

# **II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I**

**CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA**

**ILTON GARCIA DA COSTA**

**ALEXANDER PERAZO NUNES DE CARVALHO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

#### **Representante Discente - FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriitiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

---

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alexander Perazo Nunes de Carvalho; César Augusto de Castro Fiuza; Ilton Garcia Da Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-247-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

---

#### **Apresentação**

Coube a nós, Alexander Perazo, César Fiuza e Ilton Garcia da Costa, coordenar o GT de Direito Civil Contemporâneo I. Longe de ser um fardo, a tarefa foi das mais prazerosas e enriquecedoras. Tantos trabalhos de excelência como pouco se vê.

O Direito Civil é o Direito do cidadão; é o Direito mais rico de normas, talvez por regular o fenômeno social nas suas minúcias. As pessoas e os grupos interagem, a todo momento, na busca de seus objetivos. E esta interação é percebida de três formas: enquanto cooperação, enquanto competição e enquanto conflito.

Na cooperação, as pessoas buscam o mesmo objetivo, conjugando seus esforços. A interação se manifesta direta e positivamente.

Em relação à interação social por cooperação, de grande importância foi a tese de Duguit, chamada solidarismo social. Baseou-se na famosa divisão de Durkheim das formas de solidariedade social: mecânica e orgânica. Resolveu ele denominar a solidariedade mecânica de solidariedade por semelhança e a orgânica de solidariedade por divisão do trabalho. A solidariedade por semelhança se caracteriza pelo fato de todos os indivíduos de um grupo social conjugarem seus esforços em um mesmo trabalho. Na solidariedade por divisão do trabalho, a atividade global é dividida em tarefas. Se formos construir uma casa, podemos nos reunir em grupo e todos fazermos o mesmo trabalho. Mas também podemos dividir o processo de construção em tarefas, incumbindo cada pessoa de uma delas.

Para Duguit, o Direito se revelaria como o agente capaz de garantir a solidariedade social, sendo a lei legítima apenas quando a promovesse. A segunda forma de interação é a competição.

Nela, haverá disputa, em que uns procurarão excluir os outros. A interação é indireta e, quase sempre, positiva. Aqui, o Direito entra disciplinando a competição, estabelecendo limites necessários ao equilíbrio e à justiça.

Finalmente, a terceira forma de interação é o conflito. Haverá impasse que não se resolveu pelo diálogo, e as pessoas recorrem à agressão, ou buscam a mediação da Justiça. Os conflitos são imanentes à sociedade. Dizia Heráclito que “se ajusta apenas o que se opõe; a

discórdia é a lei de todo porvir”. Em relação ao conflito, o Direito opera por dois lados: primeiramente, prevenindo; de outro lado, solucionando. Obviamente, nesses aspectos, a importância do Estado é crucial.

No Estado Democrático, as funções típicas e indelegáveis do Estado são exercidas por indivíduos eleitos pelo povo, de acordo com regras preestabelecidas.

Por Estado de Direito entenda-se aquele em que vigore o império da Lei. Essa expressão contém alguns significados: i) nesse tipo de estado, as leis são criadas pelo próprio Estado, por meio de seus representantes politicamente constituídos; ii) uma vez que o Estado tenha criado as leis e estas passem a ser eficazes, o próprio Estado fica adstrito ao seu cumprimento; iii) no Estado de Direito, o poder estatal é limitado pela Lei, não sendo absoluto, e o controle desta limitação ocorre por intermédio do acesso de todos ao Poder Judiciário, que deve possuir autoridade e autonomia para garantir que as leis existentes cumpram o seu papel.

Outro aspecto da expressão “Estado de Direito” refere-se ao tipo de Direito que exercerá o papel de limitar o exercício do poder estatal. No Estado Democrático de Direito, apenas o Direito Positivo poderá limitar a ação estatal, e somente ele poderá ser invocado nos tribunais para garantir o império da lei. Todas as outras fontes de direito, como os costumes, ficam excluídas, a não ser que o próprio Direito Positivo lhes atribua eficácia.

Nesse contexto, destaca-se o papel exercido pela Constituição, com suas garantias fundamentais. Nela delineiam-se os limites e o *modus exercendi* do poder estatal. Nela baseia-se o restante do ordenamento jurídico, isto é, do conjunto de leis que regem a sociedade.

A propriedade e a autonomia da vontade deixaram de ser o epicentro das relações jurídicas privadas. Seu lugar tomou a dignidade humana, a promoção do ser humano. Surgiram o Código do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, as leis sobre união estável.

A jurisprudência e a doutrina (aquela menos, esta mais) deram início à tarefa da releitura constitucional do Código Civil, adaptando-o ao novo momento histórico. Falava-se em constitucionalização do Direito Civil. Hoje, por Direito Civil contemporâneo, há uma forte tendência de desconstitucionalização; não por não ter a Constituição importância, mas por estarem as normas constitucionais já inseridas no amplo espectro do Direito Civil.

O Grupo de Trabalho trilhou bastante bem essa senda, com trabalhos de altíssimo nível, merecedores de muitos encômios. Vale, assim, a leitura do material, que disponibilizado pelo CONPEDI.

Desejamos boa leitura a todos, em especial aos estudiosos do assunto.

César Augusto de Castro Fiuza - UFMG / FUMEC

Ilton Garcia da Costa - UENP

Alexander Perazo Nunes de Carvalho - Unichristus

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**CIÊNCIA NORMATIVA DO DIREITO, FATO E FATO JURÍDICO. ESTUDO EM  
HOMENAGEM AO PROFESSOR JOÃO BAPTISTA VILLELA**  
**NORMATIVE SCIENCE OF LAW, FACT AND LEGAL FACT. STUDY IN TRIBUTE  
TO TEACHER JOÃO BAPTISTA VILLELA**

**Ricardo Adriano Massara Brasileiro <sup>1</sup>**

**Resumo**

O presente trabalho pretende responder dois questionamentos: A ciência do direito poderia ser entendida como uma ciência dos fenômenos? Fato e fato jurídico são categorias ontologicamente distintas ou dizem respeito a uma mesma fenomenalidade? As questões investigadas decorrem da leitura e da análise de um importante texto de um reconhecido civilista que se quer aqui homenagear. O trabalho se valerá, como método, do cotejo do texto do jurista homenageado com obras de filosofia do direito e metódica jurídica de recorte mais normativista. Concluirá com respostas negativas às duas questões apresentadas.

**Palavras-chave:** Ciência normativa do direito, Ciência dos fenômenos, Fato, Fato jurídico

**Abstract/Resumen/Résumé**

The present work intends to answer the following two questions: Could the science of law be understood as a science of phenomena? Are fact and legal fact ontologically distinct categories or do they concern the same phenomenality? The questions investigated derive from the reading and analysis of an important text by a well-known civilist to be honored here. The paper will use, as method, the collation of the text of the jurist honored with works of philosophy of law and legal method of more normative clipping. It will conclude with negative answers to the two questions presented.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Normative science of law, Science of phenomena, Fact, Legal fact

---

<sup>1</sup> Professor do PPGD da Faculdade de Direito Milton Campos, Doutor e Mestre em Direito pela UFMG, Procurador do Estado de Minas Gerais, Advogado.

