uma tautologia que torna sem sentido uma teoria que separa a prova do fato. Explica-se. A teoria propõe o seguinte: tendo em vista o fato “x”, então o fato “z”.⁷⁴¹ O “fato x” é a prova, e o “fato z” o acontecimento demonstrado, e, por isso, verdadeiro. O fato “z” será verdadeiro se o fato “x” existir. Para que o fato “x” exista, ele deve ser também verdadeiro, já que a

⁷⁴¹ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Op. cit., p. 23.

concepção utilizada pelos autores clássicos parte da verdade como correspondência entre o real e o ideal. Neste caso, reduz-se o fato “fato z” ao “fato x”. Um é igual ao outro, em uma relação de identidade, sendo desnecessária a separação prova e fato provado, já que idênticos.

A constatação acima lançada quer mostrar apenas que a concepção clássica acaba por gerar, no plano lógico, uma tautologia, que nada acrescenta ao objeto identificado, sendo um igual ao outro.

Melhor sorte não possui a concepção que toma a prova com função declarativa, mas como argumento. No caso é um argumento que fundamenta outro argumento, em uma relação que pode ser assim descrita: se o argumento “x”, então o argumento “z”. A questão passou da comparação no plano das categorias reais para categorias argumentativas. A consequência é a mesma: tautologia, já que implica identidade.

Tal situação, em ambas as hipóteses, gera ambiguidade, porquanto a classificação identifica como diferente o que é idêntico e fere o princípio lógico da não contradição.⁷⁴²

Outra questão que deve ser levada em consideração é que, se a prova é tratada como argumento tendente a persuadir, fica de fora aquele que tem por função dissuadir ou produzir dúvidas. Tais funções são relevantes ao processo, tanto que utilizadas.

4.5.2 (In)subsistência da concepção constitutiva

Diante da concepção constitutiva percebe-se que a prova constrói ou determina o fato. Mantém-se a dicotomia prova e fato, como nas concepções anteriores. Muda-se, entretanto, a instância, já que ambas, prova e fato, não são categorias do mundo fenomênico, mas categorias linguísticas produzidas segundo critérios previamente estipulados pela ordem jurídica. O fato assim não é efêmero, aquilo que se dilui como evento, no tempo e no espaço, mas constituído no processo de positivação do direito, na decisão jurídica.

A manutenção da dicotomia não se justifica, já que fato seria aquele constituído segundo a linguagem competente das provas. As provas enquanto enunciados são utilizadas para criar o enunciado fato. Se a linguagem competente da prova constitui o fato, prova e fatos acabam por ser categorias idênticas.⁷⁴³ Como salienta Fabiana del Padre Tomé, “prova é fato que atesta outro fato”.⁷⁴⁴ Alega que o fato provado seria um metafato em relação à prova

⁷⁴² TUGENDHAT, Ernst; WOLF, Ursula. **Propedêutica lógico-semântica**. Trad. Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 43.

⁷⁴³ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 71 e 79.

⁷⁴⁴ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 71. BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. *Op. cit.*, p. 23.

(fato).⁷⁴⁵ Mas como é meta (prefixo que designa além, fora etc.) se é intra, já que a prova constitui o fato? Eis um problema.

Outra questão que se põe é que a relação entre fato prova e fato provado se dá por implicação.⁷⁴⁶ Essa operação impõe uma relação condicional “se, ... então”. Tomando-se a ideia de prova como enunciado linguístico constitutivo do fato, a prova ingressa como elemento do fato e, possivelmente, único. Neste passo, a relação não seria de implicação, mas de identidade. Então para que a diferença se são iguais?

4.5.3 Proposta dialógica: prova como enunciado

As concepções rechaçadas utilizam a dicotomia entre fato e prova no intuito de justificar uma teoria da verdade, em certa medida ligada à concepção da verdade correspondência. Tal relação, entretanto, mostra-se logicamente tautológica, pelo menos nos modelos explicativos até agora lançados, já que o fato provado é o fato verdadeiro, que é o fato. Indo em sentido oposto, em obra publicada originariamente em 1879, há a interessante perspectiva lançada por Adolf Wach, que se transcreve: “*la comprobación de la verdad – ya lo hemos dito anteriormente – no es la finalidad de proceso civil y no puede serlo. Esa comprobación es un resultado contingente*”.⁷⁴⁷ Por essa razão, os critérios de uma verdade teórica não são o fim do processo, mesmo quando o magistrado é chamado para declarar se um documento é falso ou verdadeiro. Tal declaração não tem função apofântica, mas deôntica, já que estabelece normativamente uma situação, que deve ser.

Entretanto, a questão da verdade tem sido posta dentro do discurso jurídico, tanto que ela vai interferir no denominado processo cognitivo, a ser desenvolvido pelo magistrado, porquanto este emitirá um juízo de valor sobre os fatos trazidos pelas partes, mediante a linguagem da prova. Geralmente o tema verdade ingressa como correspondência, apesar de ela não ser determinante para a estipulação da decisão judicial, como bem lembrado por Adolf Wach. A insistência em modelos inspirados nas ciências naturais, para a resolução dos casos, no direito, acaba por criar teorias inconsistentes inaptas para explicar o modo de funcionamento do aparato jurídico-decisório.

⁷⁴⁵ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 72.

⁷⁴⁶ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. *Op. cit.*, p. 71.-72. No mesmo sentido Maria Rita Ferragut (FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 46-47).

⁷⁴⁷ WACH, Adolf. **Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Europa-America, 1958, p. 224.

Nesta tese, se aponta outro caminho cognitivo, já que a prova ingressa como enunciado, que deverá ter o condão de participar da formação de outros enunciados, no bojo do processo cognitivo. As aludidas pretensões de verdade delineadas pela doutrina de diversas colorações perdem de certa forma a referência de que, no processo, as proposições que dão base à decisão jurídica possuem pretensão de validade deôntica, como bem lançou Lourival Vilanova. Por essa razão a pertinente lição de Adolf Wach, que percebeu ser a prova um argumento sem pretensão de verdade, mas apto a construir uma decisão jurídica. Assim, neste trabalho, a prova será tratada como enunciado que participa da formação do enunciado decisório, máxime a parcela do enunciado que estabelece os antecedentes da norma jurídica primária e da norma jurídica secundária. Se o enunciado pode vir a ser correspondente ou não ao dado do real, se é que isso existe, é um problema do “real”.

Desta feita, a relação entre prova e fato são relações estabelecidas entre enunciados (enunciados provas e enunciados fatos) que irão compor a decisão jurídica. Isso se revela interessante, pois nada impede que um sentido do enunciado que não fora utilizado pelo magistrado para construir a norma solução para o caso, seja depois usado, pelo tribunal, para construir nova decisão.

4.6 Próximo capítulo

No presente capítulo o objeto foi a prova e a maneira como a doutrina vem tratando o seu vínculo com a verdade. Aqui, em uma perspectiva normativa, optou-se por outra grandeza que melhor se ajusta ao objeto estudado, ou seja, a mudança na tomada de decisão em um mesmo processo. Para isso, tem-se valido da contribuição de Mikhail Bakhtin para a análise do enunciado, já que a prova se coloca, como assentado, como um tipo específico de enunciado que funciona na cadeia discursiva com a finalidade de constituir o enunciado decisório, a ser veiculado como norma jurídica. No próximo capítulo a preocupação se endereça para outro ponto, qual seja o mandado de segurança. Para isso, se verificará sua origem e como ele se coloca enquanto procedimento no bojo da cadeia cognitiva.

5 MANDADO DE SEGURANÇA E SUA SUMARIEDADE COGNITIVA

5.1 Mandado de segurança e sua inserção na jurisdição contenciosa

A escolha do mandado de segurança para servir de referência à presente tese inspirou-se em Mikhail Bakhtin. Não que ele tenha escrito sobre o aludido procedimento ou mesmo analisado em sua produção teórica algum discurso jurídico positivo, já que sua preocupação central foi o discurso literário. Entretanto, Mikhail Bakhtin, para formular sua teoria sobre o enunciado dialógico e lançar mão de estilos literários em que o diálogo entre as personagens se colocasse de forma aberta, direta, decidiu tomar um caminho inverso, pois adotou como ponto de referência um gênero literário em que o enunciado é posto aparentemente por um único sujeito, o solilóquio, ou mesmo situações em que aparentemente há apenas uma única fala, como ocorre em epígrafes de monumentos.

O uso do gênero monológico teve a intenção de demonstrar o caráter intersubjetivo do ato enunciativo, que para a concepção subjetivista era um ato individual e psicologizado de um único sujeito, porquanto a concepção objetivista, dada a característica individualizada, sem caráter social, não seria passível de estudo por uma teoria da linguagem, tanto que Ferdinand Saussure irá afirmar que a linguística propriamente dita não poderia ter por objeto a *parole*, a fala como ato enunciativo (elemento subjetivo da língua), que é psicofísica e deve ser objeto de outras disciplinas, como a psicologia, a medicina, a física etc. Apesar de Saussure alegar que a *parole* possui uma relação de interdependência com a *langue*, com ela não se confunde. Elege a *langue*, língua, como único objeto da linguística propriamente dita, pois ela possui caráter social, independentemente do querer psicologizado do indivíduo, como ocorre como a *parole*, além de possuir um caráter perene e normatizado.⁷⁴⁸

Quando Mikhail Bakhtin se refere ao gênero monológico, afirma que até mesmo uma inscrição em um monumento histórico, analisada por um linguista, irá conter uma resposta a algo que lhe antecede e se dirige a outro, formando uma cadeia discursiva, já que a referida inscrição é posta para ser compreendida por alguém.⁷⁴⁹ Ao se debruçar sobre o gênero solilóquio, Mikhail Bakhtin diz se tratar de um diálogo consigo mesmo, em que a unidade

⁷⁴⁸ SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de linguística geral**. *Op. cit.*, p. 26-28.

⁷⁴⁹ BAKHTIN, Mikhail. (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia a linguagem**. *Op. cit.*, p. 101.

subjetiva é cindida em dois ou mais personagens que se interpenetram dialogicamente.⁷⁵⁰ Como exemplo do gênero, encontra-se a obra de Santo Agostinho, denominada **Solilóquios**, cujos personagens são o próprio autor e a sua razão.⁷⁵¹

A utilização do recurso monológico se dá em diversas obras. Apesar de se apresentar como uma unidade, o diálogo ocorre. Essa constatação serviu de base para que Bakhtin demonstrasse o caráter dialógico dos enunciados, mesmo em um solilóquio, ou ainda em uma epígrafe lançada no pedestal de um monumento.

Por essa razão, se há dialogismo mesmo no discurso monológico, então este se estabelecerá em qualquer outro enunciado. Desta feita o caráter dialógico irá funcionar como o fio condutor que norteia todo e qualquer enunciado. Ademais, diferentemente do que pensam os objetivistas, o enunciado possui caráter social, já que se constitui de forma intersubjetiva, deixando para trás as teorias que o encaram como categoria que se coloca no recôndito apenas da subjetividade. Tendo caráter social, pode ser objeto de análise, tal qual a língua, não havendo sentido para a objeção do estruturalismo saussuriano e seus seguidores.

A forma como Mikhail Bakhtin se lançou para estabelecer sua teoria influenciou a escolha, neste trabalho, pelo mandado de segurança, pois se trata de um procedimento estruturado para conferir ao magistrado, no ato de resolução do conflito, uma decisão que possua, com relação à denominada questão de fato, um maior grau de certeza. Isso reflete, como se verá, no denominado direito líquido e certo, condição para que o pleito seja deferido.

Esse grau de certeza levou autores como Ignácio Botelho de Mesquita a reputar o mandado de segurança como um rito de jurisdição voluntária, uma vez que a decisão que nele se busca atua de forma interventiva, pautada no princípio hierárquico, possuindo assim natureza administrativa, malgrado seu fim seja político.⁷⁵² Segundo relato de Francisco Wildo Lacerda Dantas, a posição defendida por Ignácio Botelho de Mesquita não é adotada pela doutrina processual que versa sobre o mandado de segurança.⁷⁵³ Isso se dá pelo fato de que a jurisdição voluntária se caracteriza, na concepção defendida por José Frederico Marques, por sua natureza administrativa, sendo definida como “atividade administrativa que o Judiciário

⁷⁵⁰ BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. *Op. cit.* 136-137.

⁷⁵¹ SANTO AGOSTINHO. **Solilóquios**. Trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulinas, 1993, p. 23.

⁷⁵² MESQUITA, Ignácio Botelho de. O mandado de segurança. **Revista de processo**. São Paulo: RT, nº 66, p. 125.

⁷⁵³ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. Vol. II. Recife: Nossa Livraria, 2004, p. 325-326.

exerce para a tutela de direitos subjetivos”.⁷⁵⁴ Ele possui, do ponto de vista objetivo, conteúdo administrativo, mas do ponto de vista subjetivo será considerado por Frederico Marques como atividade jurisdicional, já que praticado por ato do Judiciário. Graças a isso, acrescenta: “os atos administrativos da jurisdição voluntária, o Estado os tornou tão irrevogáveis, em face de outros Poderes da soberania nacional, como os da jurisdição contenciosa”.⁷⁵⁵

Vale salientar que essa posição clássica tem sido revisitada, tendo sido produzida orientação no sentido de que a função da jurisdição consiste em retirar obstáculos colocados pela lei ou colocados pela outra parte.⁷⁵⁶ Quando a fruição de um direito depende de um ato judicial apto a retirar um obstáculo colocado pela lei, tem-se a jurisdição voluntária. Por exemplo, Tício, filho e herdeiro único de Mévio, deseja sacar o FGTS deixado por seu pai. O direito ao valor depositado pertence a Tício, mas sua plena fruição depende de uma determinação judicial, que funciona como elemento integrativo do suporte fático ou ato integrativo, cuja função consiste em conferir eficácias específicas a um determinado negócio jurídico.⁷⁵⁷ Se o obstáculo à fruição do direito é colocado por resistência da outra parte, o modo de remoção do obstáculo, pelo Poder Judiciário, dar-se-á por atuação jurisdicional contenciosa. Sob a ótica de Chiovenda, que caracteriza a jurisdição pelo caráter substitutivo e da atuação da vontade concreta da lei,⁷⁵⁸ também Rodrigo Klippel e Antônio Adonias Bastos defendem o caráter jurisdicional da jurisdição voluntária.⁷⁵⁹

Pontuadas as concepções que delineiam a jurisdição voluntária, percebe-se que o mandado de segurança não tem como função constituir um elemento integrativo de suporte fático apto a conferir eficácia específica a um determinado fato jurídico, já que, se procedente, irá sancionar como ilícita ou abusiva a conduta comissiva ou omissiva do poder público.⁷⁶⁰ Possui nítida relação com o *habeas corpus* e com o *habeas data*, e do primeiro colhe sua origem, como se demonstrará. Além disso, partindo-se da concepção de que a jurisdição voluntária tem por função retirar obstáculo colocado pela lei, percebe-se que o mandado de segurança está longe da quadra da jurisdição graciosa, pois tem por finalidade rechaçar ou

⁷⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo**. 4ª ed. São Paulo: 1976, p. 80.

⁷⁵⁵ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 83.

⁷⁵⁶ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo**.

⁷⁵⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. *Op. cit.*, p. 53.

⁷⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 2. Notas de Enrico Tullio Liebman. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 8.

⁷⁵⁹ KLIPPEL, Rodrigo; BASTROS, Antônio Adonias. **Manual de processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 38.

⁷⁶⁰ Art. 5º, LXIX, da CF/88: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

impedir a prática de ilegalidade ou de abuso de poder por parte do poder público. Assim, nesse caso, o Poder Judiciário não atua para retirar o obstáculo posto pela lei à fruição de um direito, todavia dirige-se com o intuito de retirar o obstáculo ao gozo pleno do direito colocado de forma ilícita pela outra parte, no caso, o poder público. Por isso que se opta pela concepção majoritária, que considera o mandado de segurança um procedimento de jurisdição contenciosa.

5.2 Gênese sumária do mandado de segurança

5.2.1 Aspecto legal-jurisprudencial na primeira constituição republicana

Neste item pretende-se demarcar aspectos legislativos e jurisprudências que ocasionaram o surgimento da proteção jurídica contra atos abusivos do poder público que violam as liberdades constitucionais, durante a vigência da Constituição de 1891. José Sampaio de Herval Jr. relata que o mandado de segurança já se encontrava, de forma embrionária, nas Ordenações Filipinas, mediante as *Seguranças Reais* e as *Castas de Segurança*,⁷⁶¹ mas a análise aqui proposta irá se cingir ao período republicano, já que é na Primeira República que o instituto começa a se formar com as marcas características do modelo atual, máxime a sumariedade formal, que consiste, até hoje, em uma abreviação ou supressão de etapas procedimentais, no intuito de se prestar a jurisdição de forma mais rápida. Essa sumariedade toma por marca, em regra, a especificidade do direito a ser tutelado.

A doutrina identifica a raiz legislativa no Brasil do mandado de segurança na ação anulatória de atos da administração pública veiculada pela Lei nº 221, de 30 de novembro de 1894, que completou a organização da Justiça Federal, precisamente em seu art. 13. A aludida ação, sustenta Mantovanni Colares Cavalcante, era de rito sumário e especial, possuindo por mérito agilizar a tramitação dos feitos que tivessem por objeto a reparação de atos abusivos perpetrados pela administração pública federal.⁷⁶² Em sua feição original, havia a possibilidade de o magistrado determinar a suspensão do ato impugnado,⁷⁶³ desde que a medida não se opusesse à ordem pública, conforme prescrição do art. 13, §7º, da Lei nº 221,

⁷⁶¹ SAMPAIO JR. José Herval. Particularidade das medidas liminares após a nova lei do mandado de segurança. In ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Orgs.). **O novo mandado de segurança**: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p. 384.

⁷⁶² CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. 2ª ed., rev., ampl. e atual., de acordo com a Lei nº 12.016/2009. São Paulo: Dialética, 2010, p. 13.

⁷⁶³ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. 3ª ed., rev., ampl. São Paulo: RT, 1969, p.53.

de 1894.⁷⁶⁴ Dois inconvenientes, entretanto, tolhiam o aludido instrumento: a) a referida ação só se aplicava contra atos praticados pela administração pública federal, deixando sem tutela específica os atos perpetrados no âmbito da administração pública estadual e municipal; b) a supressão, em 1908, da possibilidade de concessão de decisão liminar, como noticia J. M. Othon Sidou.⁷⁶⁵ Esses inconvenientes, principalmente o segundo, debilitaram o aludido instrumento, lançando-o ao ostracismo.

A limitação e a ineficiência do procedimento instituído pela Lei nº 221, de 1894, cumuladas com a necessidade de instrumentos que possibilitassem soluções rápidas diante de atuação lesiva da administração pública nas esferas federal, estadual e municipal, levaram a doutrina a elaborar outras soluções que atendessem aos reclamos da sociedade. A saída encontrada passou pelo uso das ações possessórias e do *habeas corpus*, mediante interpretação extensiva, no intuito de coibir de forma eficaz as ilegalidades e abusos perpetrados pelo poder público contra os particulares.⁷⁶⁶ É interessante notar aqui que a doutrina pátria já conhecia a denominada força normativa da Constituição, pois buscava nela o fundamento jurídico para proteger as liberdades constitucionais. Assim, ao lado da mencionada ação anulatória passaram a coexistir os interditos proibitórios e o *habeas corpus*, como instrumentos garantidores das liberdades públicas.⁷⁶⁷ As críticas ao uso de tais medidas eram significativas; mesmo assim estas passaram a ser utilizadas, em face da ausência de melhor solução conferida pela ordem jurídica, para tutelar os direitos individuais contra atos ilícitos do poder público.

Inicialmente, a aplicação extensiva das possessórias e do *habeas corpus* se concentrava nos atos da administração pública estadual e municipal, já que na esfera federal havia um instrumento hábil. Após a restrição à concessão das tutelas liminares no âmbito federal, em 1908, o uso das possessórias e do *habeas corpus* para defender direitos individuais contra ato do poder público em geral passou a ser largamente defendido.

Deve-se salientar que, entre os institutos de garantia, deu-se preferência ao *habeas corpus*, principalmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 1903, capitaneada pelo Ministro Pisa e Almeida, que reputou ser possível a utilização do aludido remédio heroico para todos os casos de violência contra o indivíduo, perpetrados pelo poder público

⁷⁶⁴ “§7º. A requerimento do autor, a autoridade administrativa que expediu o acto ou medida em questão suspenderá a sua execução, si a isso não se oppuzerem razões de ordem pública.”

⁷⁶⁵ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 52-53.

⁷⁶⁶ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁶⁷ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 52.

contra o particular. Com isso, ampliou-se o objeto do *habeas corpus*, que classicamente era utilizado para coibir violência à liberdade de locomoção, passando também a coibir medidas administrativas da autoridade pública, como destituição de cargos, remoção de função etc., através de procedimento célere, dotado de decisão eminentemente eficaz.⁷⁶⁸ Essa abertura foi possibilitada graças à maneira como a garantia constitucional *habeas corpus* fora insculpada na primeira Constituição da República, que, abandonando a formulação clássica ligada à proteção ao direito de locomoção, preferiu estabelecer o seguinte: “dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.⁷⁶⁹ Por essa razão, J. M. Othon Sidou irá afirmar que a primeira Constituição republicana deu o nome de *habeas corpus* a uma garantia geral de preservação dos direitos pessoais.⁷⁷⁰ Nas palavras de Carlos Mário Velloso, foi pelo *habeas corpus*, conforme estipulado na primeira Constituição republicana, que se chegou ao mandado de segurança.⁷⁷¹

O uso extensivo do *habeas corpus* teve seu ocaso em 1926, com a Emenda de Revisão Constitucional, que recolocou o remédio heroico nas quadras da proteção contra prisão ou constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.⁷⁷² Na revisão constitucional, o dispositivo que regula o *habeas corpus* passou a ter a seguinte redação: “dar-se-ha o *habeas corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.⁷⁷³

Vale salientar que mesmo antes da aludida revisão constitucional, o Supremo Tribunal Federal, ao lado do *habeas corpus*, chegou a aceitar a utilização do interdito possessório para garantir a denominada posse dos direitos pessoais. Para isso, a Corte Suprema remodelou o conceito de posse, estendendo-o para além dos limites do livro dos Direitos das Coisas, do Código Civil Brasileiro.⁷⁷⁴ Da mesma forma do *habeas corpus*, os interditos possessórios eram marcados pela sumariedade e pela eficácia imediata da decisão judicial.

⁷⁶⁸ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁶⁹ Art. 72, § 22, da Constituição de 1891.

⁷⁷⁰ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 53.

⁷⁷¹ VELLOSO, Carlos Mário. Direito líquido e certo. Decadência. In FERRAZ, Sérgio (Org.). **Cinquenta anos de mandado de segurança**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 52.

⁷⁷² SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 64.

⁷⁷³ Redação conferida ao art. 72, § 22, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.

⁷⁷⁴ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 16.

5.2.2 O surgimento do mandado de segurança como remédio jurídico autônomo

O uso do *habeas corpus* como remédio genérico para a proteção das liberdades públicas não inibiu o legislador ordinário de buscar sistematizar através de instrumento próprio a proteção aos direitos individuais distintos da liberdade de locomoção. A primeira iniciativa data de 1914 e foi denominada projeto Alberto Torres. Nele se estipulava o denominado *mandado de garantia*, cuja função consistia em estipular uma forma de proteção, de maneira preventiva, de direitos individuais ou coletivos públicos ou privados que tivessem sido lesados por ato do poder público ou de particular, para os quais não houvesse outro remédio especial.⁷⁷⁵ Trata-se de proposta bastante avançada para a época, pois já havia previsão para proteção de direitos coletivos. A sumariedade do procedimento também era uma das marcas características. Em sentido similar, surge a proposta do Ministro do Supremo Tribunal Federal Muniz Barreto, que idealiza a inserção no sistema processual de remédio jurídico similar ao existente no México, denominado *juicio de amparo*, mas com conteúdo mais sumário que o presente no direito mexicano. É do aludido Ministro a formulação de que, nesta ação, o requisito para o seu processamento é a verificação de fato líquido e certo.⁷⁷⁶ A precisão do termo lançado em 1922 é reconhecida por parte da doutrina atual, como salienta José Henrique Mouta, em detrimento da expressão que ficou consagrada: direito líquido e certo.⁷⁷⁷

Após a Emenda de Revisão, perpetrada em 1926, novos projetos legislativos foram elaborados no sentido de munir o Poder Judiciário de instrumento apto a garantir direitos individuais não acobertados pelo *habeas corpus*. Listam-se: mandado de proteção e restauração (Gudesteu Pires), ação de manutenção (Matos Peixoto), ordem de garantia (Odilon Braga), mandado proibitório (Bernardes Sobrinho), mandado de reintegração (Clodomir Cardoso) e mandado assecuratório ou recuperatório (Sérgio Loreto).⁷⁷⁸

Os projetos veiculados não vieram a ser efetivados, principalmente após a Revolução de 1930, tendo sido retomados com a Constituição de 1934, que, sob a influência de João Mangabeira, denominou o instituto de Mandado de Segurança. Na aludida Constituição a garantia constitucional tinha redação insculpida no art. 113, item 33, que se transcreve:

⁷⁷⁵ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 63.

⁷⁷⁶ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 63.

⁷⁷⁷ MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 20.

⁷⁷⁸ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 66.

Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

A preocupação do legislador era proteger aquilo que se denominou direito certo e incontestável. A expressão fora estipulada com base na aplicação extensiva do *habeas corpus*, sendo ele aquele que se apresentava de forma clara e insuscetível de dúvida razoável.⁷⁷⁹ O grande problema era que o sentido emprestado à expressão dificultava o uso do instituto, tendo sido essa a intenção expressa do legislador constituinte responsável pela redação do preceito constitucional, proposta pela Frente Única do Rio Grande do Sul.⁷⁸⁰

No intuito de contornar a limitação, procurou-se conferir à expressão um sentido menos restritivo, ao defender que caberia a concessão da segurança, mesmo que a matéria envolvesse alta indagação, desde que as provas trazidas aos autos e o debate acerca da matéria fossem suficientes à elucidação do fato.⁷⁸¹ Assevera Castro Nunes que certo seria o direito se certo fosse o fato e seu fundamento jurídico.⁷⁸² O mesmo autor, quanto à natureza do instituto, estipulou que seria uma forma de interdito, em sentido amplo, já que conferia ao titular uma prestação *in natura*, distinta da mera reparação, entregando ao titular não só uma proibição ao fazer, nos moldes clássicos, como também uma ordenação para que se pratique o ato recusado.⁷⁸³

Com relação ao rito, percebe-se que ele tem a mesma feição do *habeas corpus*, já que dele herdou o procedimento.⁷⁸⁴ É-lhe ínsito o caráter sumário nas quadras da Constituição de 1934, bem como na formulação da Constituição de 1891, antes da Revisão de 1926, tal qual ocorre nas medidas similares cristalizadas nos *writs* do direito britânico e estadunidense.⁷⁸⁵ Conforme escólio de Pontes de Miranda, o mandado de segurança é similar ao *habeas corpus* e às possessórias.⁷⁸⁶

⁷⁷⁹ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 38.

⁷⁸⁰ NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. 7ª ed. Atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p.75.

⁷⁸¹ NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 72-73.

⁷⁸² NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 73.

⁷⁸³ NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 51-53.

⁷⁸⁴ NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 57.

⁷⁸⁵ NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 52.

⁷⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol. III (arts. 129-144). Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, p. 331.

A regulação do aludido preceito fora veiculado pela Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, tendo reforçado o caráter sumário, além da previsão de concessão do que hoje se denominou tutela de urgência.⁷⁸⁷

O *status* constitucional do mandado de segurança não demorou muito, pois com o advento da Constituição de 10 de novembro de 1937, tal garantia não recebeu menção no aludido texto, tendo sido mantido o *habeas corpus* de forma mais restrita que a previsão inserida na Revisão de 1926, porquanto excluiu de seu raio de atuação as punições de caráter disciplinar.⁷⁸⁸ A ausência de previsão constitucional não impediu a permanência do instituto no sistema, mas no plano infraconstitucional e com restrição, como ficou expressamente estipulado pelo art. 16 do Decreto-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937.⁷⁸⁹ O art. 21 do Decreto-lei nº 96, de 22 de dezembro de 1937, estabeleceu nova restrição, excluindo de sua atuação os atos da administração do Distrito Federal. Além disso, no Código de Processo Civil de 1939, o mandado de segurança ingressa como um dos procedimentos especiais disciplinados pelos arts. 319 a 331, mantendo a sumariedade, bem como a concessão de tutela de urgência.⁷⁹⁰

O fim do Estado Novo teve por consequência a elaboração de nova Constituição, que restabeleceu no campo das garantias fundamentais o mandado de segurança. Ele volta a possuir *status* constitucional, com redação distinta da estipulada pela Constituição de 1934, já que utiliza, no lugar de “direito certo e incontestável”, a expressão “direito líquido e certo”. Sua redação restou assim estipulada: “para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder” (art. 141, §24, da Constituição de 1946).

Percebe-se da leitura do dispositivo que sua configuração foi mais ampla do que a previsão vigente no sistema infraconstitucional após a edição da Constituição de 1937, uma vez que não excluiu nenhum ato de autoridade do seu espectro de atuação.

⁷⁸⁷ Redação estipulada pelo art. 8º, §9º, da Lei nº 191/36: “Quando se evidenciar, desde logo, a relevância do fundamento do pedido, e decorrendo do acto impugnado lesão grave irreparável do direito do impetrante, poderá o juiz, a requerimento do mesmo impetrante, mandar, preliminarmente, sobrestar ou suspender o acto alludido.”

⁷⁸⁸ Redação conferida pelo art. 122, 16, da Constituição de 1937: “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”

⁷⁸⁹ “Art. 16. Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936, exceto a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores.”

⁷⁹⁰ Art. 324, §2º do CPC: “§ 2º – Quando se evidenciar a relevância do fundamento do pedido e puder do ato impugnado resultar lesão grave ou irreparável ao direito do requerente, o juiz mandará desde logo suspender o ato.”

Para Castro Nunes, a mudança na redação, alterando a expressão “direito certo e incontestável” para “direito líquido e certo”, não implicou mudança substantiva quanto ao sentido e ao alcance do mandado de segurança.⁷⁹¹ De certa forma, Pontes de Miranda tem posição similar à defendida por Castro Nunes, ao afirmar que líquido e certo não deixa de ser certo e incontestável.⁷⁹² Ele delimita o direito líquido e certo como aquele que para sua demonstração não requer dilação probatória, mas que o fato que dará causa ao direito deve ser demonstrado de plano, independentemente da complexidade jurídica em discussão no processo. Nesse contexto, alega: “por mais grave que seja a dúvida sobre a questão jurídica, não torna não-certo e não-incontestável o direito das partes”.⁷⁹³ Assevera ainda que a dúvida sobre qual a lei a ser aplicada é questão subjetiva, sendo a questão do fato, objetiva.⁷⁹⁴ Em caminho oposto, rechaçando a expressão incontestável, encontra-se José da Silva Pacheco, que a reputa equívoca, máxime porque o mandado de segurança, que se revela como um procedimento contencioso, apresenta, por óbvio, possibilidade de contestação do direito alegado.⁷⁹⁵

O advento da Constituição democrática de 1946 ensejou o aparecimento de diploma normativo que veio disciplinar o mandado de segurança, a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Mais uma vez reforçou o caráter sumário do procedimento, com a possibilidade de concessão de tutela antecipada, tal qual a previsão contida em documentos normativos anteriores, autorizando ao magistrado a suspensão do ato que deu motivo ao pedido, quando relevante o fundamento e a não concessão liminar da medida resultar em ineficácia do provimento final (art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51).

A lei de mandado de segurança sofreu duas alterações durante a vigência da Constituição de 1946, sob o regime democrático. A primeira, mediante a Lei nº 2.770/56, teve o condão de não permitir a concessão de liminar para liberar bens provenientes do exterior, e a segunda, através da Lei nº 4.116/62, com o intuito de estipular a obrigatoriedade de entrega de documentos em poder da autoridade coatora ou da administração pública, além de alterar o prazo para informações, bem como estipular providências para facilitar a notificação do agente coator.⁷⁹⁶ A sumariedade do rito permanece. Como explicita Seabra Fagundes, a rapidez do rito processual, o bem jurídico tutelado e a forma como se dá a prestação

⁷⁹¹ NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 69.

⁷⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1946**. *Op. cit.*, p. 336.

⁷⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1946**. *Op. cit.*, p. 336.

⁷⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1946**. *Op. cit.*, p. 336.

⁷⁹⁵ PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 177.

⁷⁹⁶ PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. *Op. cit.*, p. 115.

jurisdicional no aludido remédio são as três características que distinguem o mandado de segurança de outros instrumentos processuais.⁷⁹⁷

Após o golpe militar de 1964, o mandado de segurança passou a ter novas restrições. A primeira foi fixada pela Lei nº 4.348/64, que alterou o prazo para a autoridade prestar informações, fixou prazo de vigência para a liminar, previu pela primeira vez o instituto da suspensão de segurança, restringiu a concessão de liminar e a eficácia da sentença quando o impetrante fosse servidor público etc.

Com relação à regulação do mandado de segurança quando o impetrante era o servidor público, verifica-se também a Lei nº 5.021/66. A Lei nº 4.357/64 proibiu a concessão de liminar contra a Fazenda, mas teve sua prescrição revogada pela Lei nº 4.862/65.⁷⁹⁸ Apesar das mudanças, o rito permaneceu sumário, como era desde o surgimento.

A vida da Constituição de 1946 após o golpe militar teve vida curta, já que, em 1967, uma nova Constituição se estabeleceu. Nela o mandado de segurança restou contemplado, nos seguintes modos: “conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder” (Art. 150, § 21, da CF/67). Do ponto de vista textual, manteve-se a estrutura da Constituição de 1946, tanto que as leis infraconstitucionais que disciplinavam a matéria foram recepcionadas. A redação do disposto no art. 150, 21, da CF/67 não foi alterada pela EC nº 1/69, tendo sido mudada apenas a sua alocação, que passou a ser o art. 153, § 21, da CF/67 com a EC nº 1/69, reputada pela doutrina pátria como uma nova Constituição, já que alterada ao arripio de previsão estatuída pela Constituição Federal de 1967.⁷⁹⁹ Em 1973, a Lei nº 6.014 adaptou o mandado de segurança ao novo Código de Processo Civil, sujeitando a sentença em mandado de segurança ao duplo grau de jurisdição, sendo possível, entretanto, sua efetivação provisória.

A partir do advento da Constituição de 1988, o mandado de segurança passou a ter novo desdobramento, já que ao lado da categoria individual, passou a contemplar expressamente a modalidade coletiva, realizando, assim, de certa forma, quase cem anos depois, o projeto de Alberto Torres, quando idealizou o então *mandado de garantia* apto a tutelar os denominados direitos individuais e coletivos públicos.⁸⁰⁰

⁷⁹⁷ FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3ª ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 325.

⁷⁹⁸ PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. *Op. cit.*, p. 115.

⁷⁹⁹ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª ed., revista, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 88.

⁸⁰⁰ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 63.

O interessante é que as restrições ao mandado de segurança decorrente das legislações estipuladas sob a égide da Constituição de 1946, da Constituição de 1964 e da EC nº 1/67 permaneceram vigentes. Não só. Novas restrições foram estipuladas, como as advindas da Lei nº 8.076/90,⁸⁰¹ que suspendeu a concessão de liminares e de cumprimento imediato da sentença nos casos citados na aludida lei, até 15.9.1992, sendo debatida nos tribunais pátrios a constitucionalidade das aludidas restrições.⁸⁰² Outras limitações vieram com as leis nº 8.437/92 e nº 9.494/97, com a redação estipulada pela MP 2.180-35/2001.⁸⁰³

Atualmente, rege o procedimento de mandado de segurança a Lei nº 12.016/2009, mantendo a sumariedade do rito, bem como contemplando algumas limitações às liminares e à efetivação imediata da sentença concessória de segurança.

5.2.3 Sumariedade formal e material no mandado de segurança: topologia normativa

O mandado de segurança, como demonstrado, é um instituto que desde sua origem tem como marca característica a sumariedade. A doutrina, entretanto, diverge sobre qual o lastro legislativo que o conforma. Há quem defenda que o caráter sumário do mandado de segurança decorre da discricionariedade do legislador infraconstitucional – discricionariedade aqui colocada como aquela decorrente da prerrogativa do Poder Legislativo de disciplinar segundo seu juízo político as matérias de sua competência. No caso, o modal deôntico que demarca o exercício de tal competência poder é o modal permitido, enquanto permissão bilateral.

⁸⁰¹ Art. 1º Nos mandados de segurança e nos procedimentos cautelares de que tratam os arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil, que versem matérias reguladas pelas disposições das Leis nºs 8.012, de 4 de abril de 1990, 8.014, de 6 de abril de 1990, 8.021, 8.023, 8.024, 8.029, 8.030, 8.032, 8.033, 8.034, todas de 12 de abril de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.039, de 30 de maio de 1990, fica suspensa, até 15 de setembro de 1992, a concessão de medidas liminares.

Parágrafo único. Nos feitos referidos neste artigo, a sentença concessiva da segurança, ou aquela que julgue procedente o pedido, sempre estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, somente produzindo efeitos depois de confirmada pelo respectivo tribunal.

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

⁸⁰² Reputando inconstitucional a restrição: MS 91030097030, Relatora Des. Fed. Lúcia Valle Figueiredo, TRF 3ª Região, 2ª Seção, v. u., DOE 25.11.1991, p. 104; INMS 9004262385, Rel. Des. Fed. Ari Pargendler, TRF 4ª Região, Plenário, por maioria, DJ 17.7.1991, p. 16539. Considerando constitucional a restrição: MS 9101055097, Rel. Des. Eustáquio da Silveira, TRF da 1ª Região, 1ª Seção, por maioria, DJ 11.11.1991, p. 28273. No STF, o RE nº 190034/SP, que versa sobre a aludida matéria, com voto pela inconstitucionalidade proferido pelo Min Relator Marco Aurélio, encontra-se pendente de julgamento.

⁸⁰³ A referida medida provisória, ainda em vigor, em virtude da estipulação contida no art. 2º da EC nº 32/2001, que prescreve: “as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

Por outro lado, alinha-se uma outra corrente que, tomando caminho distinto, entende que a sumariedade do mandado de segurança não pode ser uma mercê do legislador infraconstitucional, mas uma imposição constitucional decorrente da garantia constitucional do mandado de segurança, que exige um provimento jurisdicional diferenciado, pautado na celeridade. Nesta última situação, a estipulação da sumariedade não decorre do exercício de uma faculdade do legislador, mas de uma obrigação a ele imposta. Noutros termos, o legislador infraconstitucional está compelido a instituir um provimento de mandado de segurança célere e diferenciado, bem como proibido de ordinarizar o aludido instituto. Aqui o modal deôntico é o obrigatório.

Como salienta J. M. Othon Sidou ao escrever sobre o tema, sob a égide da Constituição de 1967, o mandado de segurança teve naquela Constituição um caráter sumário implícito, diferente da previsão da Constituição de 1934, que lhe atribuía um caráter sumário explícito, porquanto estipulava que seu procedimento seria o mesmo do *habeas corpus*.⁸⁰⁴ A previsão explícita é elogiada por J. M. Othon Sidou, pois, de forma clara, retirava do legislador a possibilidade de pôr em risco a garantia.⁸⁰⁵ O aludido autor, em defesa ao caráter sumário, inerente à garantia do mandado de segurança, assevera que “a medida acautelatória é ínsita a qualquer garantia”.⁸⁰⁶ Deve-se salientar que as garantias constitucionais presentes na Constituição de 1967 eram o *habeas corpus* e o mandado de segurança (art. 150, §§ 20 e 21, da Constituição de 1967, respectivamente).

Ainda, enfatizando a natureza constitucional da sumariedade do mandado de segurança, há a posição de Lúcia Valle Figueiredo, no acórdão que relatou, nos autos do Mandado de Segurança nº 91030047539, TRF da 3ª Região, 2ª seção, v. u., DOE 23.9.91, p. 93. No mesmo sentido, Min. Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº 190034/SP, de 9.9.2004, ainda pendente de julgamento. Acrescente-se ainda a posição externada pela hoje Ministra do STF, Carmem Lúcia Antunes Rocha, nos seguintes termos:

A raiz constitucional da liminar de mandado de segurança, inobstante implícita no texto normativo magno, explica-se pela sua indispensabilidade em algumas

⁸⁰⁴ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 73.

⁸⁰⁵ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 82.

