

A COISA JULGADA NA AÇÃO DE ALIMENTOS E O REALISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

Frederico Augusto de Oliveira Santos*

Sumário

1. Introdução à Teoria Pura do Direito. 2. Metodologia da Teoria Pura. 3. A coisa julgada segundo Kelsen. 4. Fato, suporte fático e fato jurídico. 5. A coisa julgada na ação de alimentos. 6. Fontes bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO À TEORIA PURA DO DIREITO

A Teoria Pura do Direito foi a expressão de um período de transição e decadência da civilização liberal burguesa.¹ Hans KELSEN desfraldou o estudo da ciência do Direito por meio de uma metodologia que pudesse acolher a existência de um Direito soviético, fascista, democrático-liberal, como corolário da neutralidade ideológica do conhecimento puro e universal do direito.²

A Teoria Pura empreende libertar o direito dos elementos estranhos que interferiam em seu objeto. A pureza do direito iria garantir a autonomia da ciência jurídica, porque não há teoria do conhecimento sem a perseguição de um objeto próprio de investigação. A auto-suficiência da Teoria Pura do Direito logrou identificar o seu objeto, evitando que este se diluísse nas lindes dos outros ramos do

* Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UFMG.

1 MACHADO NETO. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 134-135.

2 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 4. ed, São Paulo: Martins Fontes, 1994, p.1.

conhecimento. Kelsen impôs a depuração do objeto da ciência do Direito como condição metodológica fundamental, reconhecendo as conexões que o direito teria com outros elementos metajurídicos pertencentes à sociologia, à política, à psicologia e a outras ciências sociais. A ciência jurídica tem seu campo de domínio delimitado não pela mera aglomeração de conhecimentos, o que alargaria seu objeto sobre os demais campos do conhecimento nos pontos de contato e interseção, mas pela apreensão de seu objeto juridicamente, isto é, pela determinação de seu objeto e método próprios.

Miguel Reale³ aponta a interdisciplinaridade como um dos aspectos primordiais da gnosiologia contemporânea. A pesquisa de uma pureza metodológica, capaz de isolar o objeto da investigação jurídica do estudo das outras ciências sociais, reflete a tendência à multidisciplinaridade do conhecimento. A emancipação da ciência do direito, da sociologia, da psicologia, da ética, da política é a expressão da expansão do conhecimento, irreduzível a qualquer ramo de investigação. Não se pode, por meio de uma ciência restrita a determinado segmento do conhecimento, encampar a plenitude deste. A complementaridade das ciências na teoria do conhecimento é sintoma que se revela pelo surgimento de novas abordagens ou objetos de investigação.

Segundo Maria Helena Diniz,⁴ a assepsia da ciência do direito ocorreu em dois flancos. O primeiro refere-se às influências sociológicas, que foram reconduzidas ao respectivo campo de estudo. A sociologia jurídica estuda os fatores sociais que motivaram a criação de normas pela autoridade jurídica, os efeitos acarretados por esses mandamentos e o porquê do cumprimento ou descumprimento de seu comando pelos homens. Essas investigações sociológicas são alheias à Teoria Pura do Direito, que recebe a norma feita. Não há relação de continente e conteúdo entre a sociologia do direito e o direito.

A segunda purificação remete para fora do âmbito de apreciação da ciência jurídica a ideologia política e os aspectos valorativos, ou seja, toda e qualquer investigação moral e política. Kelsen⁵ afirma que o conhecimento jurídico é ciência

3 REALE, Miguel. *A visão integral do direito em Kelsen*, p. 15-30. In: KARAM, Munir (Coord.) *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 17-18.

4 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 106-107.

5 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 1.

e não política. A respeito do significado de política, Miguel Reale⁶ revela que o fenômeno da ideologia é imanente a ela, em razão da conexão existente entre a busca do bem comum, como ideal a ser atingido, e a realidade que se deseja transformar. Portanto, a política, como qualquer outro elemento axiológico, não poderia influenciar a formulação da ciência do direito.

A ciência do direito como fenômeno universal destina-se a uma teoria do direito positivo em geral.⁷ O conhecimento jurídico deve ater-se à descrição da norma e não ao seu conteúdo, que é variável de acordo com a rotatividade das ideologias que inspiram o exercício do poder. A referência de um sistema a um critério de justo importa a aceitação de uma ideologia, e, portanto, não pode servir de fundamento epistemológico à ciência do direito, que repele todas as considerações teleológicas e axiológicas da alçada da política jurídica.⁸ A Teoria Pura do Direito conserva o ideal ascético da ciência do direito, cuja cientificidade era negada por falta de um desenvolvimento epistemológico pleno.

Um dos principais críticos do caráter científico do direito, Julio Von Kirchmann, cujas idéias estão sintetizadas no artigo de Elza Saldanha,⁹ considerava que o objeto da ciência do direito era o conteúdo da norma. Assim, concluiu que a mutabilidade do objeto contrastava com a estabilidade e a constância que definem a ciência. A concepção positivo-normativista de ciência do direito abstrai-se do conteúdo da norma, realçando o esquema “hipótese-consequência”.¹⁰ Nesse contexto do método normológico, o jurista aceita qualquer norma como direito, desde que “estejam cumpridas as exigências que lhes conferem validade em sentido formal”.¹¹

O conteúdo da norma jurídica é mutável, mas a norma como dever-ser é universal. Não se faz ciência sem uma universalidade. Kelsen¹² escreve que “a ciência jurídica como conhecimento tem caráter constitutivo e, por conseguinte ‘produz’ o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido”. E,

6 REALE, Miguel, *op. cit.*, 1984, p. 21.

7 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 1.

8 DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 107.

9 SALDANHA, Elza Roxane Álvares. Kirchmann e a negação do caráter científico. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 27, n. 108, out/dez. 1990, p. 271-284.

10 *Ibidem*, p. 274-275.

11 *Ibidem*, p. 275.