## 1. Introdução

A ciência do direito, por tratar de normas, que eventualmente incorporam fatos no antecedente da sua estrutura, poderia ser entendida como uma ciência dos fenômenos ou do acontecer? Fato e fato jurídico são categorias ontologicamente distintas ou dizem respeito a uma mesma fenomenalidade?

As questões investigadas no presente estudo decorrem da leitura e da análise de um importante texto de um reconhecido civilista que se quer aqui homenagear, apresentando-lhe alguns contrapontos.

O texto em questão, que influenciou toda uma geração de estudiosos, intitula-se “Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual”<sup>1</sup>, da lavra de JOÃO BAPTISTA VILLELA, e Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Pelo título do texto, já é possível antever alguns dos seus méritos, dado que o esforço pela precisão conceitual é coisa muitas vezes rara no universo do Direito, em que noções vagas, imprecisas ou mesmo contraditórias são utilizadas, porque mais facilmente manipuladas para os fins da ocasião. Isso, também já se sabendo, milenarmente, que mesmo definições precisas são igualmente perigosas, pois é raro que não possam ser subvertidas (*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.* JALOVENO, D. 50, 17, 202).<sup>2</sup>

O presente texto se valerá, como método, do cotejo do texto do civilista mineiro com obras de filosofia do direito e metódica jurídica de recorte mais normativista, em sua maioria. Tal perspectiva jusfilosófica é a que se adotará em razão de ser ela própria a pressuposta pela abordagem do autor homenageado que, no entanto, aparentemente, não as conduziu às derradeiras consequências.

## 2. Villela e o Direito como uma ciência de fenômenos

Sob o título acima, VILLELLA inaugura seu texto sublinhando que tratar o Direito como “uma ciência do comportamento, embora seja verdadeiro, não é, em rigor, suficientemente extenso para alcançar os limites mais remotos da sua identidade epistemológica”, dado que, “nem sempre [...] a ordem jurídica reclama ações humanas, vale dizer, condutas ou comportamentos, para que se ponha em movimento”. E continua:

---

<sup>1</sup> In: DIAS, 1982, p. 251-266.

<sup>2</sup> JUSTINIAN, 2019.

Consequências juridicamente significativas podem decorrer de fenômenos inconscientes ou involuntários. [...] O raio que tira a vida do cavalo e libera o comodatário do dever de o restituir; o rio que, abandonando o álveo, faz crescer, só por isso, a propriedade dos ribeirinhos; o desprender-se do fruto, que determina a sua aquisição pelo proprietário do solo em que cai etc. São, todos, acontecimentos que produzem [...] mutações de caráter jurídico [a saber, segundo o autor, criação, conservação, modificação, transferência ou extinção de direitos], qualquer que seja a vontade das pessoas em cada caso envolvidas, e mesmo independentemente de qualquer atividade que tenham desempenhado ou de que se tenham omitido.

Com base nessas reflexões, VILLELA conclui que “com maior poder de abrangência dir-se-á, pois, que o Direito é uma ciência dos fenômenos ou do acontecer”, tanto como o são a Física, a Química e a Biologia. [Esta, a primeira questão a ser enfrentada no presente texto.] Ressalta ainda que, a despeito da correção dessa última proposição, ela não é totalmente exata para a diferenciação das ciências jurídicas, pois outras ciências, inclusive não humanas, como as acima apontadas, também são ciência dos fenômenos. Mas sublinha que o que se perde em precisão quantitativa, ganha-se em propriedade qualitativa, dado que, com a categorização que ele sugere, não seriam aprioristicamente e de forma indébita excluídas do fenômeno jurídico determinadas situações.<sup>3</sup>

Pretendendo apresentar fundamentos para uma tipologia dos fatos jurídicos, VILLELA ressalta que, a despeito de o Direito ser uma ciência de fenômenos, “a fenomenidade, ela própria, não é uma categoria jurídica”, que “a intervenção do Direito dá-se [...] a partir do preciso instante em que os fatos deixam de lhe ser indiferentes.”

VILLELA assim continua:

Nos exemplos antes indicados, não é o Direito que define a morte por caso fortuito, o abandono do álveo, a queda do fruto. Mas ao atribuir-lhes relevância jurídica, trá-los para os seus domínios e lhes impões um regime, em função do qual passam a produzir consequências típicas. O encontro do Direito com os fatos verifica-se, portanto, não no momento em que estes ocorrem, senão já antes, quando aquele lhes infunde potencialidade jusgenética.

Logo, o *fato* e o *fato jurídico* não são categorias ontológicas distintas [são, então, para o autor, a mesma categoria ontológica – e aqui, a segunda questão a

---

<sup>3</sup> Todo o conteúdo exposto até o momento é extraído de VILLELA, 1982, p. 255.

ser enfrentada pelo presente estudo], mas atitudes axiologicamente diversas diante da mesma fenomenidade. Assim, de novo, o desprender-se do fruto, que pode produzir a aquisição do seu domínio, quando o solo da árvore e o da queda são de proprietários diferentes, não levará a nenhuma consequência juridicamente relevante na hipótese contrária, isto é, naquela em que os solos sejam do mesmo proprietário. No primeiro caso, o fato é jurídico. No segundo, não. Visto como fenômeno, contudo, não ha diferenças a assinalar. O que houve foram avaliações diversas a que ficou submetido, por força de uma circunstância que, de resto, não é fenomênica, mas puramente jurídica: a titularidade do domínio dos solos. O de que o fruto proveio e o daquele sobre que caiu. Do mesmo modo o abandono de álveo, que, no primeiro exemplo, faz surgir novos direitos dominicais em favor dos ribeirinhos, será absolutamente destituído de consequências jurídicas, se o desvio de curso, que deixa descoberta a superfície, ocorre no interior de uma única propriedade.

Sintetizando: a juridicidade não é um atributo intrínseco à materialidade dos fatos, mas uma propriedade que o Direito lhes acrescenta, com base em puras razões de conveniência ou oportunidade. Logo é equivocado pretender-se fundar uma tipologia dos fatos jurídicos a partir de uma angulação estática. Não há fatos jurídicos *a priori*. É no dinamismo da sua apropriação axiológica que os fatos adquirem ou não o atributo, eminentemente extrínseco, de serem jurídicos.<sup>4</sup>

Ainda em busca de precisão conceitual, VILLELA sequencia seu texto com uma tipologia dos fatos jurídicos, destrinchando, entre outros assuntos: (1) os fatos essencialmente jurídicos (necessariamente portadores da propriedade de serem afetados pelo Direito, “por força ainda de uma determinação *ab extrinseco*”, como nascimento, morte, privação de faculdades de entendimento, que “sempre produzem consequências juridicamente relevantes”) de fatos eventualmente jurídicos (somente jurídicos “sob determinadas circunstâncias”); (2) no seio dos fatos essencialmente jurídicos, os fatos jurídicos voluntários, atos exclusivamente humanos, dos fatos jurídicos involuntários (provenientes de “atividades materialmente desempenhadas pelo homem, mas sem concurso da vontade”, de modo a poderem ser “categorialmente assimilados a outro qualquer fato do mundo físico”, ou a fatos

---

<sup>4</sup> VILLELA, 1982, p. 256.

da natureza. Assim, o ato de um demente equivaler a um ato da força bruta)<sup>5</sup>; (3) dentre os atos jurídicos, os atos lícitos dos ilícitos. Aqui, o autor apresenta a questão da juridicidade do ato ilícito, ressaltando que o então tradicional debate girava em torno de qual o critério para a juridicidade: ou antes o da relevância para o direito ou antes o da conformidade ao direito.<sup>6</sup>

### 3. *Sed contra*: primeira aproximação crítica

A pretensão de discutir um texto após quase quarenta anos, após múltiplas aquisições e/ou consolidações da hermenêutica, da metódica e da ciência jurídicas, somente revelam a importância do texto e do seu autor para quem o revisita e para as novas gerações.