⁸⁰⁶ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 83. Em palestra ministrada na VIII Jornada Brasileira de Direito Processual do IBDP, em Vitória-ES, em junho de 2010, Fredie Didier Júnior afirmou que a garantia constitucional do mandado de segurança assegura ao jurisdicionado um procedimento diferenciado, sumário.

hipóteses para a realização da finalidade protetora de direito líquido e certo posta na regra fundamental.⁸⁰⁷

As opiniões acima avençadas buscam reforçar a ideia de que a sumariedade da garantia do mandado de segurança possui matriz constitucional. Noutros termos, se a sumariedade não é marca característica do mandado de segurança, para que serve a aludida garantia, já que existe a possibilidade de tutela antecipada nas ações de rito ordinário? Em resposta a essa questão, arremata J. M. Othon Sidou:

O sentido prático dessa expressão consiste apenas significar que do modo com se apresentam as coisas (um direito agravado por ilegalidade ou abuso de poder, por parte da autoridade), tal agravo terá reparação pelo remédio célere, enquanto que outros direitos não evidenciados dessa forma, podem ter reparação através do rito ordinário das ações em geral, onde sua evidência será apurada, através de prova em dilação.⁸⁰⁸

Deve-se salientar que a sumariedade defendida por J. M. Othon Sidou possui tanto caráter procedimental, como também cognitivo – material –, quanto à possibilidade de concessão de liminar. Essa posição doutrinária ainda hoje é defendida por parte da doutrina. Malgrado isso, o legislador ordinário põe no sistema jurídico regras limitando a concessão de liminares. Nesse contexto, importante instrumento fora introduzido no ordenamento jurídico pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97,⁸⁰⁹ que estendeu a limitação à concessão de liminar no mandado de segurança às decisões que antecipam a tutela nas demais demandas. A relevância da aludida previsão não só decorre do fato de ter sido emanada do legislador infraconstitucional, mas pelo fato de o STF, mediante a ADC nº 4, no bojo de medida cautelar ainda vigente, ter reputado constitucional a referida restrição.⁸¹⁰ Saliente-se que tal estipulação

⁸⁰⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A liminar no mandado de segurança. In TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**: Estudos em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 201.

⁸⁰⁸ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. Op. cit., p. 90.

⁸⁰⁹ “Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

⁸¹⁰ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: “Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.” 2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante,

emitida pelo STF vem sendo utilizada pela aludida Corte como fundamento de decisões, mesmo depois do advento da EC nº 45/2004, que, dentre outras disposições, incluiu no art. 5º da Constituição Federal a garantia da duração razoável do processo, como se colhe, por exemplo, da Reclamação Constitucional nº 4.628.⁸¹¹ Acrescente-se, por oportuno, que o disposto na ADC nº 4, segundo o STF, deve ser aplicado nos contornos estipulados no art. 1º da Lei nº 9.494/97, tanto que emitiu a Súmula nº 729, que assim estabelece: “a decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.

Com isso eis colocadas duas posições antagônicas. Possui ou não assento constitucional a possibilidade de concessão de liminares no mandado de segurança? Inicialmente deve-se afastar a tese de que as limitações às concessões de liminares sejam *a priori* inconstitucionais, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, acatando sua possibilidade, caindo assim por terra, no contexto atual, as opiniões lançadas por Hugo de Brito Machado,⁸¹² Sérgio Ferraz,⁸¹³ Lúcia Valle Figueiredo⁸¹⁴, Cármen Lúcia Antunes Rocha,⁸¹⁵ Eduardo Arruda Alvim,⁸¹⁶ Antônio Cezar Lima da Fonseca,⁸¹⁷ Eduardo Cambi,

relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (“fumus boni iuris”). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do “periculum in mora”, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, “ex nunc”, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.9.97, sustando-se, igualmente “ex nunc”, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.” Relator Min. Sidney Sanches, Plenário do STF, votação por maioria, 11.2.1998.

⁸¹¹ “Ementa: Antecipação de tutela. Concessão contra a Fazenda Pública. Servidor Público. Militar da Aeronáutica. Vencimentos. Reajuste fundado nas Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93. Aplicação do art. 37 X, da CF. Direito reconhecido. Jurisprudência do Supremo. Ofensa à autoridade da liminar deferida na ADC nº 4. Não ocorrência. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a autoridade da liminar deferida na ADC nº 4, a decisão em que o objeto da antecipação de tutela corresponda a prestação exigível nos termos da jurisprudência do Supremo.” (Min. Relator Carlos Britto, Plenário, v.u., 11.10.2007)

⁸¹² MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 141-142

⁸¹³ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**: Individual e coletivo (aspectos polêmicos). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 110-111.

⁸¹⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A liminar no mandado de segurança. In MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). **Curso de mandado de segurança**. São Paulo: RT, 1986, p. 108.

⁸¹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A liminar no mandado de segurança. *Op. cit.*, p. 221-222.

⁸¹⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. Contracautela para deferimento de liminar em mandado de segurança. In CHIESA, Clélio; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Coords.). **Processo Judicial Tributário**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 166.

⁸¹⁷ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Da liminar no mandado de segurança. **Revista de Processo**. Nº 57, ano 15 (jan-mar de 1990). São Paulo: RT, 1990, p. 36.

Adriane Haas e Eduardo Hoffman, em coautoria,⁸¹⁸ James Marins,⁸¹⁹ Luiz Rodrigues Wambier,⁸²⁰ Francisco Barros Dias,⁸²¹ Marcelo Lima Guerra⁸²² etc., no sentido de inconstitucionalidade pura e simples. Deve-se salientar que a dispensa da tese defendida pelos autores, que optam pela inconstitucionalidade das limitações, dá-se no contexto atual, nada impedindo que o STF venha a perfilhar outro posicionamento, tornando relevante tese atualmente não acatada. Hoje, entretanto, não se pode desprezar a existência de tal posicionamento no STF.

Posto o problema, passam-se a analisar as possíveis soluções. A primeira proposta de solução parte da premissa de que a questão da concessão de liminares, mediante cognição sumária, tem natureza infraconstitucional. Haveria assim um aspecto sumário procedimental, com assento constitucional, e um aspecto sumário cognitivo, de natureza infraconstitucional. Com isso, estaria no puro arbítrio do legislador ordinário a possibilidade de permitir ou não a concessão de liminares, podendo, inclusive, suprimi-las por completo, caso deseje. É assim que trabalha, por exemplo, Athos Gusmão Carneiro,⁸²³ Carlos Alberto Direito,⁸²⁴ Moreira Alves,⁸²⁵ como também deflui do trabalho de Celso Agrícola Barbi, que imputa as limitações à concessão das liminares aos abusos cometidos pelos magistrados.⁸²⁶

A segunda tese avalia o problema sob outro ponto de vista, já que coloca no plano constitucional a questão da sumariedade, seja ela procedimental ou cognitiva. Mas como? Existiria a possibilidade de uma norma constitucional sofrer restrição de norma infraconstitucional? Sistemicamente, sim. Como percebeu José Afonso da Silva, existem normas constitucionais que, a despeito de possuírem eficácia plena e imediata, podem vir a ter seu campo de eficácia restringido pelo legislador infraconstitucional. Trata-se da subclasse

⁸¹⁸ CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; HOFFMANN, Eduardo. Concessão de liminar na nova lei de mandado de segurança. In ALVIN, Eduardo Arruda et al. (coordenadores). **O novo mandado de segurança**: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p. 147.

⁸¹⁹ MARINS, James. Proteção dos direitos fundamentais e o paradoxo da contracautelaridade no mandado de segurança. In ALVIN, Eduardo Arruda et al. (coordenadores). **O novo mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 270.

⁸²⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Liminares: alguns aspectos polêmicos. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Liminares**. São Paulo: RT, 1995, p. 153-160.

⁸²¹ DIAS, Francisco Barros. Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares. **Revista de Processo**, nº 59, ano 15, jul-set de 1990. São Paulo: RT, 1990, p. 134

⁸²² GUERRA, Marcelo Lima. As liminares na reforma do CPC. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Liminares**. São Paulo: RT, 1995, p. 195.

⁸²³ CARNEIRO, Athos Gusmão. O mandado de segurança coletivo e suas características básicas. **Revista Forense**, nº 316 (out-dez de 1991). Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, p. 46.

⁸²⁴ DIREITO, Carlos Alberto. **Manual do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 62-63.

⁸²⁵ Voto do Min. Moreira Alves na ADI nº 1576/DF – MC (STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 6.6.2003).

⁸²⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 176.

normas constitucionais de eficácia contida.⁸²⁷ Tome-se como exemplo a regra que estatui a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.⁸²⁸ No caso, a lei infraconstitucional pode estabelecer critério, e em inúmeros casos estabelece, para o exercício de trabalho, de ofício ou de profissão, conforme previsão expressa da regra constitucional. Essa restrição, entretanto, não pode tornar ineficaz o instituto, sob pena de revogá-lo. Conforme relato contido na obra de Hely Lopes Meirelles, o STF, na ADI nº 1.576, seguindo essa orientação, reputou inconstitucional o disposto no art. 2º da MP nº 1.570,⁸²⁹ ao argumento de que a limitação à concessão de liminar ali contida limitaria o acesso à justiça.⁸³⁰

Nesse contexto, haveria certo campo de discricionariedade conferida pela própria ordem constitucional ao legislador ordinário no intuito de restringir alguns aspectos da eficácia de uma norma constitucional. O grande problema é que nem a regra que possibilita a restrição está expressa, nem a regra que determina a sumariedade. Enquanto os defensores da possibilidade de restrição às liminares constroem o seu juízo a partir da regra de competência que estipula o poder de o legislador federal regular matéria de processo, os adeptos da impossibilidade da limitação fundamentam sua tese na natureza do instituto, sua origem histórica e conceitual atrelada ao *habeas corpus*,⁸³¹ pelo fato de ser uma garantia constitucional autossuficiente,⁸³² bem como com o cotejo de outras garantias que lhe são correlatas, como a garantia de inafastabilidade da jurisdição,⁸³³ que enuncia sua função de tutelar não só a lesão a direito, como também a ameaça a direito, a garantia do devido processo legal e também a garantia da duração razoável do processo.

Ambas as construções são possíveis, e mais, a aparente colisão pode ser contornada caso se considere que a norma que estatui o mandado de segurança é norma constitucional de

⁸²⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., rev., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p.116. Michel Temer, prefere denominar a aludida norma de norma constitucional de eficácia restringível ou redutível. TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 15ª ed., rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 24. No mesmo sentido, seguindo Michel Temer, temos Maria Helena Diniz. DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100.

⁸²⁸ Art. 5º, XIII, da CF/88: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

⁸²⁹ “Art. 2º. O art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo: § 4º Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.”

⁸³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 23ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e por Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 76.

⁸³¹ Nesse sentido, escreve Themístocles Brandão Cavalcanti: “o mandado de segurança em sua expressão mais simples é o mesmo *habeas corpus*, com o mesmo processo, aceita as variantes necessárias, do *habeas corpus*, apenas para garantir outros direitos que não aqueles por ele assegurado”. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do mandado de segurança**. 4ª ed., rev., atual. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos. 1957, p. 13.

⁸³² CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 41.

⁸³³ Art. 5º, XXXV, da CF/88: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

eficácia contida. Destarte, embora possua assento constitucional a concessão de liminar no mandado de segurança, tal possibilidade pode ser restringida pelo legislador ordinário, desde que sua aplicação não implique perecimento do próprio direito que pretende tutelar. De certa forma, tal construção já fora intuída por Athos Gusmão Carneiro, quando afirmou ser possível, mesmo diante da vedação da lei, conceder liminar, no intuito de evitar o perecimento do próprio direito.⁸³⁴

Deve-se advertir que a concessão da liminar, não aplicando a restrição imposta na lei, não tem por fundamento a inconstitucionalidade, como afirma Sérgio Ferraz ao comentar a posição de Athos Gusmão Carneiro,⁸³⁵ mas de não incidência. Com isso a estipulação infraconstitucional que estabelece a limitação à concessão de liminar permanece no sistema, podendo não ser aplicada, mas não porque seja inconstitucional, senão porque não é o caso de sua aplicação. Claro que o Legislativo pode introduzir no sistema regras limitadoras que veiculem limitações inconstitucionais. Nesse caso, haverá inconstitucionalidade na limitação quando a vedação instituída em lei vier a fazer *tabula rasa* do instituto, tornando-o inócuo, como já ocorreu com a MP nº 1.570, considerada inconstitucional pelo STF na ADI nº 1.576, já mencionada.

E qual seria o fundamento para a não aplicação de norma legal restritiva de liminares? A resposta a essa questão pode ser conferida da seguinte forma: o critério da especialidade. A regra que veda a concessão de liminares seria regra especial em relação à regra geral, de conteúdo permissivo. Deve-se sempre levar em conta que as denominadas regras especiais são invariavelmente subclasses das regras gerais e, por essa razão, a primeira não revoga a segunda, sendo a norma especial uma forma distinta da realização da norma geral. O caráter especial da norma que restringe a concessão de liminar pode ser percebido na Súmula nº 729 do STF,⁸³⁶ já citada, que confere interpretação restritiva ao disposto na ADC nº 4.⁸³⁷ Assim, se no caso concreto a aplicação da regra especial (restritiva) implicar perecimento de direito, ela não produzirá efeito. No caso, deve-se aplicar a regra geral permissiva, que se constrói a partir da própria natureza sumária do mandado de segurança, do direito de ação, do devido processo legal e da duração razoável do processo. Em uma

⁸³⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. O mandado de segurança coletivo e suas características básicas. **Revista Forense**, nº 316. *Op. cit.*, p. 46. No mesmo sentido, Francisco Wildo Lacerda Dantas, in DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. Vol. II. *Op. cit.*, p. 332.

⁸³⁵ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 111.

⁸³⁶ “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.”

⁸³⁷ Comungando com o sentido restritivo da norma que limita a concessão de liminar em mandado de segurança, há a posição de Jean Carlos Dias. DIAS, Jean, Carlos. Os direitos fundamentais e a contracautela na nova ação de mandado de segurança. In ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Coord.). **O novo mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 293-294.

linguagem kelseniana, a regra especial não se aplica, pois seu âmbito material não disciplina aquela situação. Portanto, tais normas são se excluem e sua eventual não aplicação não decorre de um problema de colisão de princípios, mas simplesmente porque o suporte fático hipotético previsto no antecedente da norma especial restritiva não ocorreu. Sob outra perspectiva, mas chegando a conclusão similar, pode-se colocar o pensamento de Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, ao afirmar que compete ao magistrado, no caso concreto, verificar se as limitações estabelecidas para a concessão de tutela de urgência inviabilizam ou não a efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Caso inviabilize, deve-se enfatizar a regra constitucional que prestigia a efetividade.⁸³⁸

Quer-se com isso demonstrar que o sistema pátrio, ainda que de forma implícita,⁸³⁹ coloca a sumariedade no plano constitucional, e o motivo principal que justifica essa alocação é o fato de o mandado de segurança existir para tutelar o denominado direito líquido e certo, que será objeto de digressão adiante.

5.2.4 Direito líquido e certo e sua vinculação com a prova

A sumariedade presente no mandado de segurança possui um vínculo direto com o denominado “direito líquido e certo”, já que é para sua proteção que se exige um procedimento célere, possibilitando, dentre outras coisas, uma tutela de urgência mediante cognição sumária. Vale salientar que a liquidez e certeza está umbilicalmente ligada à prova pré-constituída.⁸⁴⁰

Sob a égide de Constituições anteriores, o objeto do mandado de segurança estava vinculado ao denominado direito “certo e incontestável”, graças ao fato de estar originariamente vinculado ao *habeas corpus*, bem como às possessórias, como já explicitado. A expressão “certo e incontestável” foi positivada na Constituição de 1934 e, segundo a doutrina contemporânea, indicava direito evidente, direito claro, direito que à primeira vista se verificava existir.⁸⁴¹

A partir da Constituição de 1946, o termo ingressou nas Constituições brasileiras até o presente. A mudança do termo incontestável para líquido decorreu dos problemas que o

⁸³⁸ SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. **A antecipação de tutela nos processos declaratórios**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 66.

⁸³⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A liminar no mandado de segurança. In MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). **Curso de mandado de segurança**. Op. cit., p. 105.

⁸⁴⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2007, p. 367.

⁸⁴¹ BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança: fundamentos históricos e constitucionais. In FERRAZ, Sérgio (Org.). **Cinquenta anos de mandado de segurança**. Op. cit., p. 76.

termo incontestável gerava, já que para parte da doutrina e da jurisprudência, apenas as questões simples poderiam ser objeto de sindicância, via mandado de segurança.⁸⁴² A mudança, no entanto, não fez cessar a crítica da doutrina,⁸⁴³ tanto que inúmeras formulações foram elaboradas no intuito de construir balizas aptas para identificar o que seria direito líquido e certo, como se passa a expor.

A primeira toma o direito líquido e certo como sendo aquele direito que se apresenta evidente, sobre o qual não existe controvérsia e cuja identificação não demanda exame apurado, sendo de imediato reconhecível. Nessa perspectiva, questões jurídicas complexas ficariam fora do âmbito protetivo do mandado de segurança. Percebe-se tal linha de argumentação em Carlos Maximiliano,⁸⁴⁴ Alfredo Buzaid⁸⁴⁵ etc. A linha de argumentação desenvolvida por Alfredo Buzaid desatrela o vocábulo líquido do conceito privatístico de quantia em dinheiro, colocando-o no sentido de isento de controvérsia.⁸⁴⁶ No que se refere à certeza, alega Alfredo Buzaid que ela diz respeito à conclusão que o magistrado irá conferir acerca da existência do direito.⁸⁴⁷ Apesar de a Constituição de 1946 e as seguintes haverem substituído a expressão incontestável por líquido, o processualista paulista continua vinculando o direito líquido e certo a ela, como se lê no seguinte excerto:

O que, a nosso ver, esclarece o conceito de direito líquido e certo é a idéia de sua *incontestabilidade*, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou de abuso de direito.⁸⁴⁸ (Destaque no original)

A segunda corrente, contemporânea à primeira, toma premissa diversa, já que a complexidade do direito invocado não impede a concessão do mandado de segurança. Ela é defendida por Costa Manso,⁸⁴⁹ Castro Nunes,⁸⁵⁰ Hamilton de Moraes e Barros,⁸⁵¹ Pinto Ferreira,⁸⁵² Leonardo Carneiro da Cunha,⁸⁵³ Lúcia Valle Figueiredo,⁸⁵⁴ Hely Lopes

⁸⁴² NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 71.

⁸⁴³ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 16-17. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 23ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e por Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, p. 35.

⁸⁴⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol. III. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1948, p. 147.

⁸⁴⁵ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. I (do mandado de segurança individual), p. 87-88.

⁸⁴⁶ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 85.

⁸⁴⁷ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 84.

⁸⁴⁸ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 88.

⁸⁴⁹ Conferir voto proferido em 1936, pelo Ministro do STF Costa Manso, no MS nº 333. **Revista de Direito Civil, Commercial, Criminal**. Vol. CXXIII (jan-mar). Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1937, p. 210-211.

⁸⁵⁰ NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 77-78.

⁸⁵¹ BARROS, Hamilton de Moraes e. **As liminares no mandado de segurança**. Rio de Janeiro: 1963, p. 45.

⁸⁵² FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria e prática do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 10.

⁸⁵³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 360.

⁸⁵⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Manado de segurança**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 31.

Meirelles⁸⁵⁵ etc. Essa concepção ganhou densidade jurisprudencial após a aprovação da Súmula nº 625 do STF, de 24.9.2003, que estabelece: “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.⁸⁵⁶ Nessa linha conceitual, entretanto, levantam-se duas posições. Uma com base no pensamento de Costa Manso, exposta no MS nº 333, de 1936, que considera a liquidez e a certeza um atributo do fato e não do direito. Retoma assim a proposta do Ministro do Supremo Tribunal Federal Muniz Barreto.⁸⁵⁷ Nas palavras de Costa Manso: “o facto é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter o mandado de segurança”.⁸⁵⁸ Essa linha de argumentação encontra eco na doutrina de Leonardo Carneiro da Cunha, que assim se manifesta: “na verdade, o que se deve ter como líquido e certo é o *fato*, ou melhor, a *afirmação de fato* feita pela parte autora.”⁸⁵⁹ Uma outra corrente trabalha com a hipótese de que o direito seria líquido e certo se para sua demonstração a prova fosse pré-constituída, não sendo necessária dilação probatória para tanto.⁸⁶⁰ Na linguagem de Hely Lopes Meirelles, “direito líquido e certo é aquele comprovado de plano”.⁸⁶¹ No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno.⁸⁶² Segundo Montovanni Colares Cavalcante, tanto Hely Lopes Meirelles, na esteira de Alfredo Buzaid,⁸⁶³ como J. M. Othon Sidou⁸⁶⁴ aproximam o direito líquido e certo do título executivo, quando aquele estabelece: “direito liquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”.⁸⁶⁵ Decompondo a assertiva formulada por Hely Lopes Meirelles, tem-se: certeza (manifesta em sua existência), líquido (delimitado em sua extensão) e exigível (apto a ser exercitado). Como é cediço, certeza, liquidez e exigibilidade são as características do título apto a fundar uma execução, conforme

⁸⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 36.

⁸⁵⁶ A referida súmula fora editada em 24 de setembro de 2003, publicada no DJ 9.10.2003, tendo tomado por lastro o RE nº 117936 (DJ 7.12.1990), MS 21143 AgR (DJ 15.3.1991), MS 21188 AgR (19.4.1991) e RE 195186 (DJ 13.8.1999). (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=625.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>).

⁸⁵⁷ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 63.

⁸⁵⁸ COSTA MANSO. Voto no MS nº 333/1936. **Revista de Direito Civil, Commercial, Criminal**. Vol. CXXIII (jan-mar). Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1937 p. 210.

⁸⁵⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. *Op. cit.*, p. 360.

⁸⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. V (arts. 153, §2º - 159), p. 361-362. Em Pontes de Miranda, a certeza e a liquidez não dependem da inexistência de dúvida subjetiva sobre o sentido da lei, isso porque para ele a incidência é automática e infalível. No referido autor o que torna o direito líquido e certo é a prova (**Comentários à Constituição de 1967**, *Op. cit.*, p. 363). CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Fazenda pública em juízo**. *Op. cit.*, p. 367.

⁸⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 36.

⁸⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

⁸⁶³ “O direito líquido e certo é mais do que o título líquido e certo.” BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 87.

⁸⁶⁴ “Nesse campo, as ações já nascem de um direito (título) líquido e certo”. SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 89.

⁸⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 35.

estipulação do vigente art. 580 do CPC.⁸⁶⁶ Esse também é o pensamento exposto por Ovídio Araújo Baptista da Silva, que assevera: “a locução ‘direito líquido e certo’ tem uma significação semelhante à categoria jurídica conhecida como ‘título líquido e certo’, qualidade de que se deve revestir o documento para ser considerado título executivo (art. 586, CPC)”.⁸⁶⁷ Nessa mesma linha, encontra-se o pensamento de Leonardo Carneiro da Cunha, que se transcreve:

À evidência, o que se exige, no mandado de segurança, é que a *afirmação* da existência do direito seja provada de logo e, além disso, de maneira irrefutável, inquestionável, sem jaça, evidente, de molde a não remanescer qualquer dúvida a seu respeito.⁸⁶⁸

Ainda com relação à prova, no mandado de segurança, em nenhuma hipótese se admite produção de prova futura, ou seja, aquela que será produzida em juízo. Ela deve ser preexistente.⁸⁶⁹ Prevalece assim a ideia de que a complexidade do direito objetivo não impede a análise do mandado de segurança.⁸⁷⁰ Isso porque não é ao direito objetivo que o termo direito líquido e certo se refere. Se fosse, estar-se-ia diante de uma ação de controle abstrato, em que se verifica lei em tese.⁸⁷¹ Não é o caso, já que o mandado de segurança surge no bojo do *habeas corpus*, no intuito de garantir liberdades públicas.

Percebe-se que, com relação ao mandado de segurança, a prova se insere como elemento fundamental, já que determina sua razão de existir, enquanto rito especial. Ademais, sem a prova pré-constituída não se pode falar em direito líquido e certo, e sem direito líquido e certo não há que se falar em mandado de segurança. Como salienta Themistocles Brandão Cavalcante, “o que caracteriza o mandado de segurança é a existência de prova liminar do fato”.⁸⁷² No mesmo sentido, Leonardo José Carneiro da Cunha: “o requisito da liquidez e certeza do direito está relacionado com a comprovação das alegações contidas na petição inicial”.⁸⁷³ Nesse passo, não é exagero afirmar que sem a prova pré-constituída que atesta a existência de fato jurídico, não há a garantia do mandado de segurança. Essa é a conclusão a que chega Ovídio Araújo Baptista da Silva: “se todos os direitos, desde que existentes,

⁸⁶⁶ Art. 580 do CPC: “A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo” (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

⁸⁶⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil**: execução obrigacional, execução real e ações mandamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, vol. II, p. 277.

⁸⁶⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. *Op. cit.*, p. 361.

⁸⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 89.

⁸⁷⁰ Súmula 625 do STF: “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

⁸⁷¹ Súmula nº 266 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”

⁸⁷² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do mandado de segurança**. 4ª ed., rev., e atual. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 15,

⁸⁷³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Fazenda pública em juízo**. *Op. cit.*, p. 367.

haverão de ser ‘certos’, a questão ‘direitos líquidos e certos’ emigra do terreno normativo para o terreno probatório”.⁸⁷⁴

Outro dado que surge é que para doutrina, no mandado de segurança, o fato já surge como certo, e a complexidade pode ocorrer com relação ao direito aplicado ao caso. Assim, no mandado de segurança não haveria complexidade na demonstração fática, já que seu requisito é o prévio acerto. A questão é verificar se dialogicamente tal assertiva se sustenta, principalmente porque é no enunciado que os valores se colocam. Essa questão será vista em momento oportuno, mas, por ora, fica o seu registro.

5.3 Norma jurídica e o direito líquido e certo

Como já assentado, o texto constitucional põe o mandado de segurança com intuito de tutelar o direito líquido e certo ameaçado ou lesado por ato de autoridade pública ou por ato de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do poder público. Mas qual o sentido do termo direito ali posto? No item anterior restou assentado que o termo direito não está colocado no sentido de direito objetivo. Em uma resposta açodada, poder-se-ia colocar como sendo o direito subjetivo. A aludida resposta serviria em parte para equacionar o problema, mas não o resolveria totalmente, já que existe mandado de segurança que visa proteger os denominados interesses coletivos.

Diante da complexidade que se coloca, uma solução seria separar analiticamente aquilo que se apresenta como unidade. Quando a Constituição fala em proteção ao direito líquido e certo, o direito aparece sob dois aspectos diferentes, mas não excludentes. Um de índole material e outro de índole processual.

5.3.1 Aspecto material

A norma de direito material confere ao sujeito ativo um poder de interferir na órbita jurídica do outro sujeito, denominado passivo, de forma direta, permitindo, proibindo ou obrigando. Como já esclarecido, esse liame se dá no bojo do consequente da norma jurídica primária.

É esse direito que o magistrado, mediante decisão judicial, é chamado a tutelar. A aludida competência pode ser conferida tanto a um indivíduo (direito subjetivo ou

⁸⁷⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil**: execução obrigacional, execução real. Vol. II. *Op. cit.*, p. 273-274.

subjetivado), como a uma classe ou mesmo a uma coletividade difusa.⁸⁷⁵ No último caso há a classe dos direitos transindividuais ou metaindividuais. Ambos são protegidos pela ordem jurídica contra violação ou ameaça. Assim, o direito que se tutela é aquele presente no consequente da norma, seja ele individual, difuso ou coletivo. Por essa razão, o fato de a nova lei de mandado de segurança, em seu art. 21, omitir a tutela do interesse difuso, não impede o uso do remédio heroico, uma vez presente os requisitos estabelecidos na Constituição Federal.⁸⁷⁶

Tais direitos, entretanto, surgem no âmbito do consequente, no entanto necessitam de um antecedente que deve ser necessariamente concreto, pois, se for abstrato, inexistente fato jurídico, que é o pressuposto necessário para que a relação jurídica surja, fazendo gerar em seu bojo o direito subjetivo e/ou transsubjetivo de um sujeito ante outro sujeito. Para que haja o consequente, deve ocorrer antes o antecedente. A maneira como o antecedente se apresenta, seu modo de aparecer no processo, será determinada por regras de direito processual, pois elas irão estabelecer o modo como a decisão judicial será construída, tema a ser abordado no próximo item.

5.3.2 Aspecto processual

A lesão ou ameaça a direito perpetrado por conduta (comissiva ou omissiva) de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de função pública pode ser tutelada de mais de uma forma. Ressalta-se que tanto a lesão como a ameaça ingressam como antecedentes da norma secundária, que também necessita ser demonstrada, já que o ilícito também é fato. A forma mais comum é denominada via ordinária. Outra que se apresenta é a via sumária especial do mandado de segurança. Para esta última, a Constituição estabelece o requisito de liquidez e certeza, agregado ao termo direito.

Parte da doutrina afirma que a demonstração é do direito, e outra que a demonstração é do fato. Lugar comum entre ambas as posições é que a demonstração se dá mediante prova. Em uma análise normativa, percebe-se que não é o direito subjetivo ou transsubjetivo (difuso e coletivo) que é objeto de demonstração, porquanto direito é consequência de fato jurídico –

⁸⁷⁵ Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. **A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.** (Destacou-se). Lei nº 8.884, de 11.6.1994.

⁸⁷⁶ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR., Hermes. O mandado de segurança coletivo e a lei nº 12.016/2009. In ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Orgs.) **O novo mandado de segurança**: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p. 230-232.

uma de suas eficácias, em uma linguagem pontiana. É o fato jurídico, melhor, a alegação sobre os fatos jurídicos, e não o direito, que necessita ser demonstrado de plano ou mediante dilação probatória, no bojo do procedimento. Por essa razão, o sentido que melhor se aproxima ao termo líquido e certo é a construção elaborada originariamente por Costa Manso, no MS nº 333, de 1936. Aproxima-se, mas não exaure, porque lhe falta precisão conceitual, no sentido de estabelecer que não é o fato em si que deve ser certo e líquido, mas a demonstração sobre a alegação acerca do fato jurídico. Nesses termos, quando se diz que o direito é líquido e certo, quer se dizer que ele, o direito, decorre de um fato jurídico demonstrável de plano. Deve-se esclarecer que quando se afirma demonstrável de plano não se pretende excluir alguma instrução probatória no bojo do mandado de segurança, pois nada impede, por exemplo, que a autoridade coatora colacione documentos quando de suas informações. Além disso, pode acontecer de os documentos estarem em poder da autoridade coatora⁸⁷⁷, como também existe quem defenda que as informações da autoridade coatora teriam natureza de prova.⁸⁷⁸ Com relação à exibição de documentos, a lei de mandado de segurança, de forma expressa, a prevê em seu art. 6º, §§ 1º e 2º.⁸⁷⁹ Deve-se registrar que segundo o pensamento de Sérgio Ferraz é possível, ainda que excepcionalmente, dilação probatória no caso de a autoridade coatora vir a ocultar ou deformar a verdade em suas informações.⁸⁸⁰

Um direito que se origine de fato jurídico demonstrável de plano, que sofra ameaça ou lesão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atividade pública, pode ser tutelado pela via do mandado de segurança ou pela via ordinária. Noutros termos, a via ordinária pode ser utilizada tanto por quem tem prova pré-constituída como por aquele que não a possui, demandando neste último caso dilação probatória. Saliente-se que muitas vezes a via ordinária se mostra mais útil, dada a possibilidade de se cobrar, por exemplo,

⁸⁷⁷ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 24-25. MOUTA, José Henrique. A denegação de segurança e a nova Lei nº 12.016/2009: reflexões necessárias. In ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Coord.). **O novo mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 366.

⁸⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. **Gênesis** - Revista de Direito Processual, nº 25 (jul-set/2002). Curitiba: Ed. Genesis, 2002, p. 494. No mesmo sentido, MOUTA, José Henrique. MOUTA, José Henrique. A denegação de segurança e a nova Lei nº 12.016/2009: reflexões necessárias. In ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Coord.). **O novo mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 366.

⁸⁷⁹ § 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

§ 2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.

⁸⁸⁰ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 24.

parcelas pretéritas, possibilidade vedada pela via mandamental.⁸⁸¹ O direito reconhecido na decisão por meio de via ordinária ou por meio da via mandamental tem a mesma natureza do direito subjetivo material.

Pode-se afirmar que, a partir de uma análise normativa, a liquidez e a certeza não podem ser atributos de um direito ou de um fato, senão atributos da demonstração que tenha por objeto um fato jurídico. Diz-se do fato jurídico, já que somente ele é capaz de funcionar como antecedente de uma norma cujo consequente terá por eficácia um direito.

Com isso, quando o magistrado no bojo do mandado de segurança manifesta que não existe o denominado direito líquido e certo, não se pronuncia sobre o mérito da causa, já que não analisa a existência ou inexistência da alegação sobre o fato jurídico, bem como do direito que lhe é correlato, mas detém-se sobre a ausência da demonstração do fato jurídico, sob a forma pré-constituída ou estabelecida na lei do mandado de segurança, facultando ao impetrante, caso queira, buscar a via ordinária, como estipula o art. 6º, §6º, da Lei nº 12.016/2009.⁸⁸²

Por essa razão, o problema de ausência de direito líquido e certo, ou seja, sendo mais analítico, da ausência de demonstração da alegação sobre o fato jurídico que fundamenta o direito pretendido, tem natureza processual,⁸⁸³ malgrado a posição de Alfredo Buzaid, que vislumbra no direito líquido e certo natureza de direito material.⁸⁸⁴

Graças a essa construção, é possível tecer considerações sobre a consequência da ausência da aludida demonstração. Boa parte da doutrina defende que tal ausência implica carência de ação, por faltar interesse de agir, na modalidade adequação, como defendem, por exemplo, José Henrique Mouta⁸⁸⁵ e Cassio Scarpinella Bueno.⁸⁸⁶ Outra corrente reputa que o aludido defeito configuraria ausência de pressuposto processual objetivo. Esta última posição encontra respaldo na doutrina de Leonardo Greco.⁸⁸⁷

⁸⁸¹ Súmula 271 do STF: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

⁸⁸² “Art. 6º, § 6º: O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”

⁸⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: RT, 1995, p. 25.

⁸⁸⁴ BUZOID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. Op. cit., p. 86-87.

⁸⁸⁵ MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. Op. cit., p. 42-43.

⁸⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. Op. cit., p. 17.

⁸⁸⁷ “O direito líquido e certo no mandado de segurança diz respeito à desnecessidade de dilação probatória para elucidação dos fatos em que se fundam o pedido. Trata-se de pressuposto processual objetivo (adequação do procedimento) que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a sua busca através da via do mandado de segurança.” GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44.

A primeira tese, a que sustenta haver carência de ação, não se afigura como a que melhor serve para explicar a situação, isso porque a questão da certeza e da liquidez não está vinculada ao pedido, objeto da prestação jurisdicional, que tem por finalidade a proteção de um direito violado ou ameaçado de lesão por parte da autoridade administrativa ou do agente de pessoa jurídica de direito privado no exercício de função pública, mas ao procedimento. Noutros termos, o que se pretende no mandado de segurança é a concessão de uma ordem apta a tutelar um direito, mediante um procedimento diferenciado, por conta da excepcionalidade da prova. Haveria carência de ação, por ausência de interesse de agir, na modalidade adequação, se o pedido tivesse por objeto a análise de lei em tese,⁸⁸⁸ por exemplo, ou, no exemplo lançado por Francisco Wildo Lacerda Dantas, em que o autor, esbulhado em sua posse, ingressa com ação possessória pedindo que lhe seja declarada a propriedade.⁸⁸⁹ A falta dos requisitos – liquidez e certeza – é uma falha que atinge o procedimento e não a ação processual. Ou seja, o indivíduo pode inclusive ser o titular do direito que ele pretendeu em juízo, entretanto, por conta da não satisfação da exigência da prova pré-constituída, tal pleito não pode ser processado.

O aludido defeito autoriza o magistrado a indeferir a petição inicial, nos termos do art. 10 da lei de mandado de segurança,⁸⁹⁰ porque o autor não se desincumbiu do ônus de instruir a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação, conforme prescrevem o art. 283, o art. 284 e respectivo parágrafo, ambos do CPC vigente,⁸⁹¹ aqui aplicados subsidiariamente.⁸⁹²

Apenas excepcionalmente a ausência de prova na inicial não implicaria indeferimento da inicial. É o que ocorre na hipótese do art. 6º, §6º, da Lei nº 12.016/2009, já citado. Deve-se salientar que o indeferimento da inicial, por falta de documento indispensável à propositura da ação, nada mais é que ausência de pressuposto processual.

Por essa razão, quem entra com mandado de segurança sem a demonstração de liquidez e de certeza, apto a tutelar o direito ameaçado ou lesado, terá seu pleito extinto, sem exame do mérito. Essa hipótese se enquadra naquilo que o CPC denomina ausência de

⁸⁸⁸ Súmula nº 266 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

⁸⁸⁹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo**: jurisdição, ação (defesa) e processo. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007, p.283.

⁸⁹⁰ Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

⁸⁹¹ Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

⁸⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

pressupostos processuais (art. 267, I ou IV, do CPC)⁸⁹³, e não por conta do art. 267, VI, do CPC.⁸⁹⁴ Claro, havendo extinção nesses moldes é possível a impetração de novo mandado de segurança, se não houver operado a respeito a decadência, que pode fulminar o direito ao uso do mandado de segurança, caso não utilizado no prazo de 120 dias.⁸⁹⁵

Haverá decisão de mérito se por acaso o magistrado se pronunciar acerca da existência de algum componente da norma jurídica de direito material, seja com relação ao antecedente da norma primária, seja com relação ao antecedente da norma secundária (lesão ou ameaça a direito), bem como ao consequente da norma primária.

5.4 Próximo capítulo

Do que restou exposto neste capítulo, o mandado de segurança, enquanto procedimento sumário de matriz constitucional, gravita em torno da prova pré-constituída. É ela que possibilita a sumariedade procedimental, já que a inexistência de dilação probatória, exigência do instituto, faz com que tal fase não seja contemplada no rito. Agora se analisa como a cognição se processa no mandado de segurança a luz da concepção desenvolvida por Kazuo Watanabe e seus adeptos no direito pátrio.

⁸⁹³ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

⁸⁹⁴ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

⁸⁹⁵ Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Súmula 632 do STF: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.”

6 TEORIA DA COGNIÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA

6.1 Palavras iniciais

O mandado de segurança, que possui na peculiaridade da forma como a prova nele se apresenta a razão de sua existência, coloca para o magistrado, do ponto de vista objetivo, questões que dizem respeito à admissibilidade (condições da ação e pressuposto processual) e também com relação ao mérito.

Quanto à admissibilidade, uma situação de extrema relevância se coloca para o aludido procedimento, que é o problema da prova pré-constituída. Como visto no capítulo quarto, a aludida questão é vista pela doutrina de maneira diversa. Há quem defenda que seja uma condição da ação e há quem defenda que é pressuposto processual. Optou-se neste trabalho pela segunda opção, pressuposto processual, pelas razões já expostas, pois o problema de ausência de prova pré-constituída não diz respeito ao objeto da ação, que é uma prestação jurisdicional de um direito, mas à forma como tal objeto será juridicamente prestado, logo se referindo ao procedimento.

Ademais, é importante realçar que o fato de a lei permitir, em algumas circunstâncias, que a petição inicial não venha acompanhada com a prova pré-constituída não desvirtua a natureza documental do procedimento. Isso porque o permissivo legal decorre do fato de o documento restar sob o poder público.⁸⁹⁶ Nesse caso, a exigência de que a parte traga documento que não está em seu poder, mas nas mãos do poder público, poderia inviabilizar, em inúmeras oportunidades, o uso da garantia, já que se estaria a exigir que a parte fizesse o impossível. Ademais, do ponto de vista jurídico, exigir que a parte traga documento, mesmo que este esteja com a administração pública, implica um sem-sentido deôntico ou um contrassentido deôntico,⁸⁹⁷ já que o plano deôntico só atua no campo das

⁸⁹⁶ Art. 6º, §1.º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição. Lei nº 12.016/2009.

⁸⁹⁷ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 50-51.

possibilidades, não sendo admitido exigir que alguém se veja compelido a fazer o impossível (*nemo ad impossibile tenetur*).⁸⁹⁸

Com relação ao mérito, ficou assentado que é o direito subjetivo ou transubjetivo que o mandado de segurança visa a proteger. Nesse contexto, qualquer questão de mérito que vier a ser veiculada no aludido feito poderá ser objeto de avaliação do magistrado. No entanto, deve-se salientar que o termo qualquer questão deve ser lido com cuidado, uma vez que as questões estão condicionadas aos limites do procedimento mandado de segurança, que exige, para sua apreciação, prova pré-constituída e que o ato denominado coator tenha sido praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica exercendo atribuições do poder público. Destarte, o direito a ser protegido decorre de uma relação jurídica de direito público ou publicizada.

6.2 Análise da cognição no mandado de segurança sob o prisma subjetivo

6.2.1 Advertências iniciais

Como assentado no capítulo terceiro da presente tese, a cognição, sob o prisma subjetivo é visto pela doutrina pátria de maneira bidimensional. Pode-se analisar sob a ótica horizontal e sob a vertente vertical, bem como combinando as duas dimensões. Antes de se fazer a aludida averiguação, deve-se destacar que o aludido procedimento é, do ponto de vista formal, sumário. Isso quer dizer que constitucionalmente o mandado de segurança se apresenta como rito apertado, já que nele não existe dilação probatória e, mesmo quando a prova não se encontra com o impetrante, mas com algum agente público ou alguém que está a exercer ainda que ocasionalmente função pública, a solicitação dos documentos dá-se de forma abreviada, seja pelo prazo peremptório conferido à autoridade para trazer o documento,⁸⁹⁹ seja pelo fato de a autoridade coatora, querendo, ter de trazer os documentos que demonstrem suas alegações juntamente com suas informações.