12 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 81-82.

depois, afirma que “o material dado à ciência do direito só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica”.¹³

Kant, ao estabelecer a distinção fundamental entre o mundo da percepção sensível e o mundo do entendimento da razão, forneceu a condição necessária para o conhecimento jurídico em Kelsen. No processo de conhecimento, as formas condicionam o modo de apreensão das impressões do mundo sensível. Essas formas *a priori* da percepção sensível, que precedem o conhecimento, transformam os dados do mundo sensível em objetos do conhecimento. Emmanuel Matta¹⁴ define conhecimento como o ordenamento dos dados sensíveis ou material alógico,¹⁵ “segundo normas ou formas do entendimento, que constituem ou constroem logicamente o objeto na síntese do conhecimento”.¹⁶

O transcendental de Kant é o *prius* lógico do conhecimento, que só revela essa anterioridade no ato de conhecer como exercício da nossa faculdade cognoscitiva, isto é, a conjunção das intuições sensíveis com as formas ou conceitos do entendimento.¹⁷ “Conhecer não é refletir ou reproduzir os objetos, como se a estes fosse inerente uma função regulativa, um modo mental, livre do sujeito, mas produzi-los”, escreve Matta com proficiência, em sua obra.¹⁸ A forma do normativismo kelseniano é constitutiva, porque desempenha uma função referencial em relação à experiência¹⁹. Conforme adverte Reale,²⁰ “o transcendental de Kant

13 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 82.

14 MATTA, Emmanuel. *O realismo da teoria pura do direito* (Tópicos capitais do pensamento kelseniano). Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994, p. 68.

15 “As impressões dos sentidos se adaptam às nossas formas da sensibilidade ‘como a argila nas mãos do oleiro’, para dar um exemplo caro a Sócrates.” VALLE, Gabriel. *A aventura da filosofia*. Belo Horizonte: Sophia, p. 52, 1995.

“O fenômeno não é o objeto que se manifesta, mas é o objeto que se manifesta ao homem, dentro das limitações e condições inerentes ao homem”. HECK, Luís Afonso. O fenômeno jurídico, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 681, p. 17, jul. 1992.

16 MATTA, Emmanuel, *op. cit.*, p. 68.

17 *Ibidem*, p. 67.

18 *Ibidem*, p. 68.

19 *Ibidem*.

20 REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 19.

não é uma abstração perdida na estratosfera, mas é, ao contrário, um pressuposto daquilo que depois se deverá comprovar de maneira experimental”.

A criação do objeto da ciência no ato de conhecer (*Erkenntnisrichtung*) tem um caráter teórico ou gnosiológico completamente diverso da produção de algo pelo homem ou da produção do direito pela autoridade jurídica.²¹ O dualismo de ser e dever-ser em Kelsen traduz a cisão metodológica entre a causalidade e a imputabilidade, que possibilita a transposição do método transcendental de Kant para a ciência do direito. A revolução de Kelsen foi dissociar o direito como dever-ser lógico específico de um dever-ser ético, criando uma epistemologia normativa.²²

A questão das relações entre o direito e a moral está centrada na forma e não no conteúdo, porquanto a validade das normas jurídicas independem do fato de corresponderem à ordem moral. O objeto da ciência do direito não é apreciado axiologicamente no ato de seu conhecimento, mas descrito alheio a qualquer valoração (*Wertfreie*). Separar o direito da moral e a ciência jurídica da ética significa que a legitimação de uma norma jurídica por uma concepção moral é irrelevante, posto que ela seria considerada válida ainda que contrariasse uma ordem moral.²³ A pureza do método da ciência jurídica é posta em perigo quando se excepciona uma norma jurídica por não corporificar um valor concebido por um sistema moral, na pressuposição de que este valor é absoluto. Haverá tantos sistemas morais quantos sejam as premissas axiológicas estruturantes aceitas por uma comunidade. Então, a justiça ou a injustiça de uma norma poderá vacilar entre os vários critérios fixados pelos sistemas morais como medida de seu dever-ser. A moral não pode desempenhar a função de prover o fundamento de validade de uma ordem jurídica. O que aproxima o direito de sistemas morais é o seu caráter de norma, isto é, o seu dever-ser.²⁴ O dever jurídico pode prescrever ou mesmo impor conduta contrária ao de qualquer sistema moral, sem que se possa entrever um conflito entre norma moral e norma jurídica. A distinção entre a ordem jurídica e a ordem moral afasta esta espécie de conflito. Segun-

21 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 82.

22 MATTA, Emmanuel, *op. cit.*, p. 70. W. EBENSTEIN, *La teoría pura del derecho*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1947, p. 40-42, *apud* MATTA, Emmanuel, *op. cit.*, p. 71.

23 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 82.

24 *Ibidem*, p. 74.

do Kelsen,²⁵ dever jurídico é o oposto daquela conduta cuja efetivação constitui o pressuposto de um ato de coerção. A distinção entre o direito e a moral reside, pois, na referência das sanções: enquanto a sanção, na ordem moral, aplica-se tanto ao cumprimento quanto ao descumprimento de seu preceito, a sanção jurídica é exercida como consequência da inobservância de uma norma, isto é, omissão da conduta externa bastante para evitá-la.

2 METODOLOGIA DA TEORIA PURA

A norma ética e a norma jurídica são imperativas, porque têm por fim provocar um comportamento que se postula por meio de um dever-ser.²⁶ Quando Kelsen afirma que a norma jurídica é imperativa, ele tem o cuidado de tratá-la como um ato de comando sem nenhuma conotação moral. O sentido do ato de produção jurídica só é imperativo pela pressuposição da norma fundamental. A existência de uma norma positiva não se confunde com a existência do ato de vontade de que ela é o sentido objetivo.²⁷ Segundo Kelsen,²⁸ norma “é o sentido de um ato através do qual uma conduta prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”. O ato de vontade, cujo sentido a norma constitui, pertence ao plano do ser, significando que a conduta posta na norma, como devida, não se identifica com ela.²⁹ A norma, então, é um imperativo despsicologizado, isto é, “expressão de atos de vontade, um resultado de atos de vontade, e não uma vontade psicológica, como se representasse o conteúdo de uma vontade dirigida ao conteúdo da norma – mas um juízo hipotético [*sic*], que expressa o enlace específico de uma situação de fato condicionante com uma consequência condicionada”.³⁰

O juízo hipotético como forma verbal apresenta-se tanto no princípio da causalidade como no princípio da imputação,³¹ e em ambos um determinado pres-

suposto é relacionado com uma determinada consequência. Para a lei natural, a causalidade relaciona o pressuposto como causa, e a consequência como efeito, independentemente de qualquer intervenção. Quando ao pressuposto de um enunciado é ligada uma consequência que se estabelece como norma posta, estamos diante de uma regra de direito.³² Quando se diz que “se A é, B deve ser”, a conexão entre os dois elementos do enunciado é de imputação, diversamente do que ocorre na asserção que se verifica no princípio da causalidade: “se A é, B também é (ou será)”.³³ O significado da vinculação na primeira proposição reporta-se ao dever-ser das normas jurídicas, enquanto a relação na segunda refere-se ao ser causalmente determinado e contido na natureza. Enquanto a lei natural descreve seu objeto como ele se sucede na natureza, a proposição jurídica descreve que determinada conduta deve se realizar, e não que efetivamente ocorra.