De toda sorte, desde já, pode ser-lhe apontado um reparo que, em sua aparente singeleza, sintetiza um ponto de unidade pressuposto para a resposta comum aos dois questionamentos que o presente texto pretende fornecer. Siga-se com a evidenciação de uma ligeira contradição que pode ser vista na categorização que VILLELA faz dos fatos essencialmente jurídicos.

Para o autor, esses fatos são aqueles “necessariamente portadores da propriedade de serem afetados pelo direito”, “por força ainda de uma determinação *ab extrinseco*”, dado que “sempre produzem consequências juridicamente relevantes”, como “o nascimento, a morte, a privação da faculdade de entendimento etc.”

Ora, segundo o próprio texto não é o Direito mesmo que, por razões de pura conveniência e oportunidade, elege o que juridicamente relevante?

Sim, nisso o texto é literal e expresso. Mas a compreensão de que a essência, o fundo do ser de algo, sua substância, sua quididade, possam ser determinados *ab extrinseco*, isso parece contrário, ao menos, às mais tradicionais noções de essencialismo.<sup>7</sup> Pelo conjunto do exposto, a questão pode parecer, à primeira vista, resumir-se a uma má escolha vocabular. No entanto, numa análise mais detida, a questão revela a existência de alguma tateio, alguma indefinição, alguma oscilação de critérios que permeia o texto e deriva implicações para as duas asserções que o autor apresentou que serão aqui escrutinadas.

Veja-se que, no sentido inverso, também é impróprio sustentar que determinados fenômenos “naturais”, como “o nascimento, a morte, a privação da faculdade de

---

<sup>5</sup> Apoiado em DE RUGGIERO. *Istituzioni di diritto civile*. 7 ed. Messina. G. Pincipato, 1934, v. 1, p. 226.

<sup>6</sup> VILLELA, 1982, p. 257-259.

<sup>7</sup> A propósito: LALANDE, 1999, p. 338-339; ABBAGNANO, 2000, p. 358-362; FERRATER MORA, 2005, p. 896-902; SOSA, 1995, p. 250-251.

entendimento etc.”, “sempre produzem consequências juridicamente relevantes”. Se o nascimento ou a morte de um escravo, por exemplo, nas legislações históricas que o admitiam, significavam o acréscimo ou o decréscimo patrimonial do seu dono, qual a relevância jurídica, qual a consequência juridicamente significativa da perda da faculdade de entendimento de algo que já era tratado como coisa? E qual a consequência juridicamente relevante para o nascimento ou a morte de um potencial escravo em estado de liberdade, previamente a uma eventual captura? Outra questão que parece relevante: qual a extensão do etc. apresentado por VILLELA no seu texto na exemplificação dos fatos que sempre produzem consequências juridicamente relevantes? O autor, a despeito de afirmar que é o direito que elege aquilo que juridicamente relevante, parece aqui, de modo contraditório, dobrar-se a um entendimento que produz a submissão do direito à natureza ou a qualquer outro sistema de inteligência dos fatos ditos naturais. Em outra passagem, essa contradição igualmente se revela: “Nos exemplos antes indicados, não é o Direito que define a morte por caso fortuito, o abandono do álveo, a queda do fruto.” Ou seja, as definições desses dados viria de fora do Direito que a elas se deveria dobrar.

Não é desse modo que as coisas se dão, no entanto. Isso é o que se verá a partir de agora, de modo integrado com a análise das duas questões que o texto se predispôs a enfrentar: O direito realmente se equipara a uma ciência dos acontecimentos, como a química, a física e a biologia? Fato e fato jurídico são categorias ontologicamente distintas ou dizem respeito a uma mesma fenomenalidade?

#### **4. Resposta à primeira questão: Direito e natureza. Ciências causais e ciências normativas**

Direito e natureza. Curiosamente, esse é o título do primeiro capítulo<sup>8</sup> de uma das mais importantes obras da filosofia jurídica do século XX. É a partir dessa perspectiva que KELSEN introduz sua *Teoria Pura do Direito*, erigindo como princípio metodológico fundamental a libertação da teoria do direito de todos os elementos que lhe são estranhos. Não tanto das ciências naturais, mas da psicologia, da sociologia, da ética e da teoria política, ciências com as quais a ciência jurídica havia sido confundida pela teoria jurídica tradicional no transcurso dos séculos XIX e XX.<sup>9</sup>

KELSEN não nega que ao menos uma parcela do ser do Direito parece assentar-se no domínio da natureza ou ter uma existência inteiramente natural. A própria sociedade, o

---

<sup>8</sup> Devo essa lembrança ao amigo Professor Júlio Aguiar de Oliveira.

<sup>9</sup> KELSEN, 1999, p. 1-2.

concreto e efetivo convívio entre os homens, podem ser compreendidos como componentes da vida em geral e da natureza. E em qualquer dos fatos que se classificam como jurídicos ou que se conectam com o Direito podem-se distinguir dois elementos: tanto (1) um evento [o autor trata exclusivamente de atos] sensorialmente perceptível, que se realiza no espaço e no tempo e se sujeita às leis da causalidade, como (2) sua significação jurídica, que não pode ser percebida por meio dos sentidos, mas que é atribuída ou imputada ao evento por uma norma considerada válida que, como esquema interpretativo, empresta-lhe significação jurídica, conforme estabelecido pela autoridade jurídica.<sup>10</sup>

O jusfilósofo entende que o objeto da ciência jurídica são as normas jurídicas, de modo que a conduta humana [e igualmente os eventos da natureza] só se constitui em objeto da ciência jurídica na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas, seja como pressuposto ou consequência de normas jurídicas.<sup>11</sup>

Dessa perspectiva kelseniana, portanto, a ciência do direito somente poderia também eventualmente qualificar-se como uma ciência fenomênica, de eventos inconscientes e involuntários, tal como a enquadrou VILLELA, na medida em que tais fenômenos comparecessem como pressupostos de normas jurídicas, sendo certo que tais fenômenos jamais poderiam comparecer como consequentes de normas jurídicas, não podendo figurar como espécie de dever-ser.