Em todos os casos, a prova preexiste ao ajuizamento da ação. Assim, nenhuma prova será produzida no *iter* procedimental, como uma perícia ou a coleta de um testemunho. Tudo isso decorre da necessidade de liquidez e certeza da alegação sobre a existência do fato jurídico trazido à cognição do magistrado. Nesse contexto, a cognição no mandado de

⁸⁹⁸ Tradução livre: “ninguém é obrigado a fazer o impossível”.

⁸⁹⁹ Não se admitiria, no caso, prazo dilatatório, pois seria incompatível com a celeridade inerente ao mandado de segurança.

segurança se mostra, de certa forma muito mais simples, pois, em regra os documentos necessários para o julgamento da lide já estão colacionados com a exordial. Essa simplicidade, no entanto, é um caminho cheio de percalços e surpresas, como se verá nos próximos capítulos, quando será apresentada a análise dos dados empíricos. Por hora, passa-se a analisar a questão referente aos planos cognitivos.

6.2.2 Plano horizontal da cognição

Adentrando na questão da horizontalidade da cognição do magistrado, tem-se que o mandado de segurança se apresenta sob a forma plena, sempre lembrando que a plenitude é procedimentalmente regulada. No caso, qualquer matéria que tenha por objeto a cognição acerca do direito subjetivo ou transubjetivo articulado via mandado de segurança pode ser conhecida pelo magistrado. No referido plano horizontal, tanto as questões que dizem respeito à admissibilidade como as que dizem respeito ao mérito podem ser objeto da cognição. Nesses termos, do ponto de vista horizontal não há que se falar em cognição parcial.

6.2.3 Plano vertical da cognição

Quanto ao plano vertical, a cognição do mandado de segurança não possui cognição rarefeita típica da execução, em que pese o fato de alguns autores equipararem o direito líquido e certo ao título executivo, como já visto.⁹⁰⁰ Isso porque no mandado de segurança se exige que o Estado-juiz emita juízo de valor sobre a existência ou não do direito articulado pelo impetrante, sendo um procedimento de jurisdição contenciosa, como assentado no quarto capítulo.

Interessante ponto de análise pode ser verificado com relação à cognição superficial. Aquela que, conforme definição de Luiz Guilherme Marinoni, é veiculada independentemente da existência prévia de prova, sendo pautada na mera alegação, que poderá ser provada na dilação probatória posterior.⁹⁰¹ Em regra, tal cognição, no mandado de segurança, não seria possível, entretanto, nada impede que, na hipótese de a prova estar em poder da administração pública, para evitar o perecimento do direito, o magistrado conceda tutela de urgência, independentemente de prova, até que a autoridade coatora traga aos autos os documentos

⁹⁰⁰ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 87. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 35.

⁹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 26.

solicitados pela parte postulante, aptos a tornar líquido e certo o fato jurídico que dá causa ao direito pretendido. Neste caso, uma vez trazido o documento, cabe ao magistrado verificar se é caso de manter ou reformar a decisão. Trata-se de situação excepcional, mas plenamente possível.

Com relação à cognição sumária, sumariedade material, ela aparece como inerente à garantia constitucional do mandado de segurança desde o seu nascedouro, isso porque é a partir dela que o magistrado põe no sistema as liminares aptas a positivar a efetividade da prestação jurisdicional. A demarcação dessa característica foi a tônica que norteou o capítulo anterior. O que caracteriza a cognição sumária é o fato de ela, segundo a doutrina, ser pautada em um juízo de probabilidade, ou seja, pautada em prova. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni: “no mandado de segurança a liminar é concedida com base no juízo de probabilidade de que o fato afirmado e provado não será demonstrado de forma contrária pelo réu”.⁹⁰²

Quanto à cognição exauriente, esta ocorre no provimento final estipulado pelo magistrado, em que, de forma definitiva, o magistrado irá emitir seu juízo de valor acerca da existência ou não do fato jurídico que confere sustentação ao direito pretendido. A cognição exauriente, entretanto, graças à peculiaridade do procedimento, é condicionada à eventualidade da prova. Ou seja, só haverá cognição exauriente se houver nos autos prova suficiente para que o magistrado possa emitir juízo declarativo de existência ou de inexistência do direito alegado. Em caso contrário, deverá emitir juízo apenas sobre as questões de admissibilidade, que não têm o condão de fazer coisa julgada material. Desta forma, do ponto de vista vertical, a cognição será exauriente, *secundum eventum probationis*.

A ausência de prova pré-constituída impede que se adentre no mérito da causa, como bem salienta Kazuo Watanabe.⁹⁰³ Assim, neste caso, a cognição exauriente não existe. Desta feita, o fato de a decisão não fazer coisa julgada material decorre de desatendimento de questão procedimental, uma vez que nessa hipótese o procedimento exige, para haver cognição exauriente, a existência de prova pré-constituída. A decisão que estabelece que o impetrante não tem direito ao mandado de segurança por ausência de prova do fato líquido e certo decorre de aplicação de norma de estrutura, de conteúdo nitidamente processual, que impede o julgamento da lide. A aludida limitação se dirige ao magistrado, restringindo seu campo de atuação, impedindo a resolução do mérito. A norma de estrutura pode ser assim

⁹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 26.

⁹⁰³ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. *Op. cit.*, p. 119.

descrita: dado o fato de haver prova pré-constituída acerca do *fato probando*, deve-ser a proibição de o magistrado solucionar o litígio.

Como a insuficiência de prova se dirige ao fato (*rectius*: alegação acerca do fato) e este é articulado na causa de pedir, pois, como assevera Calmon de Passos, a causa de pedir próxima é o fato gerador do direito e a causa de pedir remota, o fato gerador do ilícito,⁹⁰⁴ tem-se que o requisito imposto ao autor, condicionante para o julgamento do mérito, corresponde a um pressuposto processual ligado ao elemento objetivo da demanda, precisamente a causa de pedir. A sua ausência impede o desenvolvimento válido e regular do processo, sendo hipótese de falta de pressuposto processual objetivo – “requisitos positivos ou negativos que se exigem para que a relação processual se desenvolva válida e regularmente”.⁹⁰⁵

Afirma-se com isso que a improcedência por insuficiência de prova, na realidade, não é decisão meritória, mas sentença nos moldes do art. 267, IV, do CPC. Com isso se percebe que não há, na situação analisada, decisão de mérito, por isso não faz coisa julgada material.

6.3 Tutela de urgência no Mandado de Segurança

6.3.1 Natureza da tutela de urgência no mandado de segurança

Em primeiro lugar, o termo tutela de urgência melhor designa o que comumente se denomina liminar em mandado de segurança. Isso porque nem sempre as decisões que conferem tutela de urgência são liminares,⁹⁰⁶ já que existe a possibilidade de concessão de tutela de urgência após justificação prévia. No entanto, a doutrina tem utilizado de forma indistinta os termos, pois, na maioria das vezes, as tutelas de urgência são realmente liminares, pelo que, por razões de ordem prática, neste trabalho o uso do termo liminar será feito no sentido de tutela de urgência, abrangendo assim tanto as decisões propriamente liminares como aquelas proferidas após a oitiva da parte contrária.

⁹⁰⁴ PASSOS, J. J. Calmon. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. III. (arts. 270 a 331). 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 158.

⁹⁰⁵ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo**. *Op. cit.*, p. 440.

⁹⁰⁶ Liminar, etimologicamente, significa no limiar, no início. No processo seria o ato judicial que se profere antes de chamar a parte contrária. DIDIER JR., Fredie. Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais. **Revista dos mestrados em Direito Econômico da UFBA**, nº 8, jan/dez de 2000. Salvador: Curso de Mestrado em Direito da UFBA, 2000, p. 407-408. No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 18ª ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 26-31; ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil**. 2ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 7-9.

Com relação à tutela de urgência, no mandado de segurança, a doutrina, no passado, concebia-a como sendo de natureza cautelar. Isso, devido à influência da doutrina de Calamandrei, que enxergava como cautelar um tipo de provimento que antecipava de forma provisória o mérito, como no caso de alimentos, expressamente citado pelo autor.⁹⁰⁷

Apesar das mudanças que ocorreram na doutrina e na legislação pátria sobre a tutela de urgência, muitos autores atuais ainda veem a liminar do mandado de segurança como forma de provimento acautelatório, como é o caso de Hugo de Brito Machado,⁹⁰⁸ Paulo Cesar Conrado,⁹⁰⁹ Hely Lopes Meirelles,⁹¹⁰ Antônio Cezar Lima da Fonseca,⁹¹¹ Celso Agrícola Barbi,⁹¹² José da Silva Pacheco⁹¹³ Calmon de Passos⁹¹⁴ etc.

Posição defendida por Betina Rizzato Lara toma a liminar em mandado de segurança como cautelar-satisfativa, pois segundo alega, a antecipação se daria no plano fático. No plano jurídico, haveria a possibilidade de reversão. Acrescenta que a definitude jurídica apenas se dá na sentença de mandado de segurança.⁹¹⁵ A premissa que a referida autora parte tem um pequeno problema. Explica-se. Tanto a liminar como a sentença é passível de alteração. A liminar mediante recurso ou pela sentença, por exemplo. A sentença pode ser alterada no recurso ou mediante provimento de remessa obrigatória. Ou seja, tanto a sentença como a liminar são alteráveis, no curso da mesma relação jurídica processual. Chamar uma de satisfativa fática e outra de satisfatividade jurídica é mera arbitrariedade, pois coloca como diferente, categorias que, no plano da satisfação são idênticas.

Por outro lado, tomando por lastro o caráter satisfativo, não cautelar, que o provimento provisório emitido na cognição sumária do mandado de segurança possui, levantam-se as vozes de Ovídio Araújo Baptista da Silva,⁹¹⁶ Fredie Didier Jr.,⁹¹⁷ Lúcia Valle

⁹⁰⁷ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 64-65.

⁹⁰⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**: de acordo como a Lei nº 12.016/09. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p.136.

⁹⁰⁹ CONRADO Paulo Cesar. Liminar em mandado de segurança e compensação tributária. In CHIESA, Clélio; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Coords.). **Processo Judicial Tributário**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 33.

⁹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 73.

⁹¹¹ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Da liminar no mandado de segurança. *Op. cit.*, p. 26.

⁹¹² BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 174-175.

⁹¹³ PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. *Op. cit.*, p. 212.

⁹¹⁴ PASSOS, J. J. Calmon. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 44.

⁹¹⁵ LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. São Paulo: RT, 1993, 67 e 135-136.

⁹¹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. Vol. II. *Op. cit.*, p. 298.

⁹¹⁷ DIDIER JR., Fredie. Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. *Op. cit.*, p. 417-418.

Figueiredo,⁹¹⁸ José Henrique Mouta⁹¹⁹, José Roberto dos Santos Bedaque,⁹²⁰ Ricardo Alessandro Castagna⁹²¹ etc. Nesta linha, digna de destaque é a lição de Hamilton de Moraes e Barros, lançada em 1963, sobre liminar em mandado de segurança, que se transcreve:

Não é a prevenção do risco o objeto da liminar, mas já é a situação jurídica buscada, situação que será em definitivo conferida na sentença. O pedido é que é satisfeito por antecipação. Em caráter provisório, é verdade; sujeito à revogação, não se contesta; mas já é a mesma atribuição de situação que é objeto da sentença final definitiva.⁹²²

Em outra obra, o citado autor irá alertar:

Para nós — e essa era a tese de então e agora — a liminar é a entrega provisória e antecipada do pedido; já é decisão satisfativa do direito, embora precária. Conjura os perigos da demora, porém se assenta na mesma fundamentação que irá embasar a sentença definitiva. Não é possível a liminar concedida a quem evidentemente não tenha o direito de base.⁹²³

O pensamento de Hamilton de Moraes e Barros é expressamente transcrito, dado o fato de ele ter percebido o caráter satisfativo da liminar em mandado de segurança muito antes de seus contemporâneos, adiantando uma discussão que seria travada de forma mais efusiva no final do século XX, quando se introduziu a tutela antecipada no bojo do processo de conhecimento.

Uma terceira corrente irá avaliar a tutela de urgência no mandado de segurança, conciliando as duas correntes. Neste caso, haveria decisões que veiculariam provimentos acautelatórios e outras que veiculariam provimentos antecipatórios. Essa posição é encontrada em Cassio Scarpinella Bueno,⁹²⁴ Luiz Orione Neto,⁹²⁵ Mantovanni Colares Cavalcante,⁹²⁶ José Herval Sampaio Júnior,⁹²⁷ Jean Carlos Dias⁹²⁸ etc. Este último autor salienta que se tem

⁹¹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 123-125.

⁹¹⁹ MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 94.

⁹²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. *Op. cit.*, p. 129.

⁹²¹ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. **Tutela de urgência**. *Op. cit.*, p. 235.

⁹²² BARROS, Hamilton de Moraes e. **As liminares no mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 24.

⁹²³ BARROS, Hamilton de Moraes e. Breves considerações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil. **Revista Forense**, nº 246 (abr./jun. de 1974). Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 202.

⁹²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89-90.

⁹²⁵ ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil**. *Op. cit.*, p. 314-315.

⁹²⁶ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 147.

⁹²⁷ SAMPAIO JR., José Herval. Particularidades das medidas liminares após a nova lei do mandado de segurança. In ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Orgs.). **O novo mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 396.

⁹²⁸ DIAS, Jean Carlos. Os direitos fundamentais e a contracautela na nova ação de mandado de segurança. *Op. cit.*, p. 294.

como regra, nas tutelas de urgência do mandado de segurança, a modalidade tutela antecipada.⁹²⁹

Percebe-se que a polêmica sobre o assunto ainda anima o debate, embora, conforme Cassio Scarpinella Bueno, haja perdido o interesse prático por conta da fungibilidade da tutela de urgência, introduzida no sistema pátrio pelo art. 273, §7º, do CPC.⁹³⁰ O interesse prático, entretanto, remanesce, já que há diferença entre ambos os provimentos, pois as consequências de um são distintas da do outro, máxime no quesito satisfatividade, como se assentará.

No cotejo das três correntes, afigura-se como melhor modelo explicativo aquele que vislumbra na tutela antecipatória o tipo de provimento veiculado no mandado de segurança. Um dos exemplos clássicos utilizados para explicar a hipótese de cautelar em mandado de segurança diz respeito ao pedido de suspensão da eficácia do ato, como se dá no seguinte exemplo, ofertado por Luiz Orione Neto, que relata ser o caso de tutela cautelar em mandado de segurança a hipótese de requerimento de suspensão de adjudicação do objeto de um certame licitatório, até que se decida sobre o pedido principal que consiste na irregularidade da proposta admitida como vencedora.⁹³¹ Não parece ser o caso do exemplo uma cautelar, como se passa a demonstrar.

Como bem relata José Carlos Barbosa Moreira, a suspensão, que atua no plano da eficácia do fato jurídico, cortando-lhe provisoriamente o efeito, é medida mais branda que a anulação, que terá o condão de retirar do sistema o fato jurídico defeituoso, atuando no plano da existência.⁹³² Ou seja, anulando a proposta, a medida definitiva irá substituir uma determinação mais leve por uma mais pesada. Se há substituição e, no caso, estar-se-ia diante de tutela antecipatória.⁹³³ No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. irá afirmar que o pedido de suspensão no mandado de segurança tem sempre natureza satisfativa,⁹³⁴ uma das características que distinguem a tutela cautelar da tutela antecipada, como salienta Ovídio Araújo Baptista da Silva,⁹³⁵ já que é nele que se atribui de forma imediata um dos efeitos

⁹²⁹ DIAS, Jean Carlos. Os direitos fundamentais e a contracautela na nova ação de mandado de segurança. *Op. cit.*, p. 294.

⁹³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89-90.

⁹³¹ ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil**. *Op. cit.*, p. 315.

⁹³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. Nº 81, ano 21 (jan./mar. de 1996). São Paulo: RT, 1996, p. 209-210.

⁹³³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol. 2. *Op. cit.*, p. 52.

⁹³⁴ “Nosso entendimento do que seja a *satisfação* de um direito toma este conceito como equivalente à sua realização concreta e objetiva. Satisfazer um direito, para nós, é realizá-lo concretamente no plano das relações humanas”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol. 2. *Op. cit.*, p. 25.

⁹³⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol. 2. *Op. cit.*, p. 28.

anexos de eventual sentença de mérito procedente.⁹³⁶ Por essa razão a cognição sumária efetivada nas liminares acaba por veicular um juízo sobre as questões de mérito, que a doutrina estabelecerá como provisório.

6.3.2 *Requisitos para concessão da tutela de urgência no mandado de segurança*

6.3.2.1 Concessão da tutela de urgência: discricionariedade ou vinculação?

A lei de mandado de segurança estipula as condições para que, com base em cognição sumária, se possam antecipar alguns aspectos da prestação jurisdicional final. Para isso devem estar presentes dois requisitos: a relevância do fundamento e o risco de o ato impugnado tornar ineficaz a medida final.⁹³⁷ Essa dupla condicionante funciona como antecedente da norma que autoriza o magistrado a conceder o provimento de urgência. Os dois termos que compõem o antecedente são vagos, necessitando de densificação no caso concreto.

Essa densificação para muitos consistiria numa forma de discricionariedade do magistrado, que concederia ou não a medida segundo juízo de oportunidade e conveniência.⁹³⁸ Por outro lado, aparece de forma majoritária a tese de que haveria vinculação do magistrado, já que a concessão de tutela de urgência não seria uma mercê do Poder Judiciário, mas sim uma obrigação.⁹³⁹

O problema da questão da discricionariedade repousa no fato de ela ser colocada por parte da doutrina de forma indistinta no antecedente e no consequente da norma jurídica.⁹⁴⁰ Na realidade, como a discricionariedade constitui uma faculdade, ou seja, uma permissão bilateral (Pp. P-p) – decodificando: permitido fazer e permitido não fazer –, tal grandeza só pode acontecer no consequente da norma, onde as condutas são modalizadas em proibidas,

⁹³⁶ DIDIER JR., Fredie. Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. *Op. cit.*, p. 415.

⁹³⁷ Art. 7º, III: Ao despachar a inicial: III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. Lei nº 12.016/2009.

⁹³⁸ SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança.** *Op. cit.*, p. 349. BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança.** *Op. cit.*, p. 215.

⁹³⁹ MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança.** *Op. cit.*, p. 97. FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança.** *Op. cit.*, p. 114. BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança.** *Op. cit.*, p. 92-93. ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil.** *Op. cit.*, p. 331-332.

⁹⁴⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 34. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.** São Paulo: Dialética, 1999, 42.

obrigadas ou permitidas. No antecedente não há espaço para discricionariedade, mas apenas, como dito, atribuição de sentido, máxime se os termos são semanticamente vagos ou ambíguos. Uma vez atribuído o sentido aos termos do antecedente, verifica-se como a norma jurídica modalizou, no consequente, a conduta. Se a modalização fosse uma faculdade, teríamos uma discricionariedade e, neste caso, seria possível efetivar a seguinte operação: presentes os requisitos, concede-se ou não a tutela de urgência. Entretanto, tal situação consistiria numa arbitrariedade que macularia a garantia constitucional do direito de ação, que confere ao cidadão um poder de exigir do Judiciário uma prestação jurisdicional e não uma gentileza.

Por essa razão, do ponto de vista normativo, não é possível falar em discricionariedade quanto aos elementos do antecedente da norma de estrutura que autoriza o magistrado a conceder uma tutela de urgência no mandado de segurança. Uma vez presentes os requisitos, o modal que aparece no consequente da norma de conduta é o obrigatório, ou seja, deve o magistrado conceder a tutela de urgência.⁹⁴¹ Mais uma vez o pressuposto normativo é utilizado. Isso se dá por conta de o gênero jurídico discursivo ser por ele determinado.

6.3.2.2 Primeiro requisito: relevância do fundamento

Um dos requisitos para a concessão de tutela de urgência no mandado de segurança é a relevância dos fundamentos. O aludido atributo terá íntima relação com a questão referente à prova, pois é a partir dela que é possível aferir a existência da liquidez e certeza do fato jurídico, que será o antecedente do direito que se quer proteger. Ademais, compete à parte indicar a existência de ilegalidade ou abuso de poder por parte de agente do poder público contrário ao seu direito. É bom lembrar que a relevância ou irrelevância consiste em atribuição de valor aos fundamentos da pretensão, que são identificados com a causa de pedir, logo são dialogicamente colocados no plano do sentido.

Cabe ao magistrado, ao verificar o pedido, aferir a existência dos aludidos requisitos. Com relação à relevância, Cassio Scarpinella Bueno chega a afirmar que ela deve ser pautada em altíssimo grau de probabilidade de que a versão dos fatos, tal como levada ao magistrado, não será desmentida pela autoridade coatora. Em suas palavras, “alta probabilidade de ganho

⁹⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 209.

da causa pelo impetrante a partir das alegações e do conjunto probatório já trazido com a inicial”.⁹⁴²

Esse altíssimo grau de probabilidade é colocado como sendo uma das características que distinguem a tutela de urgência prevista no mandado de segurança, da tutela de urgência prevista nos provimentos cautelares e na tutela antecipada geral, prevista no art. 273 do CPC, bem como no art. 461 do CPC. Isso porque, enquanto no mandado de segurança não é permitida dilação probatória, sendo possível ao magistrado determinar a exibição de documento que preexiste à propositura da ação, conforme prescrição do art. 6º, §1º, da lei do mandado de segurança,⁹⁴³ nas demais tutelas de urgência a dilação probatória ampla é procedimentalmente aceita.⁹⁴⁴ A relevância do fundamento tem que ver com a consistência da prova, pelo que seria pouco provável que o impetrado pudesse apresentar de forma consistente uma objeção.⁹⁴⁵ Ao tratar da relevância, Hamilton de Moraes e Barros argumenta que ela diz respeito ao próprio pedido, já que a liminar nada mais seria que a antecipação do julgamento. Assim, não haveria diferença entre o fundamento para a concessão da liminar e o fundamento da concessão da sentença, porquanto ambas teriam o mesmo conteúdo, sendo a primeira provisória, e a segunda, definitiva.⁹⁴⁶

Do ponto de vista normativo, pode-se verificar que a aludida relevância tem por objeto tanto o antecedente da norma primária como o antecedente da norma secundária. Ambos, no plano abstrato, são compostos por descrição de fatos de possível ocorrência. No plano concreto da norma, tais descrições são veiculadas com verbo no passado, pois descrevem situações que já ocorreram. Tais alegações sobre situações que já ocorreram são confirmadas pela linguagem da prova, no caso, documental e pré-constituída. Saliente-se que o mandado de segurança não admite com seu fundamento a prova documentada, ou seja, aquela que verte em documento outra prova, como o testemunho, por exemplo. Como assevera Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, as provas documentadas “são provas documentais da colheita da prova no processo.”⁹⁴⁷ A documentação documenta a colheita e não o evento que se pretende demonstrar. No caso, a prova, apesar de documentada, não perde

⁹⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 94-95.

⁹⁴³ Art. 6º. § 1º. No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

⁹⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 93-94.

⁹⁴⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil**: execução obrigacional, execução real e ações mandamentais. Vol. II. *Op. cit.*, p. 295.

⁹⁴⁶ BARROS, Hamilton de Moraes e. **As liminares no mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 44.

⁹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. *Op. cit.*, p. 532.

sua origem, que é o testemunho ou a perícia, se o caso.⁹⁴⁸ Já o documento é, na lição de Carnelutti, “uma coisa representativa, ou seja, capaz de representar um fato”.⁹⁴⁹ É esse instrumento, prova documental que serve de pressuposto para o mandado de segurança.⁹⁵⁰

Dessa forma, a prova apta a demonstrar a alegação do fato tanto se dirige ao antecedente da norma primária, que constitui o fato jurídico lícito, como também ao antecedente da norma secundária, que constitui o fato jurídico ilícito, a que visto, como já assentado, em sentido amplo, a reclamar a correção judicial.

São eles os fatos afirmados. Esses fatos não são fatos do mundo em geral, mas fatos qualificados pelo jurídico; por essa razão, Pontes de Miranda assevera que “os fatos que têm de ser afirmados são os fatos jurídicos”.⁹⁵¹ Deve-se destacar que a conduta ilícita do poder público pode ser tanto comissiva como omissiva. Ademais, é a eficácia do ato tachado de coator que irá delimitar o segundo requisito para a concessão da tutela de urgência no mandado de segurança, como se verá no desenrolar deste capítulo.

6.3.2.3 Segundo requisito: ineficácia da medida

O que torna a tutela antecipada, no bojo do mandado de segurança, uma modalidade de tutela de urgência é o fato de que a permanência do ato impugnado possa vir a tornar ineficaz a medida definitiva, uma vez julgado procedente o pedido. É o equivalente ao *periculum in mora*.

Para analisar o presente item se faz necessário definir a função do ato coator, já que é sua eficácia que poderá tornar ineficaz a decisão veiculada ao final no mandado de segurança. Celso Antônio Bandeira de Mello, ao se deparar com o tema, define-o como sendo qualquer comportamento (comissivo ou omissivo) da autoridade que venha a ser causa de ilegalidade ou abuso de poder.⁹⁵² O mero anúncio de que o ato será praticado enquadra-se no conceito de coator se tiver o condão de gerar abusividade ou ilegalidade.

Deve-se salientar que um ato judicial poderá se enquadrar como ato coator passível de mandado de segurança quando para aquela medida judicial não houver recurso apto a impugná-lo, como acontece com a impugnação das decisões interlocutórias em sede de

⁹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. *Op. cit.*, p. 532.

⁹⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. *Op. cit.*, p. 190.

⁹⁵⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. *Op. cit.*, p. 362-363.

⁹⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. IV. *Op. cit.*, p. 249.

⁹⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira. O ato coator. In MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de mandado de segurança**. São Paulo: RT, 1986, p. 10-11.

juizados especiais.⁹⁵³ A hipótese em que o ato administrativo ainda não fora praticado, mas se externou mera intenção de praticá-lo, enquadra-se na modalidade ato coator apto a fundar o mandado de segurança preventivo, aquele que tutela a ameaça ao direito. Celso Antônio Bandeira de Mello com isso procura afastar a ideia de ato coator do conceito tradicional de ato administrativo. Ele pode ser sim um ato administrativo, mas pode não ser. Entretanto, em todas as hipóteses é um fato jurídico ligado à seara administrativa, já que vinculado a alguma atividade da administração pública.

Antes de avançar neste ponto, vale demarcar alguns atributos que norteiam o ato da administração, que são a excoatoriedade – “qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu” –,⁹⁵⁴ a imperatividade – “qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância” –⁹⁵⁵ e a exigibilidade – “qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância, das obrigações que impôs”,⁹⁵⁶ além da presunção de legitimidade dos atos públicos – “qualidade que revestem tais atos de se presumirem verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário”.⁹⁵⁷ A existência dos aludidos atributos confere ao ato coator, que é um ato da administração, efeitos que exigirá do Judiciário uma resposta rápida, apta a evitar a ineficácia não só do provimento, mas principalmente do próprio direito material que o mandado de segurança visa a tutelar.

Nesse contexto se coloca uma situação muito peculiar, que é a prevalência dos efeitos do ato da administração ante os efeitos do ato jurídico que confere direito ao administrado. Trocando em miúdos, um fato jurídico gera um direito do administrado em face da administração, que não tem o condão de se contrapor a outro fato jurídico emitido pela administração (ato administrativo) que lhe é adverso. Se as duas situações jurídicas tivessem o mesmo grau de prevalência, anular-se-iam.

Entretanto, isso não ocorre, já que prevalece o ato da administração, por conta dos atributos legais acima indicados. O que isso quer dizer é que o direito do administrado goza de eficácia, mas esta pode ser simplesmente tolhida de forma unilateral por ato da administração. Neste caso, pode ocorrer que um ato eficaz se tornou ineficaz, como no caso

⁹⁵³ CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.

⁹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 17ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 384.

⁹⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 383.

⁹⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 384.

⁹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 383.

da suspensão de um benefício previdenciário. Ou o ato jurídico que confere direito ao administrado possui eficácia mínima, mas necessita de ato da administração para poder ter sua eficácia plena. Ou o direito decorrente de um ato jurídico não poderá ser exercitado por conta da existência de um ato da administração que lhe tolhe a eficácia. Ou um ato jurídico é eficaz, mas está sendo ameaçado de ineficácia por conta da eventual superveniência de ato da administração.

Percebe-se que a concessão da liminar suspende a eficácia do ato da administração. Para que isso se materialize a Constituição e a lei estabelecem requisitos, já que o ato estatal goza da presunção de legitimidade, que é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. Por essa razão, para afastar tal presunção se faz necessária a existência de prova, no caso pré-constituída, que demonstre o contrário daquilo que a presunção indica.

Desta feita, o ato judicial, na tutela de urgência, além de suspender provisoriamente a eficácia do ato reputado como ilícito, muitas vezes deverá conferir eficácia, também provisória, ao ato que origina o direito do administrado. Essa eficácia específica ou fora tolhida pelo ato inquinado coator ou não existia e, por isso, depende de ato do magistrado para poder produzir seus plenos efeitos, ainda que de forma provisória.

Sob o enfoque normativo, percebe-se que a análise do *periculum in mora* se dirige a aspectos do antecedente da norma secundária, precisamente a seus efeitos. Ou seja, a permanência da eficácia do ato reputado ilícito poderá tornar ineficaz o provimento final, caso procedente. Destarte, a ineficácia que o provimento de urgência visa a coibir é aquela que, uma vez não deferida, impedirá que a sentença possa corrigir, de forma definitiva e útil, a ilegalidade.⁹⁵⁸ Nas palavras de Hugo de Brito Machado, ineficácia da sentença constitui “a inaptidão para prescrever diretamente a reparação integral de todos os danos decorrentes do ato impugnado”.⁹⁵⁹ Por isso, nesse contexto, o que se visa com mandado de segurança é a efetivação da tutela específica, evitando-se, o quanto possível, a via indenizatória.⁹⁶⁰ Nada impede, entretanto, que haja possibilidade de indenização, mas esse não é o fim específico do mandado de segurança, em regra.

⁹⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 95.

⁹⁵⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. *Op. cit.*, p. 138.

⁹⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 95.

6.4 Informações no Mandado de Segurança: sob o prisma da cognição

Diverge a doutrina acerca da natureza jurídica das informações em mandado de segurança. Uma grande leva de doutrinadores classifica as informações como sendo verdadeira contestação, logo defesa.⁹⁶¹ Mesmo sendo defesa, para a maioria dos adeptos dessa concepção, a não apresentação de informação não implica confissão, já que é pressuposto do mandado de segurança a prova pré-constituída, sendo assim ônus do autor demonstrar as alegações sobre o fato e que, por versar a matéria sobre questão de interesse público, seria reputada indisponível, pelo que se aplicaria a previsão do art. 320, II, do CPC.⁹⁶² Além disso, milita em favor dos atos administrativos a presunção de legitimidade. Exige-se, entretanto, que se a autoridade trouxer provas, juntamente com suas informações, caberá ao magistrado facultar o contraditório.⁹⁶³

Outros autores divergem, alegando que não possuem natureza de defesa as informações prestadas pela autoridade coatora, sendo interessante a constatação de José de Moura Rocha, que afirma:

A autoridade não “contesta”, não opõe direito contra direito; fato contra fato. A autoridade não pede que seja rejeitado o pedido do impetrante. Nas informações ela justifica ou explica o ato impugnado que acreditará sem eiva de ilegalidade ou de abuso de poder.⁹⁶⁴

Na esteira de José de Moura Rocha, coloca-se também o pensamento de Sérgio Ferraz, que aduz outro argumento acerca das informações, qual seja o dever de veracidade que possui a autoridade ao prestar as informações, que a leva ao dever de imparcialidade. Se é imparcial, argumenta o autor, não pode ser parte.⁹⁶⁵ No mesmo sentido, Cristiano Zanin

⁹⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 87. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 88. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil**: execução obrigacional, execução real. Vol. II. *Op. cit.*, p. 280. BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 198-199. MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em matéria tributária**. *Op. cit.*, p. 29. PINTO FERREIRA, Luís. **Teoria e prática do mandado de segurança**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 81. SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 380. MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre autoridade coatora no mandado de segurança. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Mandados de segurança e de injunção**. *Op. cit.*, p. 180. BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 232.

⁹⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 86-87. BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 200-201. BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 233-234. Em sentido contrário, admitindo a possibilidade da existência de confissão ficta, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 88-89.

⁹⁶³ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 234. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 88-89.

⁹⁶⁴ ROCHA, José de Moura. **Mandado de Segurança**: a defesa dos direitos individuais. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1987, p. 193-194.

⁹⁶⁵ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 58-59.

Martins⁹⁶⁶ e Mantovanni Colares Cavalcante. Este último autor reconhece que, na grande maioria, as informações são veiculadas sob a forma de contestação, mas isso não desnatura a sua função, que é informar as condições que a levaram a praticar ou deixar de praticar o ato rechaçado.⁹⁶⁷

Para essa segunda corrente, como a parte é a pessoa de direito público ou a de direito privado, no exercício de função pública a que a autoridade está subordinada, compete a ela, querendo, responder. Deve-se salientar que a não prestação de informação pela autoridade coatora não implica confissão, já que compete ao impetrante municiar sua petição com a prova pré-constituída do alegado fato jurídico ensejador do direito que pretende tutelar.

Uma variante da segunda concepção é defendida por Fredie Didier Jr., que reputa as informações como meio de prova, seja sob a forma de testemunho, seja por depoimento pessoal.⁹⁶⁸ Isso se dá, segundo alega, porque competiria à autoridade coatora expor as razões que a levaram a praticar ou a omitir o ato reputado como abusivo ou ilegal pelo impetrante. Ademais, prestar informação é dever personalíssimo da autoridade e não um ônus, como ocorre com a defesa, submetendo a autoridade a sanções administrativas e até penais, se for o caso.⁹⁶⁹ Fiel a essa linha de raciocínio, argumenta que não seria possível à autoridade coatora deduzir matéria típica de defesa como referente às condições da ação, pressupostos processuais, prescrição etc. Ficaria para a representação judicial da pessoa jurídica, querendo, ofertar defesa articulando tais matérias. Milita contra tese veiculada por Fredie Didier Jr. o fato de a sanção a que se submete a autoridade coatora não é de índole processual, mas funcional. Além disso, a parte tem, no processo civil, dever de “expor os fatos conforme a verdade” (art. 14, I, do CPC). Acrescente-se ainda que, segundo a lei processual vigente, cabe ao réu “manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial” (Art. 302 do CPC).

Longe está de se ter uma solução para a polêmica, principalmente pelo modo como as informações vêm sendo admitidas no mandado de segurança sob a forma de resposta. Para a análise do que se põe para o presente trabalho, as informações ingressam como enunciado apto a influenciar na formação de outro enunciado – que é a decisão do caso.

⁹⁶⁶ MARTINS, Cristiano Zanin. A legitimidade passiva no mandado de segurança à luz da nova legislação de regência e seus reflexos no processamento da ação. In ALVIM, Eduardo Arruda et al. (Coord.). **O novo mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 66-67.

⁹⁶⁷ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 189.

⁹⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. **Recurso de terceiro**: juízo de admissibilidade. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 151-152. DIDIER JR., Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. **Gênesis**: Revista de Direito Processual Civil, nº 25 (jul.-set. de 2002), p. 495-497.

⁹⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. **Gênesis**: Revista de Direito Processual Civil, nº 25 (jul.-set. de 2002), p. 495-497.

6.5 Resposta do réu e intervenção do Ministério Público

Para aqueles que entendem que as informações no mandado de segurança não constituem resposta, caberia à representação judicial colacionar aos autos a resposta, rechaçando a pretensão do impetrante. Ademais, como é possível a formação de litisconsórcio, este também é chamado a apresentar sua defesa, colacionando as respectivas provas, devendo ser possibilitado o contraditório sempre que houver a juntada de novas provas.

Outro dado relevante consiste na participação do Ministério Público, que deve ser intimado, como *custus legis*, já que tem por função defender a ordem jurídica. Antes se debatia na doutrina se o Ministério Público era obrigado ou não a oferecer o respectivo parecer. Hoje a nova lei superou essa exigência, como assinalou Hugo de Brito Machado,⁹⁷⁰ a partir da prescrição inserta no art. 12, P.U., da Lei nº 12.016/09.⁹⁷¹ Assim, compete ao Ministério Público, se quiser, apresentar suas razões pela procedência ou pela improcedência do pedido, ou mesmo articular alguma questão que envolva aspectos procedimentais ou de condições da ação.

A manifestação do Ministério Público tem uma peculiaridade no mandado de segurança, pois é um órgão do Estado incumbido por zelar pela incolumidade da ordem jurídica que emite uma parecer sobre o caso, propugnando muitas vezes pela procedência do pedido. Tal pronunciamento ingressa no feito, consistindo em um novo enunciado que irá influenciar a decisão final.

6.6 Sentença e acórdão no Mandado de Segurança

O mandado de segurança, como já restou demonstrado, possui no modo de apresentação da prova sua razão de existir. Nele não se admite que se produza prova no bojo do procedimento, como acontece com a prova testemunhal, que é procedimentalmente produzida, durante a tramitação do feito. Nada impede, entretanto, que se valha de prova

⁹⁷⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em matéria tributária**. *Op. cit.*, p. 108-109.

⁹⁷¹“Art. 12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do **caput** do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.

emprestada, desde que se respeite o pertinente contraditório e as peculiaridades procedimentais do mandado de segurança.

Assim, a sentença que irá solucionar o litígio terá o condão de emitir juízo sobre a existência ou não do fato jurídico, desde que o direito que dele imana não tenha sido maculado por ato de autoridade. Não basta ser titular do direito, mas deve também o ato da administração ter o condão de inviabilizar a eficácia do direito do impetrante.

Posta dessa forma, a cognição realizada pelo magistrado na sentença levará em consideração:

- a- os argumentos e provas colacionadas pela parte impetrante;
- b- as informações da autoridade coatora, se houver;
- c- a defesa da pessoa jurídica ou do litisconsorte, se houver;
- d o parecer do Ministério Público, caso haja.

Com base nesses diversos enunciados constantes do processo, o magistrado irá emitir o respectivo juízo. Parte da doutrina, quanto ao mandado de segurança, não tem enxergado diferença substancial entre o ato que confere a tutela de urgência e aquele que concede a tutela definitiva,⁹⁷² dado o fato de a prova pré-constituída que demonstra a liquidez e certeza da alegação do fato jurídico ser equiparada por diversos doutrinadores ao título executivo,⁹⁷³ que autoriza, por si só, a prestação jurisdicional tendente a satisfazer a pretensão do postulante, sem que haja necessidade de analisar a existência do direito.⁹⁷⁴

Ao se reportar à liminar em mandado de segurança, Fredie Didier Jr. argumenta que ela foi a primeira previsão legislativa a proteger “direitos evidentes”, possuindo certo grau de abstração, já que se propõe a tutelar qualquer direito que esteja ameaçado ou violado por ato de poder público.⁹⁷⁵ Difere, portanto, neste ponto, da tutela liminar da posse, que tem um campo bem menos abstrato de atuação, para não dizer específico.

O que se diz evidente, em Cassio Scarpinella Bueno aparece como alta probabilidade de que terá êxito na causa.⁹⁷⁶ O que até agora se abordou tem por função estipular a dificuldade em se demarcar, pelo denominado nível de cognição, uma distinção segura entre tutela de urgência e tutela definitiva no mandado de segurança.

⁹⁷² BARROS, Hamilton de Moraes e. Breves considerações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 202.

⁹⁷³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: execução obrigacional, execução real e ações mandamentais. Vol. II. *Op. cit.*, p. 277. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 36.

⁹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 3ª ed., rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 37.

⁹⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais. *Op. cit.*, p. 417.

⁹⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 94-95.

Uma análise normativa do problema permite enxergar que este não está no grau de cognição, mas, como se defende, naquilo que o magistrado pode conceder, naquele momento. Trata-se de um problema de competência (o que se pode fazer); tanto é assim que, no caso do art. 285-A do CPC,⁹⁷⁷ o magistrado está autorizado a decidir, de forma exauriente, a demanda de jurisdição contenciosa, liminarmente. Assim, nada impediria que a lei, com base em prova pré-constituída que ateste a certeza e a liquidez do fato jurídico que dá ensejo a um direito, autorize o magistrado que, de plano, conceda plenamente a tutela jurisdicional. Faz isso com o título executivo judicial, como também no procedimento monitório, cuja cognição é eventual, plena ou limitada (no plano horizontal), e exauriente (plano vertical), *secundum eventum defensionis*.⁹⁷⁸

Outra questão interessante que diz respeito à decisão na tutela de urgência é a provisoriedade. Comunga a doutrina o entendimento de que a tutela de urgência seria provisória, enquanto a da sentença seria definitiva.⁹⁷⁹ A definitividade estabelecida na sentença é dirigida ao magistrado, que fica impedido de alterá-la, salvo para corrigir erro material ou em caso de embargos de declaração.⁹⁸⁰ Isso quer dizer que a sentença de mérito em si, enquanto ato judicial, não é ato definitivo, mas provisório, já que pode, em sua totalidade, ou em parte, ser alterada em grau de recurso ou mesmo mediante rescisória.