Há no princípio causal um encadeamento de causas, consistente na pressuposição de que cada uma delas constitui o efeito da predecessora e, por sua vez, será considerado causa do efeito que irá produzir, e assim sucessivamente.³⁴ “Daí vem que todo o evento concreto seja o ponto de intercepção de um número em princípio ilimitado de séries causais”, conclui Kelsen.³⁵

Situação diferente ocorre quando o functor da proposição refere-se a um dever-ser, traduzindo-se no princípio da imputação. O número de elos de uma série imputativa é limitado, porque a imputação finaliza na conduta humana, que é condição da consequência determinada pela norma. A imputação encontra seu ponto terminal na conduta humana interpretada. No caso de um empréstimo junto a uma instituição financeira, o reembolso do valor recebido é imputado ao pressuposto sob o qual esta conduta é prescrita: a recepção do empréstimo. Para além desta causa remota da sanção da execução forçada, que se imputa ao pressuposto imediato consistente na conduta oposta à prescrita – não restituição dos valores recebidos – não há lugar para qualquer imputação. O recebimento do empréstimo é o pressuposto mediato da sanção, e o seu pressuposto imediato é a conduta interpretada como ato ilícito, que corresponde ao ponto terminal da imputação.³⁶

25 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 133.

26 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22.

27 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 11.

28 *Ibidem*, p. 6.

29 *Ibidem*, p. 7.

30 MATTA, Emmanuel, *op. cit.*, p. 78.

31 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 100.

32 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 101.

33 *Ibidem*, p. 100.

34 *Ibidem*, p. 101.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*, p. 104.

A distinção entre causalidade e imputação conduz-nos à diferenciação entre necessidade, que impõe a constância dos fenômenos verificados na natureza, e liberdade, que preside as relações normativas dos homens.³⁷ Entretanto, causalidade não exclui imputação. O homem é livre, porque a conduta interpretada é um ponto terminal de imputação, embora seja causalmente determinada.³⁸ Uma ordem coativa, como a normativa, tem por objetivo regular a conduta humana por meio de representações que provoquem a conformação à conduta prescrita. A norma só pode cumprir sua função de criar motivos determinantes de uma conduta conforme a norma na medida em que ingressa no fluxo de causas e efeitos. A norma, em uma perspectiva semiológica lingüística, ou seja, enquanto mensagem, pode ser vista como uma “encenação verbal de um exercício de força”, visando à indução de um comportamento que lhe seja conforme.³⁹ A representação da norma não pode dispor além das possibilidades humanas de agir, pois, reclamando um ato contrário à lei natural, seria destituída de sentido pela impossibilidade de se alcançar os fins que tem por escopo realizar. Também a representação de um ato que se sabe que necessariamente acontece, não pode se apresentar como conteúdo de uma norma, porque seria tautológico. Segundo Kelsen,⁴⁰ “o pressuposto sob o qual uma determinada ação é normada é o conjunto das circunstâncias nas quais essa ação é possível”. Só se admite a representação que provoque atos de vontade e que, por sua vez, causem a conduta prescrita.⁴¹ O homem não é livre, porque sua conduta é causalmente indeterminada, mas, ao contrário, só em razão da determinabilidade causal de sua vontade torna-se possível a imputação.⁴² Kelsen⁴³ conclui suas idéias dizendo que o homem é “livre” porque a conduta interpretada pelo direito é um ponto terminal da imputação, embora seja causalmente determinada. A vontade é causa de efeitos e também efeito de uma causa, porém encontra seu ponto terminal na conduta interpretada pelo direito. Portanto, a causalidade

37 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 104.

38 *Ibidem*, p. 110.

39 MAMEDE, Gladston. *Semiologia e direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*. Belo Horizonte: Editorial 786, 1995, p. 14.

40 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 108.

41 *Ibidem*.

42 *Ibidem*, p. 109.

43 *Ibidem*, p. 110.

não exclui a imputação, haja vista inexistir contradição lógica entre um ser e um dever-ser.⁴⁴

Lourival Villanova⁴⁵ afirma que a contraposição de ser e dever-ser em Kelsen são modos de relacionar os dados da realidade. Esta ordem gnosiológica constitui-se por métodos de síntese dos dados empíricos, para elaborar juízos tomados como expressão lingüística pela qual a ciência descreve o seu objeto.

O dever-ser, a que nos referimos, tem função epistemológica que descreve a norma jurídica por meio de proposições normativas.⁴⁶ Enquanto a lei natural formula juízos enunciativos que se orientam por fatos, os fatos das ações e omissões humanas orientam-se pelas normas que à ciência compete descrever.⁴⁷ As proposições que descrevem o direito são designadas, por Kelsen, de jurídicas, ou regras de direito, ou ainda de dever-ser (*Soll-Aussagen*).⁴⁸ Nesta última denominação, resta patente que o uso do functor deôntico não é unívoco na teoria de Kelsen. Na proposição jurídica, o dever-ser tem caráter meramente descritivo, sem assumir “a significação autoritária da norma jurídica por ela descrita”.⁴⁹ Esta atividade descritiva por intermédio de proposições jurídicas, cuja única função é a de enunciar normas jurídicas positivas, cabe à ciência do direito realizar.⁵⁰ A proposição jurídica é apenas a afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento sem qualquer caráter imperativo. Do fato de a proposição jurídica ser meramente descritiva de uma norma, não segue que a norma descrita seja pertencente à categoria do ser, uma vez que fatos da ordem do dever-ser também podem ser retratados em juízos enunciativos da relação de imputação.⁵¹

O dever-ser da proposição jurídica só pode descrever um outro dever-ser. Não se pode dizer que a norma é expressão de um ser pelo fato de ela ter entrado em vigor e ser descrita. Ao contrário, é justamente em razão do desligamento da norma

44 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 110.

45 VILLANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1977, p. 35-36 e 91.

46 VILLANOVA, Lourival, *op. cit.*, p. 36.

47 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 98.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*, p. 89.