A perspectiva de KELSEN, no entanto, não se resume ao apontado, dado que o jusfilósofo esclarece que esse pressuposto da norma jurídica, que essa conduta humana – ou esse evento da natureza, acrescente-se – somente seria apreendido pela ciência do direito de modo jurídico, ou seja, somente a partir do ponto de vista próprio do Direito, tal como determinado através de uma norma jurídica.<sup>12</sup> Esse ponto, no entanto, que, *prima facie*, parece confirmar o perspectivismo de VILLELA quanto à segunda questão, será melhor explorado no tópico seguinte, quando a segunda questão será enfrentada. No entanto, desde já pode-se reforçar que para o jusfilósofo a apreensão de algo do ponto de vista próprio do direito significa precisamente a apreensão desse algo tal como determinado através de uma norma jurídica.

Retornando à primeira questão, pode-se observar, no entanto, que, para o jusfilósofo, as ciências jurídicas não se assimilam às ciências naturais, em razão de serem regidas por

---

<sup>10</sup> KELSEN, 1999, p. 2-5 e p. 86-91.

<sup>11</sup> KELSEN, 1999, p. 79.

<sup>12</sup> KELSEN, 1999, p. 79.

princípios distintos. As ciências naturais são modalidades de ciências causais, regidas pelo princípio da causalidade, que estruturam seus enunciados sobre seu objeto segundo uma relação de causa e efeito, que independe da vontade humana, tal como a relação entre o aquecimento do metal e sua respectiva dilatação. A própria natureza é concebida pelas ciências naturais de modo mecanicista, como uma ordem das coisas ou um sistema de elementos vinculados uns aos outros como causa e efeito. Algumas ciências sociais, que se ocupam das condutas humanas, igualmente as podem perspectivar causalmente, e estabelecer relações de causa e efeito entre fatos distintos, tal como um sociólogo que poderia relacionar as altas taxas de desemprego com o aumento da criminalidade. Nesse caso, haveria diferenciação somente de grau, mas não de princípio, entre essas ciências sociais causais (como a Sociologia, a Psicologia, a Etnologia e a História) e as ciências naturais.

O mesmo não se dá, contudo, com as ciências jurídicas, que tanto quanto as ciências da Ética e da Moral, são modalidades de ciências sociais normativas, que interpretam a sociedade enquanto “ordem normativa da conduta dos homens entre si” e perspectivam a conduta recíproca dos homens enquanto pautadas por normas. Diferentemente das ciências causais, as ciências normativas estruturam seus enunciados sobre seu objeto segundo o princípio da imputação, de modo a designarem precisamente uma relação normativa, e não causal. Enquanto na proposição causal se diz que se é A, então é B, nas proposições normativas se diz se é A, então deve ser B, a despeito de o conseqüente se seguir ou não, dado que referido a um ato de vontade (o que equivale a uma norma) de um titular de competência jurídica.<sup>13</sup> Nos termos do próprio autor:

a proposição jurídica não é um imperativo: é um juízo, a afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento. [...] O jurista científico que descreve o Direito não se identifica com a autoridade que põe a norma jurídica. A proposição jurídica permanece descrição objetiva – não se torna prescrição. Ela apenas afirma, tal como a lei natural, a ligação de dois fatos, uma conexão funcional.<sup>14</sup>

Para KELSEN:

somente quando a sociedade é entendida como uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é que ela pode ser concebida como um objeto diferente da ordem causal da natureza, só então é que a ciência social pode ser

---

<sup>13</sup> O conteúdo dos dois últimos parágrafos pode ser encontrado em: KELSEN, 1999, p. 84-91 e p. 95-102; COELHO, 2001, p. 49-54.

<sup>14</sup> KELSEN, 1999, p. 89.

contraposta à ciência natural. Somente na medida em que o direito for uma ordem normativa da conduta dos homens entre si pode ele, como fenômeno social, ser distinguido da natureza, e pode a ciência jurídica, como ciência social, ser separada da ciência da natureza.<sup>15</sup>

Em resposta à primeira questão, pode-se dizer, portanto, que, dessa perspectiva normativista, ao contrário do que sustenta VILLELA, o Direito não é assimilável a uma ciência dos fenômenos em razão da mera circunstância de “deles” se ocupar. Como se verá, aliás, o modo pelo qual o direito se ocupa dos fenômenos é um modo todo próprio, que os enxerga ou os constitui *sub specie iuris*.

Viu-se que o que buscava VILLELA era “os limites mais remotos da sua [do Direito] identidade epistêmica”. No entanto, o próprio VILLELA reconhece que o critério que sugere não é totalmente exato para a diferenciação das ciências jurídicas. Qual seria, então, a razão para adotá-lo? Conceituar, definir ou identificar algo não é propriamente apresentar o que esse algo tem de próprio e de distinto das outras coisas? Não é precisamente o fincar os marcos e divisar as fronteiras desse algo com o que lhe é diferente? O critério de identificação não é propriamente um critério de especificação?<sup>16</sup> Uma coisa é igual a si mesma [e diferente das outras]; *ens est ens*: esse o chamado princípio ontológico da identidade.<sup>17</sup>

Desse modo, a caracterização que VILLELA faz do Direito parece imprimir perda qualitativa na identificação daquilo que propriamente jurídico. Notadamente se o que o Direito teria de comum com os dados das chamadas ciências dos fenômenos ou do acontecer é meramente aparente e não real, como se verá a seguir.

Conforme a classificação de VILLELA, o Direito é antes uma ciência dos fenômenos ou do acontecer – “com maior poder de abrangência dir-se-á”, foi como introduziu a questão – e somente depois uma ciência do comportamento – “dizer que o Direito é uma ciência do comportamento, embora seja verdadeiro, não é suficientemente extenso para alcançar os limites mais remotos da sua identidade epistêmica”, assim o disse. Como ficará claro, VILLELA inverte os dados do problema. É muito mais próximo da especificidade do direito ser uma ciência do comportamento do que ser – o que, aliás, não é – uma ciência dos fenômenos ou do acontecer. Se se perspectiva a questão da identificação do próprio do Direito tomando por base a estrutura da norma jurídica, é como se VILLELA colocasse a estatuição

---

<sup>15</sup> KELSEN, 1999, p. 86.

<sup>16</sup> LOWE, 1995, p. 391.

<sup>17</sup> FERRATER MORA, 2005, p. 1.429, verbete identidade.

em função da previsão – não o faz contudo: “a juridicidade [...] é [...] uma propriedade que o Direito lhes [aos fatos] acrescenta”, foi o que disse; é, assim, incoerente: conhece mais do mecanismo de funcionamento amoldado do jurídico do que da abstração para qualificá-lo como ciência; é antes um civilista do que um teórico geral – . No entanto, as coisas se dão precisamente ao contrário: na norma jurídica, é a previsão que está em função da estatuição. É o que se verá a partir de agora, em conjunto com a apreciação da segunda questão.