Deve-se salientar que a cognição efetivada no julgamento do mérito do mandado de segurança na sentença e a efetivada na apelação são ambas exaurientes. Da mesma forma, a cognição emitida pelo magistrado na decisão que concede ou não a tutela de urgência e aquela efetivada em grau de recurso de agravo de instrumento que reforma ou confirma a referida tutela são ambas sumárias. Destaque-se, por oportuno, que a sentença que não reconhece a existência de liquidez e de certeza do fato jurídico ensejador do direito alegado, por versar sobre questão procedimental, extingue o processo sem examinar o mérito.⁹⁸¹

⁹⁷⁷ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

⁹⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 318.

⁹⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual**, vol. I. *Op. cit.*, p. 317.

⁹⁸⁰ Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;
II - por meio de embargos de declaração. CPC.

⁹⁸¹ MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p.43.

6.7 Próximo capítulo

Até agora se estudou como a prova determina a cognição e o procedimento do mandado de segurança. No próximo capítulo, a atenção se voltará à análise empírica de decisões veiculadas em mandados de segurança já arquivados, no intuito de verificar a viabilidade da teoria da cognição a partir de uma abordagem dialógica, sob o enfoque de Mikhail Bakhtin, do fenômeno jurídico, no que diz respeito às decisões judiciais em análise.

7 PESQUISA EMPÍRICA EM FEITOS DE MANDADO DE SEGURANÇA

7.1 Finalidade

Com relação ao mandado de segurança, demarcou-se na presente tese o seu total vínculo com a prova, já que é ela que acaba por condicionar a existência do próprio procedimento. Sua ausência, como visto, irá implicar extinção do processo sem que se proceda à solução do litígio. Ademais, o condicionamento do mandado de segurança à existência de liquidez e de certeza do direito, que nada mais é que a demonstração de que ocorreu o fato jurídico ensejador do direito alegado, bem como a demonstração de que há outro fato jurídico impedindo a eficácia do direito pretendido, torna o procedimento uma verdadeira fortaleza com relação à mudança, sob o prisma da cognição no processo. Isso porque desde Nicola Framarino dei Malatesta,⁹⁸² os níveis de cognição começam pela ignorância, passam pela credulidade, avançam à probabilidade, até chegarem à certeza. No mandado de segurança, *a priori*, com a petição inicial já estariam presentes todos os elementos necessários para o julgamento do mérito, condicionado apenas a uma eventual, mas possivelmente improvável, prova apta a impedir o julgamento favorável do litígio, de forma definitiva.⁹⁸³ Por essa razão, a doutrina equipara o direito líquido e certo ao título executivo extrajudicial,⁹⁸⁴ aquele que por si só garante a atividade satisfativa da decisão judicial, que nem sequer emite ato cognitivo sobre a lide, salvo o campo reservado à cognição rarefeita, que se restringe aos pressupostos processuais e às condições da ação,⁹⁸⁵ ou mediante ação autônoma – embargos – ou procedimento de impugnação ao cumprimento de decisão judicial etc.

Dessa forma, muito embora a mudança seja plenamente possível,⁹⁸⁶ ela seria eventual, dada a robustez de que se revestem os pressupostos para a existência do próprio mandado de segurança, uma espécie de gênero discursivo imerso no contexto jurídico processual, enquanto procedimento diferenciado. Mesmo sendo eventual, como salienta a

⁹⁸² MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. *Op. cit.*, p. 16.

⁹⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 94-95.

⁹⁸⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real e ações mandamentais**. Vol. II. *Op. cit.*, p. 277. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 36.

⁹⁸⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 58-59.

⁹⁸⁶ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 217. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil: execução obrigacional, execução real**. Vol. II. *Op. cit.*, p. 300. BARROS, Hamilton de Moraes e. **As liminares no mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 24.

doutrina, a mudança ocorre. Ademais, para além disso, seria essa mudança realmente eventual ou seria ela algo aleatório, no processo gerativo da decisão judicial, no bojo do processo?

A identificação da mudança ou não nas decisões proferidas no mandado de segurança será o objetivo da pesquisa, já que elas tomam por lastro provas pré-constituídas, o que irá implicar a constituição de fatos jurídicos, no bojo da decisão em caráter mais estável. Essa análise tem por objetivo verificar a (in)suficiência da hoje assentada teoria da cognição, máxime no mandado de segurança, já que esse tem na prova seu esteio, e por isso o conhecimento do magistrado se dirige à liquidez e à certeza do fato jurídico, como fixado, de certa forma, por Costa Manso. Com algumas variações na doutrina, esse tem sido o entendimento que norteia a doutrina pátria.

Por tal razão a prova acaba por possuir no presente trabalho local de centralidade, e sua compreensão sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin se coloca como uma forma de explicar a mudança de sentido ocorrida nas diversas decisões judiciais proferidas no mesmo procedimento, acerca de questões de mérito, objeto do processo.

7.2 Delimitação do âmbito da pesquisa

No intuito de delimitar a pesquisa empírica, demarcou-se o seu objeto e quais os seus contornos. A ideia é identificar na pesquisa acerca do mandado de segurança, que se pauta em prova pré-constituída e que serve para tutelar aquilo que a Constituição denomina “direito líquido e certo”, a existência de variações nas decisões proferidas no bojo do procedimento. As decisões que são mencionadas são aquelas que envolvem resoluções de questões de mérito, quais sejam as liminares (tutela de urgência), as sentenças e os acórdãos, veiculados no mesmo processo. Assim, as decisões, veiculadas em fases distintas do mandado de segurança, tomam por lastro a prova pré-constituída aptas a introduzir, segundo a doutrina pátria que se debruça sobre o mandado de segurança, um alto grau de probabilidade no deferimento do pleito,⁹⁸⁷ restando ao magistrado apenas aplicar o direito, que se coloca para o magistrado sob as cores da *iura novit curia*.

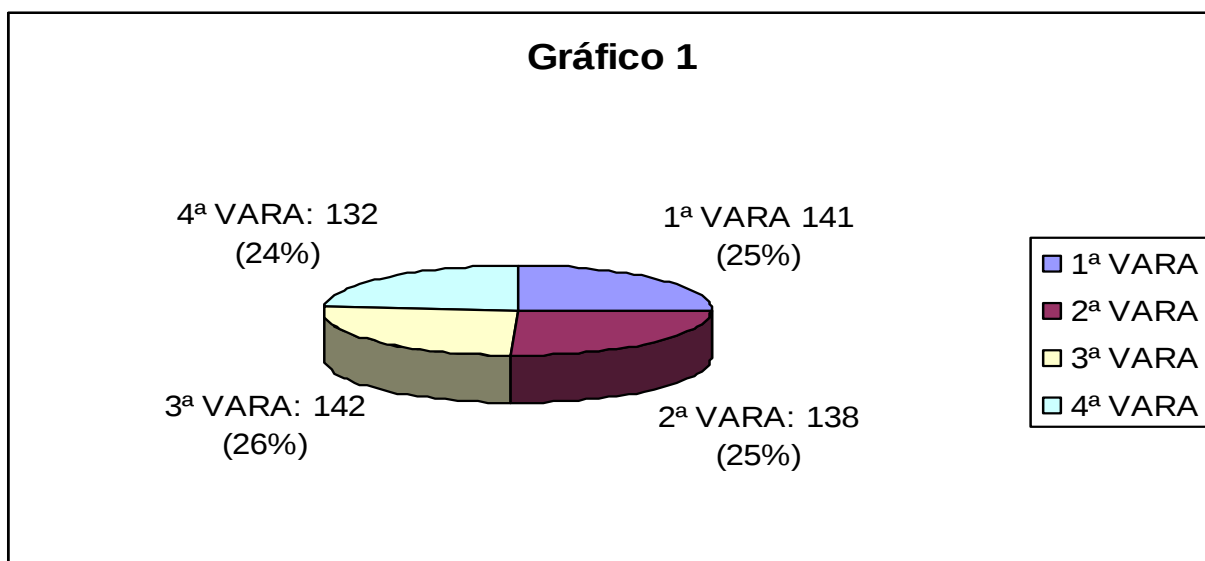
Para isso, buscou-se junto à Direção do Foro da Seção Judiciária de Alagoas, Justiça Federal, acesso aos autos arquivados de mandado de segurança que tramitaram nas Varas Federais Comuns de Maceió (AL), no caso, 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Varas. O pleito ante a Administração do Foro Federal em Alagoas foi prontamente deferido. Como o universo era

⁹⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 94-95.

extremamente amplo, já que a Justiça Federal de Alagoas fora instalada na década de sessenta do século passado, resolveu-se demarcar o período. A escolha recaiu sobre a análise de uma parcela dos processos arquivados no ano de 2009, no caso, sessenta autos de um total de 553 (quinhentos e cinquenta e três), contabilizando 10,85% (dez vírgula oitenta e cinco por cento) dos feitos arquivados naquele ano. Para montar um quadro representativo, procurou-se efetivar a escolha dos feitos, tomando-se cuidado para evitar que uma Vara tivesse, proporcionalmente, muito mais feitos analisados que outra. Assim, delimitou-se a busca no intuito de garantir a proporcionalidade quanto à representação das Varas, montando-se um mosaico representativo. A delimitação por Vara limitou-se apenas à estipulação do *quantum*; no mais, a escolha foi aleatória. Na verificação dos dados percebeu-se que as Varas arquivaram os feitos em 2009 na seguinte proporção:

1ª VARA	2ª VARA	3ª VARA	4ª VARA	TOTAL
141 (25,49%)	138 (24,95%)	142 (25,67)	132 (23,86%)	553 (100%)

Segue a representação gráfica:



Do que ficou exposto, a variação circulou em torno do percentual de 25% (vinte e cinco por cento), com pouca variação para mais ou para menos. Por essa razão, adotou-se o percentual de 25% (vinte e cinco por cento), com o intuito de padronizar a análise. Assim, do universo de sessenta processos, cada Vara seria representada por quinze feitos, equivalente ao percentual de 25% (vinte e cinco por cento) do total analisado.

Esperava-se, como se constatou, a existência de autos cuja distribuição fora efetiva nos mais variados anos, já que, como é cediço, o processo é uma marcha que se desenvolve no tempo, havendo processos distribuídos na década de noventa do século passado, como processos iniciados na primeira década do século atual.

A catalogação dos dados levou em consideração a indicação da Vara, o número do processo, o deferimento ou não de liminar (tutela de urgência), o rechaço ou não da autoridade coatora mediante informação/defesa, o pronunciamento do Ministério Público favorável ou não ao pleito, a sentença procedente ou não e o acórdão confirmando ou reformando a sentença. A ênfase, entretanto, como ficou demarcado, recaiu na decisão, produto da atividade cognitiva.

7.3 Resultado da pesquisa empírica sem análise da matéria

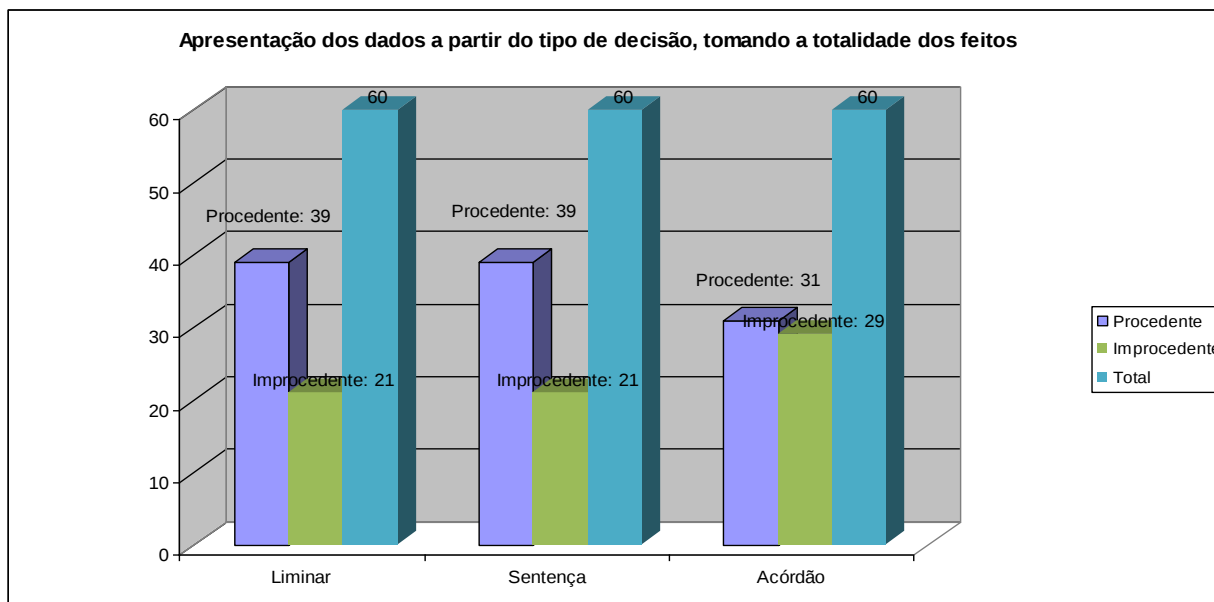
O resultado da pesquisa tomou duas vertentes. A primeira se centrou nas decisões, sem se preocupar em separá-las pelo critério do conteúdo. É a que será apresentada neste momento. Os dados coletados resultaram num mapa bem variado no panorama decisório. Para fins de padronização, colocou-se o termo procedente e improcedente a fim de representar a concessão ou não da segurança, seja na liminar (tutela de urgência), seja na sentença e no acórdão. Faz-se o alerta, pois normalmente, quanto à liminar, costuma-se utilizar o termo deferida ou indeferida, bem como concedida ou denegada, para representar a concessão ou não. Assim, para fins desta pesquisa, optou-se pelo termo procedente e improcedente, quanto ao deferimento ou não da segurança, nos diversos planos decisórios. O termo acórdão procedente não significa que o recurso foi procedente, mas que a segurança foi concedida, na instância recursal, após o julgamento do mérito do mandado de segurança, mediante sentença do primeiro grau. Nesse contexto, pôde-se constatar na pesquisa o quadro que se passa a expor:

a – Apresentação dos dados a partir do tipo de decisão, tomando a totalidade dos feitos:

Liminar (Tutela de urgência)	
Procedente	Improcedente
39 (65%)	21 (35%)
Sentença	
Procedente	Improcedente
39 (65%)	21 (35%)

Acórdão	
Procedente	Improcedente
31 (51,66%)	29 (48,33%)

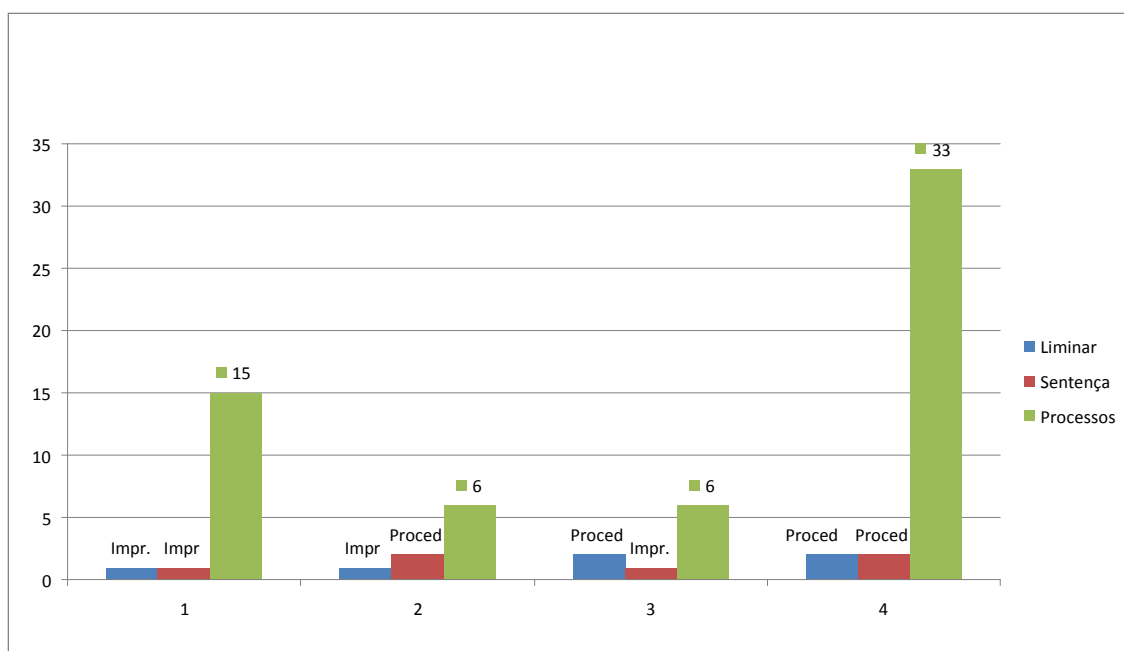
Segue a representação gráfica:



b – A apresentação dos dados com verificação da variação entre a decisão liminar e a sentença, no mesmo processo, proporcionou as seguintes combinações: liminar procedente e improcedente; sentença procedente e improcedente. Deve-se ressaltar que o termo procedente foi substituído pelo sinal positivo entre parênteses (+) e o termo improcedente, pelo sinal da negação entre parênteses (-). As combinações possíveis são assim expostas: 1 – Liminar (-) e Sentença (-); 2 – Liminar (-) e Sentença (+); 3 – Liminar (+) e Sentença (-); e 4 – Liminar (+) e Sentença (+). Ei-las:

COMBINAÇÕES	PROCESSOS	PERCENTUAL
1- liminar (-) sentença (-)	15	25%
2- liminar (-) sentença (+)	6	10%
3- liminar (+) sentença (-)	6	10%
4- liminar (+) sentença (+)	33	55%

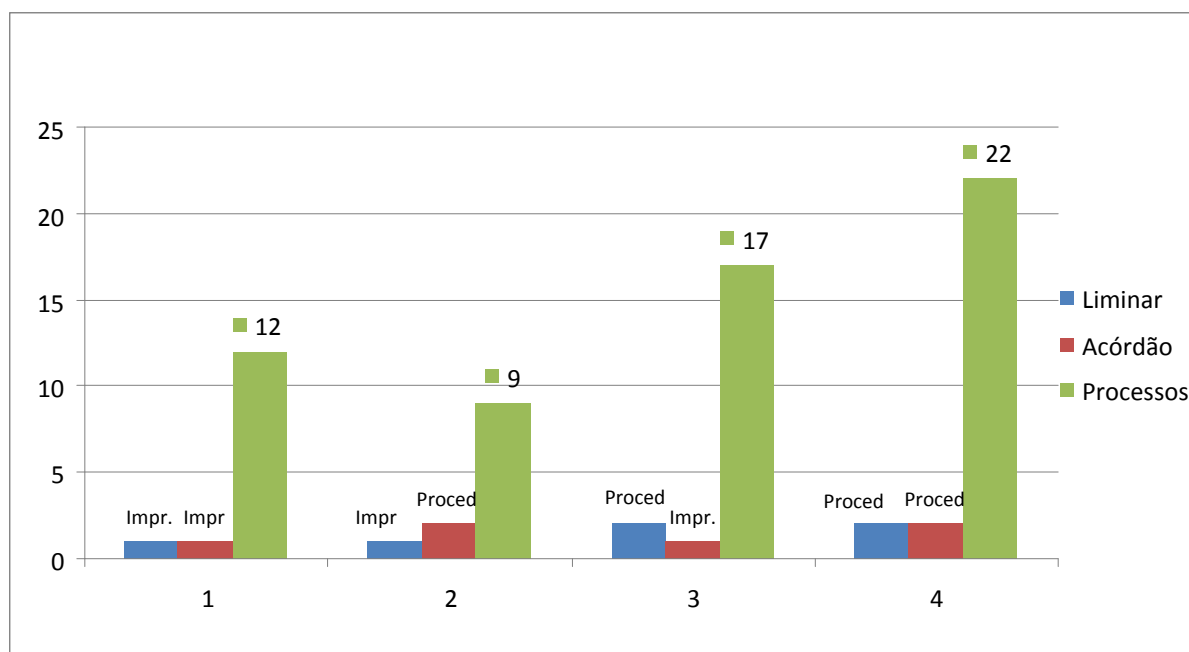
A seguir, a representação gráfica dos aludidos dados:



c – A apresentação dos dados verificando a variação entre a decisão liminar e o acórdão que confirma ou rechaça a sentença, no mesmo processo, proporcionou as seguintes combinações: liminar procedente e improcedente; sentença procedente e improcedente. Da mesma forma, representou-se o procedente e o improcedente, respectivamente, pelos sinais positivo e negativo entre parênteses. As combinações possíveis são assim expostas: 1 – Liminar (-) e Acórdão (-); 2 – Liminar (-) e Acórdão (+); 3 – Liminar (+) e Acórdão (-); e 4 – Liminar (+) e Acórdão (+). Ei-las:

COMBINAÇÕES	PROCESSOS	PERCENTUAL
1- liminar (-) acórdão (-)	12	20%
2- liminar (-) acórdão (+)	09	15%
3- liminar (+) acórdão (-)	17	28,33%
4- liminar (+) acórdão (+)	22	36,66%

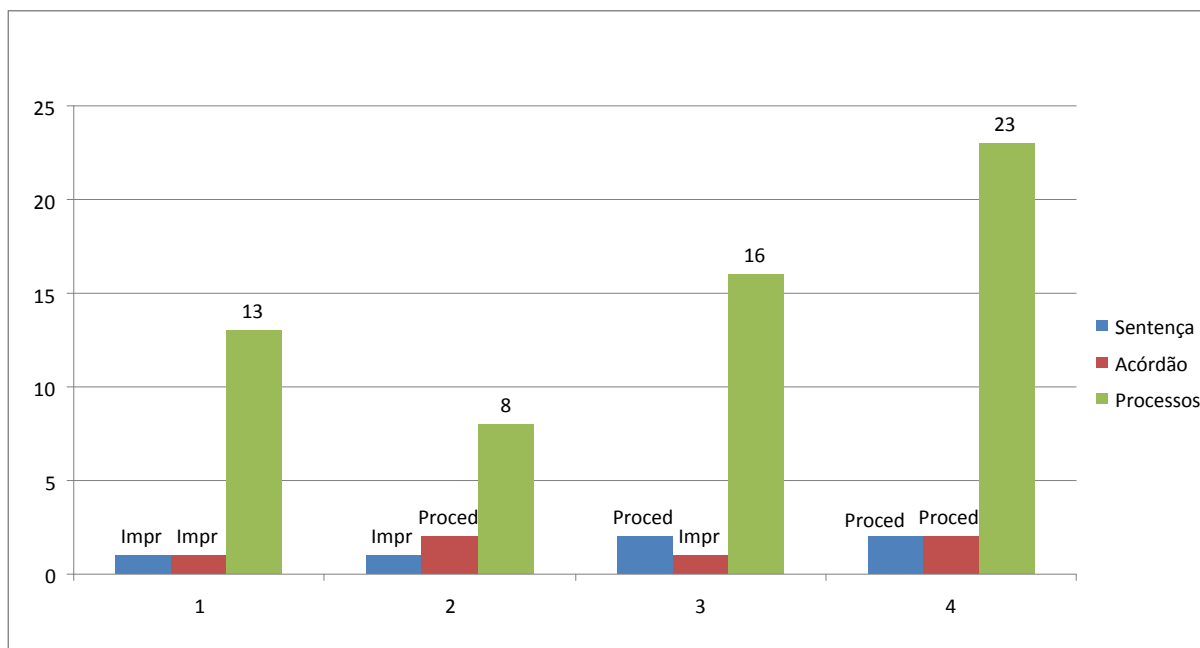
A seguir, a representação gráfica dos aludidos dados:



d – A apresentação dos dados verificando a variação entre a sentença e o acórdão, no mesmo processo, proporcionou as seguintes combinações: 1 – Sentença procedente e improcedente; Acórdão procedente e improcedente. Da mesma forma, representou-se o procedente e o improcedente, respectivamente, pelos sinais positivo e negativo entre parênteses. As combinações possíveis são assim expostas: 1 – Sentença (-) e Acórdão (-); 2 – Sentença (-) e Acórdão (+); 3 – Sentença (+) e Acórdão (-); e 4 – Sentença (+) e Acórdão (+). Ei-las:

COMBINAÇÕES	PROCESSOS	PERCENTUAL
1- sentença (-) acórdão (-)	13	21,66%
2- sentença (-) acórdão (+)	08	13,33%
3- sentença (+) acórdão (-)	16	26,66%
4- sentença (+) acórdão (+)	23	38,33%

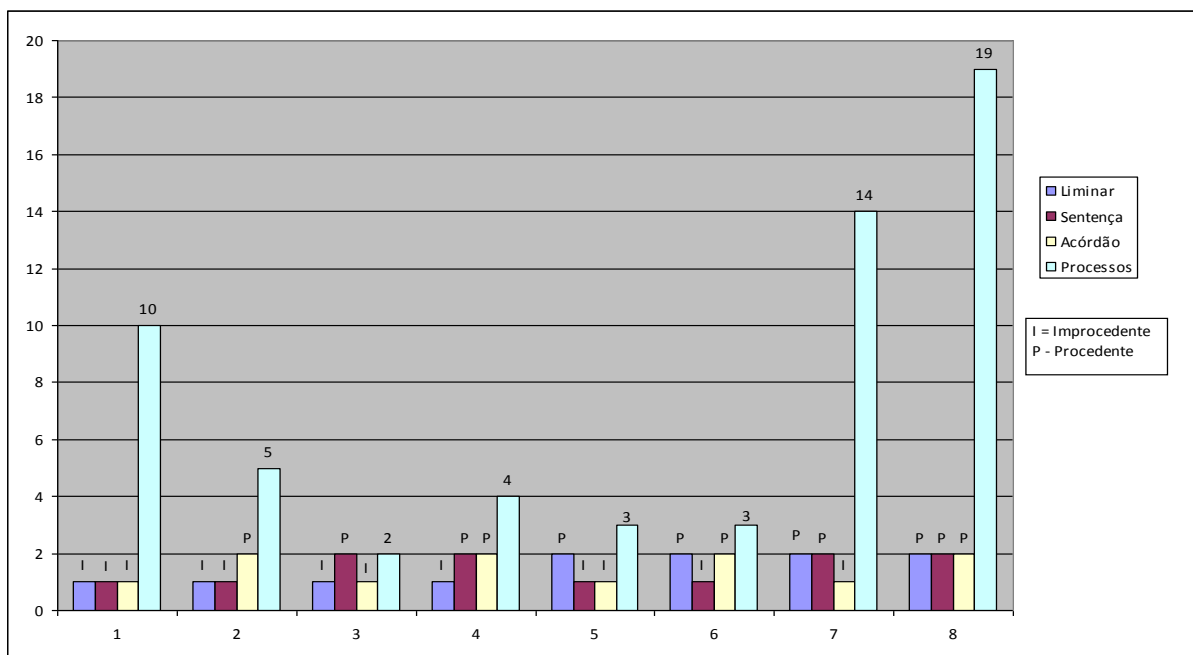
A seguir, a representação gráfica dos aludidos dados:



e – A apresentação dos dados verificando a variação de todas as decisões em cada feito torna possível fazer a seguinte combinação: decisão procedente e improcedente; sentença procedente e improcedente; acórdão procedente e improcedente. Da mesma forma, representou-se o procedente e o improcedente, respectivamente, pelos sinais positivo e negativo entre parênteses. As combinações possíveis serão assim expostas: 1 – Liminar (-), Sentença (-) e Acórdão (-); 2 – Liminar (-), Sentença (-), Acórdão (+); 3 – Liminar (-), Sentença (+) e Acórdão (-); 4 – Liminar (-), Sentença (+) e Acórdão (+); 5 – Liminar (+), Sentença (-) e Acórdão (-); 6 – Liminar (+), Sentença (-) e Acórdão (+); 7 – Liminar (+), Sentença (+) e Acórdão (-); e 8 – Liminar (+) Sentença (+) Acórdão (+)

COMBINAÇÕES	PROCESSOS	PERCENTUAL
1- liminar (-) sentença (-) acórdão (-)	10	16,66%
2- liminar (-) sentença (-) acórdão (+)	05	8,33%
3- liminar (-) sentença (+) acórdão (-)	02	3,33%
4- liminar (-) sentença (+) acórdão (+)	04	6,66%
5- liminar (+) sentença (-) acórdão (-)	03	5,00%
6- liminar (+) sentença (-) acórdão (+)	03	5,00%
7- liminar (+) sentença (+) acórdão (-)	14	23,33%
8- liminar (+) sentença (+) acórdão (+)	19	31,66%

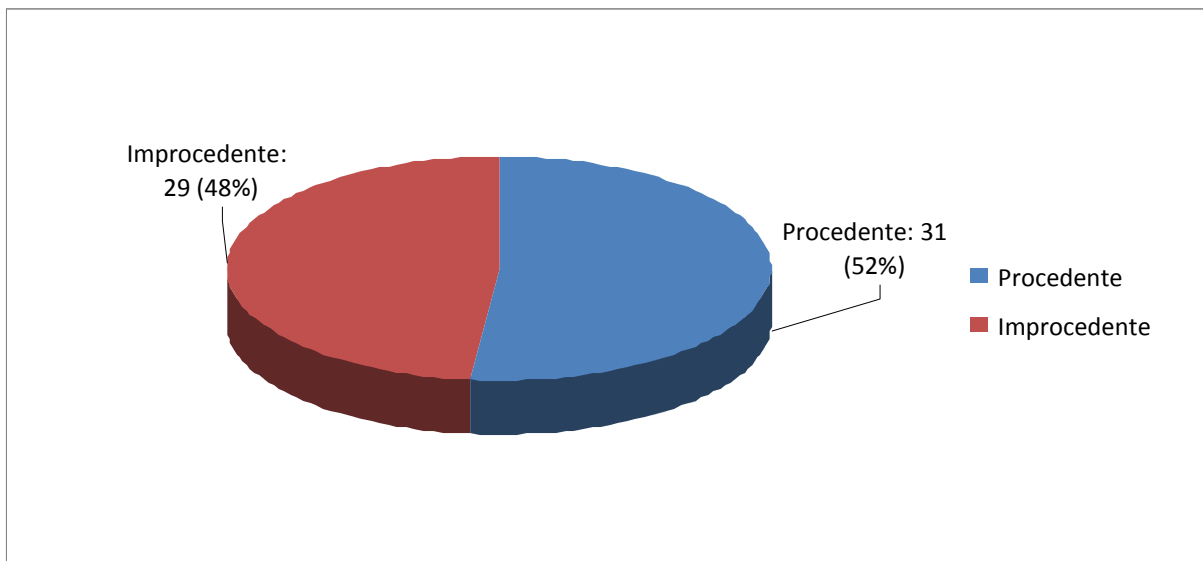
Segue a representação gráfica dos aludidos dados:



f – Apresentação de dados tomando por base o reconhecimento ou não da existência de direito material a ser tutelado. Seguem os dados:

Decisão final transitada em julgada	
Procedente	Improcedente
31 (51,66%)	29 (48,33%)

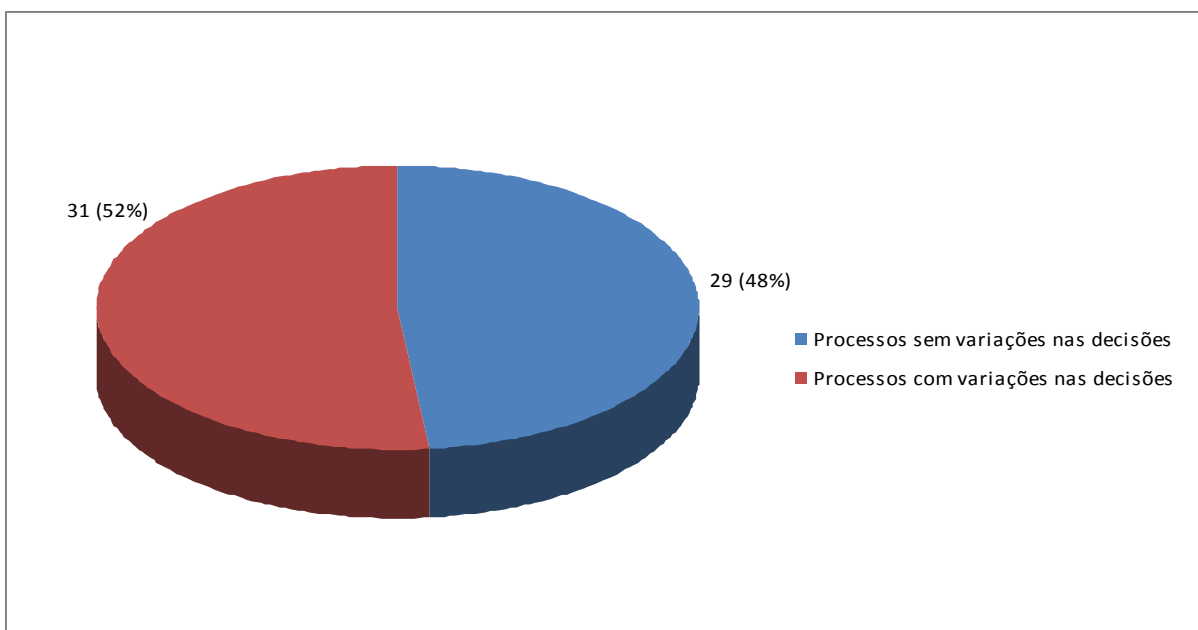
Segue a representação gráfica:



g – Apresentação de dados referentes aos processos, tomando por base a alteração ou não da decisão no curso do processo. Noutros termos, analisa-se conjuntamente os processos que não tiveram alteração no sinal da decisão, seja positivo, seja negativo, em cotejo com os processos que sofreram alterações:

Processos sem variações nas decisões	Processos com variações nas decisões
29 (48,33%)	31 (51,66%)

Segue o gráfico:



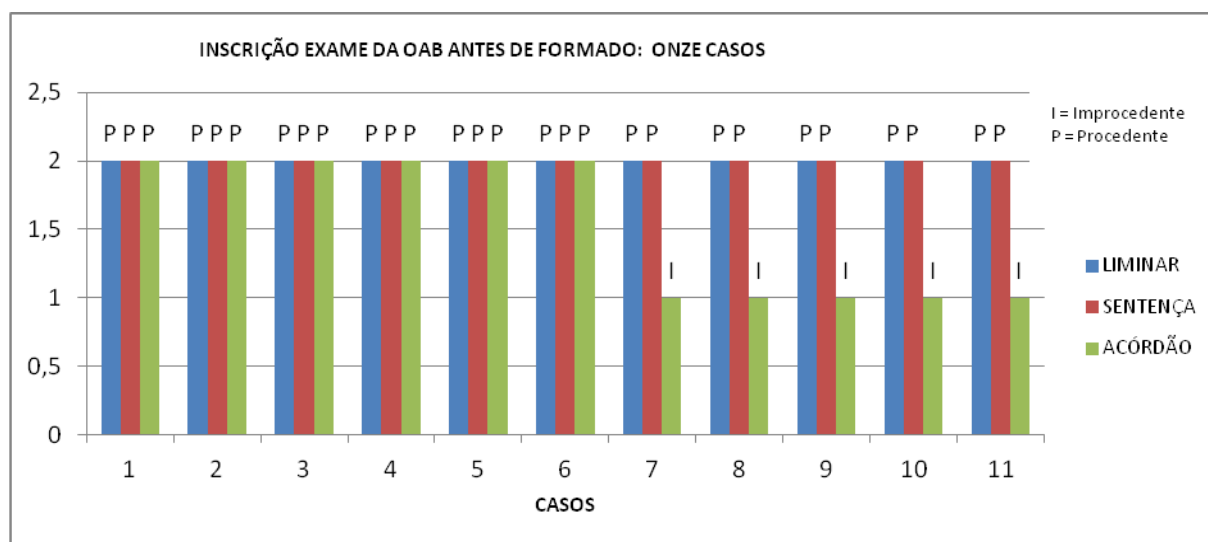
7.4 Resultado da pesquisa empírica com análise da matéria

Neste ponto, a pesquisa tomou por objeto a matéria que cada mandado de segurança analisado veiculava. O quadro se tornou mais variável, entretanto, como o objetivo da pesquisa empírica é demonstrar a variação na decisão veiculada nos mesmos autos, que tem como lastro prova pré-constituída, o mosaico que se descortina revela um quadro deveras interessante, como se demonstra. Em todos os casos, a procedência e a improcedência serão representadas, respectivamente, pelos sinais positivo e negativo entre parênteses.

a – A primeira situação possui por temática a inscrição no exame de ordem da Ordem dos Advogados do Brasil antes do término da graduação em Direito. Houve onze casos, e a tese veiculada pelos impetrantes tinha por objeto a ilegalidade da exigência. As decisões veiculadas no processo tiveram os seguintes matizes:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
6	+	+	+
5	+	+	-

Segue a representação gráfica:



b – A próxima ocorrência teve por tese a inconstitucionalidade da cobrança do tributo para seguridade social denominado COFINS. Houve sete casos, mas as situações apresentadas foram bem distintas. Em quatro casos, a concessão da liminar ou sua negativa teve por base a relevância ou não da tese jurídica (primeira hipótese). Em dois casos, a negação do

provimento de urgência se deu por ausência de *periculum in mora* (segunda hipótese). O caso remanescente teve por objeto a ausência de prova (terceira hipótese). Apresentam-se os quadros representativos:

Primeira hipótese:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	-
1	-	+	-
1	+	-	-
1	+	+	-

Segunda hipótese:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
2	+	+	-

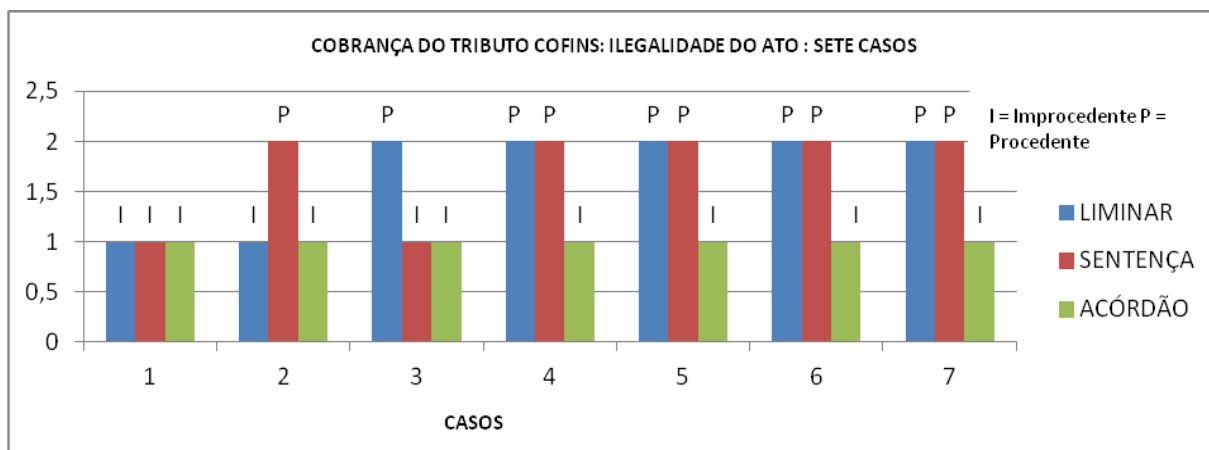
Terceira hipótese:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	+	+	-

Quadro geral das situações:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	-
1	-	+	-
1	+	-	-
4	+	+	-

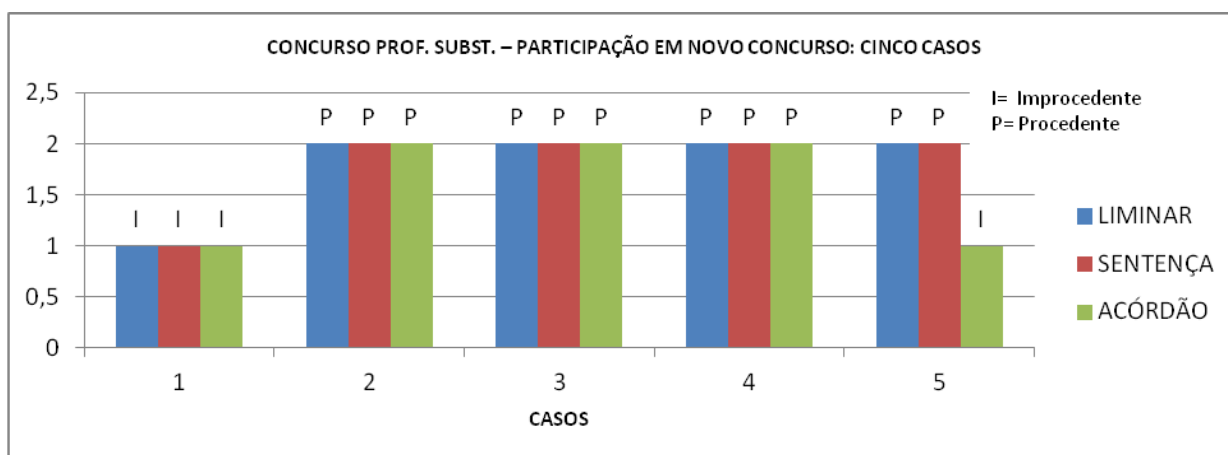
Segue a representação gráfica:



c – No caso que se apresenta neste momento, houve cinco ocorrências, tendo sido o objeto da impetração a ofensa da garantia ao livre acesso aos cargos públicos, à isonomia e à eficiência, por conta da lei que vedava nova contratação de professores substitutos em unidades de ensino superior federal antes da quarentena de 24 meses. A liminar indeferida teve por lastro a não relevância da tese. Eis as situações:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	-
3	+	+	+
1	+	+	-

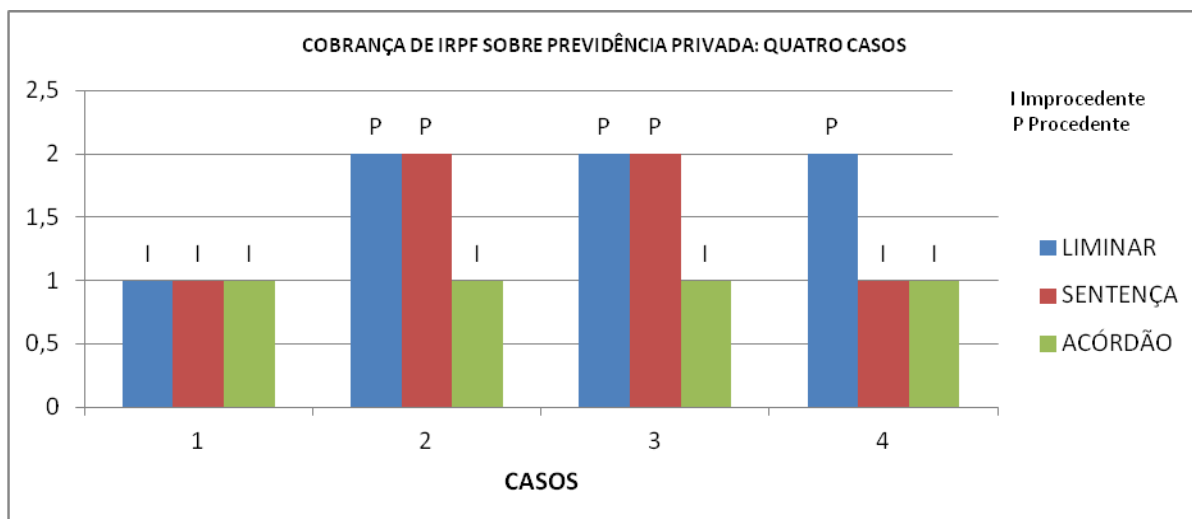
Segue a representação gráfica:



d – A outra situação encontrada contou com a ocorrência de quatro casos, e o objeto da impetração era a não incidência do imposto de renda sobre contribuições da previdência privada. O indeferimento da liminar teve por lastro a irrelevância da tese ofertada. O quadro que se descortinou foi o seguinte:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	-
2	+	+	-
1	+	-	-

Segue a representação gráfica:



e – A situação abaixo lançada teve por função contestar a ilegalidade do ato que denegou o benefício previdenciário. Ocorreram quatro situações; em duas delas, o argumento para o indeferimento da liminar foi ausência de prova (primeira hipótese); nos demais casos, a questão da liminar girou em torno da relevância ou não da tese levantada (segunda hipótese).

