

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE E LÓGICA NO PROCESSO CIVIL

Fábio Camargo Bandeira Villela

Presidente Prudente/SP

2007

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE E LÓGICA NO PROCESSO CIVIL

Fábio Camargo Bandeira Villela

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Paulo Eduardo d'Arce Pinheiro.

Presidente Prudente/SP

2007

PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE E LÓGICA NO PROCESSO CIVIL

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro

Presidente Prudente

"[...] (1) que Adão não tinha, seja por direito natural de paternidade ou por doação positiva de Deus, autoridade de qualquer natureza sobre os seus filhos ou domínio sobre o mundo, conforme se pretende;
(2) que, se os tivesse, nenhum direito a eles, contudo, teriam seus herdeiros;
(3) que, se os herdeiros os tivessem, como não existe qualquer lei da natureza ou lei positiva de Deus determinando qual o herdeiro verdadeiro em todos os casos que se possam apresentar, o direito de sucessão, e em consequência, o de exercer o mando, não poderia ter sido determinado com toda exatidão;
(4) que, mesmo no caso de ter sido este determinado, estando o conhecimento de qualquer que seja a linha mais antiga da posteridade de Adão há tanto tempo tão inteiramente perdido, não resta nas raças da Humanidade e nas famílias do mundo a menor pretensão a qualquer uma em relação à outra no sentido de ser a casa mais antiga e de possuir o direito de herança. "

John Locke,
Segundo tratado sobre o governo

Dedico este trabalho a Lena,
Júlio, Bia e Roberto.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro pela lucidez e pelo estímulo constante.

Agradeço a Clarice e Sérgio pelo apoio recebido.

Agradeço a todos os professores das disciplinas que cursei.

Agradeço a Daniela pela companhia nos diversos projetos acadêmicos.

RESUMO

O presente trabalho intitulado “Princípio da eventualidade e Lógica no processo civil” investiga as relações entre princípio da eventualidade e Lógica a partir de duas perspectivas: a primeira delas refere-se ao princípio da eventualidade – posto que contém, em si, a possibilidade de contradição – frente à idéia de ordenamento jurídico, associada à lógica, à coerência e à estabilidade das decisões judiciais quando bem utilizada a faculdade da razão. Essa primeira perspectiva discute especialmente o âmbito e o alcance do princípio da eventualidade no processo civil, através de uma interlocução com a obra de Guilherme Freire de Barros Teixeira intitulada “O princípio da eventualidade no processo civil”, com foco em uma reflexão sobre alguns institutos centrais do Direito Processual, principalmente referidos aos elementos da ação e ao efeito preclusivo da coisa julgada. A segunda perspectiva discute, com base no aparente paradoxo da admissibilidade do princípio da eventualidade, a relação possível entre ordenamento jurídico e lógica, esta referida especialmente à Lógica Dedutiva, mas também à Lógica Jurídica, conforme postulada por Recaséns Siches. O resultado da investigação aponta para o fato de que o âmbito e o alcance do princípio da eventualidade dependem do sentido que assumem os mencionados institutos jurídicos e seus elementos constitutivos. Quanto ao segundo pólo da investigação, conclui-se que o ordenamento jurídico não pode pautar as decisões jurisdicionais fundamentalmente na Lógica Dedutiva e seu silogismo categórico. Apesar disso, o silogismo constitui a forma externa que usualmente assume o argumento jurídico e, em muitos casos, um de seus componentes.

Palavras-chave: princípio da eventualidade, Lógica, Lógica Dedutiva, Lógica Jurídica

ABSTRACT

This work, whose title is “The *Eventualmaxime* and Logic in civil process” investigate the relationship between the *Eventualmaxime* and logic from two perspectives: the first one is about the *Eventualmaxime* – that contains, in itself, the possibility of contradiction – confronted to the idea of juridical order, associated to logic, to coherence and the stability of court’s decisions, when the faculty of reason is properly used. This first perspective discusses specially the realm and the reach of the *Eventualmaxime* in civil process, thru an interlocution with the work of Guilherme Freire de Barros Teixeira, whose title is “The *Eventualmaxime* in civil process”, which focus a reflection about some central ideas of the Process Law, specially referred to the elements of action and the preclusive effect of the judged thing. The second perspective discusses, based on the apparent paradox of the admissibility of the *Eventualmaxime*, the possible relationship between judicial order and logic, meaning by “logic” Deductive Logic, as well as “Judicial Logic”, according to Recaséns Siches. The results of the investigation points to the fact that the realm and the reach of the *Eventualmaxime* depend on the sense that assume the mentioned juridical ideas and its constitutive elements. When it comes to the second perspective, it is concluded that juridical order can not base juridical decisions fundamentally in Deductive Logic and its categorical syllogism. Despite this, syllogism constitutes the external shape that usually juridical order assumes and, sometimes, it is one of its components.