### **5. Resposta à segunda questão: fatos *sub specie iuris***

Vimos que KELSEN sustenta que em qualquer dos fatos que se classificam como jurídicos ou que se conectam com o Direito podem-se distinguir dois elementos: tanto (1) um evento sensorialmente perceptível, que se realiza no espaço e no tempo e se sujeita às leis da causalidade, como (2) sua significação jurídica, que não pode ser percebida por meio dos sentidos, mas que é atribuída ou imputada ao evento por uma norma considerada válida que, como esquema interpretativo, empresta-lhe significação jurídica, conforme estabelecido pela autoridade jurídica.<sup>18</sup>

Esses dois elementos são usualmente coordenáveis a elementos já anteriormente perceptíveis na própria estrutura da norma jurídica que empresta significação ao fato e que são tradicionalmente qualificados como previsão e estatuição. A previsão (*facti-species*, *fattispecie* ou *Tabestand*) como o antecedente, a hipótese, o tipo legal, a dita situação da vida, o dito evento natural ou humano, os ditos fato ou conjunto de fatos, a cuja ocorrência concreta o direito liga uma consequência jurídica qualquer. A estatuição (*Rechtsfolge*), por seu turno, como sendo a própria consequência jurídica, que é havida pelo geral da civilística como a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, ou, como quer VILLELA, como a criação, a conservação, a modificação, a transferência ou a extinção de direitos. Tais consequências jurídicas, a rigor, são redutíveis a direitos e deveres. E isto, numa perspectiva normativista, o próprio centro gravitacional do direito: o conferimento de direitos e a imposição de deveres. Ou, numa síntese ainda mais apertada: as consequências jurídicas previstas normativamente são constituídas por deveres, que, por seu turno, nada mais são do que um dever-ser de certa conduta ou certo comportamento, um fazer ou um deixar de fazer algo.<sup>19</sup> Aqui, a ideia do Direito como ciência do comportamento.

Podem ser feitas múltiplas considerações sobre cada um dos termos dessa equação ou sobre a relação entre eles. Em vista, no entanto, de a questão que o texto se predispôs a

---

<sup>18</sup> KELSEN, 1999, p. 2-5 e p. 86-91.

<sup>19</sup> Com a última percepção: ENGISCH, 1996, p. 23-29, 35-36.

enfrentar dizer respeito unicamente à previsão, somente com um maior detalhamento dela é que se seguirá.

Sobre a previsão ou o antecedente, a observação das realidades normativas revela enorme ambiguidade do termo fatos, podendo neles figurar dados normativos, qualidades, situações ou posições jurídicas que já são o resultado da aplicação de outras normas jurídicas<sup>20</sup>, as chamadas normas auxiliares para a inteligência do preceito jurídico.<sup>21</sup> As noções, por exemplo, de cidadão brasileiro, coisa alheia, sócio, credor, transmissão da propriedade, todas elas utilizadas como supostos de algumas normas jurídicas, todas pressupõem a prévia aplicação de outras normas. Destarte, ao revés da falarmos de fatos, melhor seria se falássemos de dados.<sup>22</sup>

É o tradutor português da *Teoria Pura do Direito* quem prossegue num trecho fundamental para os nossos propósitos, o que justifica a extensão da sua reprodução:

[...] com exceção dos conceitos que se refiram a números, todos os conceitos utilizados pelas normas jurídicas, mesmo os chamados conceitos descritivos, são conceitos “análogos”, no sentido de que não carregam apenas o significado de referência a algo de perceptível pelos sentidos, mas também, se não principalmente, dão expressão a um específico sentido jurídico [...]. Neste sentido pode também dizer-se que todas as noções que a lei vai buscar às situações típicas da vida sofrem sempre uma tal ou qual deformação “teleológica” ao serem incorporados no sistema jurídico, pois que são sempre elementos integrantes do *sentido* da lei, são sempre “conceitos funcionais.” Daí que tais conceitos sejam muitas vezes susceptíveis de aplicação a “factos” ou dados muito distantes da sua significação originária.”[...]

Importa aqui sobretudo salientar que a *facti-species*, quando se reporta a factos, os jurisdiciza. O que significa que, para *identificar* o facto ou situação de facto, ao averiguar se se concretiza ou não a hipótese legal (ao resolver a chamada “questão de facto” quando se trata de fazer aplicação do Direito), temos de ter presente que estamos a aplicar um conceito jurídico, um conceito integrado no sistema jurídico – e não um conceito naturalístico ou um conceito

---

<sup>20</sup> BAPTISTA MACHADO, 1989, p. 80.

<sup>21</sup> SCHAPP, 2006, p. 33.

<sup>22</sup> BAPTISTA MACHADO, 1989, p. 80.

fornecido por qualquer outro sistema conceitual (científico, econômico, sociológico, técnico) de inteligência e descrição da “realidade”.

[...] em bom rigor, é a *facti-species* jurídica que nos fornece o óculo pelo qual havemos de “in-speccionar” a realidade facta. É através dela que o próprio facta ou situação se recorta e configura como sendo o facta ou a situação prevista pela lei, é através dela que tal situação nos pode aparecer como *tal* situação e se *distingue* de outras que, de um ponto de vista naturalista, técnico, etc., lhe seria idêntica, ou se identifica com outras que, de outro ponto de vista, seriam diferentes. O que permite identificar, especificar ou determinar a diferença *específica* das situações de facta do ponto de vista do Direito é a *facti-species* jurídica. É segundo esta, pois, que se deve fazer a *in-spicium* (inspecção) dos factos, para que estes se nos apresentem (configurados) *sub specie iuris*.

Esta observação é importante para definir a atitude mental do jurista na aplicação do direito e para afastar a ilusão corrente de que a resolução da questão de fato se processa através de uma simples constatação de dados sem qualquer intervenção da “species” jurídica (ou da intenção da juridicidade) no *achar* o dado de facta, do descobri-lo e notá-lo.<sup>23</sup>

A pretensa fenomenalidade natural, portanto, que pode figurar como suposto da norma jurídica, é antes uma “leitura ou versão *jurídica* da realidade”; “o que se descreve não é ‘a realidade antes de ser convocada pelo direito’, mas a realidade já percebida e marcada pelo direito”; os fatos são “construções mentais” adaptadas ao papel ou à função que desempenham no caso jurídico.<sup>24</sup> Como visto, repita-se, não se trata de qualquer conceito naturalístico ou de qualquer outro conceito advindo de qualquer outro sistema conceitual de apreensão e descrição da “realidade”, seja ele um sistema científico, técnico, sociológico ou econômico, mas, pura e simplesmente, um enquadramento jurídico da realidade. O direito se vale de uma apropriação analógica e instrumental dos dados e circunstâncias típicas da vida, relacionando ou comparando termos de sistemas ou ordens linguísticas e conceituais distintos.<sup>25</sup> Dessas comparações podem resultar sobras e/ou defecções conceituais. *Omnis comparatio claudicat*.

---

<sup>23</sup> BAPTISTA MACHADO, 1989, p. 80-82.

<sup>24</sup> HESPANHA, 2007, p. 478-479.

<sup>25</sup> Para o raciocínio analógico em geral: FERRATER MORA, 2004, p. 128-132.