50 AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte, Cadernos da Pós-Graduação – UFMG, n. 1, Série Teses, 1984, p. 205.

51 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 89.

do ato de vontade que a criou que se pode falar em um “dever-ser”. A norma, antes de ser um querer querido é um querer valorado.⁵² A existência da norma torna-se autônoma do querer legiferante, quando ao sentido subjetivo do ato de sua criação é emprestado o sentido objetivo, isto é, sua emergência só ocorre quando o ato de vontade, cujo sentido ela constitui, deixar de existir, caso contrário a norma não estaria no nível do dever-ser, mas permaneceria no mundo do ser.⁵³ Tanto é assim que o indivíduo que criou uma norma jurídica não precisa continuar a persistir no ato intencional dirigido à vontade de outrem para sustentar o dever-ser. O querer deontico não se identifica com o estabelecimento de normas, que é um ato de vontade, pois a norma lhe atribui significação jurídica. Não é a facticidade de um ato que o qualifica como jurídico, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato.⁵⁴ O acontecer fático pode coincidir com o de uma norma considerada válida, cujo sentido ela constitui, embora não pertença o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade ao mundo jurídico.⁵⁵ Assim, a norma pode ser vista como um esquema de interpretação, comutando os fatos que ingressam no mundo jurídico, ou seja, interpretando-os normativamente. Segundo Kelsen,⁵⁶ a norma que empresta o significado jurídico a um ato “é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de outra norma”.

3 A COISA JULGADA SEGUNDO KELSEN

O sistema de normas pode ser considerado sob o prisma da natureza do fundamento de validade. As normas de um ordenamento jurídico de acordo com o princípio estático são descritas como “um resultado, um produto, um significado objetivo, de atos de conduta, que juridicamente determinados, criam ou aplicam o

52 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 45.

53 STUMPF, Paulo Umberto. O normativismo – formulação, contexto, crítica, *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 26, n. 68, p. 5-91, set-dez 1993, p. 15.

54 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 4.

55 *Ibidem*, p. 4-5.

56 *Ibidem*, p. 4.

direito”.⁵⁷ Segundo Kelsen,⁵⁸ no sistema estático, o fundamento de validade, bem como o conteúdo de uma ordem jurídica, é deduzido de uma norma pressuposta como fundamental, tendo apenas por objeto o direito no seu estado de repouso. Já o tipo dinâmico atende ao processo de criação e aplicação do direito segundo o qual a norma fundamental pressuposta fornece apenas o fundamento de validade, sem instituir por derivação o conteúdo das normas que compõem o ordenamento jurídico. A norma fundamental no sistema dinâmico tem no seu conteúdo a atribuição de poder a uma autoridade legisladora, ou seja, a regra que determina o modo de criação das normas gerais e individuais.⁵⁹

Uma norma jurídica vale porque é criada por uma forma modelada por norma hierarquicamente superior, cuja produção, por sua vez, é regulada por outra norma que lhe sobrepõe. Nesse *regressus*, o fundamento de validade de uma ordem jurídica vai-se apoiar, em última análise, na norma fundamental que não é posta, mas pressuposta. Como norma mais elevada, constitui o último fundamento de validade de uma ordem jurídica e, portanto, não pode ser estabelecida por um ato de vontade de uma autoridade.

A fundamentação de uma norma jurídica realiza-se por meio de um processo silogístico, em que a premissa maior é uma norma considerada objetivamente válida, que prescreve a obediência ao sentido subjetivo do ato de determinada pessoa, e a verificação deste ato de vontade apresenta-se como premissa menor da conclusão que constitui o sentido objetivo do comando emitido pela autoridade. Tanto a premissa maior quanto a premissa menor são pressupostos da conclusão, sendo aquela *conditio per quam*, e esta *conditio sine qua non* da norma inferior.⁶⁰ O ato de vontade que estabeleceu a norma verificado na premissa menor não pode prefigurar como fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. O fato da ordem do ser apenas constitui condição necessária para que uma norma seja posta, enquanto que o sentido objetivo da norma superior, isto é, da premissa maior. O significado jurídico de uma conduta só pode ser dado por uma norma que se escora em uma norma de escalão superior, da qual retira o seu sentido objetivo, até chegarmos a uma norma no ápice da pirâmide jurídico-positiva, além da qual

57 MATTÁ, Emmanuel, *op. cit.*, p. 89.

58 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 218.

59 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 219.

60 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 216.

não haverá nenhuma norma positiva. Para que não se perdesse o fundamento último de validade de uma ordem jurídica numa sucessão interminável de elos e nem se vinculasse o direito a fatos valorativos de outras ciências, Kelsen concebeu a norma fundamental.

A norma fundamental tem a função de dar objetividade ao sentido subjetivo do ato do Poder Constituinte, situando a Constituição no topo do ordenamento jurídico. Se a norma fundamental fosse posta, a Constituição não seria norma de primeiro escalão, já que haveria uma norma superior conferindo competência ao legislador constituinte. Para se evitar esta regressão ao infinito, a norma fundamental foi criada via entendimento, uma vez que ela é uma norma pensada, ou seja, pressuposta pela ciência do direito. Em outras palavras, a afirmação da norma fundamental como premissa maior no silogismo que posiciona a Constituição acima de todas as outras normas não pode ser o sentido subjetivo de um ato de vontade, embora seja logicamente indispensável.

A escala hierárquica das normas jurídicas ou estrutura escalonada da ordem jurídica foi exposta pela Escola de Viena com Merkl e Kelsen e divulgada pela teoria conhecida como *Stufenbautheorie*, em que a norma superior serve de “fonte ou razão de validade” da norma inferior que se amolda àquela.⁶¹

A norma jurídica recebe a sua validade formal da norma jurídica que ocupa a camada imediatamente superior e, por sua vez, constitui matéria em relação à norma da qual depende a sua validade. O legislador, ao elaborar a lei, aplica a Constituição, que doravante será forma em relação à sentença judicial que individualiza o seu comando no caso concreto.

O direito regula sua própria criação que se desenvolve entre a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo. “Todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior”, conforme afirma Kelsen, ressaltando os casos limites.⁶² A norma fundamental determina a criação da Constituição, sem que ela mesma seja estatuída em aplicação de uma norma superior, porque é pressuposta. Por outro lado, a execução do ato coercitivo, o último do processo de produção jurídica, opera-se em aplicação de uma norma individual, sem que ele próprio seja criação de uma norma.⁶³

61 MATTA, Emmanuel, *op. cit.*, p. 81.

62 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 261.