A seguir, os quadros representativos:

Primeira hipótese:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	+
1	-	+	-

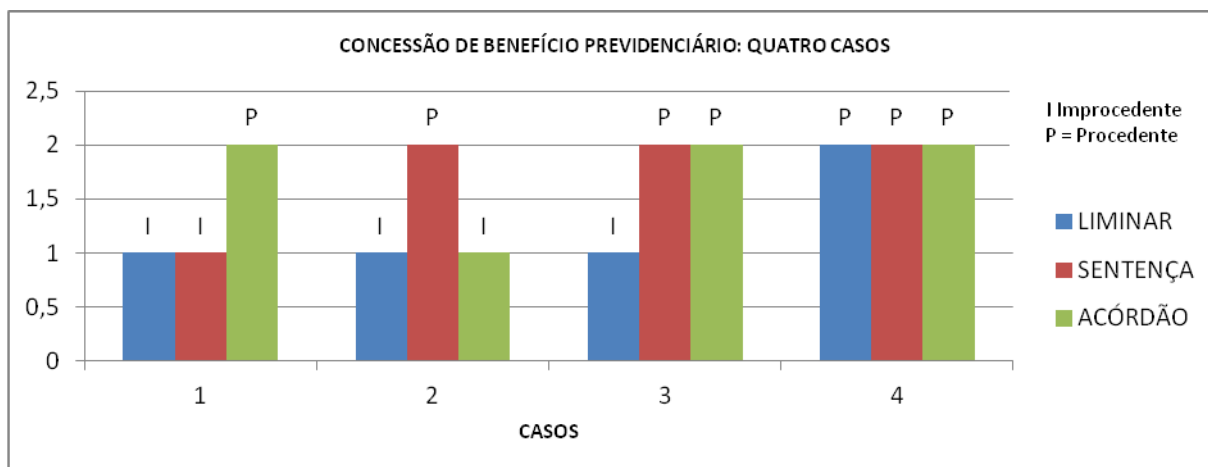
Segunda hipótese

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	+	+	+
1	-	+	+

Quadro geral das situações:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	+
1	-	+	-
1	-	+	+
1	+	+	+

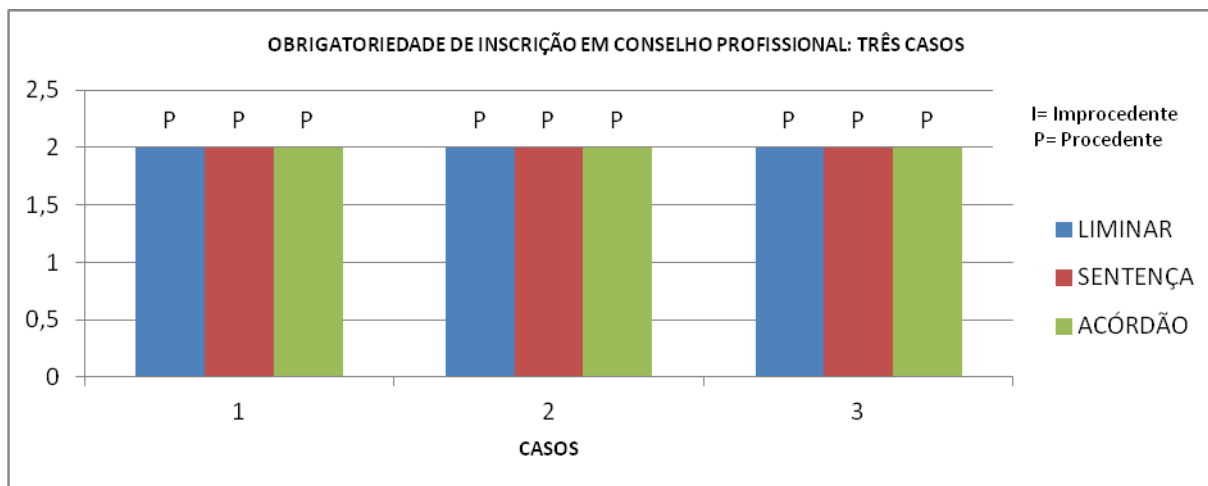
Segue a representação gráfica:



f – A próxima análise se debruça sobre três casos que tiveram por objeto a ilegalidade da obrigatoriedade de inscrição em Conselho Profissional. Segue o quadro:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
3	+	+	+

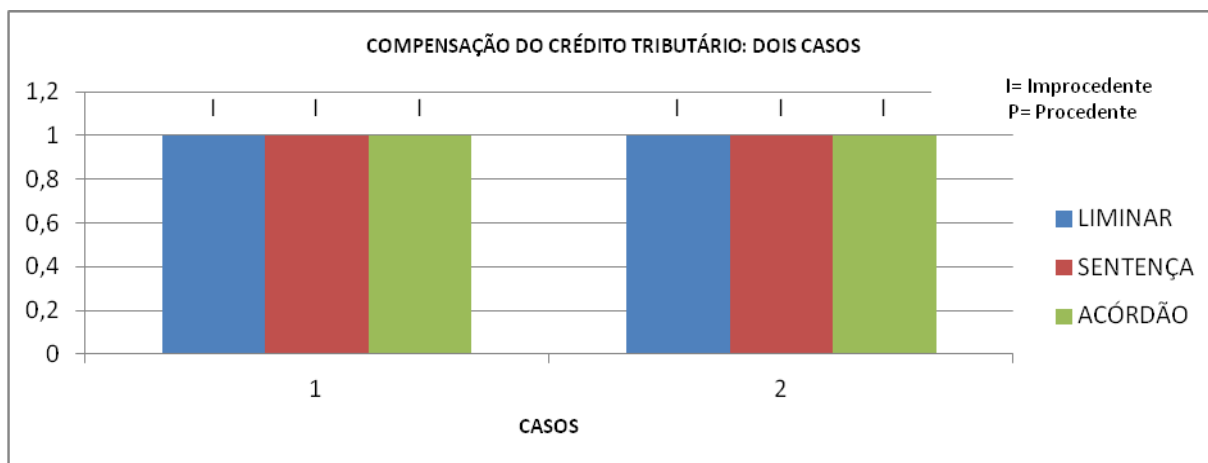
Segue a representação gráfica:



g – A situação a seguir exposta tem duas ocorrências, e a discussão gira em torno da possibilidade ou não de compensação de crédito tributário. A negativa da liminar deu-se por ausência de relevância da tese. Ei-los:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
2	-	-	-

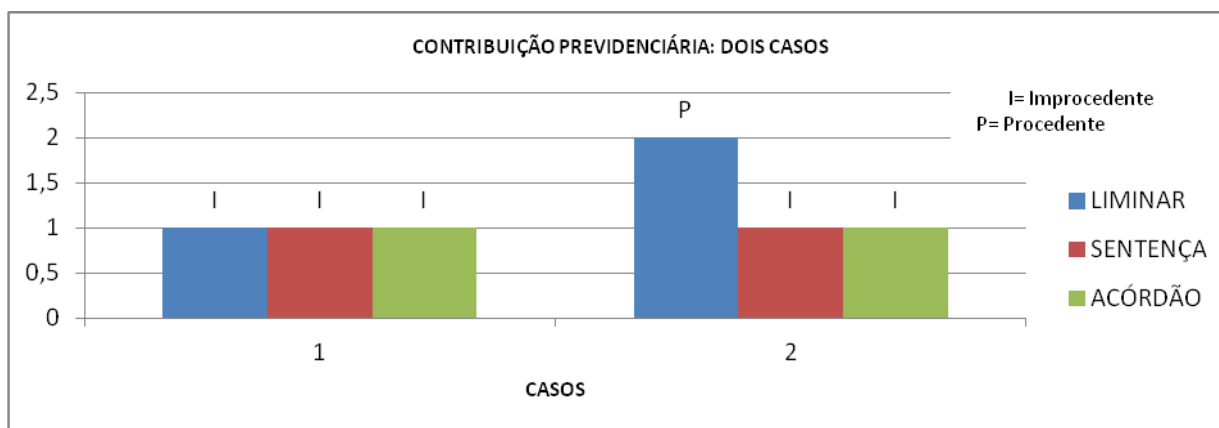
Segue a representação gráfica:



h – Apresenta-se neste quadro a situação decorrente da legalidade da exigência de contribuição previdenciária. São dois casos, que se manifestam da seguinte forma:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	-
1	+	-	-

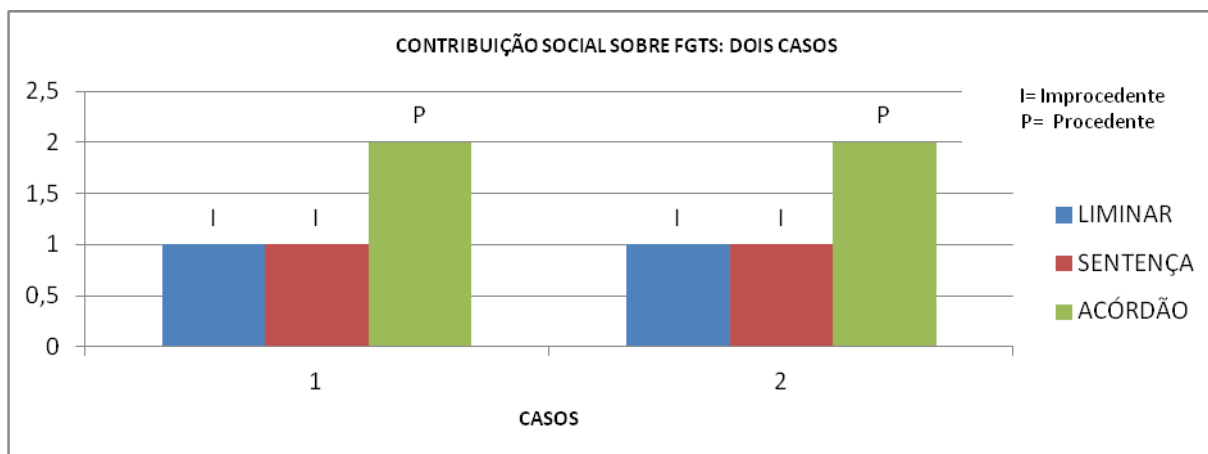
Segue a representação gráfica:



i – Há agora duas situações que dizem respeito à constitucionalidade da exação incidente sobre o FGTS, que teve liminar denegada por ausência de relevância da tese. Eis o quadro:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
2	-	-	+

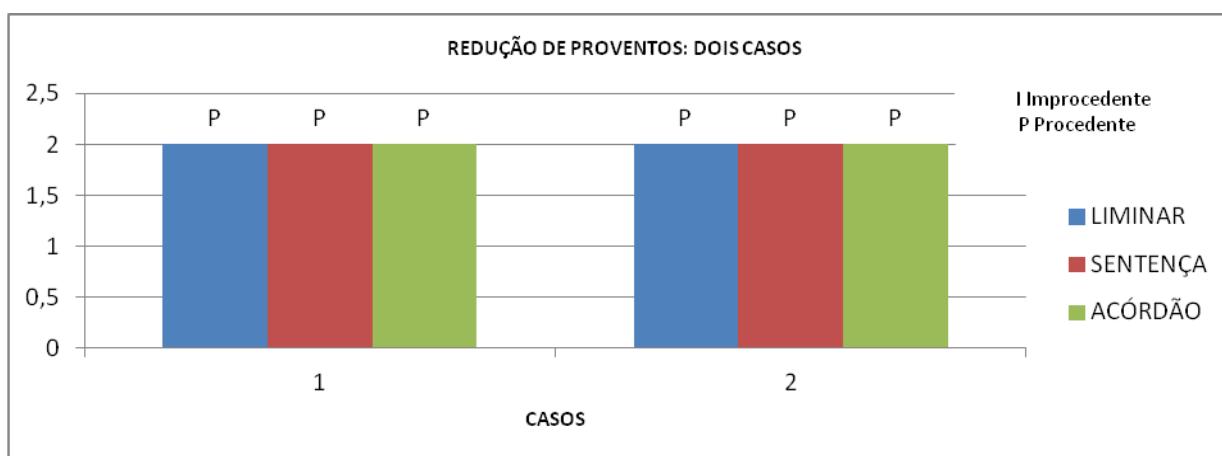
Segue a representação gráfica:



j – Com relação à redução de proventos, duas situações ocorreram, como se passa a expor:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
2	+	+	+

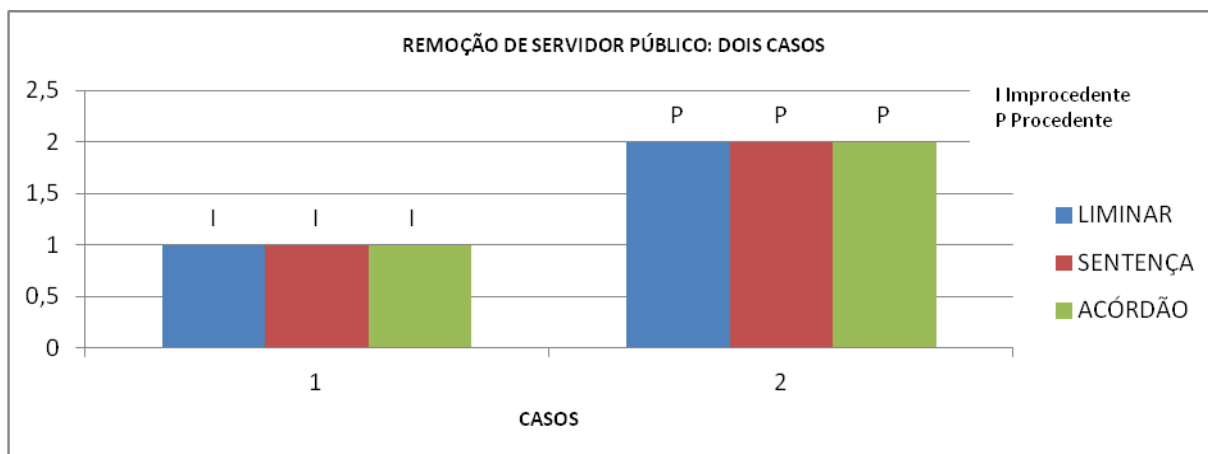
Segue a representação gráfica:



k – Outra situação constatada teve por objeto o direito de o servidor ser removido para outra unidade da federação e contou com dois casos. A negativa da liminar teve por fundamento a irrelevância da tese apresentada:

CASOS	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	-
1	+	+	+

Segue a representação gráfica:

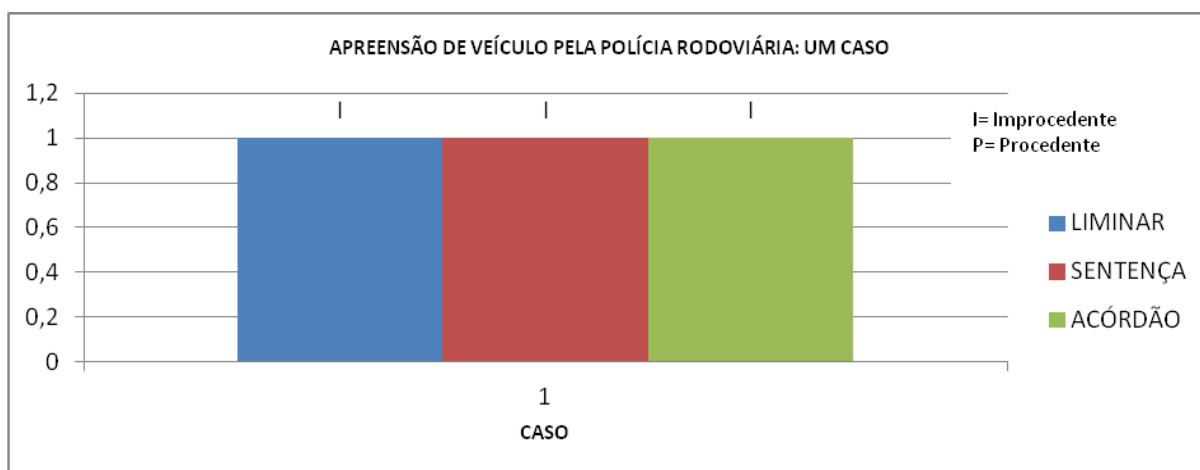


As próximas situações ocorreram apenas uma vez. Dar-se-á a sequência indicando a matéria e, no caso de negativa da liminar, a indicação do motivo.

a – A primeira situação teve por objeto a legalidade ou não de apreensão de veículo pela Polícia Rodoviária Federal. A negativa da liminar teve por fundamento a irrelevância da tese apresentada. Segue a tabela:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	-

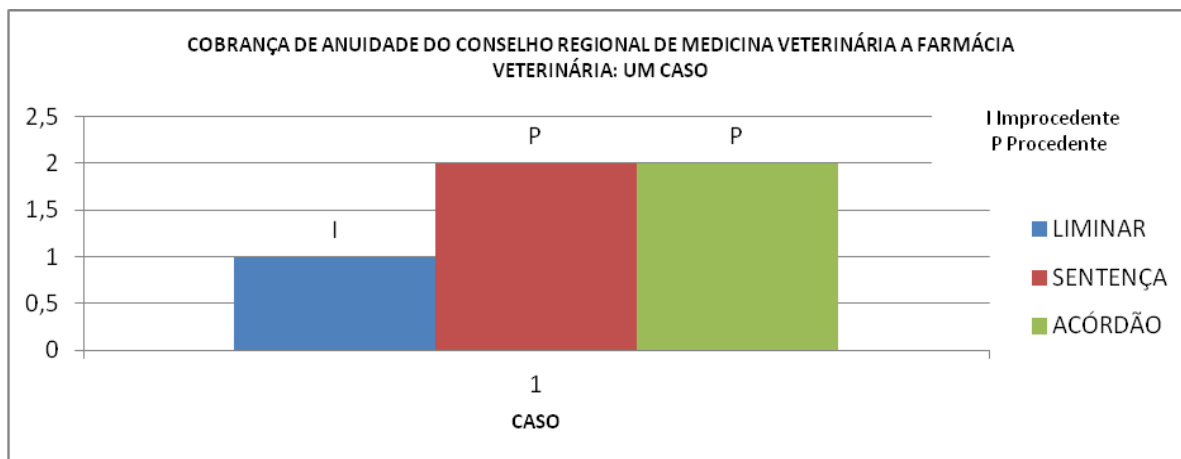
Segue a representação gráfica:



b – A próxima situação teve por objeto a legalidade de anuidade do Conselho Regional de Medicina Veterinária para Farmácia Veterinária. A negativa da liminar teve por fundamento a irrelevância da tese apresentada. Segue a tabela:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	+	+

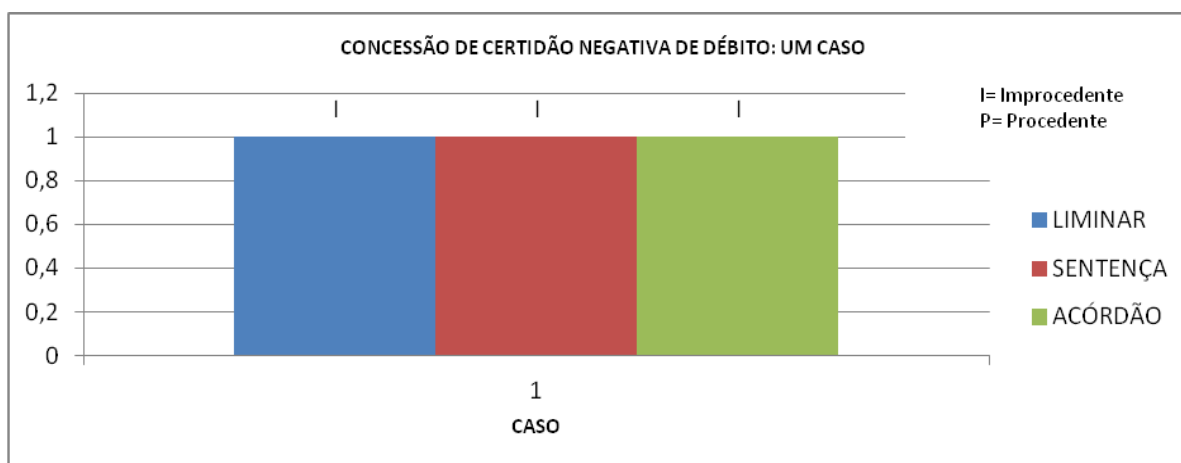
Segue a representação gráfica:



c – A situação que se mostra neste momento teve por pedido a concessão de Certidão Negativa de Débito (CND), negada pela Receita Federal ao argumento de que a exação cobrada (COFINS) fundava-se em legislação inconstitucional. Denegou-se a liminar ao argumento de irrelevância da tese apresentada. Segue a representação gráfica:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	-

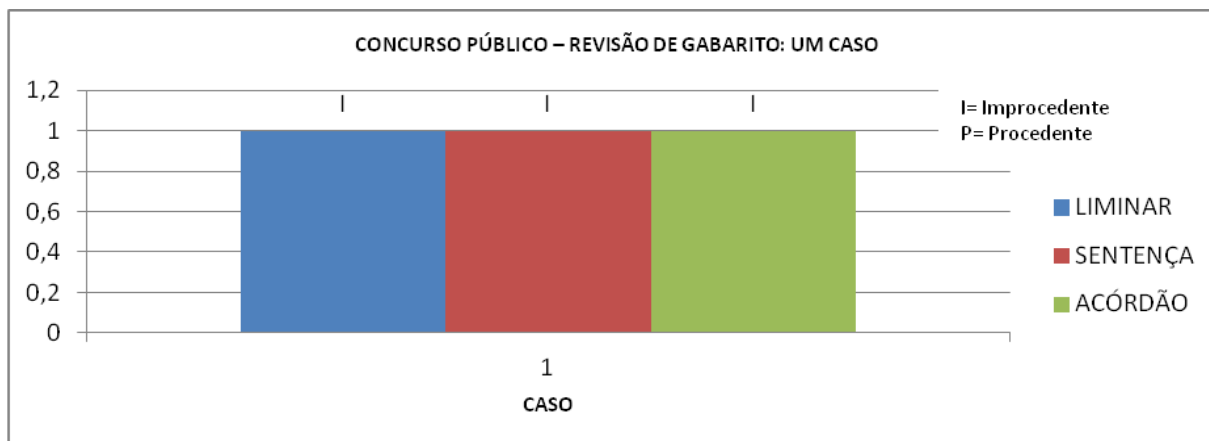
Segue a representação gráfica:



d – A questão analisada no próximo item diz respeito à revisão de gabarito de prova objetiva em concurso público, com o argumento de nulidade da questão. A tutela de urgência foi indeferida, pois se reputou a tese como não relevante. A representação gráfica:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	-

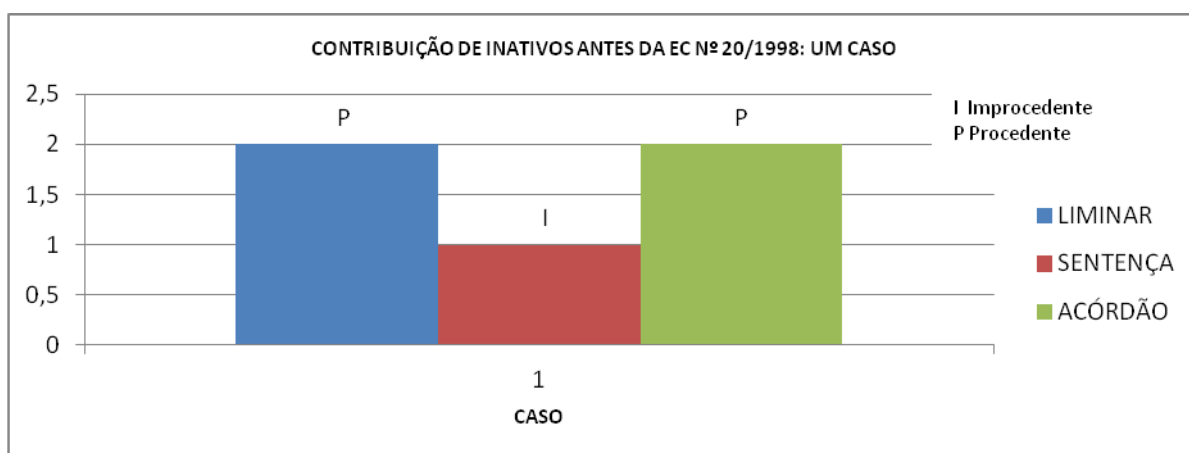
Segue a representação gráfica:



e – No próximo item, apresenta-se a questão que diz respeito à legitimidade da cobrança da Contribuição Social dos Inativos, antes do advento da EC nº 20/98. Expõe-se o gráfico:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	+	-	+

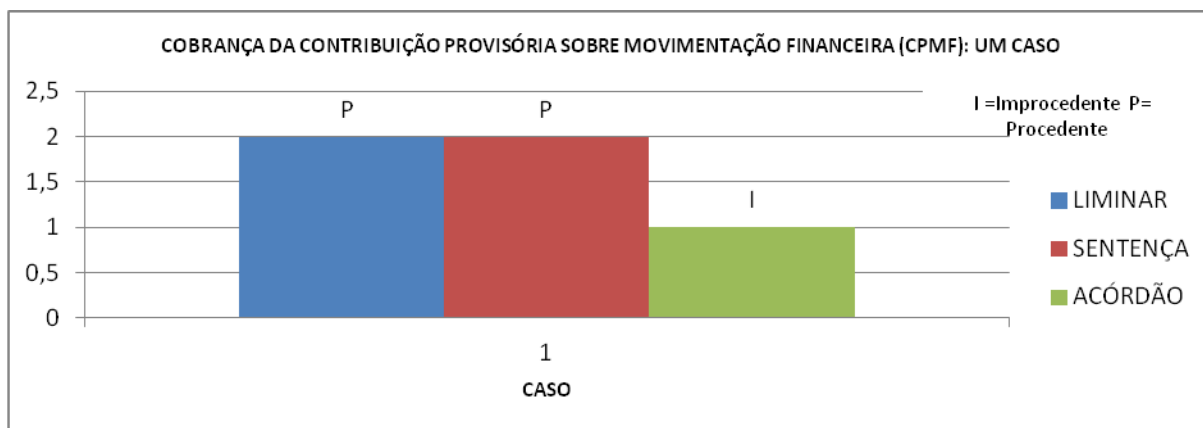
Segue a representação gráfica:



f – O próximo caso analisado teve por objeto a cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF). Segue a representação gráfica:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	+	+	-

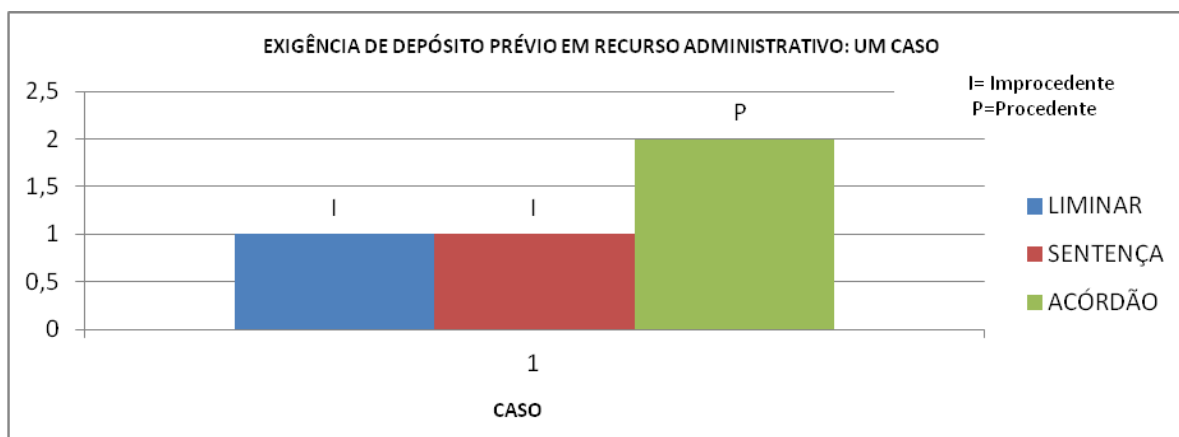
Segue a representação gráfica:



g – Na situação a seguir exposta, o que se propunha era rechaçar a exigência do depósito prévio em recurso administrativo. Indeferiu-se a tutela de urgência, já que se reputou legítima a cobrança. Segue o gráfico;

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	+

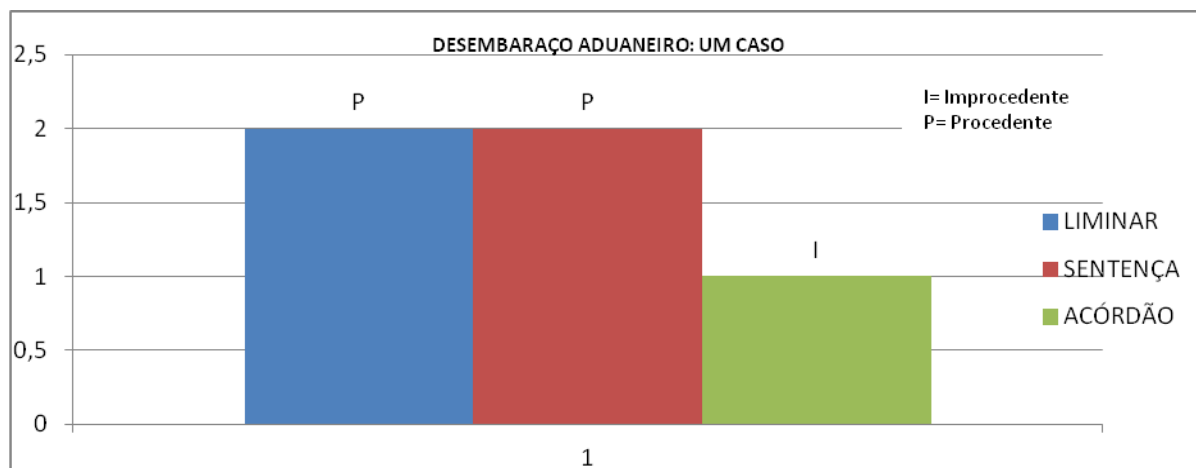
Segue a representação gráfica:



h – Nesta situação, a pretensão do impetrante tinha por finalidade o desembaraço aduaneiro de mercadorias. Segue a situação:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	+	+	-

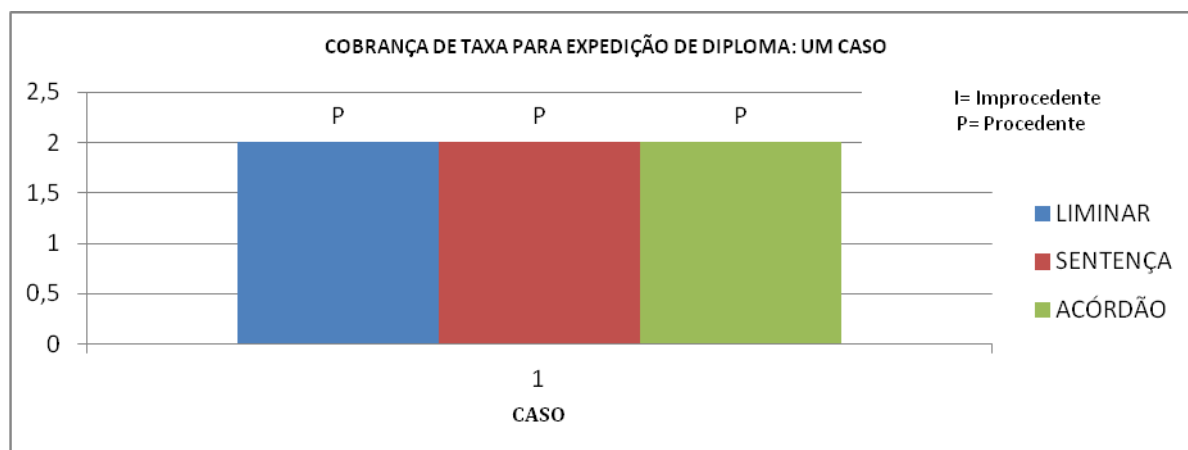
Segue a representação gráfica:



i – A irresignação do impetrante na situação que se descreve teve por objeto a cobrança da taxa de expedição de diploma. Eis a representação gráfica:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	+	+	+

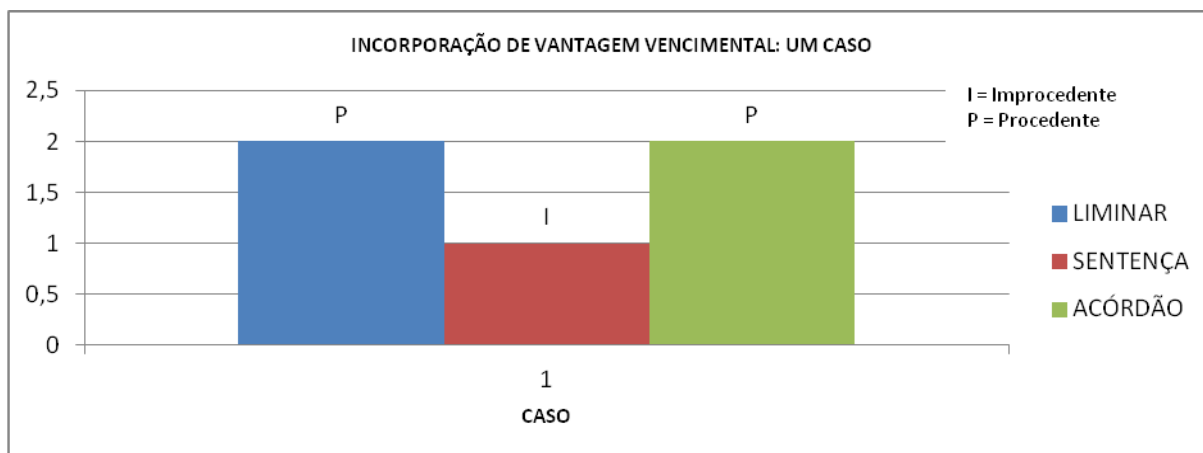
Segue a representação gráfica:



j – O próximo caso teve por fim a incorporação de vantagem nos vencimentos do impetrante. A seguir, a representação gráfica:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	+	-	+

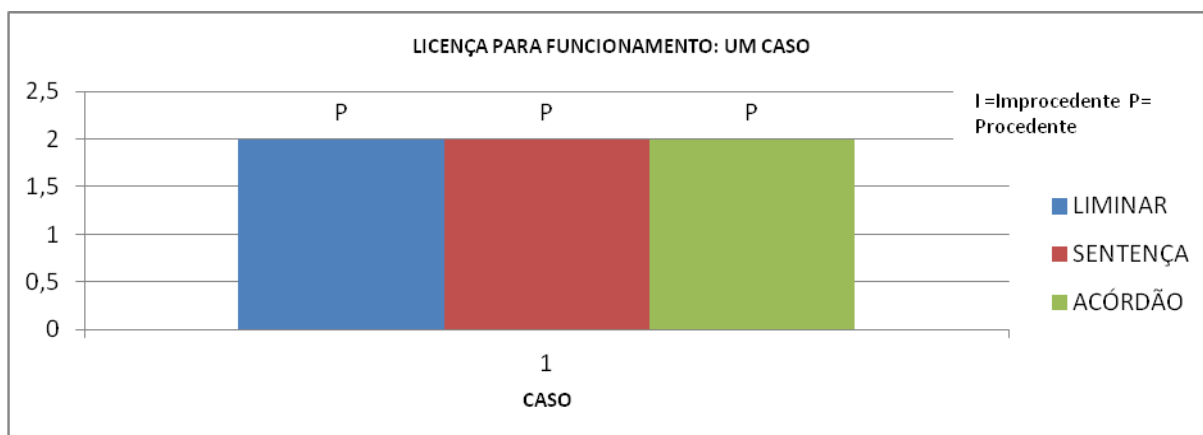
Segue a representação gráfica:



k – O pleito do impetrante, no caso que agora se coloca, tinha por objeto a concessão de licença para funcionamento de estabelecimento comercial. Eis a representação:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	+	+	+

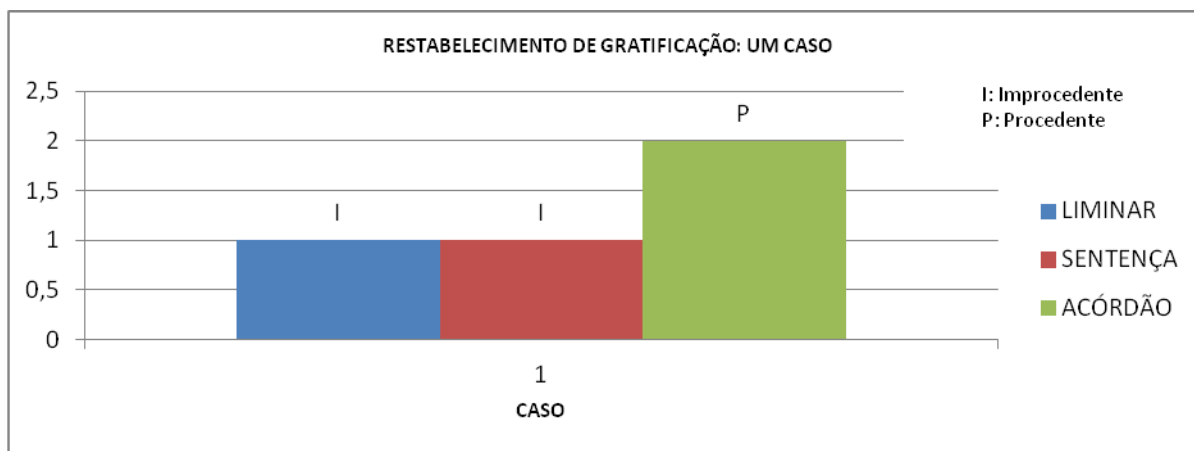
Segue a representação gráfica:



l – No presente caso, o impetrante, servidor público, pugnou pelo restabelecimento de gratificação. A liminar foi denegada por ausência de relevância da tese. Segue a representação gráfica:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	-	+