Keywords: *Eventualmaxime*, logic, Deductive logic, juridical logic.

SUMÁRIO

PARTE I – PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE NO PROCESSO CIVIL: CARACTERIZAÇÃO, ÂMBITO E ALCANCE	09
1 INTRODUÇÃO:	
TENSÃO ENTRE PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE E LÓGICA	10
2 SOBRE O PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE	27
3 CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE, SEU ÂMBITO E ALCANCE	38
3.1 Princípio da Eventualidade e Elementos da Ação	38
3.1.1 Eventualidade e fatos jurídicos	45
3.1.2 Eventualidade e fundamentos jurídicos do pedido	53
3.1.3 Eventualidade e pedido	62
3.2 Elementos da Ação, Efeito Preclusivo da Coisa Julgada e Paz Social	70
3.3 O Princípio da Eventualidade e a Resposta do Réu	87
3.4 Princípio da Eventualidade Frente a Institutos Jurídicos Diversos	97
3.4.1 <i>ius superveniens</i>	97
3.4.2 Provas	105
3.4.3 Recursos	106
3.4.4 Juizados especiais	108
3.5 Conclusão Sobre o Âmbito e o Alcance do Princípio da Eventualidade	108
PARTE II – ORDENAMENTO JURÍDICO E LÓGICA	114
4 LÓGICA DEDUTIVA E INDUÇÃO	115
5 DIREITO E LÓGICA DEDUTIVA	132
5.1 Dedução e Direito: O Caso da Escola da exegese.....	132
5.2 Dificuldades Intrínsecas da Dedução nas Decisões Judiciais	137
5.2.1 Premissas	137
5.2.2 Lógica e linguagem jurídica	143
5.3 O Sistema Jurídico Quanto à sua Completude e Integração	148
5.4 Valor e Direito	152
5.5 Conclusão Sobre Direito e Lógica Dedutiva	154
6. LÓGICA JURÍDICA	160
7 A LÓGICA DEDUTIVA RETORNA AO PROCESSO	166
8 CONTRADIÇÃO E EVENTUALIDADE NO PROCESSO	168
9 LÓGICA E BARBÁRIE NO PROCESSO	175
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	176

PARTE I

PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE NO PROCESSO CIVIL: CARACTERIZAÇÃO, ÂMBITO E ALCANCE

1 INTRODUÇÃO: TENSÃO ENTRE PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE E LÓGICA

A polissemia da palavra Direito cria certa complexidade na investigação de conceitos e fenômenos, não tanto porque o seu sentido de Ciência tende a ser confundido com o sentido de ordenação social coercitiva constituída pelo Estado, mas sobretudo porque esses dois sentidos estão na práxis social de tal forma imbricados que o Direito enquanto ciência não se constitui plenamente senão tendo por cerne o estudo do Direito enquanto ordenação social, através de variadas teorias, abordagens e perspectivas; ao mesmo tempo, o Direito enquanto ordenação social não é alheio ou indiferente às investigações científicas sobre si próprio, portanto, não é alheio ao Direito enquanto Ciência.

Não há, de qualquer forma, em nenhum ordenamento jurídico, a necessidade de se observar para as regras e os princípios que o constituem as interpretações e os sentidos que a Ciência do Direito reserva para eles, portanto, não raramente, o sentido atribuído a uma determinada norma ou princípio, ou mesmo suas presumíveis conseqüências concretas, podem estar em descompasso ou em contradição com o que Ciência do Direito dispõe a eles como verdadeiro e correto.