63 *Ibidem*.

Ao estabelecer que a criação de normas jurídicas gerais é aplicação da Constituição, da mesma forma que a aplicação daquelas normas pelos tribunais é criação de normas jurídicas individuais, Kelsen chega a uma conclusão polêmica, mas coerente com a sua teoria: a sentença judicial trãnsita em julgado é norma. Não basta a decisão judicial para termos uma norma jurídica individual. A existência específica de uma norma surge com a sua vigência. A norma jurídica só assume definitivamente o seu sentido de dever-ser jurídico quando o sentido subjetivo do ato da decisão adquirir estabilidade pela coisa julgada.⁶⁴

Barbosa Moreira,⁶⁵ ao tratar da irrecorribilidade da sentença em primeiro grau de jurisdição, diz que “a norma jurídica concreta nela contida recebe o selo da imutabilidade e da indiscutibilidade” (grifos nossos). Considerando que a norma jurídica individual só surge com o trãnsito em julgado, não poderíamos chamar o ato da decisão da ordem do ser como se fosse o sentido objetivo do ato jurisdicional.

A norma jurídica individual surge no momento em que cessar o ato de vontade jurisdicional que lhe impingiu o sentido subjetivo. Se o processo perpetuar-se nas instâncias superiores por meio de recurso, ainda não podemos falar que a sentença assumiu o sentido objetivo de uma norma. O ato de vontade continua a emitir aquele comando pertencente ao plano do ser, eis que a jurisdição é una e indivisível. Assim, a coisa julgada, quer formal ou material, é condição para que o querer dos tribunais traduza-se num querer deontico, despreendido do ato de vontade, cujo sentido constitui. Neste contexto, vale realçar a lição de Liebman, que dizia que a coisa julgada opera por meio de um processo de abstração que libera e torna autônomos os efeitos da sentença, em face dos pressupostos de validade e eficácia da própria sentença.⁶⁶

De alguma forma podemos dizer que Kelsen, ao realçar a passagem do ato de vontade para norma jurídica, como a fixação do sentido daquele ato pela norma superior que lhe empresta objetividade, considerou a coisa julgada em qualquer de suas modalidades. Se o órgão autorizado a estabelecer a norma jurídica individual

64 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 267.

65 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 106.

66 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 113.

julga improcedente a ação por sentença terminativa, então sua decisão irrecorrível operará coisa julgada formal. Ainda que a sentença tenha apenas repellido a pretensão do litigante, por falta de algum pressuposto, ela constituirá norma jurídica individual. A apuração do fato condicionante e da regularidade da relação processual é criação de norma jurídica, pois tal verificação é procedida por um órgão autorizado a dizer o direito em aplicação de uma norma jurídica geral que lhe atribui competência jurisdicional.

A falta de compreensão da função normativa da sentença judicial conduziu à concepção equivocada de que a tarefa dos tribunais é apenas declarar o direito, obscurecendo o fato de que a sentença é tão-só a continuação do processo de criação jurídica.⁶⁷

Este processo de produção jurídica, levado a cabo pela sentença, não tem uma simples função declarativa. Não podemos distinguir, no sistema dinâmico, o ato de aplicar o direito do ato de criar o direito, reputando-os fenômenos distintos.⁶⁸ A determinação da produção de uma norma inferior por uma norma superior, entretanto, nunca pode ser tão reduzida que o ato já não possa ser havido como ato de produção jurídica.⁶⁹

Entendendo-se que o ato da decisão judicial só assume o sentido objetivo de norma individual com o trânsito em julgado da sentença e que “uma decisão judicial entra em vigor com fundamento no princípio jurídico-positivo da coisa julgada”,⁷⁰ chegaríamos à conclusão de que a execução da sentença prolatada no processo de conhecimento não é norma jurídica individual, mesmo porque não se submete ao fenômeno da coisa julgada, dado seu caráter administrativo. A este respeito preleciona o Prof. Humberto Theodoro Jr.⁷¹ que a coisa julgada material submete o caso concreto ao accertamento de sua situação jurídica, não ultrapassando o processo cognitivo. A execução que lhe é consecutiva apenas tem por escopo tor-

67 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 265.

68 KARAM, Munir. A sentença como fato criador de normas, p. 135-147, *In: Estudos de filosofia do direito – uma visão integral da obra de Kelsen*. Coord. Luiz Regis Prado e Munir Karam, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

69 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 262.

70 *Ibidem*, p. 318.

71 THEODORO JR, Humberto. Da inexistência de coisa julgada ou preclusão pro iudicato no processo de execução, *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte*, v. 1, n. 1, 1994, p. 100-101.

nar efetivo um direito declarado ou acertado por sentença resolutória do mérito transitada em julgado.

Para Merkl,⁷² a atividade jurídica do Estado consistiria na criação de normas estratificadas, uma subordinada às outras de escala hierárquica superior, estendendo a todos os atos emanados do Estado a coisa julgada, conforme o princípio de que toda norma é ilimitadamente válida no tempo, salvo disposição em contrário. Merkl tinha a mesma compreensão de Kelsen da sentença transitada em julgado como resultado do processo de criação do direito, mas sua teoria peca pela falta de perspicácia quanto à verdadeira questão da *res judicata*, que, ao contrário do mestre da *Teoria Pura do Direito*, não logrou alcançar. O ponto nevrálgico da coisa julgada é a inibição de uma segunda sentença sobre uma mesma lide julgada por sentença anterior transitada em julgado.⁷³

Kelsen,⁷⁴ ao adotar a sentença como parte do processo de produção jurídica, soube dissociar o comando nela contido, embora pudesse ser mudada ou contraditada, da autoridade da *res judicata*. Eventualmente, a sentença ainda não transitada em julgado pode autorizar a execução provisória do julgado, entretanto este só se ultimarão quando a decisão de última instância irrecorrível for assumida como o sentido objetivo daquele comando judicial. Enquanto não houver o trânsito em julgado, o fato reconhecido como ilícito não pode se tornar qualificado como tal do ponto de vista jurídico. É nesse sentido que Kelsen trata a sentença como norma jurídica individual, considerando, principalmente, supremacia da decisão judicial passada em julgado sobre qualquer outra.