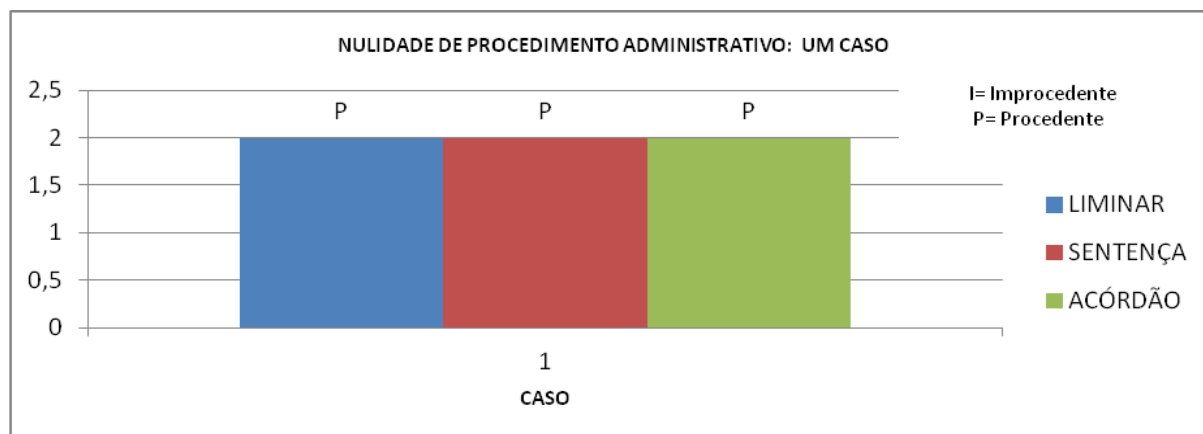
Segue a representação gráfica:



m – A próxima situação teve por fim questionar a validade de procedimento administrativo em que se pretendia punir o servidor impetrante. Segue a representação:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	+	+	+

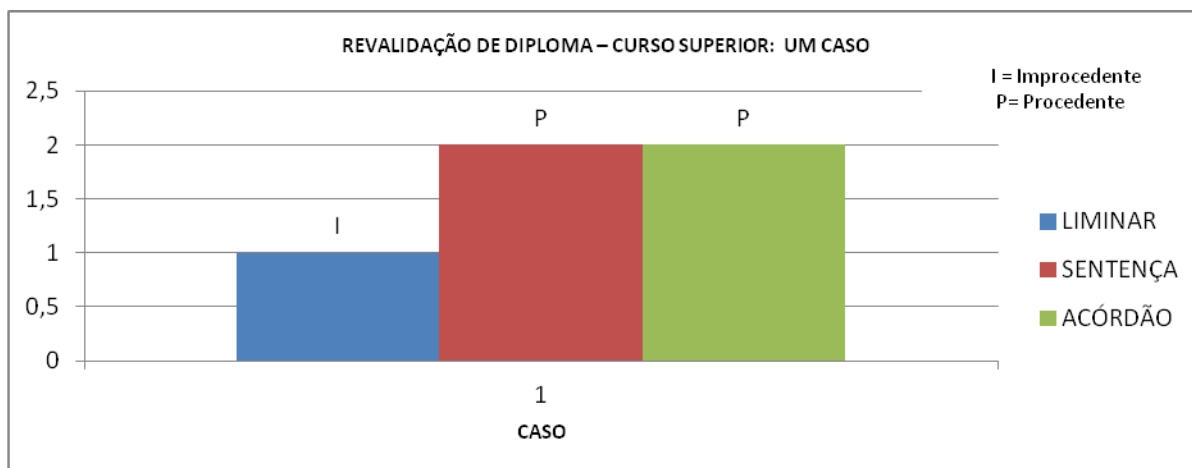
Segue a representação gráfica:



n – O postulante, no caso que se descreve, teve por pretensão revalidar seu diploma em graduação. Liminar denegada, pois não se demonstrou a relevância da tese. Segue a representação gráfica:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	+	+

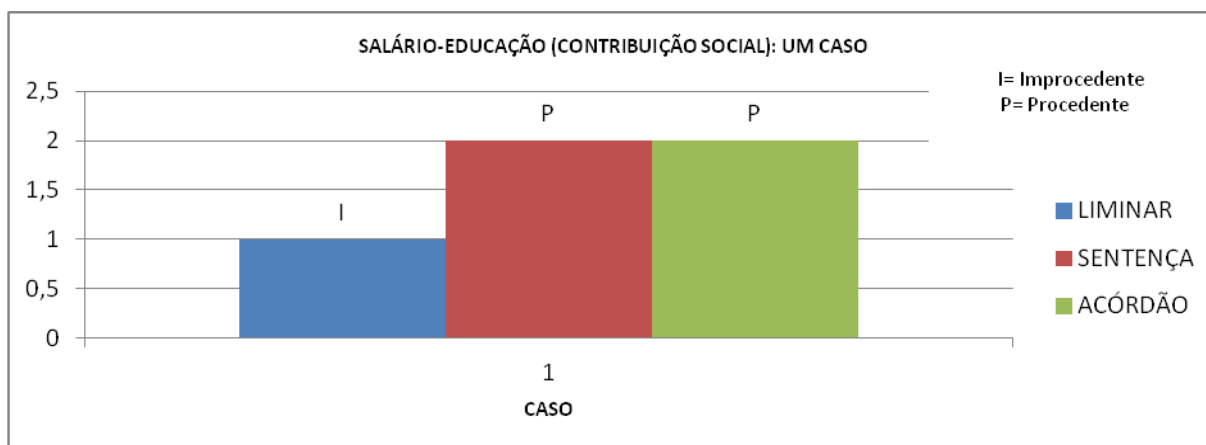
Segue a representação gráfica:



o – A questão posta no mandado de segurança em que se descreve o *iter* decisório a seguir tinha por objeto a legitimidade da cobrança da contribuição social denominada Salário-educação. A liminar fora denegada, pois não se demonstrou a relevância da tese. Eis a representação:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	-	+	+

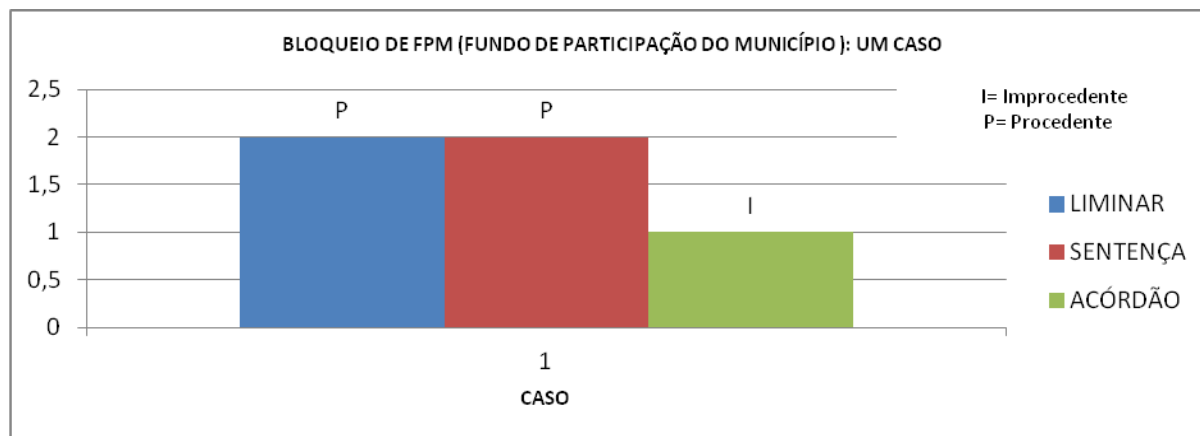
Segue a representação gráfica:



p – No caso que se apresenta, o Município impetrante questiona a validade do convênio estabelecido com o INSS que autorizava a autarquia a retirar parcela do Fundo de Participação do Município para quitar débitos previdenciários. Eis a representação:

CASO	LIMINAR	SENTENÇA	ACÓRDÃO
1	+	+	-

Segue a representação gráfica:



7.5 Próximo capítulo

A pesquisa descrita no presente capítulo teve por função descrever, mediante amostragem, como o processo decisório se descortina no bojo da cognição no mandado de segurança. No próximo capítulo, far-se-á a análise crítica dos aludidos dados, visando demonstrar a insuficiência da teoria da cognição como decantada na doutrina pátria, sob a batuta do maestro Kazuo Watanabe, e expor, sob a perspectiva de Mikhail Bakhtin, uma nova maneira de analisar o problema.

8 COGNIÇÃO E DECISÃO JUDICIAL NO MANDADO DE SEGURANÇA SOB O PRISMA DIALÓGICO

8.1 Análise dos resultados: uso da teoria da cognição adotada na doutrina pátria

8.1.1 Análise dos processos sem levar em consideração o objeto da impetração

É possível perceber, a partir dos dados coletados e lançados no capítulo anterior, que as variações nas decisões veiculadas em um mesmo mandado de segurança não são algo excepcional. Pelo contrário, trata-se de algo extremamente comum. No entanto, essa variação não se amolda ao postulado de constância e perenidade que determinados modelos se propõem a concretizar. É bem verdade que muitos dos doutrinadores que utilizam os aludidos modelos admitem de forma expressa que o magistrado ao decidir faz uso de categorias não intelectuais, como suas vivências, com bem assevera o próprio Kazuo Watanabe.⁹⁸⁸ Apesar disso, utilizam técnicas que têm por função manter um padrão de constância, de perenidade e de imutabilidade no âmbito da produção judicial da decisão jurídica, mesmo diante de situações similares ou no mesmo caso trazido à cognição do Poder Judiciário. Isso é facilmente perceptível na técnica da cognição, que parte da ideia de que a concessão de liminar em mandado de segurança tem por premissa alta probabilidade de procedência.⁹⁸⁹

O caso da pesquisa empírica desenvolvida teve por alvo a análise de decisões que se dirigem às questões de mérito. Pontua-se que as questões dizem respeito, precisamente, sobre aspectos do antecedente e do conseqüente da norma primária, bem como do antecedente da norma secundária. Assim, toda vez que o magistrado decide se concede ou não uma liminar, por exemplo, ele se dirige aos elementos que compõem o alegado fato jurídico que deu origem ao direito, bem como ao também alegado fato jurídico ilícito cuja eficácia está a impedir, caso o pedido seja procedente, a eficácia final do provimento pretendido. Por se tratar de mandado de segurança, conforme a doutrina pátria, tal decisão liminar é pautada em alto grau de probabilidade de não ser alterada. Percebe-se entretanto, no quadro dos processos lançados, que esse alto grau de probabilidade não é tão alto quando se constata que, muitas

⁹⁸⁸ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 60-62.

⁹⁸⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 94-95. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 26.

vezes, a liminar concedida é reformada ou pela sentença ou por decisão veiculada nos acórdãos que julgam recurso de apelação e/ou remessa necessária.

Veja-se, por exemplo, no caso da pesquisa que tomou os processos sem se preocupar com a matéria que veiculavam, mas apenas as decisões tomadas no curso do processo. No caso da tabela “b”, 10% (dez por cento) das liminares concedidas foram reformadas na sentença. O percentual aumenta para 28,33% (vinte e oito vírgula trinta e três por cento) quando se analisa a tabela “c”. Quando a análise toma por objeto a hipótese 6, da tabela “e”, quatorze processos tiveram a liminar concedida, sentença confirmando e acórdão reformando a decisão, ou seja, denegando a segurança, contabilizando um percentual de 23,33% (vinte e três vírgula trinta e três por cento). Constata-se assim uma variação de quase um quarto do universo pesquisado. Essa variação indica o comprometimento daquilo que a doutrina denominou alto grau de probabilidade de que a decisão liminar venha a ser deferida ao final. Isso se torna interessante porque essa probabilidade lançada como fundamento para a concessão da liminar é uma aposta no futuro, que, por definição, não é, pode ser. Essa aposta se mostra aparentemente segura, já que tem, segundo alegam, esse alto grau de probabilidade de se confirmar no futuro. Ora, trata-se de uma aposta e como tal encontra-se submetida às leis da álea.

O uso da grandeza alto grau de probabilidade, na teoria da cognição, justifica-se, pois parte da ideia de uma causalidade naturalística, em que o fato lançado nos autos corresponde ao que aconteceu no mundo da natureza, e essa correspondência, que toma como pauta a verdade como adequação entre a coisa e o pensamento, confere segurança à tomada de decisão. Esse é o modelo usado pela doutrina que se testa nesta tese.

Adiantando a análise, ainda sem tomar os conteúdos do processo, no grupo de feitos pesquisados, percebe-se na hipótese descrita no quadro “e” que todas as possibilidades combinatórias possíveis se fizeram representadas. É bem verdade que a não contemplação de alguma possibilidade combinatória não implicaria concluir que a situação não poderia ocorrer, mas o seu aparecimento, ainda que em percentual pequeno, indica que as diversas possibilidades não são meras abstrações conceituais, mas possuem existência concreta no universo pesquisado.

A situação que menos ocorreu foi a que verificou: liminar improcedente (cognição sumária), sentença procedente (cognição exauriente) e acórdão improcedente (cognição exauriente), confirmando, de certa forma, a liminar. Neste caso, duas situações ocorreram, no universo de sessenta feitos, equivalente a 3,33% (três vírgula trinta e três por cento). O interessante nesse caso é que aconteceu, no curso dos dois processos, apenas uma decisão

favorável, em cognição exauriente, no caso, na sentença, que foi reformada na fase recursal, também cognição exauriente.

Por outro lado, a situação que mais apareceu foi a que contemplou as seguintes possibilidades decisórias: liminar concedida (cognição sumária), sentença procedente (cognição exauriente) e acórdão procedente (cognição exauriente). Esta última hipótese contemplou dezenove feitos, o que corresponde a 31,67% (trinta e um vírgula sessenta e sete por cento) do total analisado. Ou seja, apenas em pouco menos de um terço dos processos a aposta contemplada na liminar se confirmou ao final.

Ainda analisando os processos, sem se preocupar com a matéria neles veiculada, um percentual significativo considerou que o direito material que se pretendia tutelar não existia em todas as fases cognitivas. O interessante é que nesta hipótese houve juízo de mérito sobre a matéria. Aqui, desde o início, a probabilidade para a concessão não era suficiente, e aquilo que era provável, sob algum aspecto, inexistente, comprovou-se, para o Judiciário, definitivamente, inexistente. No caso, as provas trazidas aos autos foram suficientes para indicar exatamente o contrário daquilo que o impetrante pretendia demonstrar, sendo assim suficiente para o julgamento improcedente do pedido, com força de coisa julgada material.

Deve-se destacar que, quando o magistrado indefere o pleito liminar emite uma norma jurídica que dirá respeito a algum aspecto do direito material, no caso, mantendo a eficácia do ato imputado como coator pela parte impetrante. Ainda com relação ao reconhecimento ou não do direito pretendido, uma relevante constatação defluiu do quadro demarcado na tabela “f” (gráficos que não tiveram por objetivo o conteúdo dos processos), que indica a procedência ou não do pedido, ao final. Nele se pode verificar que quase metade dos feitos teve, no mérito, o pleito julgado improcedente. Ou seja, nessa situação, de forma definitiva e sob o manto da coisa julgada material, acabou-se por indicar caminho oposto ao pretendido pelo postulante. Percebe-se assim que o mandado de segurança, além de ser uma garantia do cidadão contra a arbitrariedade e abuso do poder público, é também um importante meio para afirmar a lisura dos atos praticados pela administração postos em xeque pelo impetrante.

Tomando ainda os dados coletados, sem levar em consideração o conteúdo dos feitos, outra situação merece ser pontuada como decorrente da pesquisa; é a comprovação do que ocorre nas tabelas “b” e “c”. Com relação à tabela “b”, 20% (vinte por cento) dos processos tiveram na liminar e na sentença respectiva sinais distintos, ou seja, procedente e improcedente ou improcedente e procedente. Quando a mesma comparação é feita entre a liminar e o acórdão, tabela “c”, o percentual salta para 43,33% (quarenta e três vírgula trinta e

três por cento), englobando 26 (vinte e seis) processos, do total analisado. Como é cediço, para a doutrina processual, a cognição, na sentença e no acórdão, é exauriente, pautada em um juízo de certeza, e na liminar é sumária (menos aprofundada). Ou seja, mais uma vez se percebe uma variação que acaba por colocar em xeque a alegação de que na cognição sumária, no mandado de segurança, há uma alta probabilidade de confirmação do provimento final. Essa alta probabilidade que na primeira instância se mostra na casa dos 80% (oitenta por cento) cai para 56,66% (cinquenta e seis vírgula sessenta e seis por cento) quando o comparativo se dá entre a liminar e o acórdão.

Relevante questão surge com relação à mudança entre a decisão veiculada na sentença e aquela veiculada no acórdão que lhe é correlato. Na análise foi visto que a mudança chega a 40% (quarenta por cento) – conferir tabela “d”, item 2 e 3 (gráficos e tabelas que levaram em consideração o conteúdo dos litígios). Como é cediço, a possibilidade de mudança entre a decisão proferida pela autoridade recorrida e aquela emitida pela autoridade recorrente é a razão de existir do recurso. No entanto, essa possibilidade é posta para garantir a correção de eventuais erros (*error in judicando* ou *error in procedendo*). Quando a proporção de correção chega a 40% (quarenta por cento), percebe-se que a correção não é uma eventualidade, máxime em se tratando de demanda que tem como condição de procedibilidade prova documental e pré-constituída.

A mudança pode ocorrer no plano sumário, em sede de agravo ou no plano exauriente, mediante apelação, por exemplo. No recurso de apelação ou na possibilidade de revisão, como ocorre na remessa *ex officio*, a teoria da cognição se cala, pois não há como explicar como uma decisão pautada em cognição exauriente pode ser alterada, se ambas estão no mesmo plano cognitivo.

Desta feita, a teoria da cognição serve apenas como modelo explicativo, ainda que, como se delineia, insuficiente para apontar os motivos da mudança que vai da cognição sumária para a cognição exauriente (da probabilidade à certeza), mas não entre cognição de mesmo plano, seja probabilidade para probabilidade, como ocorre no recurso de agravo da decisão que concede a liminar, ou no “plano das certezas”, como ocorre na relação existente entre a sentença e o acórdão ou entre o acórdão da instância recursal ordinária e o acórdão da instância extraordinária, ou ainda entre o acórdão de um Tribunal Superior e outro do Supremo Tribunal Federal. Veja-se, por exemplo, a decisão do Tribunal Superior Eleitoral sobre o caso da aplicação da denominada “Lei de Ficha Limpa” e o Supremo Tribunal Federal, que no mesmo caso decidiu de forma diversa. Além disso, frise-se, a teoria da

cognição não explica como uma cognição sumária rechaçada na cognição exauriente da sentença é confirmada na cognição exauriente do acórdão, por exemplo.

8.1.2 Análise dos processos levando em consideração o objeto da impetração

Quando a análise se volta para o objeto da impetração, percebe-se mais uma vez que a doutrina que trabalha com os níveis de cognição padece de sérias inconsistências. Isso porque sua perspectiva de conferir estabilidade nada mais é que um alento para quem em situações de urgência deve tomar a decisão. Veja-se, por exemplo, a hipótese em que os impetrantes ingressaram com mandado de segurança para, antes de concluir o bacharelado em direito poderem realizar o Exame de Ordem, onze casos ao todo. Não houve mudança em seis casos, mas em cinco a liminar e a sentença foram procedentes, porém o acórdão reputou legal a exigência da graduação.

Outra questão que deflui da análise dos casos é que as hipóteses de indeferimento da liminar, em sua grande maioria, decorreram da ausência de relevância da tese jurídica apresentada. Apenas em dois casos o indeferimento decorreu da ausência de risco de inefetividade da decisão final, caso a liminar fosse indeferida (*periculum in mora*). Neste caso a tese jurídica poderia ser até relevante, mas faltava o outro requisito para a concessão da tutela de urgência. O que restou interessante é que, em dois casos, a liminar foi denegada por ausência de prova do direito líquido e certo, mas a ação prosseguiu, e no desenrolar da demanda, em cognição exauriente, em algum momento se concedeu segurança. Isso pode ser visto na “tabela e” do capítulo anterior, no caso que versa sobre concessão de benefício previdenciário. Essa hipótese, em que se constata que não existe a prova pré-constituída, deveria o magistrado de plano determinar a extinção do processo, segundo a legislação que regula a matéria. No entanto, optou por dar continuidade e, após a regular instrução, julgar o mérito da demanda, tanto que em ambas as hipóteses houve cognição exauriente em que se concedeu a ordem. Das duas situações, apenas uma delas teve o mérito julgado de forma definitiva, com força de coisa julgada favorável à pretensão do impetrante.

As decisões que concederam ou não a segurança, liminarmente, com base na relevância ou não da tese veiculada pelo impetrante denotam um quadro bem interessante, já que foram 56 (cinquenta e seis) situações, equivalente a 93,34% (noventa e três, vírgula trinta e quatro por cento) dos casos, em que de certa forma o mérito fora objeto da cognição do magistrado. Levando-se em consideração que a questão da existência ou não do *periculum in mora* também é mérito, como salienta Hamilton de Moraes e Barros ao afirmar que o juízo

tomado acerca do risco de irreversibilidade é de cognição plena,⁹⁹⁰ tem-se que a questão salta para 96,67% (noventa seis vírgula sessenta e sete por cento).

Se tomarmos as hipóteses de improcedência transitada em julgado – 48,34% (quarenta e oito vírgula trinta e quatro por cento) –, há uma nítida estipulação de que o fato articulado pelo impetrante, muito embora provado – mesmo quando a liminar haja sido indeferida por ausência de prova, houve depois julgamento do mérito –, foi qualificado pelo Judiciário como insuscetível de suplantar a presunção de legitimidade do ato (comissivo ou omissivo) inquinado como coator.

Mais uma vez, os números que defluem da categorização da análise dos dados indicam que a mudança no bojo dos processos é algo que escapa à sistematização e padronização pretendida pela teoria da cognição. Do ponto de vista estatístico, analisando-se os processos sem levar em consideração a matéria veiculada, constatou-se que não é possível encontrar um padrão na variação encontrada.

Ultimadas essas digressões, passa-se agora a sistematizar as críticas que se colocam ao modelo consagrado pela doutrina pátria.

8.2 Crítica à teoria da cognição

Como salienta Kazuo Watanabe, a análise das provas no plano cognitivo decorre da necessidade de se avaliar os fatos, já que o direito, segundo afirma, nasce dos fatos. Acrescenta que é a partir da prova que o magistrado reconstitui os fatos e, com base em tal reconstituição, irá tomar sua decisão.⁹⁹¹ Inicia sua fala no item em que se dedica a analisar a cognição dos fatos pelo magistrado, colocando no mesmo patamar o problema matemático e o problema jurídico, como se lê: “na solução de qualquer problema, seja jurídico ou matemático, o fundamental é montar a equação corretamente”.⁹⁹² Acrescenta ainda que na cognição exauriente o magistrado terá maior segurança quanto à certeza do direito controvertido.⁹⁹³ Ou seja, trata-se de uma segurança para o magistrado de cunho subjetivo. Entretanto, caso estivesse plenamente seguro no momento de proferir a liminar, em casos de matérias repetidas que batem diariamente às portas dos tribunais, sua cognição subjetiva será exauriente ou sumária? Ora, quem estabelece o sumário ou exauriente não é a convicção interna do julgador, mas o direito processual.

⁹⁹⁰ BARROS, Hamilton de Moraes. **As liminares no mandado de segurança**. *Op. cit.*, p.45.

⁹⁹¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 62-63.

⁹⁹² WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 62.

⁹⁹³ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 113.

A teoria da cognição utilizada pelo direito pátrio separa o ato de conhecimento do seu objeto – os fatos e a lei –, tanto que seria possível, mediante aprofundamento cognitivo, melhorar a visão sobre o fato, emitindo outro juízo, mediante cognição exauriente, apto a suplantar aquele veiculado em cognição sumária. A mesma constatação pode ser feita com relação à lei. A superveniência da mudança, segundo os padrões da teoria dos níveis da cognição, decorre do aprofundamento com que o magistrado se deparou com a causa. O que é interessante é que no fundo, para essa teoria, o fato nunca mudou; ele sempre esteve lá esperando ser descoberto em sua essência. A categorização equivocada dele se deu por conta da falha cognitiva decorrente de má interpretação do julgador, que afirmou ser diamante aquilo que era cristal ou vidro. Assim, teríamos quatro situações: o provável confirmou-se; o provável não se confirmou; o improvável não se confirmou; o improvável confirmou-se.

Com base na teoria cognitiva, aquilo que fora pautado em um juízo de probabilidade teria maior chance de se realizar, sendo seu contrário um acidente reservado aos caprichos eventuais e excepcionais do acaso. Isso se avanta no mandado de segurança quando, para a concessão da liminar, juízo pautado na cognição sumária, haveria uma alta probabilidade de que a decisão final fosse favorável,⁹⁹⁴ sendo a prova do denominado direito líquido e certo (*rectius* fato líquido e certo) equiparada ao título executivo,⁹⁹⁵ que na perspectiva carneluttiana,⁹⁹⁶ é um documento que atesta a existência de um fato jurídico apto a fundar a efetivação de um direito mediante atividade coercitiva do Estado-juiz.⁹⁹⁷

Tomando ainda a análise que não levou em consideração o conteúdo das lides, percebe-se na tabela “c” que a quantidade de liminares concedendo a segurança e de acórdãos que no curso da demanda as denegou é igual a 28,33% (vinte e oito vírgula trinta e três por cento), enquanto as liminares concedidas e os acórdãos confirmando-as somam 36,66% (trinta e seis vírgula sessenta e seis por cento). A diferença não é abissal.

⁹⁹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 94-95.

⁹⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 36; BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 15; BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 87; SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 89; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil: execução obrigacional, execução real e ações mandamentais**. *Op. cit.*, p. 277.

⁹⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual civil e penal: direito e processo**. Trad. Júlia Jimenes Amador. Campinas: Péritas Editora, 2001, vol. 1, p. 334-335. DIDIER JR., Fredie *et al.* **Curso de direito processual civil: Execução**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010. Vol. 5, p. 150. BASTOS, Antonio Adonias. **Teoria geral da execução**. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 89. ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 111. Todos os aludidos autores trabalham a partir do pensamento consolidado de Carnelutti, tendo às vezes algumas variações.

⁹⁹⁷ Apenas para registro, Enrico Tullio Liebman defende que o título executivo não seria um documento, mas corporifica uma regra sancionadora. Para ele o título é um ato jurídico apto a fundar uma execução e não sua representação, prova. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 21-22.

A visão eminentemente essencialista da teoria da cognição empregada pela doutrina pátria, no intuito de ofertar segurança e precisão aos julgamentos, acaba por não considerar a realidade de instabilidade e de mudança que é o lugar comum da decisão judicial. Parte-se da ideia de que a perenidade do fato e da prova que lhe dá suporte conferirá à decisão judicial um grau de certeza apto a inspirar legitimidade e cientificidade, nos padrões da ciência do século XIX. Isso se mostra forte quando a doutrina busca mediante a prova a verdade ou algo que lhe seja similar ou alcançável, como é o caso da verossimilhança.

A pesquisa empírica que se analisa neste capítulo tem o condão de demonstrar que, mesmo em sede de mandado de segurança, numa demanda que tem na precisão da prova sua razão de existir, há variação nas decisões judiciais veiculadas no mesmo processo. Essa variação de sinal (procedente e improcedente) é o indicativo de que a teoria da cognição não fornece critério para explicar a variação nas decisões judiciais, mesmo que todas as decisões tenham por objeto o mérito da demanda, como ocorre no mandado de segurança, objeto da presente análise.

O problema do modelo desenvolvido pela doutrina tradicional é que parte da ideia de que a cognição judicial está atrelada a um ato apto a emitir um juízo de verdade que, como já visto, tem como norte a ideia de verdade como correspondência, ao modo dos estabelecidos pela ciência empírica. Castanheira Neves, ao criticar essa perspectiva, alega que a verdade no processo judicial é um juízo de certeza prático-emocional distinto das ciências naturais, porquanto toma por referência “um acto de *convicção* prático-pessoal sobre a realidade da situação do caso.”⁹⁹⁸ Vaticina que a verdade no processo não tem menos importância que a verdade teórica. Apenas atuam em campos distintos, sendo uma irreduzível à outra.⁹⁹⁹ Acrescenta ainda que essa verdade no processo não se demonstra, motiva-se, tomando-se por fundamento a prova.¹⁰⁰⁰ Essa perspectiva se apresenta de forma inovadora, todavia, não resolve o problema, pois permanece atrelada à ideia de que há uma verdade a ser construída no processo e, uma vez estabelecida, pereniza-se. No dialogismo, a verdade, que é valor intersubjetivo, é produzida no enunciado e, na cadeia discursiva, pode ser confirmado ou não. O que é interessante é que esse valor irá fundamentar uma decisão. Sua função é estabelecer que uma determinada proposição funciona como antecedente da norma jurídica, compondo assim o universo do deôntico. Mesmo a prova médico-pericial, que é produzida segundo os postulados da medicina ou da biomedicina, ingressa no direito segundo os critérios que este

⁹⁹⁸ NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-facto questão-de-direito**. *Op. cit.* p. 480.

⁹⁹⁹ NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-facto questão-de-direito**. *Op. cit.* p. 480-481.

¹⁰⁰⁰ NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-facto questão-de-direito**. *Op. cit.* p. 482-483.

estabelece, podendo ser reputada imprestável pelo fato de haver descumprido algum critério procedimental ou, em outro momento discursivo, no mesmo processo, fundar um juízo de procedência.

Trazer do plano apofântico as ideias de probabilidade e de certeza, típicas do plano empírico, para o plano do direito, deôntico, acaba por criar um modelo explicativo inadequado, pois toma como igual àquilo que é diferente, malgrado, em muitos aspectos, parecido. Para manter a coerência com a linha adotada na pesquisa e para evitar inconsistências, adota-se não o conceito de verdade, mas a validade. Não é mera substituição por sinônimo, mas de enfoque. A prova é um enunciado que tem por fim, no processo dialógico, valorar um fato como jurídico. A prova mesma é submetida no processo enunciativo à valoração. Ela pode ser reputada válida ou inválida (ver a questão da prova ilícita), apta a formar fundar a formação do fato jurídico ou inapta. Nunca é demais afirmar que o direito não possui pretensão de verdade ou de falsidade, conforme os cânones das ciências exatas ou naturais, mas de validade. Saliente-se ademais que o fato jurídico aparece como componente do deôntico, ou seja, não é, vale. Noutros termos, o fato jurídico ingressa como antecedente de norma jurídica, não sendo idêntico ao correlato empírico que faz referência, enquanto estrutura linguística.¹⁰⁰¹ Por isso, “da não-verificação concreta da hipótese abstrata não decorre um valor-de-erro ou valor-de-falsidade na proposição prescritiva”.¹⁰⁰² Adiante, arremata José Souto Maior Borges:

Consequentemente, a norma jurídica é válida independentemente de ‘confirmar’ ou não a conduta humana a sua previsão; independentemente de a conduta facticamente ocorrer, tal como prescrita na hipótese e consequências normativas. A proposição prescritiva será válida com prescindência de confirmação empírica pelo caso concreto.¹⁰⁰³

A teoria da cognição adotada pela doutrina do direito brasileiro deita raiz na visão naturalista da ciência, como já assentado. Do ponto de vista da linguagem, seu parâmetro é a visão objetivista da linguagem, que tem em Ferdinand Saussure seu maior expoente, já que se busca a elaboração de um sentido em que o significado e o significante aparecem estáticos e, por isso, aptos a servir de lastro a uma formulação pautada na certeza.

Com isso, a ideia de certo, de provável e de erro é colocada como modelo explicativo para justificar as diversas hipóteses de decisões judiciais e de suas eventuais mudanças. A teoria da cognição fornece interessante modelo que se apresenta como apto a

¹⁰⁰¹ BORGES, José Souto Maior. Da verdade semântica da verdade como desvelamento. In **Anuário do Mestrado em Direito**. Nº 5, 1992, UFPE, CCJUR, FDR. Recife: Editora Universitária (UFPE), 1992, p. 57.

¹⁰⁰² BORGES, José Souto Maior. Da verdade semântica da verdade como desvelamento. Op. cit., p. 56.

¹⁰⁰³ BORGES, José Souto Maior. Da verdade semântica da verdade como desvelamento. Op. cit., p. 56.

demonstrar segurança na mudança, já que escusa o julgador de eventual erro. Isso se dá porque na cognição sumária decidiu-se com base no provável, mas na cognição exauriente, que pode ter valoração diferente, a decisão toma por pauta a certeza, sendo justificável, porque no primeiro momento, sobre a mesma matéria (cognição sumária), decidiu-se “a” e no segundo momento (cognição exauriente), sobre a mesma matéria, decidiu-se “não-a”.

Tudo parece límpido, entretanto, na decisão em grau de recurso de apelação essa teoria sofre fundamental revés, já que o recurso tem por pressuposto a possibilidade de mudança com pauta no erro, seja ele *error in procedendo* e/ou *error in iudicando*.¹⁰⁰⁴ Isso porque, no recurso de agravo de instrumento ofertado contra a decisão que concedeu a liminar em mandado de segurança, pretende-se que o tribunal, com base na mesma cognição sumária, reforme a decisão do juízo *a quo*. Da mesma forma, em sede de recurso de apelação de sentença que concedeu a segurança, com base em cognição exauriente, pretende-se reformar, também com base em cognição exauriente, a decisão do juízo *a quo*.

Igualmente interessante é a possibilidade de uma decisão com base em cognição sumária suspender a eficácia de uma decisão proferida com base em cognição exauriente. Isso ocorre quando se confere efeito suspensivo ao recurso de apelação, nos termos do art. 527, III, do CPC.¹⁰⁰⁵ Também relevante é a hipótese de, com base em cognição sumária, suspender-se a eficácia de decisão definitiva já transitada em julgado, como se dá na ação rescisória.¹⁰⁰⁶ Aqui não se mencionou a suspensão de segurança, já que os pressupostos para a sua concessão não dizem respeito às questões de mérito veiculadas na demanda, exigindo, para sua concessão fundamentos próprios, malgrado correlatos à demanda cuja decisão se deseja suspender, tais quais: “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.¹⁰⁰⁷

Ressalta-se que parcela da doutrina pátria carece de um modelo explicativo apto a explicar a mudança que ocorre no processo de produção judicial da decisão jurídica. Não se está aqui a negar o direito positivo, pelo contrário, a mudança é prevista e regulada

¹⁰⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V. *Op. cit.*, p. 267-268. NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6ª ed., atual., ampl. e reformulada. São Paulo: RT, 2004, p. 247-251.

¹⁰⁰⁵ Art. 527 do CPC. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: (...) III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.

¹⁰⁰⁶ Art. 489 do CPC. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

¹⁰⁰⁷ Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição (Lei nº 12.016/2009).

procedimentalmente. O problema é que os doutrinadores, como já exposto, buscam uma maneira de controlar essa mudança, considerando a variação como vício que deve ser extirpado. Isso tem reflexo profundo na produção legislativa, tanto que após o império da lei, que visava conferir uniformidade ao sistema, está a se erigir o império das súmulas dos tribunais superiores como critério de padronização. Em muitos aspectos o fechamento pode até parecer funcionar, mas o grande problema é que ele só é possível sintaticamente. O semântico, de certa forma, pode ter suas possibilidades estabelecidas, mas o sentido se coloca no enunciado, que é dialógico. Seus limites são fixados no enunciado concreto pelos interlocutores, de forma dialógica. Como já assinalado, a expressão “não” significa uma negação, mas no enunciado pode funcionar como uma forma comportada e recatada de dizer “sim”, como ocorre nos diálogos de cunho afetivo. Em determinado momento, arma de brinquedo foi equiparada a arma de fogo para autorizar o aumento da pena.¹⁰⁰⁸ Quase cinco anos depois, tal súmula foi cancelada.¹⁰⁰⁹ A sinalidade não se alterou, já que não houve alteração da lei. Mudou-se o sentido veiculado.

A partir do próximo item, o aspecto dialógico presente no ato de produção da decisão judicial no mandado de segurança será analisado, bem como sua proposta como um modelo explicativo para analisar a mudança nas decisões judiciais.

8.3 A cognição e a determinação do fato jurídico alegado

A análise dos argumentos é feita por todos os que militam no processo. A prova aparece na petição inicial (enunciado) como um enunciado que tem por função estabelecer a existência de um determinado acontecimento, segundo seu relato. O aludido acontecimento é aquele descrito como hipótese de uma norma jurídica. Com isso, a prova se reporta àquilo que ocorre no mundo fenomênico apenas indiretamente. Diretamente, o relato probatório se dirige ao fato jurídico, indicando sua pertinência ao mundo jurídico. Mesmo a prova que tenha por função dissuadir ou gerar dúvida realiza essa função, já que a proposta do réu ao veicular tais provas é produzir uma norma que estabeleça a impertinência jurídica da pretensão do autor, livrando-se dela, de forma definitiva, com manto da coisa julgada ou que decrete a extinção do processo sem apreciar o mérito, como ocorre, por exemplo, quando da demonstração da cidadania brasileira do autor, que, na ação popular, poderá implicar extinção do processo por carência de ação.

¹⁰⁰⁸ Súmula 174 do STJ: No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena. Publicada no DJ de 31.10.1996.

¹⁰⁰⁹ Cancelamento da Súmula 174 pelo RESP 213.054-SP, de 24.10.2001.

Retornando à prova enquanto enunciado, pode-se perceber que o documento que materializa, por exemplo, uma nomeação para cargo público (sinalidade) atesta que algo ocorreu, segundo seu relato (sentido). Assim, por ser um enunciado, é passível de refutação, já que todo enunciado tem por característica a responsividade. A refutação não é feita pelo acontecimento que se exaure no tempo e no espaço, mas por outro enunciado apto a demonstrar, por exemplo, que o documento não se presta para justificar o argumento, pois fora retificado posteriormente ou obtido por meio ilícito etc. A falsidade ou não de um documento não diz respeito à verdade. Na realidade, pode veicular um defeito na sua formação, que demanda prova ou argumento apto a demonstrar sua inconsistência. Essa demonstração será feita mediante prova.

Por essa razão afirma-se que a prova é rechaçada por outra ou outras provas, e não pelo acontecimento que se dá no plano fenomênico. Trata-se assim de realização do enunciado que se coloca para o outro, à espera de resposta. Essa resposta pode se materializar com uma concordância ou com um rechaço. Nada impede, que o documento traga elementos que digam respeito à sua própria negação, quando no caso é emitido por uma autoridade, mas assinado por outra, distinta da indicada no próprio documento.

Com isso quer-se afirmar que a existência ou não do acontecimento não tem o condão de aniquilar a prova, já que não é o acontecimento que testa a robustez ou não da prova. Se o acontecimento existe ou não, é indiferente, como se pode perceber no caso da inadmissão de prova obtida por meio ilícito no bojo do processo judicial. A prova ingressa nesse contexto como um enunciado apto a atestar uma situação como antecedente de uma proposição a funcionar como norma de decisão. Em alguns procedimentos, como no caso do mandado de segurança, a existência ou não da prova pré-constituída é condição para a viabilidade do próprio procedimento, como já robustamente assentado.

A tentativa de substituir verdade por verossimilhança – no sentido de próximo à verdade –, tal qual faz Piero Calamandrei¹⁰¹⁰, não deixa de ser uma forma de cotejar a prova com o acontecimento. Ou seja, a mudança de verdade para verossimilhança não implica alteração de perspectiva, mas apenas admissão de que a verdade, enquanto correspondência perfeita, não é possível, dadas as limitações humanas, devendo o magistrado se contentar com a aparência da verdade. Desta feita, o problema não está na prova, mas nas limitações humanas quanto à possibilidade de adentrar no recôndito local onde se encontra a verdade.

¹⁰¹⁰ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Douglas Dias Ferreira. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 276-277. Caminho análogo faz Alessandro Giuliani. GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova** *Op. cit.*, p. 251-253.

Assim, quem faz a substituição da verdade teórica pela verossimilhança não duvida que a prova seja capaz de demonstrar a verdade; o que ele põe em dúvida é a capacidade de o homem poder chegar ao seu âmago. Ou seja, o problema está no homem e não na verdade que lá está. Desta feita, uma vez superadas as limitações humanas, seria plenamente possível o acesso à verdade límpida e cristalina. Assim, quem lida com a ideia de verossímil permanece, ainda, no campo objetivista, pois utiliza a prova como forma de chegar próximo à verdade ou àquilo que aparece como verdade, na relação *adequatio intellectus et rei*. Há quem defenda que a verossimilhança não contraria a busca da verdade real, que pode ser alcançada em momento posterior.¹⁰¹¹

Deve-se salientar, à guisa de informação, que a legislação processual, ao tratar da tutela antecipada, denominou verossimilhança o juízo produzido na cognição sumária.¹⁰¹² A alusão a essa categoria é forte indicativo de que o Legislativo, no afã de garantir a estabilidade nas decisões judiciais e uma certa padronização, tem se esforçado para criar mecanismo a fim de realizar a almejada segurança. O grande problema é que essa mutabilidade está no direito, mas não foi criada pelo direito. É algo inerente ao homem, enquanto ser social, e por isso desenvolve-se em um ambiente interacional, onde a dialogicidade impera. Por essa razão – repita-se –, o problema está no direito, mas não é do direito. Assim, não pode o direito resolver algo que o transcende, e mais, o condiciona. Regras que surgem no intuito de controlar essas mudanças no fluxo dialógico das tomadas de decisão são fadadas ao fracasso, e muitas delas acabam por veicular evidentes sem-sentido deônticos.