No que diz respeito ao entendimento das previsões legais, elas dizem respeito a determinados fatos ou situações da vida que a vivência e a experiência comuns já pré-compreendem, facultando, assim, a própria intelecção da norma. Para que qualquer signo linguístico possa ser compreendido, é necessário que aponte para algo alheio a si, para algo de extralinguístico, para um referente externo, um *quid* ou coisa extralinguística significada. Isso é a própria pré-estrutura do compreender. A compreensão do texto é a compreensão da coisa para a qual o texto aponta. Na estrutura da norma jurídica, contudo, a previsão normativa existe e se justifica em função do que seguirá estatuído para a hipótese. É na estatuição normativa que está revelada a especial concepção de direito e de justiça mantida pelo legislador, que se apropria dos fatos e situações da vida de modo unicamente instrumental, como mediadores dessa expressão do justo. Os fatos e situações da vida comparecem na norma com um valor somente secundário e derivado. A função e o sentido das normas não são propriamente os de descrever ou classificar situações da vida. Tudo isso é o que esclarece BAPTISTA MACHADO, que prossegue:

as diferentes normas jurídicas têm de ser encaradas já como “respostas” a questões ou problemas de regulamentação jurídica – designadamente, a problemas de ordenação e integração justa da vida social. [...] as normas, representam já, ao fim e ao cabo “interpretações” do legislador da sua própria concepção de Direito ou da ideia de Justiça a que adere. Logo, os próprio enunciados legais (*facti-species*) hão de ser entendidos neste contexto, perspectivados segundo esta função das normas.<sup>26</sup>

O referente fundamental da norma jurídica, o *quid* ou a coisa extralinguística para que a norma quer apontar é antes e precisamente esse modo de integração e ordenação justa da vida social, e não a situação da vida referida.

É somente aparente uma curvatura do direito perante a natureza, com afirmações apenas daquilo que é. Distinções, por exemplo, que já foram endossadas pelo direito entre filhos legítimos e filhos ilegítimos seriam impensáveis para um biólogo para quem há unicamente o fenômeno da descendência natural. O conceito jurídico de parentesco não necessariamente se conforma com uma apreensão “natural” ou biológica de parentesco. A distinção poderia se dar, por exemplo, *para fins* ou *para efeitos* sucessórios. E aqui uma exemplificação daquela deformação teleológica dos fatos típicos da vida há pouco referida.

---

<sup>26</sup> BAPTISTA MACHADO, 1989, p. 205-207. É também nesse autor que se apoia o que segue dito no parágrafo subsequente.

Quando se sustentava, por exemplo, que o pai não é parente do seu filho ilegítimo, com essa regra jurídica se queria dizer que a filiação ilegítima não se equiparava à filiação legítima para fins sucessórios. Ou seja, de uma e outra filiação, ainda que representassem o mesmo fato natural da descendência biológica, decorriam efeitos jurídicos distintos. As hipóteses legais são tão só e unicamente recortadas, postas e constituídas como pressupostos de regulações jurídicas específicas, sejam elas de caráter penal, civil ou de direito público.<sup>27</sup> A própria concepção jurídica de parentesco, aliás, pode variar para efeitos jurídicos diversos, com o que podem existir diversas concepções jurídicas de parentesco, seja parentesco para fins sucessórios, seja para fins penais, seja para fins processuais, entre outros.<sup>28</sup> Ou mesmo, parentesco para o fim penal x, parentesco para o fim penal y, parentesco para o fim penal z, etc. Em suma, conforme já salientado, a função enunciativa do antecedente da norma, onde eventualmente identificáveis aparentes eventos naturais, está ao serviço da correspondente função normativa, contida no consequente, na estatuição da norma.

Analise-se a noção de noite, por exemplo, para efeitos de um eventual agravamento da pena de um criminoso. Noite se deve referir ao o fenómeno empírico da ausência de luz natural, ao fenómeno convencional da etiqueta social (após as dezoito horas deve-se dar boa noite e não mais boa tarde) ou a situações humanas a que remete a noção de noite, como as de quietude, sono, perda do estado de vigília, o vazio das ruas? Qual a diferença juridicamente significativa entre um furto ou roubo num *shopping center* durante o dia ou à noite, se a luz é a mesma, ou se durante a noite há maior frequência e maior burburinho? Ou mesmo numa estação de metrô com muitas linhas que se entrecruzam, ou num distrito turístico iluminado para um batedor de carteiras? Outra situação: a vedação de um cão no transporte público vale igualmente para ursos, gatos, pássaros e cães-guia?

Por certo, a própria atividade de interpretação da norma é constitutiva da identificação dos fatos. A ideia de que os fatos deveriam ser objeto de observação objetiva está cercada de múltiplas dificuldades. Não é de se excluir uma discricionariedade mais ou menos extensa do órgão interpretativo. Causam problemas desde a vagueza, a indeterminação ou a falta de precisão da linguagem natural em que expressa a norma, até o emprego de dados de natureza avaliativa, como ordem pública, bem comum e congêneres.<sup>29</sup> A multiplicidade dos dados

---

<sup>27</sup> Para todo o conteúdo do parágrafo: ENGISCH, 1996, p. 23-29.

<sup>28</sup> HESPANHA, 2007, p. 481.

<sup>29</sup> PFERSMANN, 2012, p. 769-770.

empíricos conjugáveis com o texto normativo pode igualmente condicionar a determinação do seu sentido específico.

Sabe-se mesmo do fracasso da pretensão da escola da exegese de contrapor clareza e interpretação, negando a necessidade desta quando de uma pretensa inequivocidade do texto. *Interpretatio cessat in claris*, se dizia. Mas quando um texto é claro? Dizer que um texto redigido em linguagem comum é claro é salientar o fato de que ele não foi discutido. A pretensa clareza do texto pode dizer mais do intérprete do que do próprio texto. “A impressão de clareza pode ser menos a expressão de uma boa compreensão que de uma falta de imaginação”<sup>30</sup>, vivência, estudo ou tirocínio. Não é incomum ao estudioso do direito sair com mais dúvidas acerca de determinada disposição normativa após sua ampla perscrutação. É de LOCKE a seguinte constatação:

Mais de um homem, que acreditara, à primeira leitura, ter compreendido uma passagem da escritura ou uma cláusula do código, perdeu-lhes totalmente a compreensão após ter consultado comentadores cujas elucidações aumentaram-lhe as dúvidas ou as originaram e mergulharam o texto na obscuridade.<sup>31</sup>

Em confronto com a pretensão da escola da exegese, ULPIANO tem melhor razão: ainda quando claríssimo o texto normativo, não é de se negligenciar a respectiva interpretação (*Quavis sit manifestissimum edictum praetoris attamen non est negligenda interpretatio eius.* – D. 25, 4, 1, 11).<sup>32</sup>

A situação vinda de ver, aliás, não é particularmente diferenciada da que se opera com qualquer discurso ou mesmo com a própria linguagem. São as palavras (significantes) ou, com maior rigor, o sistema de palavras ou o sistema de significantes, que atribuem sentido e constituem as próprias coisas ou a “realidade” com que lidam. Isso é o que esclarece o recente e precocemente falecido historiador e jurista português ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, que do modo seguinte prossegue:

---

<sup>30</sup> PERELMAN, 1988, p. 50-51. Esse autor é igualmente o inspirador do conteúdo anterior do parágrafo, bem como do referenciamento de LOCKE que se seguirá.