Não podemos confundir os efeitos da sentença com a coisa julgada. Merkl equiparou os efeitos da sentença à coisa julgada, como se esta fosse da essência daquela, ao tratar da autoridade da coisa julgada como um problema de duração da norma concreta que surge com a decisão judicial, conforme crítica expendida por Liebman.⁷⁵ Não há coisa julgada transitória, como pensava Merkl, não podendo esta ser tratada como *lex specialis* passível de ser ab-rogada em qualquer tempo por ato da autoridade que a estabeleceu.

72 MERKL, Adolf. Die Lehre von der Rechtskraft, 1923, p. 166 *et seq. apud* LIEBMAN, *op. cit.*, p. 115-116.

73 LIEBMAN, Enrico Tullio, *op. cit.*, p. 41.

74 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 268.

75 LIEBMAN, Enrico Tullio, *op. cit.*, p. 40-41.

A concepção da coisa julgada como lei especial vislumbra o ato jurisdicional como mero exercício de delegação legislativa, *maxime* no caso de lacunas no direito. Não se pode dizer verdadeiramente que o Judiciário tenha função de legislador, quando por legislação se entenda a criação de normas jurídicas gerais.⁷⁶ Mesmo quando a sentença se manifesta com vistas ao preenchimento de lacunas, não se pode falar em exercício de uma função legislativa, porque tal decisão é aplicação de uma norma geral. Embora não seja aplicação da norma geral que de algum modo predetermina o conteúdo, é aplicação da norma geral que lhe confere poder para a “criação *ex novo* de direito material”.⁷⁷

4 FATO, SUPORTE FÁTICO E FATO JURÍDICO

O fato da natureza ou cultural é indiferente ao mundo jurídico, caso não realize a hipótese condicionante da existência do fato jurídico. Esta transição do dado fático para a sua consubstanciação em uma situação jurídica ocorre pela consideração de sua relevância pela norma jurídica. A materialização do fato previsto como hipótese pela norma jurídica autoriza a qualificação do fato como situação jurídica.

O direito, segundo Pontes de Miranda,⁷⁸ reduzido à sua expressão mais simples, é “uma norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida”.

O mundo jurídico é formado por fatos jurídicos que decorrem da realização dos esquemas abstratamente contidos na norma jurídica, singularizando as respectivas situações fáticas por meio da concreção de sua hipótese condicionante. Marcos Bernardes de Mello,⁷⁹ identificando norma como proposição jurídica, enceta a

76 A função legislativa pode sofrer uma descentralização quando os tribunais concorrem com o órgão legislativo na produção de normas jurídicas gerais. Isto acontece quando um tribunal recebe competência para produzir normas gerais por meio de decisões com força de precedentes, e se evidencia com grande eloquência no sistema anglo-saxão (KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 278-279).

77 KELSEN, Hans, *op. cit.*, 1994, p. 271.

78 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 1, p. 3.

79 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 6.ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 19.

estrutura da norma jurídica pela fixação de determinado fato ou conjunto de fatos como conteúdo do suporte jurídico da norma, a cuja ocorrência devem-se atribuir certas conseqüências no plano do relacionamento intersubjetivo, que correspondem aos efeitos jurídicos. E arremata:

“Parece mais do que evidente que uma norma jurídica que apenas descrevesse um suporte fático, sem imputar uma conseqüência jurídica ao fato correspondente, ou que prescrevesse certa eficácia jurídica, sem relacioná-la a um determinado fato jurídico, seria uma proposição sem sentido, do ponto de vista lógico-jurídico, embora até pudesse ser uma proposição lingüística completa, com sentido.”⁸⁰

O conceito de suporte fático não se confunde com o fato singular ou o conjunto de fatos que a hipótese normativa encerra em seu bojo. Aquele representa uma pluralidade de circunstâncias que o ordenamento jurídico reconhece como fundamento de uma conseqüência jurídica. Chamar tal pressuposto de incidência da norma jurídica de simples fato, seria não distinguir o suporte fático (*tatbestand*) dos fatores em que se decompõe.⁸¹

O parentesco consanguíneo concorre com o binômio necessidade e possibilidade, que preside à criação da obrigação alimentar fundada na solidariedade familiar (art. 396 e seguintes do Código Civil brasileiro). O fato biológico que aproxima as pessoas descendentes umas das outras ou do mesmo tronco integra o suporte fático da obrigação alimentar entre parentes. Este fato, não obstante, carece de suficiência para, por si próprio, constituir a situação jurídica em tela, permanecendo como fato da natureza alheio ao direito, se a ele não se agregarem outras circunstâncias. E, mesmo, assim não é qualquer parentesco que está apto a preencher o suporte fático, mas só aquele vínculo que se estende na linha ascendente e descendente, e colateral até o segundo grau. Além desse grau de parentesco, para efeitos de obrigação alimentar, a condição familiar é indiferente ao direito. O suporte fático ou pressuposto de fato (*tatbestand*) é um *plus* em relação ao fato qualificado pela

80 MELLO, Marcos Bernardes de, *op. cit.*, p. 19.

81 ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor e WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Trad. Blas Pérez González e José Alguer. 2. ed., Barcelona: Bosch, 1953, v. 2, p. 5 *et seq.*

norma jurídica, que integra o seu elemento nuclear. Portanto, não podem ser iguais.⁸² O suporte fático também não se confunde com o fato jurídico. Segundo Pontes de Miranda,⁸³ “o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e por que incide”. Marcos Bernardes de Mello⁸⁴ atribui ao suporte fático caráter “transeunte”, isto é, a sua função esgota-se na capitulação dos fatos e suas circunstâncias, engendrando conseqüências jurídicas. Diferentemente, o fato jurídico permanece no mundo jurídico desde o momento em que se compuseram os elementos de seu suporte fático. Uma vez concretizado o pressuposto de incidência dos efeitos da norma, o suporte fático extingue-se. Haveria, portanto, uma determinação espaço-temporal do suporte fático, como conclui aquele autor.

O estudo do suporte fático reclama que se proceda à definição da temporalidade dos elementos que o integram, independentemente de se tratar de hipóteses normativas simples ou complexas.

Cardozo⁸⁵ classifica em três as espécies estruturais de elementos fáticos que podem ser descritas nas hipóteses das normas jurídicas, conforme a dimensão temporal que venham consumir.