Ainda com relação à verdade no processo civil, é sempre interessante analisar a peculiar prescrição contida no art. 469, II, do CPC, que estipula não fazer coisa julgada a verdade dos fatos que fundamentam a sentença. Essa assertiva já estava lançada na obra de Adolf Wach, anteriormente citado.¹⁰¹³ Ou seja, o direito processual não tem compromisso com a verdade que ele supostamente atesta na decisão judicial, já que não garante a perenidade da verdade afirmada. Isso é um sinal de que o próprio sistema se encarrega de indicar a autonomia entre prova e verdade, ainda não enxergada pela doutrina que adota a teoria da cognição, como se dá no direito pátrio.

Assim, segundo a prescrição do dispositivo acima mencionado, o fato, o fato jurídico, não fica desprovido do manto da imutabilidade da coisa julgada material, mas a

¹⁰¹¹ MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual**. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁰¹² Art. 273, *caput*, do CPC: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação (...).

¹⁰¹³ WACH, Adolf. **Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana**. *Op. cit.*, p. 223.

verdade. O fato, que na realidade é o relato do fato (enunciado) que compõe o antecedente da norma primária e secundária, será protegido, já que ele é quem irá compor a norma jurídica concreta e individual ou concreta e geral, a depender do interesse jurídico em jogo, veiculada na decisão judicial, tanto é que é defeso discutir novamente a lide na fase de liquidação do julgado (art. 475-G do CPC). Vedação similar se pode inferir do disposto no art. 475-L do CPC, na fase de impugnação ao cumprimento da sentença. Isso se dá porque a lide, que é o mérito da demanda, segundo Alfredo Buzaid, ao lançar a exposição de motivos do vigente Código de Processo Civil,¹⁰¹⁴ encontra-se no bojo da estrutura descrita na petição inicial, máxime no primeiro membro (A → C) e no antecedente do segundo membro (-C). É aí que se encontra o relato de que um fato jurídico (A) gerou para o autor um direito em face de alguém (C) e que ele fora descumprido pelo agora réu (-C). Por essa razão a imutabilidade não só atinge a estipulação contida no dispositivo da decisão, mas também toda a estrutura que compõe a norma jurídica da qual o dispositivo funciona como sanção (S), que aqui é vista como ato que materializa a solução judicial para um determinado problema levado ao Poder Judiciário. Mesmo a declaração de existência e inexistência de relação jurídica veiculada na decisão reveste-se de ato de império estatal.¹⁰¹⁵ Assim a decisão de mérito que julga o pedido procedente irá confirmar a existência do fato jurídico alegado que gerou o direito ao autor ante o réu e que o último descumpriu, e por isso deverá suportar a sanção, como atuação coativa do Estado. Por outro lado, a decisão que julga o pedido improcedente vai impor ao autor uma sanção, já que o tolhe de buscar novamente em juízo aquele bem da vida que o Judiciário atestou não lhe pertencer.

O fato jurídico indicado na petição inicial será construído linguisticamente pela parte autora, normalmente através do advogado, que toma como referência o relato trazido pela parte e as provas que lhe foram trazidas ou informadas, já que a prova pode estar em poder de terceiro ou do próprio réu, ou depender de produção no curso da demanda. Constrói-se o relato no intuito de ele funcionar como antecedente de uma norma futura a ser editada pelo magistrado.

Com relação à petição inicial, tem-se que ela é um enunciado veiculado sobre a forma hipotética condicional bimembre em que o primeiro membro será formado por um antecedente (A) vinculado a um conseqüente (C), e, no outro membro, a negação do conseqüente do primeiro membro (antecedente) (-C) está relacionada a outro conseqüente

¹⁰¹⁴ BUZOID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. In **Código de Processo Civil, Constituição Federal e Legislação Complementar**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

¹⁰¹⁵ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. *Op. cit.*, p. 193.

(sanção) (S). Neste enunciado, o fato que é constituído enquanto relato linguístico veiculado pelo autor da demanda fará referência ao enunciado prova, que terá as seguintes funções: a) possibilitar o processamento do mandado de segurança, já que a ausência de prova pré-constituída impede o andamento do processo, sendo causa de extinção do processo por ausência de pressuposto processual de validade; b) conferir legitimidade ao argumento trazido à inicial, já que é a prova pré-constituída que possibilita a denominada alta probabilidade de procedência do pedido.

Dessarte, a alegação veiculada na inicial do mandado de segurança não indica ou propõe sua estipulação mediante prova a ser produzida, mas prova que preexiste à demanda. Ela pode já está em poder do autor ou em poder da autoridade, como já visto. O fato de ela não ser apresentada pelo autor não elide a pré-constituição. Anota-se que prova pré-constituída é aquela feita antes e não no curso do processo, em dilação. Assim, o alegado já se apresenta provado, tenha sido a prova trazida pelo autor, o que geralmente ocorre, ou pelo poder público espontaneamente, quando da apresentação das informações ou por requisição judicial. Outro ponto a se mencionar é que a existência da prova tem o condão de dissipar a dúvida acerca do fato alegado.¹⁰¹⁶

As alegações sobre o fato funcionam na petição inicial como fato jurídico alegado. Os relatos sobre fatos jurídicos se apresentam topologicamente nos antecedentes de ambas as proposições, a primária e a secundária. Há uma proposição que indica o fato jurídico lícito (A) e outra que indica a existência de um fato jurídico ilícito (-C). Tais alegações sobre os fatos possuem pretensão de ser jurídicas, ou seja, são indicadas como sendo fatos jurídicos, pois constituídas segundo os critérios estabelecidos em norma abstrata e geral veiculada na petição inicial, apta a justificar juridicamente o pedido. Por isso, a alegação de fato veiculado na petição inicial, apta a fazer parte de uma decisão, é a alegação de fato jurídico.¹⁰¹⁷ Aqui há uma relação de identidade. Prova-se assim não a alegação do fato, mas a alegação do fato jurídico, que se deseja confirmado na decisão, seja ele lícito ou ilícito. Quer-se com isso afirmar que a prova enquanto enunciado irá indicar a existência de um fato jurídico. O documento se torna prova no bojo do processo, enquanto instrumento apto a justificar uma assertiva, que se pretende seja admitida como antecedente da norma que se pretende produzir.

¹⁰¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. IV. *Op. cit.*, p. 247.

¹⁰¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. IV. *Op. cit.*, p. 249.

8.4 O enunciado dialógico no bojo do mandado de segurança

8.4.1 Prova e petição inicial como enunciado

A prova é um tipo específico de enunciado dialógico que será utilizado para demonstrar sentidos referentes aos fatos articulados linguisticamente na petição inicial do mandado de segurança. Deve-se destacar que a prova enquanto enunciado não é só, mas se apresenta na cadeia discursiva.¹⁰¹⁸ Manifesta-se assim linguisticamente e servirá para estipular uma determinada situação escolhida como antecedente da estrutura hipotética condicional que se pretende seja valorada como norma, isso porque a petição inicial, na lição de Piero Calamandrei, é o projeto da sentença.¹⁰¹⁹ O advogado propõe, no mandado de segurança, em regra, normas. Uma na liminar, outra na sentença. Esse papel do advogado não é exclusivo no mandado de segurança, porém em qualquer demanda judicial. Por essa razão, Hans Kelsen afirma que o advogado exerce uma função jurídico-política no processo, já que propõe normas, buscando influenciar a produção estatal do direito.¹⁰²⁰

O aspecto linguístico da prova é algo muito negligenciado pela doutrina, embora se coloque de forma extremamente marcante. Veja-se, por exemplo, saindo da seara cível, caminhando para as quadras do processual penal, no caso de uma denúncia veiculada pelo Ministério Público que tenha por objeto a acusação de um homicídio. Não é o corpo da vítima que vem aos autos, mas sim o laudo cadavérico, que, enquanto relato lingüístico, irá funcionar como prova a lastrear os argumentos da promotoria, que pretende na denúncia a condenação do réu. Esse relato é um enunciado que irá fundamentar outro enunciado, que possui a forma de denúncia, sua sinalidade. Se impugnação houver, apenas outro relato vertido pela linguagem admitida pelo direito poderá fazê-lo. O relato impugnante pode ter por lastro o enunciado prova que serviu de fundamento para o pedido de condenação, já que o enunciado é prenhe de sentido, e este é construído dialogicamente. Assim, toda vez que alguém se coloca responsivamente na cadeia enunciativa, emite um novo enunciado, que veicula um novo sentido, mesmo que o confirme. Noutros termos, será necessário outro enunciado para que se possa rechaçar, e depois desconstituir, o sentido veiculado em um enunciado anterior.

A aceitação de uma alegação como alegação provada se dá no enunciado, já que isso implica atribuição de qualidade, e os valores se colocam de forma intersubjetiva, pois postos

¹⁰¹⁸ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. **Estética da Criação Verbal**. *Op. cit.*, p. 289.

¹⁰¹⁹ CALAMANDREI, Piero. La génesis lógica della sentencia civil. In **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1945, p. 372-373.

¹⁰²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 396.

para o outro mediante a posição responsiva.¹⁰²¹ Por isso, o sentido não está no sujeito, mas intersubjetivamente. Por essa razão, não se adota a posição de Hans Kelsen, que coloca o sentido no sujeito,¹⁰²² apesar de se reconhecer a importância de seu pensamento para a melhor compreensão do fenômeno da decisão jurídica.

No processo judicial, o outro, que é o destinatário do enunciado, apresenta-se de forma múltipla, máxime se o feito não se encontrar tramitando em segredo de justiça, o que é a regra. Isso porque, em face do preceito constitucional que impõe a publicidade, tanto os sujeitos que participam do processo como o público em geral são destinatários dos enunciados veiculados no processo e podem sim atuar responsivamente. O jornalista, por exemplo, que procura notícia, pode encontrar ali elementos para veicular uma matéria, outro enunciado dialógico. Noutro caso, alguém que quer contratar os serviços de uma das pessoas que funcionou como parte no processo pode, com base nas informações ali coletadas dialogicamente, ultimar ou não a contratação. Os advogados muitas vezes necessitam de certidões, enunciados, que possam demonstrar sua participação nos feitos, no intuito de justificar tempo de prática forense para fins de licitações, concursos etc. Ademais, a publicidade ingressa como critério extraprocessual para justificar a atuação jurisdicional,¹⁰²³ o que abre, do ponto de vista dialógico, às possibilidades discursivas dos enunciados veiculados em um processo judicial. Veja-se, a título de exemplo, a repercussão na sociedade das decisões do Supremo Tribunal Federal, muitas vezes veiculadas em tempo real, via canal televisivo.

Como já salientado, a prova, por ser enunciado dialógico, será necessariamente dirigida a outro, que é colocado em uma função responsiva, ou seja, é chamado a concordar, discordar, participar, completar etc. Sendo assim, o processo de compreensão acaba se apresentando “prenhe de resposta”.¹⁰²⁴ Claro que o sentido que a prova obterá no enunciado estabelecido na petição inicial terá por fio condutor a intenção do postulante em convencer o destinatário de que a solução que propõe é a única possível para o caso. Ademais, a elaboração de um enunciado concreto já antecipa eventuais rechaços. O advogado ou quem

¹⁰²¹ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In **Estética da Criação Verbal**. *Op. cit.*, p. 328.

¹⁰²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 387.

¹⁰²³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol. 1. *Op. cit.*, p. 396 e 401. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In **Temas de direito processual**: segunda série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 89-90. AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. Trad. Josep Aguiló Regla. In **Doxa**: cuaderno de filosofía del derecho. Nº 8. Alicante: Doxa, 1990, p. 27.

¹⁰²⁴ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 271.

postula irá direcionar a produção de seu enunciado com intuito de convencer.¹⁰²⁵ Busca-se assim uma atitude responsiva que veicule adesão, embora se saiba que o rechaço será uma possibilidade plenamente aberta. Por essa razão, tratando-se de mandado de segurança, cuja prova é pré-constituída, sua intervenção na petição inicial será direcionada no sentido de fundamentar a tese que se pretende ver acolhida pelo magistrado. Isso não quer dizer que outros sentidos não podem ser construídos, tanto é assim que existe não só indeferimento do pleito liminar como também denegação definitiva da segurança.

A prova, por se reportar a um dado da realidade, às vezes se manifesta como gênero discursivo primário, aquele que se forma em condições discursivas imediatas, normalmente de forma oral; outras vezes, aparece sob a forma de gênero discursivo secundário (complexo ou ideológico), já que nele há uma reelaboração dos gêneros primários. No segundo gênero observa-se a predominância da forma escrita.¹⁰²⁶ Com relação à prova, normalmente esta se apresenta sob a forma de gênero secundário, já que produzida em condições complexas do convívio social. Mesmo a prova testemunhal, que tem na oralidade sua marca, é produzida em um sistema complexo da vida social, sendo, na maioria das vezes, vertida em linguagem escrita, ou registrada por meio mecânico ou digital, como tem acontecido ultimamente nas audiências que são gravadas em áudio ou em vídeo. Nesse contexto, a prova, no mandado de segurança, que aparece sob a forma documental, apresenta-se como gênero secundário.

Tomando como exemplo um documento que indica a ordem de classificação dos candidatos aprovados em um concurso de provimento de cargos, percebe-se nele um enunciado, já que tem conclusividade, pois nele há um esgotamento daquilo que se pretendia comunicar; uma intenção discursiva, que estabelece aquilo que o falante pretende estipular; bem como a escolha de um gênero discursivo.¹⁰²⁷ Noutros termos, o enunciado não se apresenta em formação, apresenta-se formado e apto a veicular sentido. Assim, no exemplo lançado, o documento irá indicar que houve um concurso e que aquelas pessoas ali assinaladas foram as aprovadas. Ademais, lança a ordem de classificação, já que isso é relevante para determinar outra ordem, que é a de nomeação. O aludido documento veicula um enunciado, pois irá fomentar nas pessoas que tiveram acesso à aludida informação uma atitude responsiva, que pode indicar anuência, rechaço, perplexidade, decepção, surpresa etc. O aludido documento, na configuração da alegação do fato, na petição inicial do mandado de segurança, aparecerá como resposta dialógica, inserida no universo discursivo, àquilo que ele

¹⁰²⁵ SILVA, Artur Stamford. **A decisão judicial: dogmatismo e empirismo**. 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 103.

¹⁰²⁶ SILVEIRA, Maria Inez Matoso. **Análise de gênero textual**. *Op. cit.*, p. 63.

¹⁰²⁷ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. **Estética da criação Verbal**. *Op. cit.*, p. 281-282.

(documento enunciado) veiculou. Assim, na exordial, os fatos são constituídos enquanto posição responsiva do enunciado dialógico prova, ou seja, na intersubjetividade gerada entre o advogado e o sujeito que produziu a prova.

Deve-se advertir, no entanto, que a construção do fato pode ser veiculada de outras formas, já que o direito, além da prova, veicula outras técnicas para indicar os elementos que compõem o antecedente da norma jurídica, tais como as presunções, a existência da notoriedade sobre o fato, os fatos incontroversos e os fatos confessados. Destaque-se, entretanto, que o sentido que se constitui mediante a aludida técnica é discursivamente colocado, já que a presunção *iuris tantum* admite prova em contrário e a presunção *iuris et de iure* pode ter sua condição de presunção absoluta rechaçada dialogicamente. Já o fato notório pode ser impugnado como tal, tendo sua característica primordial, a notoriedade, posta em xeque, por exemplo. Com relação aos fatos tidos por incontroversos e confessados, sua ponência decorre de uma atitude responsiva do outro, seja porque não se desincumbiu do ônus de impugnação específica, pelo que o fato passou a ser incontroverso, ou, no caso do fato confessado, por uma aquiescência. Neste último caso, fica evidente que a atitude responsiva do réu, ao concordar com o autor, acaba por formar outro enunciado, pois antes existia um enunciado sobre o fato; depois, um enunciado que veicula um fato confessado. A cada momento discursivo um novo enunciado se coloca.

Na tutela inibitória, que se manifesta também no mandado de segurança, embora se pretenda evitar que determinado fato venha a acontecer, a prova deverá se deter na ameaça de sua concretização, ou seja, o postulante deve apresentar outros indicativos aptos a demonstrar a possibilidade de que o fato que se pretende evitar venha a ocorrer. Deve-se, portanto, de modo objetivo, demonstrar a situação apta a ensejar a iminência à lesão ao direito que se pretende tutelar.¹⁰²⁸

A petição inicial do mandado de segurança reporta-se à prova responsivamente no intuito de constituir-se como outro enunciado na cadeia discursiva, que terá por fim a construção de outro enunciado apto a veicular um enunciado normativo. A petição inicial possui em sua forma os possíveis significados que a prova veicula, sendo necessária sua existência pré-constituída. A existência da prova quando da veiculação da petição inicial ou de sua requisição junto a agente público aparece no enunciado como sinalidade. A identificação dessas marcas é necessária por conta da peculiaridade do procedimento.

¹⁰²⁸ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 204. NEVES, Fernando C. Queiroz. “Mandado de segurança preventivo”. In ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* **O novo mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 181-182.

Enquanto signo, a prova, na exordial do remédio heroico, ingressará sob a forma de anuência apta a referendar a alegação sobre o antecedente da norma primária e da norma secundária. Essa prova – enunciado – dialoga com a outra parte, que poderá a esta responder com uma anuência à sua tese, o que irá implicar negação do afirmado na petição inicial. É sempre bom lembrar a lição de Barbosa Moreira, que se transcreve: “a prova depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência”.¹⁰²⁹ Voltando à petição inicial, pode parecer que essa concordância é uma redundância, mas não é, já que, na petição inicial, o enunciado prova se apresenta como sua parte integrante. E mais, como já assentado, a anuência por si só faz surgir algo novo, sendo o ato anuído algo distinto. A petição inicial, por ser enunciado, possui conclusividade própria quando dirigida ao magistrado, à outra parte, bem como ao Ministério Público, que irá prestar suas considerações. Ela se dirige ao outro completo, em busca de uma resposta.

Na petição inicial, os enunciados prova aparecem como fundamento para três situações:

- a – constituição dialógica do fato jurídico que deu origem ao alegado direito;
- b – constituição dialógica do fato ilícito que impede ou poderá impedir o exercício do direito;
- c – constituição dialógica do fato que indique que a manutenção da eficácia do ato impugnado implicará ineficácia da medida, caso deferida ao final (*periculum in mora*).

É possível, dialogicamente, perceber na maioria dos mandados de segurança a formulação de dois enunciados distintos, um que diz respeito ao pleito final e outro que diz respeito ao pleito liminar, que será descrito nos próximos subitens.

8.4.1.1 Enunciado dialógico do pleito liminar

É possível a veiculação de vários enunciados em uma mesma formulação linguística. Tal formulação fica evidente quando se tem uma cumulação de pedidos, em que se deduz a veiculação de diversos enunciados com o objetivo de estipular, no final da demanda, quantas normas bastam para satisfazer a pretensão do autor. No caso do mandado de segurança, como nas demandas que formulam alguma forma de tutela de urgência, a constituição das normas se faz em cadeia sucessiva, em que a segunda, a decisão denominada definitiva, irá suceder à decisão denominada provisória.

¹⁰²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, nº 35, ano 9, jul./set. de 1984. São Paulo: RT, 1984, p. 181

Malgrado sucessivas, ambas possuem do ponto de vista normativo autonomia, já que irão gerar, no processo, decisões distintas, ou seja, irão veicular, em enunciados distintos, normas distintas, inclusive com possibilidade de efetivação, que muitas vezes a decisão definitiva só obterá após o trânsito em julgado, como acontece na sentença que confirma a tutela antecipada, em que esta produz seus efeitos, mas a sentença possuirá sua plena eficácia só após o trânsito em julgado, já que, a título de exemplo, a execução da sentença ainda submetida a recurso com efeito devolutivo seguirá o rito da execução provisória (art. 475-O do CPC).

De certa forma, a relação estabelecida entre a liminar e a sentença se assemelha à relação entre a Medida Provisória e a Lei que a sucede. Ambas são instrumentos distintos, com procedimentos e consequências próprias, mesmo quando a Lei confirma o inteiro teor da Medida Provisória.

O pleito liminar acaba veiculando enunciado com estrutura hipotética condicional própria. Ele inclui em seu bojo uma tripla formulação dialógica encadeada, tornando ainda mais complexo um dos termos da formulação hipotética condicional. Dividindo-se a estrutura hipotética condicional em dois membros, tem-se:

- a – o primeiro membro: irá veicular dialogicamente o alegado fato jurídico – antecedente da proposição (A) – que deu origem ao direito subjetivo que se pretende tutelar, presente no consequente, como consequência da relação jurídica – consequente (C);
- b – o segundo membro: veiculará em seu antecedente o alegado fato jurídico ilícito da administração em sentido amplo, bem como o *periculum in mora* – antecedente da proposição primária (-C) –, que irá implicar uma atuação estatal do Estado-juiz – consequente da proposição secundária (S). O objeto da liminar, presente na sanção, consiste em evitar o risco de inefetividade da decisão final, caso procedente.

Com relação à proposição secundária, percebe-se a inserção de um caráter específico que poderá autorizar a concessão da tutela de urgência, que segundo a doutrina, pode ser deferida de ofício,¹⁰³⁰ qual seja a questão do risco de ineficácia da medida final, caso a eficácia do ato (omissivo ou comissivo) impugnado não seja suspensa. Vale advertir que a possibilidade de concessão da ordem *ex officio* é característica herdada de sua matriz histórica, instituto congênere do processo penal, o *habeas corpus*.

¹⁰³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 91-92. SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 346-347. FERREIRA, Luiz Pinto. **Teoria e prática do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 62. ROCHA, José de Moura. **Do julgamento extra petita**. Recife, 1958, p. 29. Em sentido contrário, BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 213.

A situação definida como *periculum in mora* estará presente no antecedente da proposição secundária, uma vez que diz respeito à eficácia que o ato jurídico imputado como ilícito possui e, caso permaneça, poderá acarretar a inefetividade da medida, se ao final seu efeito não for liminarmente suspenso. É interessante notar que com relação ao risco, mesmo os adeptos da teoria da cognição defendem que a análise que tem por objeto o *periculum in mora* não será sumária, mas exauriente, até porque o risco existe ou não. Sendo assim, não haveria, neste quesito, espaço para juízo de probabilidade.¹⁰³¹

Há com relação ao pleito liminar um enunciado, já que possui em seu bojo uma conclusividade própria apta a receber de seu destinatário uma resposta. Neste enunciado, o pleito inicial se coloca como projeto da decisão liminar. Dirige-se ao magistrado, e dele se espera uma atitude responsiva. Nada impede que o magistrado confira à outra parte vistas, antes da concessão da liminar. Há, até mesmo, expressa previsão na lei, quando se trata de mandado de segurança coletivo.¹⁰³² Neste caso, outro enunciado será construído, seja porque a outra parte se manifestou, seja porque ela se quedou silente, já que o silêncio, no caso, é reputado pelo direito pátrio como manifestação. O silêncio, neste caso, é comunicativamente relevante. Cabe ao magistrado proferir sua decisão como resposta ao enunciado ou enunciados anteriormente proposto(s). Essa atitude responsiva do magistrado será objeto de item próprio. Por ora se verificará outro enunciado veiculado na petição inicial.

8.4.1.2 Enunciado dialógico do pleito principal

Do ponto de vista dialógico, o pleito principal aparece como sendo aquele que tem por objeto a própria proteção jurisdicional definitiva, aqui identificada como aquela apta a funcionar como solução integral ao conflito de interesse que se manifesta na dissonância entre a proposição primária, a que estabelece os pressupostos para a configuração do aludido direito líquido e certo, e o antecedente da norma secundária, que indica uma atuação oposta, reputada ilícita pelo postulante.

A petição inicial do mandado de segurança utiliza a prova, que é outro enunciado, com a função de constituir o fato jurídico que se pretende ver reconhecido na decisão judicial como antecedente primário e secundário da norma que irá solucionar o litígio definitivamente.

¹⁰³¹ BARROS, Hamilton de Moraes e. **As liminares no mandado de segurança**. *Op. cit.*, 45

¹⁰³² Art. 22, § 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas (Lei nº 12.016/2009).

Ademais, tal proposição serve como lastro para justificar a existência de direito a ser tutelado em face da ação ou omissão da autoridade estatal. Essa proposição veiculada na petição inicial difere da outra (a proposição que visa à decisão em sede de liminar), também veiculada na exordial, pois sua preocupação não possui como pauta a urgência, que decorre dos efeitos do antecedente da norma secundária, e o risco de ineficácia da medida final. Assim, pode-se perceber que a mudança que se dá entre o enunciado que veicula o pleito liminar e o que veicula o pleito principal se dá na proposição secundária. Ou seja, no pleito dito principal não há no antecedente da proposição secundária *periculum in mora* e, por isso, no consequente da norma secundária não haverá, em seu objeto, pleito tendente a suspender a eficácia para evitar a inefetividade da decisão final, caso procedente.

Com relação ao pleito liminar, existe a necessidade de se afastar a eficácia do denominado ato coator, no intuito de garantir a viabilidade da decisão final. Já no caso do pedido principal, há uma pretensão que tem por finalidade a estipulação de uma norma que, confirmando a ilicitude do ato coator, lance-o no campo da ilicitude e, por isso, corte os efeitos de lícito que dele dimanam.

Ambos os enunciados veiculados na petição inicial possuem uma sinalidade sintática própria, embora possam ser expressos na forma hipotética condicional. A diferença, como se viu, manifesta-se tanto no campo da sinalidade como no campo sógnico, já que ambos são portadores de sentido, constituídos dialogicamente e dirigidos responsivamente ao outro, que pode ser tanto o magistrado como um outro partícipe do processo.

8.4.2 *Liminar ou sua negativa como enunciado*

A decisão liminar, como já restou assentado, deverá atender a dois pressupostos, quais sejam: a prova pré-constituída que ateste a existência de fato líquido e certo e o denominado risco de irreversibilidade do provimento final, caso a liminar seja negada. Esses requisitos são postos à cognição do magistrado que responde dialogicamente ao pleito do impetrante. Sua resposta pode ser uma confirmação ou uma negação. Em qualquer dos casos, sua resposta será veiculada como norma jurídica, tal qual assentado no capítulo 2, já que essa é a forma de o enunciado jurídico decisório se manifestar.

A tomada de decisão é ato enunciativo proferido na cadeia discursiva. Não se trata de ato com pouca profundidade, como quer levar a crer a doutrina que prega a tese dos níveis de cognição ou sem profundidade. Na realidade, nem profundo, nem raso. Isso porque a decisão, por ser um enunciado, goza da exauribilidade e da conclusividade, que lhe são características.

Trata-se de uma decisão tomada com base em outros enunciados, que teve sua conclusividade anterior fixada mediante enunciado veiculado na petição inicial e na prova. Ambos lhe servem de fundamento. A leitura feita pelo magistrado da prova levará em consideração as articulações lançadas pelo impetrante na exordial. Assim, a prova que é referida na petição inicial se coloca como novo enunciado, completamente distinto da prova antes de sua judicialização, como componente procedimental necessário ao processamento da mencionada garantia constitucional.

Outra questão que se mostra presente no processo decisório é que o magistrado lança mão de ecos de outras enunciações presentes em suas vivências, como também do seu conhecimento jurídico. Isso porque para decidir, deve o magistrado enquadrar as situações na moldura estabelecida pelo direito positivo, construída por ele, para o caso. O que a doutrina tradicional denomina questão de direito acaba sendo objeto da cognição, e sendo o direito de conhecimento de todos uma ficção jurídica fundamental, já que a ninguém é dado alegar desconhecer a lei, sobretudo o magistrado, sua análise se dá independentemente de provocação.

Deve-se destacar que sua interpretação do direito não é subjetiva, mas intersubjetiva, já que decorrente de resposta a outros enunciados. Assim, a liminar terá como lastro uma análise não superficial, mas suficiente para conferir solução ao caso, até porque vige no Brasil a cláusula *iura novit curia*, além da vedação ao *non liquet*.

Acrescente-se ainda que o fato, objeto da qualificação jurídica, não se coloca como acontecimento, mas como grandeza linguística que poderá vir a produzir decisões em três sentidos distintos:

- a – procedente: no caso, o magistrado irá construir um enunciado jurídico normativo sob a forma hipotética condicional (sinalidade) apta a emitir uma norma que retire a eficácia do ato imputado como coator (signo);
- b – improcedente por irrelevância da tese jurídica: no caso, o magistrado irá construir enunciado jurídico normativo sob a forma hipotética condicional (sinalidade) que mantém a eficácia do ato coator, já que não encontrou nos autos dados que autorizassem o corte pretendido (signo);
- c – improcedente por ausência de *periculum in mora*: neste caso, o magistrado irá construir enunciado jurídico positivo sob a forma hipotética condicional (sinalidade) que mantém a eficácia do ato coator (signo).

No último caso, o magistrado não vislumbra no ato inquinado como coator necessidade para retirar os seus efeitos, já que a sentença, quando proferida, e se procedente,

irá satisfazer plenamente o interesse do impetrante. Sempre necessário lembrar que, mesmo para os adeptos da tese da cognição, a decisão que se manifesta sobre o *periculum in mora*, reconhecendo ou negando, é sempre definitiva, até porque ou existe ou não existe o *periculum in mora*.¹⁰³³ Em todos os casos, a decisão será submetida ao recurso, que poderá substituí-la, confirmando-a ou reformando-a. O recurso reforça o caráter dialógico da decisão liminar.

Aqui não se fala em alta ou em baixa probabilidade, até porque, por conta da conclusividade, a decisão que defere ou indefere a liminar, naquele momento é definitiva e exauriente. Cabe aos interessados, segundo os critérios estabelecidos em lei, usar dos meios necessários para impugná-la. Ora, a impugnação nada mais é que um novo enunciado que visa desconstituir o ato posto por outro. Isso não é exclusividade da liminar. As sentenças de mérito, colocadas como sendo veiculadas em decisão exauriente, podem ser, tais quais as liminares, reformadas por outro ato decisório, que passa a ser um novo enunciado.

No recurso que visa reformar a decisão liminar ou a decisão que a denegou, outro enunciado se põe. O interessante é que a decisão impugnada, no recurso, ingressa como enunciado, mas não como uma decisão, já que o advogado, ao veicular o recurso de agravo, no caso, toma a decisão como ato jurídico ilícito (em sentido amplo) que necessita ser alterado, seja por *error in procedendo*, seja por *error in judicando*. Toma-o assim não como norma, mas como enunciado jurídico a ser reformado.

8.4.3 Informações no mandado de segurança

O pedido de informação em mandado de segurança é algo determinado pela lei. A participação da autoridade coatora se dá dialogicamente. Isso porque o pleito principal é veiculado contando com a intervenção dialógica da autoridade coatora. No processo em geral, a participação do réu é garantida, e sua atuação ou omissão é juridicamente valorada, tanto que o direito poderá chancelar, em casos de direitos disponíveis, que não é o caso do mandado de segurança, mediante presunção, a veracidade da matéria fática (art. 319 c/c art. 320 do CPC).¹⁰³⁴

Com relação ao mandado de segurança, a ausência de informação embora não gere os efeitos da revelia, isso porque a prova dos fatos é condição de procedibilidade do mandado

¹⁰³³ BARROS, Hamilton de Moraes e. **As liminares no mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁰³⁴ Art. 319. Se o réu não contestar a ação reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

de segurança, por conta da exigência da certeza e liquidez do fato jurídico que fundamenta o direito alegado,¹⁰³⁵ gera consequências, tais como o adimplemento do devido processo legal, que possui no processo pátrio o contraditório como marca característica.

Deve-se destacar que a autoridade coatora não pode confessar – reconhecer como verdadeira uma assertiva que lhe é desfavorável –, mas pode admitir a existência do fato para discutir suas consequências, ou seja, alegar que tal fato indicado na inicial ocorreu, mas ele não é ilícito. Diferente da confissão, a admissão é pressuposto da defesa, embora também possa por consequência tornar o fato incontroverso.¹⁰³⁶

A participação da autoridade coatora se dá, geralmente, após o pronunciamento judicial que deferiu ou indeferiu a liminar. Entretanto, é possível a participação da autoridade coatora antes da concessão da liminar, caso o magistrado necessite solicitar provas que se encontrem em poder da autoridade coatora, bem como na hipótese de necessitar de informação apta a fundar o seu convencimento quanto à concessão ou não da tutela de urgência requestada.

As informações no mandado de segurança aparecem como enunciado apto não só a relatar aquilo que ocorreu segundo sua ótica, como a emitir juízo de valor sobre a petição inicial. Apesar das divergências doutrinárias, a prática revela que as informações são veiculadas sob a forma de contestação, como no processo comum. Na pesquisa empírica realizada para este trabalho, constatou-se que apenas dois mandados de segurança não obtiveram informações. Os que obtiveram foram veiculados sob a forma de contestação, não sendo rechaçada tal prática pelo órgão julgante. Saliente-se que nada impede que a pessoa jurídica, que a autoridade representa, apresente resposta.

As informações são dirigidas diretamente ao Ministério Público, que será intimado a se manifestar, como também ao autor, máxime se elas vierem acompanhadas de documentos que possam influenciar na decisão do litígio. A leitura que a autoridade coatora faz toma por lastro a exordial, a prova que a acompanhou, bem como a decisão que concedeu ou não a liminar.

8.4.4 Parecer do Ministério Público

A remessa para o Ministério Público opinar é obrigatória, mas não o seu parecer. Caso opine, seu relato terá por função indicar, de forma imparcial, se há ou não motivo para a

¹⁰³⁵ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 200-201.

¹⁰³⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. *Op. cit.*, p. 361-362.

concessão da segurança. Trata-se de enunciado que avaliará a lisura da parte e da administração, emitindo um juízo de aprovação ou de reprovação. Tem por função emitir, no percurso dialógico, novo enunciado apto a influenciar a decisão final.

8.4.5 Sentença

Afirma a doutrina que defende os níveis de cognição que na sentença o magistrado irá emitir um juízo definitivo acerca do litígio. Na realidade, trata-se de um enunciado que leva em consideração, para sua formação, os demais enunciados veiculados no processo, bem como outros que ingressam na cadeia discursiva decisória, já que a sentença, como já visto, veicula normas, seja a abstrata e geral, que será utilizada para, qualificando o caso, emitir a norma concreta e individual ou concreta e geral, que será a solução para o caso posto. Na sentença de mérito, afirma-se que o magistrado irá emitir juízo de valor definitivo sobre a lide. A definitude, entretanto, apresenta-se como critério jurídico-positivo que veda ao magistrado do mesmo grau rever a sentença de mérito publicada, salvo nas hipóteses previstas em lei, como retificação de inexatidão material, erro de cálculo ou embargos de declaração (art. 463 do CPC), como também na hipótese do art. 285-A, §1º, do CPC.¹⁰³⁷ Claro que a lei fica aberta a criar novas formas para revisão da decisão definitiva pelo órgão de primeira instância que prolatou a decisão, como faz, por exemplo, o Projeto do Novo CPC (PLS nº 166/2010), em sua redação original.¹⁰³⁸

Percebe-se assim que a definitude, salvo as exceções legais, dirige-se ao órgão que julgou o litígio. Não é a profundidade do conhecimento, já que nada impede, por exemplo, a concessão de tutela de urgência antes da prolação da sentença e depois da instrução probatória, no processo de conhecimento, rito ordinário, por exemplo. Há até quem defenda a possibilidade da tutela de urgência na sentença, ou depois dela.

Outro argumento interessante diz respeito à formação da coisa julgada material, que ocorre com relação à sentença de mérito e não acontece com relação à decisão que defere uma liminar. Esse argumento padece de um problema. A coisa julgada é veiculada no bojo de uma norma de estrutura, que toma a impossibilidade do cabimento de recurso de sentença de mérito (ou de acórdão) como antecedente de norma que terá no consequente a cláusula que a

¹⁰³⁷ Art. 285-A, § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

¹⁰³⁸ Art. 476. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para corrigir nela, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou lhe retificar erros de cálculo; II - para aplicar tese fixada em julgamento de casos repetitivos; III - por meio de embargos de declaração (PLS 166/2010, redação original).

torna imutável. Quem define o que é sentença de mérito é a lei, tanto é assim que esta considera extinção do processo sem exame do mérito a decisão que acolhe a carência de ação, muito embora ao apreciar se o indivíduo é parte legítima, ou se o pedido é juridicamente possível, ou se há interesse de agir, o magistrado deve apreciar aspecto da lide, que é o mérito, embora extinga o processo sem apreciação daquele, por determinação legal. Ademais, há sentença de mérito que se coloca sem que o contraditório se aperfeiçoe, ou seja, ela é proferida sem ouvir a parte adversária. É o que se dá nos termos do art. 285-A do CPC.¹⁰³⁹ Trata-se de uma cognição em que apenas houve contato entre o autor e o magistrado. Segundo Henrique Mouta, pode ser utilizado no mandado de segurança, malgrado considere a cognição prevista no aludido dispositivo, exauriente.¹⁰⁴⁰ A pergunta que se coloca é: por que não fazer o inverso, no mandado de segurança, já que a concessão da segurança toma por pauta prova que torna o fato líquido e certo? A resposta é simples: a lei não prevê. Poderia prever? Sim, porquanto já faz isso, de certa forma, no procedimento monitório.

O que se demonstra com isso é que o argumento da cognição não serve para estabelecer diferença entre sentença e liminar. Trata-se de provimentos distintos, mas pela função e não por sua cognição.

Na sentença, o magistrado constrói dialogicamente a solução para o caso, elaborando, com base nos enunciados produzidos, uma nova norma. Mesmo que confirme a liminar, trata-se de enunciado novo, já que o sistema positivo a qualifica com novos atributos.

A via impugnativa, por exemplo, não é a mesma que se abre para a liminar, por exemplo. Do ponto de vista do enunciado, uma nova situação se põe, inclusive vedando, em regra, que se promovam alterações, como já visto. Trata-se de característica do gênero discursivo normativo, que possui por pauta o regramento formal. Enquanto enunciado, coloca-se responsivamente à espera da coisa julgada, do recurso ou da remessa oficial. Havendo julgamento improcedente, espera-se pelo recurso. A inação do autor implicará coisa julgada. O silêncio é tomado como atitude responsiva. Se procedente, cabe remessa obrigatória e/ou recurso.

¹⁰³⁹ Art. 285-A do CPC. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

¹⁰⁴⁰ MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 77.

8.4.6 *Apelação e remessa oficial*

O recurso pode ser manejado tanto pelo autor como pelo réu. No caso do recurso, a sentença será tomada como ato jurídico que se deseja reformar. No recurso, que é um enunciado, a sentença aparece como eco da enunciação passada. É interessante perceber que a participação do magistrado de primeira instância, em regra, quanto ao mérito da causa acaba com a prolação da sentença. Seu enunciado será tomado responsivamente como rechaço pelo recorrente e como adesão pelo recorrido, que teve o pleito confirmado na sentença.

A remessa oficial, por sua vez, pressupõe a concessão da segurança, mas o réu não recorreu ou, mesmo recorrendo, irá ao conhecimento do órgão revisor. Se houver apenas a remessa oficial, o ato judicial do magistrado será objeto da atitude responsiva do órgão revisor, sem que haja participação da parte ré, pelo menos na via recursal.

8.4.7 *Decisão do órgão revisor (instância recursal)*

Optou-se denominar decisão do órgão revisor, já que, no tribunal, a decisão pode se dar de forma monocrática ou colegiada, esta última denominada acórdão. No órgão revisor de segunda instância, a decisão a ser veiculada é reputada como pautada em cognição exauriente e tem por função substituir outra de cognição exauriente, aquela veiculada na sentença.

Na realidade, como as demais, trata-se de cognição que por ser colocada no bojo de enunciado, goza da conclusividade e exauribilidade típica dessa categoria no processo comunicacional. Por essa razão, a decisão ali veiculada não é exauriente porque é definitiva, mas porque veicula um enunciado decisório qualificado como definitivo. Desta feita, o que torna a decisão definitiva não é o tipo de cognição, mas a norma de estrutura que impede, do ponto de vista jurídico, sua renovação.

8.5 **Decisão como enunciado**

Até agora se tentou demonstrar que a teoria da cognição não serve para explicar a forma como a decisão judicial se põe. Isso porque coloca as diversas decisões veiculadas em um mesmo processo em graus distintos, a contar do nível de profundidade com que o magistrado conhece a causa. Na realidade a decisão jurídica, como enunciado que é, veicula normas, enquanto signos. No mandado de segurança que teve a ordem confirmada pelo tribunal, por exemplo, há pelo menos três decisões que dizem respeito ao mérito. Uma na

liminar, outra na sentença e outra na fase recursal, que aqui será denominada acórdão, embora se saiba que seja possível ao relator, monocraticamente, decidir o mérito recursal.

Cada decisão, segundo o gênero jurídico positivo, possui uma função. Ela não é determinada pela profundidade, pois existem matérias que o magistrado já conhece com profundidade, e mesmo assim decide em sede de liminar, de caráter provisório. Veja-se, por exemplo, o caso do Exame de Ordem da OAB, no capítulo anterior. Na análise dos casos existiram onze situações. Em todas as demandas os magistrados concederam a liminar e a segurança na sentença, mas na fase recursal seis sentenças foram confirmadas e cinco reformadas. Fica patente que os magistrados já tinham sobre o fato e sobre o direito cognição plena apta para produzir liminarmente uma decisão definitiva típica da sentença, mas como a lei não os autorizava nem os autoriza, proferiu-se liminar.