Como é típico da área denominada de *humanas*, não há apenas uma única linha, corrente ou teoria com base na qual os fenômenos sociais ou humanos são pensados, portanto, a oposição de idéias, a controvérsia e o debate são constitutivos do campo de Direito. Assim, as linhas, correntes ou teorias não apenas se constituem em um campo marcado pelo debate, como sobretudo se constituem para o debate no campo. Talvez isso permitisse, pelo menos hipoteticamente, que qualquer decisão judicial pudesse ser expressão, para o caso concreto, de uma norma ou de sua conseqüência conforme um sentido prévio muito bem definido e delimitado, ainda que não consensual, derivado da Ciência do Direito, ainda que exclusivamente de uma de suas linhas ou correntes. Não há, entretanto, qualquer prioridade necessária da ciência sobre a práxis jurídica, ainda que isso pudesse conferir certa elegância ao ordenamento jurídico e suas decisões. Elegância, por esse motivo, formal, fazendo abstração do Direito como produto possível na História

e com sentidos possíveis – ainda que contraditórios – também na História, em que pese seu ideal de completude e rigor científico e lógico. Em parte, essa característica do Direito enquanto práxis social irá influenciar a Ciência do Direito e a produção dessa Ciência, ainda que o formato e a lógica interna do Direito-Ciência não possam ser pensados na imediaticidade das formas de ser do Direito enquanto práxis social.

A impossibilidade do Direito enquanto práxis se constituir em um sistema formal e definitivo decorre muito mais da sua necessidade de seu ajuste progressivo às substanciais mudanças nos modos de ser das pessoas e sociedades, implicando modificações substantivas nas relações sociais, do que de qualquer necessidade interna implicada na abstrata mediação entre Ciência e Práxis. O próprio projeto de estabelecer relação fixa e necessária entre ciência e práxis já indicaria também uma práxis abstratamente concebida. O Direito não é um sistema fechado e suas modificações não se operam fundamentalmente por revogação expressa de normas e criação de novas normas em seu lugar, mas principalmente por interpretação diversa de antigos dispositivos ou de interpretação para se alcançar o sentido sistemático da lei frente a novos dispositivos em curso. Portanto, muito mais como interpretação sistemática de combinação de princípios e regras, alguns dos quais, novos em alguns casos, do que por extração do sentido literal de dispositivos isolados. Abstraído o fato de que essa atividade de interpretação dos princípios e normas de determinado ordenamento jurídico ser realizado por inúmeros teóricos e operadores do direito, com os mais variados resultados, a impressão derivada das interpretações sistemáticas é de uma permanente reconstrução de um sistema jurídico ou de uma totalidade jurídica, ainda que secreta, com base na qual a decisão correta pode ser extraída.

Assim, não obstante a necessária mediação entre Direito enquanto Práxis e Direito enquanto Ciência, a fundamentação da segurança das decisões judiciais costuma residir na idéia do Direito como um sistema fechado e lógico – ou, pelo menos, lógico – com base no qual a decisão, salvo erro individual do juiz, decorre, portanto, de forma natural e lógica, por decorrência.

Certa pretensão frustrada de constituição de um sistema estritamente lógico, seja como forma de garantir certeza e coerência nas decisões judiciais, seja com vistas a firmar o Direito como ciência segundo o modelo das ciências naturais, ensejou certo questionamento quanto à própria racionalidade do Direito e quanto à

possibilidade de se constituir o próprio Direito como ciência. Paulo Dourado de Gusmão, discutindo a natureza científica do estudo do Direito, afirma:

[...] quanto à natureza científica do estudo do direito, reconhecida pela maioria dos estudiosos, há alguns opositores. Desde 1848, foi-lhe negado o caráter científico, quando Kirchmann (*El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho*, trad.), em conferência célebre, disse: a "ciência do direito, tendo por objeto o contingente, é também contingente: três palavras retificadoras do legislador tornam inúteis uma inteira biblioteca jurídica". Assim, segundo Kirchmann, (*El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho*, trad.), uma simples lei derogadora de um sistema jurídico terminaria com a ciência jurídica. (GUSMÃO, 1995, p.4)