Fatos instantâneos: são afetados pelo direito em um único momento temporal. É o caso da maioridade civil, que habilita para todos os atos da vida civil o indivíduo na data da consumação de seus 21 anos de idade.

Fatos contínuos: verificam-se pela configuração de sua existência prolongada e determinada no tempo. Como exemplo, poderíamos citar o art. 4º da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que exige casamento com duração superior a dois anos para a obtenção do pedido de separação consensual.

Fatos permanentes: nas palavras do próprio autor, “são aqueles elementos fáticos que não se configuram em um único instante temporal, nem exigem um lapso de tempo determinado para sua configuração, mas que se realizam enquanto durar ou tiver permanência existencial uma dada situação de fato”.⁸⁶ Cardozo ilus-

82 MELLO, Marcos Bernardes de, *op. cit.*, p. 47.

83 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. 1, p. 77.

84 MELLO, Marcos Bernardes de, *op. cit.*, p. 48.

85 CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995, p. 271 *et seq.*

86 CARDOZO, José Eduardo Martins, *op. cit.*, p. 272.

tra a definição de *fato permanente* com o art. 19 da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que estatui: “O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.” A necessidade que a lei exige para se implementar o pagamento da pensão alimentícia deferida no tempo constitui um “estado de fato, cuja permanência existencial e temporal é indispensável para a realização da hipótese da norma”.⁸⁷

Isso, entretanto, não significa que a qualificação do suporte fático como “transeunte” esteja equivocada. A situação jurídica da obrigação alimentar exsurge da apropriação axiológica do fato necessidade contemporânea à prolação da sentença judicial, e não da verificação da constância do fato permanente *a posteriori*. A modificação do estado de fato propiciará a formação de uma nova situação jurídica, cuja eficácia não oblitera os efeitos já produzidos pelo fato jurídico que ensejou os alimentos. Esta nova situação jurídica, em certa medida, não se contrapõe à anterior, mas se “soma”.⁸⁸

5 A COISA JULGADA NA AÇÃO DE ALIMENTOS

O art. 15 da Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, dispõe: “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da situação financeira dos interessados.”

O dispositivo citado tem fulcro na idéia de que as relações jurídicas continuativas não se submetem ao crivo da coisa julgada, em razão da discricionariedade do aplicador do direito na fixação do *quantum* alimentar. Esta doutrina que inspirou o legislador na feitura da lei de alimentos baseou-se na distinção entre processo declarativo e processo dispositivo desenvolvida por Carnelutti e iniciada por Kisch.⁸⁹ Sempre que o juiz decidisse por equidade ou segundo as circunstâncias, estaríamos diante de um processo dispositivo. Não encontrando lei preexistente que dê critério para orientar o magistrado na decisão, estaríamos dian-

87 CARDOZO, José Eduardo Martins, *op. cit.*, p. 272.

88 Vide FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 52, p. 5-33, jul. 1991, p. 21.

89 *Beirträge zur Urteilslehre*, p. 110 *et seq.* *apud* LIEBMAN, *op. cit.*, p. 25, nota b.

te de um ato legislativo. A parte da sentença que não encontrasse respaldo em lei que lhe predeterminasse o conteúdo, careceria da autoridade da coisa julgada pelo caráter não jurisdicional do ato. À mais larga discricção do juiz corresponderia permissão também mais ampla de modificação ulterior do julgado justificado por sua liberdade de criação do direito.⁹⁰ A alteração do que foi decidido em detrimento da coisa julgada decorreria do arbítrio judicial em estabelecer o valor dos alimentos, ao contrário do processo declarativo em que a sentença estabeleceria apenas a subsunção do fato ao esquema abstratamente contido na norma.

Como sabemos, isso não é verdade, pelo simples fato de a decisão ter sido confiada a um órgão que, em razão dessa competência, proferirá atos jurisdicionais. Ainda que uma sentença resulte de certa discricionariedade do juiz, ela será ato jurisdicional, porque emanada de um órgão qualificado por norma superior como jurisdicional. Além disso, como a sentença é uma norma jurídica individual, sua existência específica (vigência) não pode abdicar da coisa julgada como efeito imediato do trânsito em julgado pela ausência, esgotamento ou decurso do prazo dos recursos interponíveis.

A possibilidade de mudança do julgado acenada nas sentenças dispositivas para as relações continuativas, cujos elementos sejam por natureza variáveis, nada mais é do que a interveniência de novos fatos sucessivos à emanação da sentença.⁹¹ De sorte que todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*.⁹² Tratando-se de relação jurídica continuativa, a instabilidade dos elementos que integram o seu suporte fático, suscetíveis de variação por fatos que sobrevenham à sentença, não representa uma atenuação do princípio da coisa julgada. Tanto a mudança como a manutenção de uma relação jurídica revelarão a força da coisa julgada “no excluir totalmente uma apreciação diversa do caso, enquanto permaneça inalterado”.⁹³

A inibição de uma nova sentença versando sobre situação idêntica é uma das principais funções da coisa julgada. Este repúdio ocorrerá quando houver identidade dos elementos da ação, ou seja, partes, causa de pedir e pedido. Quando se diz que toda sentença vale *rebus sic stantibus*, articula-se a possibilidade da alteração

90 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *op. cit.*, p. 17.

91 LIEBMAN, Enrico Tullio, *op. cit.*, p. 27.

92 *Ibidem*.

93 *Ibidem*, p. 28.

dos dados nela implicados. Se houver transformação da causa de pedir, não se estará repropoando a mesma ação anteriormente julgada, mas ação diversa, não incorrendo, pois, no efeito *non facere* da coisa julgada, aplicável em caso de identidade dos elementos da ação. A causa de pedir é a “afirmação da coincidência do fato com o suporte fático de uma norma”.⁹⁴ Portanto, a relação jurídica vai assumir nova configuração pela verificação da intercorrência de novos fatos, que irão modificá-la.

Segundo Fabrício,⁹⁵ “o anteriormente decidido não se modifica nem se perde; a ele segue-se, sem propriamente substituí-lo, outro que examina a relação jurídica tal como se apresenta agora”. Trata-se de nova sentença e não modificação do julgado anterior, pois este permanece tão imutável quanto era antes.⁹⁶ Só haveria relativização do princípio da imutabilidade se fosse reapreciada a ação tal como se apresentara quando do julgamento primitivo.⁹⁷ Assim, vê-se que não há nenhuma incompatibilidade das relações jurídicas continuativas com a estabilidade da *res judicata*.