Com relação ao mandado de segurança, Ovídio Baptista chega a afirmar que em grau de recurso, veiculado contra uma liminar, os tribunais se envolvem “irremediavelmente com o mérito da causa”.¹⁰⁴¹ Ora, se a decisão do tribunal que em recurso de agravo resolve a liminar adentra no mérito, isso quer dizer que a decisão liminar que se impugna também possui essa condição. Mais uma vez fica evidenciado que não é o tipo de cognição que irá determina o tipo de decisão, mas a norma de estrutura que estabelece os contornos do gênero jurídico decisório.

Saindo um pouco do mandado de segurança, com vistas a exemplificar a falha da teoria da cognição, muitas vezes, na sentença, o magistrado faz uso da técnica de distribuição do ônus da prova para julgar um pedido. Como relata Barbosa Moreira, “as regras que distribuem esse ônus são regras destinadas a ser aplicadas em relação aos fatos que afinal *não* se provam, que afinal *não* resultam provados”.¹⁰⁴² (Destaque no original). No processo penal, por exemplo, há o *in dubio pro reo*; no processo do trabalho, *in dubio pro misero*. Em todos esses casos é possível produzir sentença sem a profundidade cognitiva, embora seja considerada apta a fazer coisa julgada material. Como salienta Natalino Irti, “l’atto di volontà risolve il dubbio nella decisione”¹⁰⁴³ (o ato de vontade resolve a dúvida na decisão). Da mesma forma é possível ter profundidade, mas não poder produzir sentença naquele momento, pois o sistema não permite, como no caso do mandado de segurança que julga a questão do exame da Ordem, já citado. Outra situação muito interessante ocorre no processo

¹⁰⁴¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. In **Sentença e coisa julgada: ensaios**. 3ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p.299.

¹⁰⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Op. cit.*, p. 181.

¹⁰⁴³ IRTI, Natalino. Dubbio e decisione. **Rivista di Diritto Processuale**. Ano LVI, n. 1 (gennaio-marzo 2001). Milani: Cedam, 2001, p. 72.

coletivo, em que a lei impede a formação da coisa julgada material, no caso de julgamento improcedente do pedido por insuficiência de prova.¹⁰⁴⁴ O que no processo comum faria coisa julgada material, no processo coletivo não faz. Regra de mesma grandeza tem com relação ao procedimento do mandado de segurança, em que a ausência da prova do direito líquido e certo irá implicar extinção do processo sem exame do mérito, por ausência de pressuposto processual validade.¹⁰⁴⁵

Desta forma, não é o nível de cognição que determina o tipo decisório. Quem o determina é a lei, ou melhor, são as normas de estruturas presentes na Constituição e nas leis infraconstitucionais que estabelecem quem, quando, como e onde uma nova norma será criada, modificada, revogada ou confirmada.

Mas há cognição no mandado de segurança? Há! Todas elas exaurientes, ou simplesmente cognição, pois só o apego a categorias da ciência natural concebe o escalonamento da cognição. Ademais, as decisões, por serem enunciados, gozam dos atributos da conclusividade e da exauribilidade. Saliente-se ainda que esses enunciados sempre se colocam de forma responsiva, ou seja, à espera de uma resposta. Isso se dá mesmo quando o mandado de segurança transita em julgado. Neste caso ele se coloca como enunciado que pode ter por resposta outro enunciado que viabilize a execução, ou outro enunciado que o suspenda, por conta de uma liminar em ação rescisória, por exemplo.

Além disso, utilizando-se os pressupostos bakhtinianos, percebe-se que a mudança nas decisões em um mesmo processo não constitui um problema, mas é algo possível e esperado, já que a resposta, que qualquer enunciado espera, pode ser tanto o rechaço como a confirmação. Seja confirmando, seja rechaçando, o novo sempre se coloca quando o outro atua responsivamente. Portanto, quando o tribunal confirma a sentença, não se trata de repetição, mas de novo enunciado. Tal grandeza já foi percebida pelo legislador pátrio, que conferiu como um dos efeitos do recurso o substitutivo.

Por essa razão fica assentado que a técnica que utiliza os níveis de cognição não serve para demonstrar a mudança nos enunciados decisórios, sendo um resquício do modelo naturalístico oitocentista utilizado pelos teóricos do direito. A mudança se dá porque a decisão jurídica é um enunciado e se coloca de forma responsiva. O modo como a mudança se dará

¹⁰⁴⁴ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81 (...)”. Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90.

¹⁰⁴⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 118-119.

depende da forma como a legislação de cada país irá regular o processo comunicacional no bojo do processo. Assim, em cada momento discursivo, um novo enunciado se coloca sob a forma de norma jurídica. Mais. Em um mesmo processo, inúmeras normas jurídicas são colocadas e cada uma, acerca do mesmo problema, emite sentidos únicos que podem ser coincidentes ou não. Essa dinâmica de mudança legitima a proposta bakhtiniana como modelo útil para explicar o fenômeno da produção judicial do direito.

CONCLUSÃO

A teoria da cognição utilizada no Brasil toma como fundamento critérios das ciências exatas, amplamente difundidos no século XIX. Essa teoria possui como principal referência a obra de Nicola Framarino dei Malatesta.¹⁰⁴⁶ No Brasil, um dos autores que se predispôs a sistematizar a matéria, no âmbito processual civil, já que a empresa de Malatesta se deu no campo do direito penal, foi Kazuo Watanabe, que pormenorizou suas diversas facetas, sendo considerado um clássico sobre a matéria no direito pátrio, já que serve de referência para os autores que se dedicam a tratar da matéria.¹⁰⁴⁷

Essa teoria, que também é uma técnica para resolução de conflitos,¹⁰⁴⁸ possui a pretensão de explicar o modo como a decisão judicial é produzida nas diversas etapas do *iter* procedimental. A aludida técnica tem por objeto não só as questões processuais, como também as questões de mérito. Como modelo explicativo possui a pretensão de fornecer critérios seguros para a compreensão do fenômeno decisório.

Embora há muito a ciência do direito tenha alterado em diversos aspectos seu modo de analisar o fenômeno jurídico, desligando-se dos cânones das ciências exatas ou naturais oitocentistas, pouco se alterou quando o assunto tem por objeto a questão da produção judicial do direito, que toma o processo como laboratório apto a atestar certezas. Isso fica bem demarcado quando se coloca como coberto pelo manto da coisa julgada material a carga de eficácia declaratória da sentença, como faz, por exemplo, Pontes de Miranda,¹⁰⁴⁹ Ovídio Baptista,¹⁰⁵⁰ Eurico Tullio Liebman,¹⁰⁵¹ Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁵² etc. A aludida declaração, que pode vir a se tornar imutável, no bojo do processo judicial, tem por função

¹⁰⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. *Op. cit.*, p. 143; NUNES, Luiz Antonio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. *Op. cit.*, p. 22-24.

¹⁰⁴⁷ A título de exemplo: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. *Op. cit.*, p. 143; NUNES, Luiz Antonio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. *Op. cit.*, p. 22-24; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. *Op. cit.*, p. 131; MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 21-33. MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 76-77; dentre outros.

¹⁰⁴⁸ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 147.

¹⁰⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. V (arts. 444 a 475). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 154.

¹⁰⁵⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e Coisa Julgada**. 3ª ed., revista e aumentada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 104-106, 110 e 311.

¹⁰⁵¹ LIEBMAN, Eurico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros ensaios sobre a Coisa Julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvidio Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 54 e, principalmente, p. 284.

¹⁰⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 630.

atestar a existência de algo no mundo jurídico. Nesse contexto, a teoria da cognição se coloca como pressuposto para atestar a certeza, máxime pela denominada cognição exauriente.

O grande problema é que parte da doutrina, apesar de adotar posturas que a deslocam das influências racionais do século XIX, no entanto, no campo da produção judicial do direito, permanece sendo seu caudatário, ou seja, faz uma mudança de trezentos e sessenta graus, e após um longo percurso, retorna ao lugar de início, mas deixando a impressão de que, dada a longa jornada, muito se avançou.¹⁰⁵³

No intuito de “desafinar o coro dos contentes”¹⁰⁵⁴, procurou-se testar a doutrina da cognição a partir da contribuição teórica de Mikhail Bakhtin, pensador russo que, com base no enunciado dialógico, propõe uma nova forma de analisar a produção de sentido nos diversos âmbitos do gênero discursivo, centrando força no gênero literário, mas com plena utilidade no campo jurídico, já que este se apresenta também como forma de gênero discursivo.¹⁰⁵⁵

O enunciado, na concepção de Mikhail Bakhtin, se apresenta como unidade concreta da comunicação e se manifesta discursivamente de forma intersubjetiva, porquanto o outro, no discurso, diferentemente da escola estruturalista, não atua apenas passivamente, mas é chamado a participar: concordando, discordando, complementando etc.

Essa atitude do ouvinte, denominada responsividade, é primordial para o estabelecimento do sentido, e tem como palco o enunciado dialógico.¹⁰⁵⁶ Define o aludido teórico russo que é na alternância dos sujeitos que se encontram os contornos dos enunciados concretos. Mas isso tem pertinência com direito? A resposta é sim. Isso se dá porque o direito possui como marca característica a intersubjetividade.¹⁰⁵⁷

No processo judicial, essa relação entre sujeitos, é determinante em face da exigência do contraditório, que é utilizado, até mesmo, para definir o próprio processo, como faz, por exemplo, Elio Fazzalari, que o considera como procedimento com contraditório.¹⁰⁵⁸ Deve-se salientar que a relação, no processo, não se dá apenas no contraditório entre partes, mas também entre elas e o magistrado, já que o fim do processo é emitir uma decisão jurídica apta

¹⁰⁵³ Essa denúncia é feita por Ovídio A. Baptista da Silva, quando critica a doutrina que não reputa mérito à decisão que antecipa a tutela simplesmente pelo fato de ela não ser veiculada na sentença. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Paradigma racionalista e a tutela preventiva. **Processo e ideologia: paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109.

¹⁰⁵⁴ Excerto da canção **Let's play that**, de Torquato Neto e Jards Macalé.

¹⁰⁵⁵ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 263.

¹⁰⁵⁶ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 271.

¹⁰⁵⁷ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. *Op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁵⁸ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8ª ed. Padova: Cedam, 1996, p. 82.

a solucionar o caso.¹⁰⁵⁹ Por essa razão, percebe-se que a proposta bakhtiniana tem plena aplicação para a análise de problemas tipicamente jurídicos, como é caso da produção judicial do direito, que se dá no bojo interacional do enunciado jurídico.

O caminho tomado nesta tese não teve por objetivo substituir a análise da questão da cognição no processo judicial, máxime o mandado de segurança, por outra. Na realidade, como restou demonstrado, o uso do modelo de cientificidade oitocentista, até hoje utilizado pela ciência processual pátria –,¹⁰⁶⁰ já que utiliza a categoria prova como mecanismo para aferir a verdade ou verossimilhança dos fatos trazidos aos autos, competindo ao magistrado promover sua qualificação jurídica, produzindo assim a solução para o caso –, não se coaduna com a mudança que o próprio sistema jurídico preconiza, mediante a possibilidade do uso do recurso, para alterar decisões que, segundo a doutrina testada, venham a possuir cunho exauriente ou não.

Deve-se destacar que há uma nítida contradição entre o modelo de certeza, presente na doutrina da cognição, e a possibilidade de mudança, vista como acidente, máxime no mandado de segurança, cuja cognição na liminar pode adentrar no mérito da causa, ainda que isso não seja o desejado, segundo o pensamento de Ovídio Baptista, adepto do modelo clássico.¹⁰⁶¹

Na presente tese, restou demonstrado, na análise de mandados de segurança – procedimento cuja concessão da liminar tem por fundamento a altíssima probabilidade de confirmação nas demais etapas decisórias –,¹⁰⁶² que as mudanças são tão constantes que lançam às leis do acaso qualquer possibilidade de constância. Por meio da pesquisa empírica, realizada no universo de sessenta processos, apenas 19 feitos tiveram liminar, sentença e acórdão procedentes, sem variação entre as decisões. Por outro lado, dez feitos tiveram liminar, sentença e acórdão improcedentes, sem variação entre as decisões. Somando-se as

¹⁰⁵⁹ BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. E Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 5-12.

¹⁰⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. *Op. cit.*, p. 131; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 269-279; CASTAGNA, Ricardo Alessandro. **Tutela de urgência**. *Op. cit.*, p. 97-110; DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência**. *Op. cit.*, p. 90; FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. *Op. cit.*, p. 80-84; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. V. 1. *Op. cit.*, p. 316-318; GÓES, Ricardo Tinoco. **Efetividade do processo e cognição adequada**. *Op. cit.*, p. 86-89; LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. *Op. cit.*, p. 25-26; MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. *Op. cit.*, p. 21-33; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Temas de direito processual civil**. 8ª série. *Op. cit.*, p. 92; MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 76-77; NUNES, Luiz Antônio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. *Op. cit.*, p. p.33-38; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. *Op. cit.*, p. 298.

¹⁰⁶¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. *Op. cit.*, p. 299.

¹⁰⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 94-95.

duas situações, tem-se que só houve constância em vinte e nove feitos, ou seja, menos da metade dos processos analisados. Nas demais situações, as variações foram inúmeras. Isso quer dizer que o modelo que visa conferir estabilidade ao processo decisório não tem o condão de realizá-lo, tampouco justifica a mudança que pode ocorrer e ficou empiricamente demonstrada entre a sentença e o acórdão. Não dá para conferir objetividade àquilo que se constrói intersubjetivamente. Esse é o problema da concepção rechaçada. Por essa razão a perspectiva de Mikhail Bakhtin se mostra não só atual, mas extremamente útil enquanto modelo de explicação para o problema da cognição judicial.

Como a cognição ultimada pelo magistrado se dirige às questões processuais e às questões de mérito, tem-se que elas se colocam no fluxo comunicacional, logo se insere no contexto enunciativo e se coloca responsivamente.

A atitude responsiva tomada na liminar do mandado de segurança leva em consideração tanto o enunciado prova, como sua articulação na petição inicial. No caso do mandado de segurança coletivo, em que há a exigência de oitiva do representante legal da pessoa jurídica que sofrerá os efeitos de eventual decisão concessória, a atitude responsiva do magistrado também terá de levar em consideração eventual manifestação da ré. A decisão do magistrado, um enunciado, poderá confirmar ou não o pleito.

A confirmação ou não do pleito não se dá porque o magistrado teve raso ou profundo conhecimento sobre a verdade dos fatos, mas porque atribui sentido ao enunciado constituindo os fatos, enquanto articulação linguística, e os reputou aptos a compor o antecedente da norma primária e o antecedente da norma secundária da decisão jurídica. Só! Se procedente a liminar, o juiz emitirá um comando suspendendo a eficácia do ato coator; se improcedente, ele emitirá um comando confirmando, ainda que momentaneamente, a presunção de legitimidade do ato administrativo. Vale reforçar que os antecedentes não são declarados, mas constituídos, como já assentava Hans Kelsen.¹⁰⁶³

Desta feita, o tipo decisório veiculado não é determinado pelo nível de cognição, como leva a crer a doutrina rechaçada, mas pelo gênero discursivo permitido naquele momento do processo decisório. Assim, a mudança no procedimento possibilita mudança na qualificação da decisão, até mesmo transformar em decisão definitiva decisões liminares. Veja-se, por exemplo, o caso da sentença que julga o mérito, nos termos do art. 285-A do

¹⁰⁶³ KELSSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 265 e 266.

CPC,¹⁰⁶⁴ já citado, que pode ser utilizado no mandado de segurança.¹⁰⁶⁵ No caso, não será simples indeferimento da liminar, mas julgamento do mérito.

Ademais, há decisões que fazem coisa julgada utilizando a técnica da distribuição do ônus da prova, que, como visto, é usada justamente quando o fato não se encontra provado ou suficientemente provado, segundo o juízo do magistrado.¹⁰⁶⁶ E aí a pergunta: no caso de julgamento mediante uso da distribuição do ônus da prova, onde está a profundidade da cognição? Simplesmente não há!

Usando a mesma premissa descrita no parágrafo anterior, mas estipulando solução diversa, extinção do processo sem exame do mérito, há a situação de ausência de prova pré-constituída de direito líquido e certo (*rectius*: “fato líquido e certo”).¹⁰⁶⁷ Regra similar aparece no caso de sentença que julga improcedente ação coletiva, por ausência ou insuficiência de prova, nos termos do art. 103, I e II, do CDC.¹⁰⁶⁸

Embora a sentença de mérito e o acórdão respectivo sejam veiculados mediante cognição exauriente, segundo o modelo clássico, percebe-se da exposição feita até agora que isso é uma questão de opção do direito positivo. Na realidade, o que se tem são simplesmente cognições que dão origem a enunciados à espera de uma resposta. Se irão fazer coisa julgada ou não, isso depende do parâmetro legal vigente, ou seja, será determinado pela forma do gênero discursivo.

Outra questão que habilita a concepção de Mikhail Bakhtin para o debate diz respeito às mudanças no fluxo decisório que parte da decisão liminar ao acórdão. Na concepção clássica, a mudança entre liminar e sentença decorre do aprofundamento cognitivo. Isso, entretanto, não explica a mudança da sentença para o acórdão, ambos veiculados mediante cognição exauriente, em que muitas vezes este último restabelece a liminar negada na sentença, tal qual se apresentou, na pesquisa empírica, em três situações. O caso inverso, em

¹⁰⁶⁴ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

¹⁰⁶⁵ MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. p. 84. CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. *Op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Op. cit.*, p. 181.

¹⁰⁶⁷ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. *Op. cit.*, p. 118-119.

¹⁰⁶⁸ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81 (...). Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90.

que a liminar foi concedida, a sentença denegada e o acórdão concedido, ocorreu duas vezes. Se se tomar o caso de inscrição no exame da Ordem, o mosaico fica bem interessante, pois no universo de onze situações, cinco tiveram, apenas em grau de recurso, a denegação da segurança.

Essa mudança não se apresenta como problema na concepção dialógica, já que toda vez que o enunciado se põe, algo novo se coloca. Isso porque a concordância ou o rechaço constitui outro enunciado na cadeia discursiva que se reporta responsivamente a outros enunciados que o antecederam.¹⁰⁶⁹ A mudança assim não é um acidente, mas algo esperado no bojo do enunciado. Muito embora se reporte aos enunciados anteriores, confirmando ou rechaçando, trata-se de algo novo. Isso é perceptível no direito, quando a lei processual, que delimita o gênero discursivo, positiva o efeito substitutivo da decisão proferida em grau de recurso.¹⁰⁷⁰

Outra utilidade da concepção teórica adotada é a superação da etérea discussão acerca dos efeitos fáticos e jurídicos da decisão. Ela é lançada para distinguir o efeito da liminar, que seria fático, do efeito da sentença, que seria jurídico.¹⁰⁷¹ O problema é que a decisão veiculada na decisão liminar e aquela emitida na sentença submetida a recurso sem efeito suspensivo são efetivadas da mesma forma, segundo a prescrição do art. 273, § 3º, do CPC.¹⁰⁷² Distingue-se aquilo que é igual para manter uma teoria que não explica o fenômeno de modo adequado.¹⁰⁷³

Ainda com relação à possibilidade da mudança, afirma-se que a liminar pode ser alterada, enquanto a sentença, só nas hipóteses excepcionais previstas em lei, como no caso de embargos de declaração. Esse argumento não se sustenta, pois a própria exceção indica que, se o legislador quiser, pode instituir outras cláusulas de modificação da decisão pelo próprio emissor da decisão, como ocorre nos termos do art. 285-A, §1º, do CPC.¹⁰⁷⁴

Pode-se argüir: a coisa julgada não é um fechamento na cadeia dialógica? A resposta é não, já que a sua superveniência constitui outro enunciado aberto para novas respostas,

¹⁰⁶⁹ BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. *Op. cit.*, p. 297.

¹⁰⁷⁰ Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.

¹⁰⁷¹ LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. *Op. cit.*, p. 51-52.

¹⁰⁷² Art. 273, § 3.º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. CPC.

¹⁰⁷³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Paradigma racionalista e a tutela preventiva. **Processo e ideologia**: paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109.

¹⁰⁷⁴ Art. 285-A, § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

como a execução definitiva ou a rescisória. Ademais, o enunciado veiculado juridicamente sempre está aberto para compor outros enunciados jurídicos, como no caso da formação de precedentes, ou outros enunciados em outras searas, como o jornalístico, o histórico. Os processos arquivados, objeto desta pesquisa, por exemplo, foram veículos que forneceram novos sentidos não previstos pelos órgãos julgadores. Esta a riqueza do dialogismo, sempre pronto para se reinventar dentro do percurso gerativo do sentido.

Por tal razão, conclui-se esta tese demonstrando a não utilidade da doutrina dos níveis de cognição, já que apegada a pressupostos oitocentistas que não têm relação com a dinâmica dialógica do direito. Ademais se atesta a utilidade da perspectiva dialógica de Mikhail Bakhtin como modelo explicativo para as mudanças cognitivas no bojo do mesmo processo de produção judicial do direito, em especial, no mandado de segurança, como restou demonstrado ao longo da presente tese.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. La tesis de la unica respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento juridico . Trad. Josep Aguiló Regla. *In Doxa*: cuaderno de filosofia del derecho. Nº 8. Alicante: Doxa, 1990.

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo; BULYGIN, Eugenio. **Analisis logico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Contitucionales, 1991.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: parte geral. Vol. I. 9ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2005.

ALVIM, Eduardo Arruda. Contracautela para deferimento de liminar em mandado de segurança. *In* CHIESA, Clélio; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Coords.). **Processo Judicial Tributário**. São Paulo: MP Editora, 2006.

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. Fato e Evento Tributário – Uma Análise Semiótica. *In* **Curso de Especialização em Direito Tributário** – Estudos Analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 4ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos princípios**. 4ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. 4ª ed. Tradução do russo por Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Para uma filosofia do ato responsável**. Trad. Valdemir Miotello e Carlos Alberto Faraco. São Carlos (SP): Pedro & João Editores, 2010.

_____. **Problemas da poética de Dostoievski**. 4ª ed., rev., ampl. Trad. Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e filosofia da linguagem**. Trad. de Michel Lahud & Yara Frateschi Vieira. 12ª ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

_____. **Discurso na vida e discurso na arte:** sobre poética sociológica. Tradução para fins didáticos, por Carlos Alberto Faraco e Cristovão Tezza, p. 13. Capturado na internet no *site* http://www.4shared.com/document/I38lf3q/M_Bakhtin_-_Discurso_na_vida_d.html, em 5.6.2010.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. Mandado de segurança: fundamentos históricos e constitucionais. In FERRAZ, Sérgio (Org.). **Cinquenta anos de mandado de segurança.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

BARROS, Hamilton de Moraes e. **As liminares no mandado de segurança.** Rio de Janeiro: 1963.

_____. Breves considerações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil. **Revista Forense**, nº 246 (abr-jun de 1974). Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BASTOS, Antonio Adonias. **Teoria geral da execução.** Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad em el derecho.** 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BENTHAN, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales.** Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2003.

BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral.** Vol. II. Trad. Marco Antônio Escobar *et all.* Campinas: Pontes, 1989.

BEZERRA, Paulo. Introdução. In BAKTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal.** 4ª ed. Tradução do russo por Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Prefácio: uma obra à prova do tempo. In BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski.** 4ª ed. Trad. Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada.** 57. ed. Trad. Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave Maria, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 1ª reimp. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Polis e Editora Universidade de Brasília, 1990.

BONILHA, Paulo Celso B. **Da prova no processo administrativotributário**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 1997.

BORGES, José Souto Maior. **O Contraditório no Processo Judicial** (Uma Visão Dialética). São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Teoria geral da isenção tributária**. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Da verdade semântica da verdade como desvelamento. *In Anuário do Mestrado em Direito*. Nº 5, 1992, UFPE, CCJUR, FDR. Recife: Editora Universitária (UFPE), 1992.

BRAIT, Beth. Bakhtin e a natureza constitutivamente dialógica da linguagem. *In* BRAIT, Beth (organização). **Bakhtin: dialogismo e construção de sentido**. 2ª ed., rev. Campinas: Editora Unicamp, 2005.

_____. Enunciado/enunciado concreto/enunciação. *In* BRAIT, Beth (org.). **Bakhtin: conceitos-chaves**. 4ª ed., 1ª reimp. São Paulo: Contexto, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1.

BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. E Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. I (do mandado de segurança individual).

_____. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. *In* **Código de Processo Civil, Constituição Federal e Legislação Complementar**. 16ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. T. 3. Trad. Douglas Dias Ferreira. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

_____. La génesis lógica della sentencia civil. *In* **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1945.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: RT, 2001.

_____; HAAS, Adriane; HOFFMANN, Eduardo. Concessão de liminar na nova lei de mandado de segurança. In ALVIN, Eduardo Arruda et al. (coordenadores). **O novo mandado de segurança**: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

CAPELLA, Juan-Ramon. **El derecho como lenguaje**: um análisis lógico. Barcelona: Ariel, 1968.

CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatório). **Rivista di Diritto Processuale**. Ano LVI, n. 1 (gennaio-marzo 2001). Milani: Cedam, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O mandado de segurança coletivo e suas características básicas. **Revista Forense**, nº 316 (out-dez de 1991). Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 2ª ed. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. **Como se faz um processo**. 2ª ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Lider, 2002.

_____. **Direito processual civil e penal: direito e processo**. Vol. 1. Trad. Júlia Jimenes Amador. Campinas: Péritas Editora. 2001.

_____. **Teoria geral do direito**. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos da incidência. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito tributário**: linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. **Tutela de urgência**. São Paulo: RT, 2008.

CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica e Direito Privado Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CASTRO JR., Torquato. Interpretação e Metáfora no Direito. In **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito**. São Paulo: Editora Noeses, 2005.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Theoria das provas**. Atualizada por Pontes de Miranda. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1917.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. 2ª ed., rev., ampl. e atual., de acordo com a Lei nº 12.016/2009. São Paulo: Dialética, 2010.

CAVALCANTI, Arthur José Faveret. **A estrutura lógica do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do mandado de segurança**. 4ª ed., rev., e atual. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. Notas de Enrico Tullio Liebman. Trad. Paolo Capitanio. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 2. Notas de Enrico Tullio Liebman. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CONRADO Paulo Cesar. Liminar em mandado de segurança e compensação tributária. In CHIESA, Clélio; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Coords.). **Processo Judicial Tributário**. São Paulo: MP Editora, 2006.

CORREIA, Marcus Orione G. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSSIO, Carlos. **La teoria egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944.

COSTA MANSO. Voto no MS nº 333/1936. **Revista de Direito Civil, Commercial, Criminal**. Vol. CXXIII (jan-mar). Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1937.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas**: medidas preparatórias – medidas de preparação. 3ª ed. São Paulo: Sugestões literárias, 1966.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de derecho procesal civil**. 4ª ed. Montevideo/Buenos Aires, 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5ª ed., rev., e atual. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa) e processo**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

_____. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. Vol. II. Recife: Nossa Livraria, 2004.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Trad. Érico Maciel. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958.

DIAS, Francisco Barros. Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares. **Revista de Processo**, nº 59, ano 15, jul-set de 1990. São Paulo: RT, 1990.

DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípios sistemático da fungibilidade**. 1ª ed., 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Os direitos fundamentais e a contracautela na nova ação de mandado de segurança. In ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Coord.). In ALVIN, Eduardo Arruda *et al.* (coordenadores). **O novo mandado de segurança: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 1. 12ª ed., Salvador: Podivm, 2010.

_____. Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais. **Revista dos mestrandos em Direito Econômico da UFBA**, nº 8, jan/dez de 2000. Salvador: Curso de Mestrado em Direito da UFBA, 2000.

_____. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. **Gênesis - Revista de Direito Processual**, nº 25 (jul-set/2002). Curitiba: Ed. Genesis, 2002.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2010.

_____; ZANETTI JR., Hermes. O mandado de segurança coletivo e a Lei nº 12.016/2009. In ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Orgs.) **O novo mandado de segurança**: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009. BeloHorizonte: Editora Forum, 2010.

_____; *et al.* **Curso de direito processual civil: Execução**. Vol. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual**. Vol. III. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A reforma do código de processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DIREITO, Carlos Alberto. **Manual do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3ª ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FAÏTA, Daniel. A noção de “gênero discursivo”. In BRAIT, Beth (org.). **Bakhtin**: dialogismo e construção de sentido. 2ª ed., rev. Campinas: Editora Unicamp, 2005.

FARACO, Carlos Alberto. **Linguagem e diálogo**: as ideias linguísticas do Círculo de Bakhtin. São Paulo: Parábola, 2009.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8ª ed. Padova: Cedam, 1996.

FERNDANDES, Antonio Scarance. **Prejudicialidade**: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais. São Paulo: RT, 1988

FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**: (individual e coletivo). Aspectos polêmicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria e prática do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1985.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. A liminar no mandado de segurança. In MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord). **Curso de mandado de segurança**. São Paulo: RT, 1986.

FIORIN, José Luiz Fiorin. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. São Paulo: Ática, 2006.

_____. **As astúcias da enunciação**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1999.

_____. Enunciação e Construção de Sentido. In **Aulas de português** –perspectivas inovadoras. (Org. André Valente). Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. Polifonia textual e discursiva. In BARROS, Diana Luz Pessoa; FIORIN, José Luiz (orgs.). **Dialogismo, polifonia, intertextualidade: em torno de Bakhtin**. 2ª ed., 1ª reimp. São Paulo: Edusp, 2003.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: RT, 2009.

FLORES, Valdir do Nascimento; BARBISAN, Leci Borges; FINATTO, Maria José Bocorny; TEIXEIRA, Marlene. **Dicionário de linguística da enunciação**. São Paulo: Contexto, 2009.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Da liminar no mandado de segurança. **Revista de Processo**. Nº 57, ano 15 (jan-mar de 1990). São Paulo: RT, 1990.

FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. **Recurso especial**: questão de fato/questão de direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Machado e Eduardo Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Graal, 2008.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Preliminares, prejudiciais e mérito da causa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4145>. Acesso em: 12 jan. 2011.

GANUZAS, Francisco Javier Ezpiaga. **“Iura novit cúria” y aplicación judicial del derecho**. Valladolid: Editorial Lex nova, 2000.

GARCIA, André Almeida. **Prova civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova** (contributo alla logica giuridica). Milano: Giuffrè, 1971.

GÓES, Ricardo Tinoco. **Efetividade do processo e cognição adequada**. São Paulo: MP Editora, 2008.

GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

GREIMAS, A. J.; COUTÉS, J. **Dicionário de semiótica**. Trad. Vários tradutores. São Paulo: Contexto, 2008.

GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. **Derecho procesal civil**: introducción, parte geral y procesos declarativos ordinários. T. I. 6ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. As liminares na reforma do CPC. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Liminares**. São Paulo: RT, 1995.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

HOFFMANN, Susy Gomes. **Teoria da prova no direito tributário**. São Paulo: Copla editora, 1999.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª ed., rev. e ampl. 36ª reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

HOMERO. **A Ilíada**. Trad. Cascais Franco. 2ª ed. Sintra: Publicações Europa-América, 1988.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006.

JOZEF, Bella. O espaço da paródia, o problema da intertextualidade e a carnavalização. **Revista Tempo Brasileiro**: Sobre a paródia. Nº 62, julho-setembro de 1980.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru (SP): Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florêncio Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KRELL, Andreas Joachim. **Discrecionalidade Administrativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KRISTEVA, Júlia. **Introdução à semanálise**. 2ª ed. Trad. Lúcia Helena França Ferraz. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Vol. 2. Tocantins: Intelectos, 2003.

_____. **Processo de execução**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2007.

IRTI, Natalino. Dubbio e decisione. **Rivista di Diritto Processuale**. Ano LVI, n. 1 (gennaio-marzo 2001). Milani: Cedam, 2001.

MACEDO, Ronaldo Porto. Prova dos atos jurídicos. **Revista de Processo**. Nº 16, ano 4, outubro de 1979. São Paulo: RT, 1979.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**: de acordo como a Lei nº 12.016/09. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MACHADO, Irene A. **O romance e a voz**: a prosaica dialógica de M. Bakhtin. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

_____. Os gêneros e a ciência dialógica do texto. In FARACO, Carlos Alberto; TEZZA, Cristovão; CASTRO, Gilberto de. (Organizadores). **Diálogos com Bakhtin**. Curitiba: Editora UFPR, 2007.

_____. Os gêneros e o corpo de acabamento estético. In BRAIT, Beth (organização). **Bakhtin**: dialogismo e construção do sentido. 2ª ed., rev., Campinas: Editora Unicamp, 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre autoridade coatora no mandado de segurança. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 3ª ed., rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **A tutela antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: RT, 1995.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: RT, 1994.

_____. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 3ª ed., rev., atual. São Paulo: 2003.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed., rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2006.

MARINS, Graciela Iurk. **Produção antecipada de provas**. São Paulo: RT, 2004.

MARINS, James. Proteção dos direitos fundamentais e o paradoxo da contracautelaridade no mandado de segurança. In ALVIN, Eduardo Arruda et al. (coordenadores). **O novo mandado de segurança**: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo. 4ª ed. São Paulo: 1976.

MARTINS, Cristiano Zanin. A legitimidade passiva no mandado de segurança à luz da nova legislação de regência e seus reflexos no processamento da ação. In ALVIM, Eduardo Arruda et al. (Coord.). **O novo mandado de segurança**: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição de 1946**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1948, vol. III.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Logica del juicio jurídico**. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1955.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 23ª ed., atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba**: los grandes temas del derecho probatório. Buenos Aires, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 17ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004

_____. O ato coator. In MELLO, Celso Antônio Bandeira. (Org.) **Curso de mandado de segurança**. São Paulo: RT, 1986.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Contribuição à teoria do fato jurídico**. 2ª ed. Maceió: Edufal, 1982, p. 20.

_____. Contribuição ao Estudo da Incidência da Norma Jurídica Tributária. In BORGES, José Souto Maior. (Coord.) **Direito tributário moderno**. São Paulo: Editora José Bushatsky Ltda., 1977.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003

_____. **Um sistema de aprendizagem do conceito de fato jurídico**. Maceió: Edufal, 1981, p. 15.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MESQUITA, Ignácio Botelho de. O mandado de segurança. **Revista de processo**. São Paulo: RT, nº 66.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Trad. Hebert Wüntzel Heirich. 2ª tir. Campinas: Bookseller, 2007.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. Nº 81, ano 21 (jan-mar de 1996). São Paulo: RT, 1996.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In **Temas de direito processual: segunda série**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V (art. 476 a 565 do CPC).

_____. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, nº 35, ano 9, jul-set de 1984. São Paulo: RT, 1984.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 18ª ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Temas de direito processual civil**. 8ª série. Saraiva, 2004.

MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de Filosofia**: Lições Preliminares. Tradução de Guillermo de la Cruz Conrado. 8ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. 2ª ed., 2ª tir., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. A denegação de segurança e a nova Lei nº 12.016/2009: reflexões necessárias. In ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Coord.). **O novo mandado de segurança**: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

NERY JR. Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6ª ed., atual., ampl. e reformulada. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. 1ª ed., reimp. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, vol. 1º.

_____. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

_____. Castanheira. **Questão-de-facto – questão-de direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, Celso. Binômio, trinômio ou quadrinômio? **Revista dos Tribunais**, vol. 517. São Paulo: RT, 1978.

NEVES, Fernando C. Queiroz. “Mandado de segurança preventivo”. In ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* **O novo mandado de segurança**: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Fundamentos do dever tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. 7ª ed. Atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Coord.) **Teoria geral do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

NUNES, Luiz Antônio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil**. 2ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Método, 2002.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 2ª ed., rev. e atual. São: RT, 1991.

PASSOS, J. J. Calmon. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. III. (arts. 270 a 331). 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PERELMAN, Chäim. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINTO FERREIRA, Luís. **Teoria e prática do mandado de segurança**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

PLATÃO. **A República**: Livro VII. Coleção **Os Pensadores**. Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol I (arts. 1-36). Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor – Distribuidora Livraria Boffoni, 1947.

_____. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969**. Tomo I. 2ª ed. Revista, 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1973.

_____. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969**. T. V (arts. 153, §2º - 159). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol. III (arts. 129-144). Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. IV. Atualizada por Sérgio Bermudes. 3ª ed., revista e aumentada. São Paulo: Forense, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Atualizada por Sérgio Bermudes. T. V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. Incidência e Aplicação da Lei. **Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco**. Ano 01, nº 01, 1956.

_____. **Introdução à Política Científica**. Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1983.

_____. **Introdução à sociologia geral**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. **O Problema Fundamental do Conhecimento**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. VILANOVA, Lourival. A Teoria do Direito em Pontes de Miranda. *In Escritos Jurídicos e Filosóficos*, vol. 1. São Paulo: Axis Mundi/IBET, 2003.

_____. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. T. II. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Sistema de ciência positiva do direito**. T. I. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Tratado de direito privado**. T. II.. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1983.

_____. **Tratado de direito privado**. T. I. 4ª ed., 2ª tir. São Paulo: RT, 1983.

_____. **Tratado de Direito Privado**. T. IV. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983.

PONZIO, Augusto. **A revolução bakhtiniana: o pensamento de Bakhtin e a ideologia contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2008.

POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo: uma abordagem revolucionária**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Sujeição Passiva Tributária**. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A liminar no mandado de segurança. In TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**: Estudos em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROCHA, José de Moura. **Do julgamento *extra petita***. Recife, 1958.

_____. **Mandado de Segurança**: a defesa dos direitos individuais. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1987.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. 2ª ed. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

SALMORÁN, Rolando Tomayo. Interpretación Constitucional: La Falacia de la Interpretación Cualitativa. In VÁZQUEZ, Rodolfo (Compilador). **Interpretación Jurídica y Decisión Judicial** 3ª. ed. México: Fontamara, 2002.

SAMPAIO JR. José Herval. Particularidade das medidas liminares após a nova lei do mandado de segurança. In ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Orgs.) **O novo mandado de segurança**: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009. BeloHorizonte: Editora Forum, 2010.

SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SANTO AGOSTINHO. **Solilóquios**. Trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulinas, 1993.

SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol. I. 2ª ed., correta, e atual. São Paulo: Max Limonad, 1952.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol. IV. 2ª ed., correta e atual. São Paulo, Max Limonad, 1952.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 25ª ed. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1999.

SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. 3ª ed., rev., amp. São Paulo: RT, 1969.

SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. **A antecipação de tutela nos processos declaratórios**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

SILVA, Artur Stamford. **A decisão judicial**: dogmatismo e empirismo. 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. .Da legalidade à decisão ilimitada. A construção semântica social da videoconferência no direito penal brasileiro. Sobre o lugar da incompletude consistente no direito. In BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; Adeodato, João Maurício. (Coord.) **Princípio da legalidade:** da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Carlos Martinez. **Tratado de pruebas judiciales.** Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 10ª ed., revista, São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3ª ed., rev., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil:** execução obrigacional, execução real e ações mandamentais. Vol II. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

_____. **Curso de direito processual civil:** processo cautelar (tutela de urgência). Vol. II. 4ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. In **Sentença e coisa julgada:** ensaios. 3ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. **Jurisdição, direito material e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Curso de direito processual civil:** processo de conhecimento. Vol. I. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

_____. Paradigma racionalista e a tutela preventiva. **Processo e ideologia:** paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVEIRA, Maria Inez Matoso. **Análise de gênero textual:** concepção sócio-retórica. Maceió: Edufal, 2005.

SÓFOCLES. Édipo Rei. In **Trilogia Tebana.** Tradução do grego por Mário da Gama Kury. 8ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

SOUZA, Geraldo Tadeu. **Introdução à teoria do enunciado concreto:** do Círculo Bakhtin/Volochinov/Medvedev. 2ª ed. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2002.

STAM, Robert. **Bakhtin**: da teoria literária à cultura de massa. Trad. Heloisa Jahm. São Paulo: Ática, 1992.

TARUFFO, Michele. **La semplice verità**: il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Laterza, 2009.

_____. **La prova dei fatti giuridici**. Milano, Giuffrè, 1992.

_____. Il fatto e l'interpretazione. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 26, n. 2: 195-208, jul./dez. 2010.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 15ª ed., rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía del derecho**. 14ª ed. Mexico: Porrúa, 1998.

TEZZA, Cristovão. **Bakhtin e o formalismo russo**: entre a prosa e a poesia. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

THEODORO JR. Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.

TORRES, Anamaria Campos. Devido processo legal e natureza da prova. In BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; Adeodato, João Maurício. (Coord.) **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Natureza da prova: da verdade, da certeza, da convicção, da probabilidade. Do convencimento judicial – o atual sistema do livre convencimento. In. SILVA, Ivan Luiz da; CARDOZO, Teodomiro Noronha; HIRECHE, Gamil Föppel el. **Ciências criminais no século XXI**: Estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito de Recife. Recife: Editora Universitária UFPE, 2007.

TUGENDHAT, Ernst; WOLF, Ursula. **Propedêutica lógico-semântica**. Trad. Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. Petrópolis: Vozes, 1996.

VELLOSO, Carlos Mário. Direito líquido e certo. Decadência. In FERRAZ, Sérgio (Org.). **Cinquenta anos de mandado de segurança**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liminares: alguns aspectos polêmicos*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Liminares**. São Paulo: RT, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Leonel Severo Rocha (Colaborador). 2ª ed. Aumentada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª. ed., atual. Campinas: Bookseller/CEBEPEJ, 2000.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. 1ª ed., 1ª reimp. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuas e Juan Igartua Salavería. México: Fontamara, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.