<sup>31</sup> LOCKE, 1999, livro III, Ca. IX, parag. 9, p. 469. A versão portuguesa foi extraída da obra citada na nota anterior. Vale ressaltar que, nessa obra do filósofo inglês, todo o livro III trata das paravas, enquanto o capítulo IX, de onde extraída a citação, trata da imperfeição das palavras.

<sup>32</sup> A propósito: JUSTINIAN, 2019.

a realidade jurídica, descrita na previsão, é uma realidade de sentido e, nesta medida, não constitui uma entidade *a se stante* (autônoma, independente), mas uma construção levada a cabo pelo sentido imanente ao sistema (do sistema discursivo do direito). Se o facto jurídico é o evento juridicamente relevante, também se pode dizer que é esta relevância jurídica que o constitui como facto para o direito. [...] como nos sistemas auto-poiéticos, os factos jurídicos constituem um universo fechado em relação aos factos brutos; um universo cujo sentido não provém da “realidade”, mas do “direito”.<sup>33</sup>

Nada disso espanta o jurista. A capacidade construtora do direito sequer termina por aqui, não sendo incomum a utilização de entidades que a natureza desconhece, que podem ser ou não ser óbvias para o senso comum ou que podem mesmo causar verdadeiro estranhamento ao senso comum. Tenha-se o uso das presunções ou mesmo das ficções jurídicas. Nestas, o direito fazendo de conta que existem coisas que empiricamente não existem<sup>34</sup>, para fins de equiparação de efeitos jurídicos.

E mesmo nas situações em que são utilizados conceitos referidos a números no antecedente da norma, situação em que haveria menor margem para a interpretação normativa, mesmo nessas hipóteses, ocorre, eventualmente, de o intérprete valer-se de ficções interpretativas, como, por exemplo, no caso das ficções jurisprudenciais utilizadas pelos juízes ingleses do início do século XIX, a fim de evitar os rigores da legislação então vigente que previa pena de morte para culpados dos então chamados crimes maiores, dentre eles, o roubo de valor superior a 40 xelins. Por anos, a magistratura avaliou qualquer roubo em, no máximo, 39 xelins, a fim de evitar a condenação à morte do apenado. Isso, até superveniência de modificação da legislação. O recurso a tal sorte de ficções tem a função de salvaguardar a aparência do sistema até a adequação deste à nova ideologia jurídica em vigor.<sup>35</sup>

Como realidade de sentido, portanto, a realidade jurídica descrita na previsão é uma realidade estritamente jurídica, e não fenomênica. O enunciado normativo é uma realidade linguística tanto quanto o raciocínio jurídico que o tem por base é igualmente linguístico. Se se explicita o raciocínio jurídico com base num silogismo de subsunção, observa-se que o que se subsume na hipótese normativa não é um fato – o que, aliás, seria impossível –, mas

---

<sup>33</sup> HESPANHA, 2007, p. 479-481 – quanto às suas asserções sobre a linguagem, o autor apoia-se em SAUSSURE e BOURDIEU.

<sup>34</sup> HESPANHA, 2007, p. 482-484, de onde o conteúdo do parágrafo.

<sup>35</sup> A propósito: PERELMAN, 1988, 86-87.

enunciados sobre situações de fato. O enunciado linguístico sobre o fato é distinto do fato. O enunciado linguístico é o enunciado linguístico; o fato é o fato. Coisas distintas. Consoante LARENZ, “não é por acaso que em lógica se fala de subsunção de conceitos a conceitos.” Para o autor seria até mesmo problemático qualificar o procedimento de formação da premissa menor unicamente como subsunção, por assim se excluir um outro ato de julgamento. Essa coordenação da situação de fato ou do fenômeno da vida ao tipo ou à esfera de sentido prevista normativamente e carecida de preenchimento melhor se designaria por coordenação valorativa.

Em lugar do juízo que diz que as notas distintivas indicadas na previsão estão aqui presentes, existe o juízo que diz que a situação de fato *sub judice* se equipara ou aproxima a uma outra em todos os aspectos decisivos para o julgamento, e que deverá julgar-se, sem dúvida alguma, do mesmo modo.<sup>36</sup>

Os fatos brutos são incorporados pelo discurso jurídico através de um processo de institucionalização pautado pelo próprio direito, melhor dizendo, pelas escolhas de enquadramento jurídico que o intérprete ou o aplicador do direito enleva entre as múltiplas possibilidades de enquadramento existentes. A construção narrativa dos enunciados de fato é uma questão de escolha.<sup>37</sup> Não de uma escolha qualquer, mas uma escolha que pretenda “demonstrar” um encaixe ou uma cópula simples e trivial do fato à hipótese jurídica eleita, ou seja, uma escolha que pretenda, muitas vezes, jogar para as sombras e tirar de evidência a própria existência de um processo de escolha, de modo a naturalizar a consequência jurídica que se quer aplicar.

Do mesmo modo, o que se prova num processo judicial não são fatos, mas enunciados, versões ou narrativas sobre situações de fato, ou seja, enunciados, versões ou narrativas sobre o que ocorreu. O que se apura não é a veracidade de um fato, mas a veracidade de um enunciado sobre o fato. Os fatos não se incorporam na realidade processual na sua realidade empírica ou material. Eles usualmente já se deram e pertencem ao passado. Eles se apresentam ao processo e ao raciocínio judiciário como versões sobre fatos.<sup>38</sup>

Em resumo, ao contrario do que sustentou VILLELA, o fato previsto normativamente não é o fato natural. Ambos são categorias ontologicamente distintas. Ainda que haja uma

---

<sup>36</sup> LARENZ, 1997, p. 383-386.

<sup>37</sup> TARUFFO, 2014, p. 19-20.

<sup>38</sup> TARUFFO, 2014, p. 19.

aparente identidade de tais dados, o que se dá é uma superposição de sentidos advindos de sistemas distintos de referência e significação.

VILLELA seguramente não desconhece a questão. Diz ser, com todas as letras, o Direito quem outorga juridicidade aos fatos. Trai-se, contudo, quando tenta teorizar de modo mais largo e geral. Hesita, recua, contradiz-se.

VILLELA sustenta, com grande propriedade, que “é equivocado pretender-se fundar uma tipologia dos fatos jurídicos a partir de uma angulação estática”, que é “não há fatos jurídicos *a priori*. É no dinamismo da sua apropriação axiológica que os fatos adquirem ou não o atributo, eminentemente extrínseco, de serem jurídicos.” No entanto, ao mesmo tempo, e de modo contraditório, enxerga fatos que “sempre produzem consequências juridicamente relevantes” (“fatos essencialmente jurídicos”), bem como supõe que algum sistema de significação externo ao Direito condiciona-lhe a apreensão das “realidades” (“não é o Direito que define a morte por caso fortuito, o abandono do álveo, a queda do fruto”).