A propósito da imutabilidade da sentença em ação de alimentos, deve-se lembrar a lição de Liebman,⁹⁸ que declarava que todas as sentenças são suscetíveis de coisa julgada formal por força da preclusão dos recursos, que a autoridade da coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença transitada em julgado. Decidindo sobre a relação deduzida em juízo, a coisa julgada formal logra a qualidade de imutabilidade do *decisum* que incrementa sua estabilidade. Nessa perspectiva, a sentença “destina-se a projetar a sua eficácia também e sobretudo fora do processo e a sobreviver a este”.⁹⁹

A sentença na ação de alimentos não só transita em julgado como também produz coisa julgada material. Quando se julga ação de alimentos, apura-se o mérito da relação jurídica alimentar. A possibilidade de reapreciação só ocorre quando o estado de fato sofrer modificação. A eventualidade de se ajuizar ação revisio-

94 TESHEINER, José Maria Rosa. Os elementos da ação. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 62, nov. 1994, p. 115. Conceito baseado em CARNELUTTI, *Trattato*, p. 172.

95 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *op. cit.*, p. 27.

96 *Ibidem*, p. 28.

97 *Ibidem*, p. 29.

98 LIEBMAN, Enrico Tullio, *op. cit.*, p. 57.

99 *Ibidem*.

nal não exclui a coisa julgada material de que se revestiu a sentença antecedente, uma vez que não há modificação do julgado, mas sim alteração dos termos da relação material. Se não fosse assim, lei posterior, que revogasse a norma geral que serviu de fonte para a instauração de uma obrigação alimentar constituída judicialmente, iria prejudicar a questão julgada em sede de alimentos.

A coisa julgada material constitui um limite à retroatividade da lei, inibindo a projeção contra si de efeitos imediatos da lei nova.¹⁰⁰ Se se pode falar em ultratividade da lei velha que desborda de seu domínio temporal de validade, para continuar regulando o caso concreto no âmbito de validade inaugurada por lei revogadora que lhe sucedeu, também se pode falar em imunidade dos efeitos da *autoritas rei iudicatae* à superveniência da norma derogante. Mesmo que haja no suporte fático, como componente da descrição de sua hipótese, *fato permanente*, a solução julgada não irá se sujeitar ao influxo da lei nova. A autoridade da coisa julgada protegida constitucionalmente tem duas funções: impedir a colocação no futuro da questão decidida (*non facere*) e impor a adoção no futuro da solução que a decidiu (*facere*).¹⁰¹

Portanto, a sentença em ação de alimentos transita em julgado, como toda e qualquer sentença, e faz coisa julgada material, haja vista seus efeitos pan-processuais.

6 FONTES BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia de Hans Kelsen*. Belo Horizonte : Cadernos da Pós-Graduação, Série Teses, 1984.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- EBENSTEIN, W. *La teoría pura del derecho*. Mexico: F. de Cult. Econ., 1947.

¹⁰⁰ CARDOZO, José Eduardo Martins, *op. cit.*, p. 325.

¹⁰¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *op. cit.*, p. 14.

- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor e WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1953, v. 2.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Ajuris*: Porto Alegre, v. 52, p. 5-33, jul. 1991.
- HECK, Luís Afonso. O fenômeno jurídico. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, v. 681, p. 15-33, jul. 1992.
- KARAM, Munir. A sentença como fato criador de normas. In: *Estudos de Filosofia do Direito*; uma visão integral da obra de Kelsen, p. 135-147. Coord. Luiz Regis PRADO e Munir KARAM. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- MACHADO NETO, A. L. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- MAMEDE, Gladston. *Semiologia e direito*: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura. Belo Horizonte: Editorial 786, 1995.
- MATTA, Emmanuel da. *O realismo da teoria pura do direito*: tópicos capitais do pensamento kelseniano. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MERKL, Adolf. *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. 2. ed. São Paulo: Borsoi, v. 1, 1954.
- SALDANHA, Elza Roxane Álvares. Kirchmann e a negação do caráter científico. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, a. 27, n. 108, p. 271-284, out/dez. 1990.
- STUMPF, Paulo Umberto. O normativismo: formulação, contexto, crítica. *Estudos Jurídicos*: São Leopoldo, v. 26, n. 68, p. 5-91, set./dez. 1993.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Os elementos da ação. *Ajuris*: Porto Alegre, v. 62, p. 108-135, nov. 1994.
- THEODORO JR., Humberto. Da inexistência de coisa julgada ou preclusão *pro iudicato* no processo de execução. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*: Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 95-108, 1994.

VALLE, Gabriel. *A aventura da filosofia*. Belo Horizonte: Sophia, 1995.

VILLANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS PENAIS E A LEI DE PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA: UM CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE OU DE DESCRIMINALIZAÇÃO?

Luciano Sotero Santiago

A simples magia das incriminações não basta para fazer reinar a ordem no mundo econômico.

Pierre Bolle.

Sumário

1. Introdução. 2. Direito Penal Econômico. 2.1. Conceito. 2.2. Origem. 2.3. Autonomia. 3. Alguns princípios constitucionais fundamentais do Direito Penal. 3.1. Princípio da legalidade ou da reserva legal. 3.2. Princípio da culpabilidade. 3.3. Princípio do juiz natural. 3.4. Princípio da presunção da inocência. 3.5. Princípio da não auto-incriminação. 3.6. Princípio da não responsabilidade penal da pessoa jurídica. 4. O Direito Penal Econômico como forma de proteção da concorrência. 5. Breves considerações sobre a Lei n. 8.884/94. 5.1. Do objetivo da lei. 5.2. Da natureza jurídica do Cade. 5.3. Dos sujeitos ativos das infrações econômicas. 5.4. Da produção de provas no processo administrativo. 5.5. Infrações à ordem econômica: Caracterização e tipificação. 6. Os princípios constitucionais fundamentais penais e a Lei n. 8.884/94. 6.1. Das várias incompatibilidade. 6.2. Princípio da legalidade ou da reserva legal e os arts. 20 e 21. 6.3. Princípio da culpabilidade e o art. 20. 6.4. O princípio do juiz natural e o Cade. 6.5. O princípio da presunção de inocência e os arts. 23, 24, 26 e 34. 6.6. O princípio da não auto-incriminação e o art. 26. 6.7. O princípio da não-responsabilidade penal da pessoa