Trai-se: inexistente morte por caso fortuito, para os fins de liberar o comodatário do dever de restituir o cavalo (*rectius*: o seu equivalente pecuniário), senão no Direito. Inexistente na natureza qualquer objetividade ou empiria que se possa designar de “caso fortuito”. Isso é inequivocamente uma categoria jurídica. A suposta empiria “raio que tira a vida do cavalo” se vincula, por um processo interpretativo, ao efeito de liberar o comodatário do dever de restituição, já é um fato juridicamente qualificado, um conceito, uma abstração. VILLELA o sabe. O que antes chamou de “raio que tira a vida do cavalo”, depois chamou de “caso fortuito”. Os teve como sinônimos, sendo que a última qualificação, em nenhuma hipótese, é um dado encontrável na natureza. Na concreção judiciária, por exemplo, comparecem como casos fortuitos, para o efeito de exoneração de responsabilidade civil, além do raio, situações tão distintas como o acidente causado por automóvel furtado, alguns defeitos mecânicos no veículo acidentado, o assalto, o mal súbito de motorista, a morte por eletrocussão, o incêndio.<sup>39</sup> Aliás, ainda na hipótese do raio, o comodatário estaria exonerado do dever de indenizar mesmo na hipótese em que estivesse obrigado a manter o reprodutor de elite estritamente em estábulo? Mais: um clube ou condomínio que descumprisse o dever imposto pelas posturas municipais de manter equipamento de pára-raios estaria exonerado de indenizar o dano moral causado pela morte, por raio, de condômino ou associado?

Do mesmo modo, a queda do fruto que outorga sua aquisição ao dono do terreno lindeiro, já é uma queda juridicamente qualificada. Seguramente não vale se o fruto foi

---

<sup>39</sup> STOCCO, 2011, p. 213-215.

lançado ao seu terreno por algum moleque surpreendido ao colhe-lo de modo desautorizado, querendo livrar-se da prova da infração, bem como não vale se a queda no próprio terreno foi deliberadamente provocada pelo próprio vizinho que pretendeu adquirir-lhe a propriedade.

O mesmo se diga do abandono de álveo para fins de acrescer a propriedade dos ribeirinhos: também ele não é uma pura materialidade, mas uma qualificação, uma significação jurídica. Na vigência do Código das Águas, por exemplo, se a mudança da corrente se faz por utilidade pública, o álveo abandonado passa a pertencer ao expropriante (art. 27 do Decreto 24.643, de 10 de Julho de 1934). Mais: questiona-se: em se dando o abandono de um álveo extensíssimo de margem a margem, qualquer ribeirinho poderia sozinho dirigir-se ao cartório de registro de imóveis e conseguir, sem mais, a incorporação dos hectares correspondentes na(s) sua(s) matrícula(s)? Em havendo uma disputa judicial entre os ribeirinhos confinantes sobre os limites da aquisição, o efeito jurídico a ser ou não ser conferido pelo juiz não estaria delimitado pela equação jurídica que foi veiculada na petição inicial? Não estaria o efeito a depender do modo como deduzida a demanda, em suma, do modo como escolhida a narrativa dos fatos e a ela vinculado o pedido, bem como do que resultar do debate processual?

Em suma, a dinamicidade da apropriação dos fatos pelo Direito, a fim da produção de efeitos jurídicos concretos, é também ela extensíssima. Só nessa multiplicidade de possibilidades é que os fatos jurídicos se podem identificar. Nisso VILLELA tem razão.

Os já apontados tateio, indefinição e oscilação de critérios que permeiam o texto de VILLELA parecem derivar do modelamento mental do grande civilista que é: um civilista que talvez perceba a limitação da sua perspectiva, mas que não a consegue abandonar totalmente ou que não a consegue perspectivar à distância, com o afastamento necessário para uma crítica ou revisão completas de uma matéria que está tradicionalmente positivada na Parte Geral do Código Civil, por força da influência pandectista, mas que pertence, em realidade, à Teoria Geral do Direito.

Aqui vale a advertência com que o grande CLÓVIS inaugurou, já na primeira linha, sua *Theoria Geral do Direito Civil*: “Não cabe, certamente, ao direito civil [...] fornecer o conceito geral do direito. Sómente a philosophia jurídica é que o póde extrahir, como synthese final”.<sup>40</sup>

## 6. Conclusão

---

<sup>40</sup> BEVILAQUA, 1929, p. 9.

Antes de se passar à conclusão, repita-se o que já se sublinhou anteriormente: a pretensão de discutir um texto após quase quarenta anos, após múltiplas aquisições e/ou consolidações de entendimentos da hermenêutica, da metódica e da ciência jurídicas, somente revelam a importância do texto e do seu autor para quem o revisita, bem como para as novas gerações.

Nada obstante, a título de resposta à primeira questão, pode-se afirmar que, de uma perspectiva normativista, ao contrário do que sustenta VILLELA, o Direito não é assimilável a uma ciência dos fenômenos, em razão de as duas modalidades de ciência se regerem por princípios distintos.

Por outro lado, em resposta à segunda questão, também ao contrário do que sustenta VILLELA, fato e fato jurídico são categorias ontologicamente distintas e não dizem respeito a uma mesma fenomenalidade. Ainda que haja uma aparente identidade de tais dados, o que se dá é uma superposição de sentidos advindos de sistemas distintos de referência e significação.

Ainda assim, parece louvável o esforço auto-didático da mente inquieta e curiosa de um velho Professor de complanar as lacunas de sua formação clássica, mas não científica – segundo o modelo escolar então vigente na época da sua formação secundária –, acomodando aos seus padrões de formação os fenômenos afetos ao estudo das ciências químicas, físicas e biológicas.

Essa, nossa singela homenagem ao velho e inesquecível Professor JOÃO BAPTISTA VILLELA.

### **Referências bibliográficas**

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi (coord.). 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALLAND, Denis e RIALS, Stéphane (Org.). *Dicionário da cultura jurídica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

BAPTISTA MACHADO, J. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989.

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7 ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Gulbenkian, 1996.

FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*. T. I. Trad. Maria Stela Gonçalves *et al.* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

- \_\_\_\_\_. *Dicionário de filosofia*. T. II. Trad. Maria Stela Gonçalves *et al.* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dia e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.
- HONDERICH, Ted (Editor). *The Oxford companion to philosophy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1995.
- JUSTINIAN. *Digesta*. In: The Latin Library  
< <https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml> > Acesso em 22.8.2020.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia *et al.* 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOCKE, John. *An essay concerning human undestending*. The Pennsylvania State University, 1999. Disponível em: <[An Essay on Human Understanding - FTP Directory Listing ftp.dca.fee.unicamp.br > pub > docs > humanund](ftp.dca.fee.unicamp.br/pub/docs/humanund)> Consultado em 24.8.2020.
- LOWE, E. J. Identity, criterion of. In: HONDERICH, Ted (Editor). *The Oxford companion to philosophy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1995.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- PFERSMANN, Otto. Fato. In: ALLAND, Denis e RIALS, Stéphane (Org.). *Dicionário da cultura jurídica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- SCHAPP, Jan. *Introdução ao direito civil*. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Fabris, 2006.
- SOSA, Ernest. Essence. In: HONDERICH, Ted (Editor). *The Oxford companion to philosophy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1995.
- STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: RT, 2011.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: DIAS, Adahyl Lourenço *et al.* *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982.