Em tempos atuais, como não lembrar do efeito devastador da lei 9099/95 – que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – em relação a toda certeza advinda da argumentação e das conclusões silogísticas referentes à impossibilidade de transação penal em decorrência dos pressupostos em que se fundam o nosso sistema jurídico? Ou ainda o impacto da lei 9.605/98, que trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, regulando matéria constitucional, que prevê a existência de crime de pessoa jurídica, contra toda argumentação anterior cujas conclusões pareciam ser definitivas, a não ser que fosse completamente reformulada a noção de consciência, dolo e culpa que regula matéria penal? Estudantes atônitos não entendem porquê, sob as mesmas premissas gerais, antigas certezas baseadas em silogismo, perdem a condição de definitivas e imutáveis. Talvez não haja estrito silogismo dessas conclusões e nem das decisões judiciais. Tratar-se-ia apenas de silogismo *ad hoc*. Possivelmente, falso silogismo, conclusão sob a aparência e forma externa de silogismo, mas, no fundo, mera decisão parlamentar, possivelmente – mas nem isso é garantido – como expressão legítima de práxis social. Boa parte dos estudantes, entretanto, não se perturba, antes se enaltece pelas virtudes da lógica particular do direito que só um jurista poderia compreender. A maior parte dos estudantes, entretanto, não se perturba e corre para memorizar os novos preceitos, ansiosa para ser absorvida pelo Estado e poder participar das decisões do Estado, mediante remuneração módica, evidentemente. Mas a turma mais interessante talvez seja a dos sistemáticos, que, seguindo autores distintos, dividem os institutos jurídicos e seus fundamentos em novas categorias, para montar novos silogismos, recompondo a certeza inabalável do direito, até a crítica mais implacável de corrente jurídica

diversa, ou, pior ainda, até o próximo capricho parlamentar sobre o tema, o que exigiria novas composições silogísticas para formar regras e para definir a aplicação dessas novas regras.

A idéia de um sistema fechado e coerente está lastreada na abstração do Direito em relação a seus marcos históricos e sociais. Também não apontadas as devidas articulações entre essas duas dimensões do Direito, como ordenação social e Ciência.

Gusmão, discutindo o aspecto de contingência – portanto, de não essencialidade – dos conteúdos das normas, aponta essa dimensão histórica constitutiva do direito, sem fazer referência direta à questão, também aqui tratada, dessa distância entre fenômeno social e ciência reunidos sob a mesma denominação de "Direito":

Mas tal contingência, comum ao histórico, só tornaria anacrônica uma forma de saber jurídico, que seria substituída por outra tendo por objeto o novo direito. Anacrônico, mas não sem validade, por ter valor histórico. Capograssi (*Il Problema della Scienza del Diritto*), em 1937, respondendo a essa objeção clássica, admitiu poder ser sustentada a natureza científica do estudo do direito, apesar de sua mutabilidade, desde que não se considere a norma jurídica, que é mutável, como o objeto da ciência do direito, mas a experiência jurídica dotada de certa estabilidade, semelhante à dos demais fatos históricos, pois, pelo menos, ao se modificar, não anula a experiência passada, que, como tradição, se mantém viva. Diga-se de passagem: não é a norma que é mutável, mas o seu conteúdo. (GUSMÃO, 1995, p. 4-5)

Persiste na maior parte do ensino jurídico e na crença do advogado o inconformismo de uma decisão judicial que parece não ter sido produzida segundo um caminho de certeza apodítica. E isso não pela ausência de noções elementares de sociologia jurídica ou de introdução geral ao direito, pois isso até é garantido, mas especialmente pela inexistência da reflexão sobre o papel das figuras de silogismo e tipologia no processo da produção da sentença.

Para outros, a mutabilidade das normas – ou de seu conteúdo, conforme nos alerta Gusmão – não é condição para que o sistema deixe de ser coerente e fechado, pois ele, idealmente, se refaz enquanto sistema através de uma recomposição das articulações entre todas as normas e princípios, o que só seria apreensível mediante a boa interpretação, que reconstruiria racionalmente o sistema em sua adequada e – por que não escrever? – exata direção, independentemente do jogo diário da prática forense e das decisões judiciais, consideradas – em grande

parte dos casos – contingentes, porque em oposição à lógica estrita e fechada que secretamente nortearia a decisão acertada.

O princípio da eventualidade, entretanto, parece fazer pouco caso da idéia de que as decisões judiciais devam ser produzidas em respeito à lógica e especialmente à lógica formal. Como deduzir, a um só tempo, as mais variadas matérias de defesa, mesmo que contraditórias entre si? E como o ordenamento jurídico poderia acolher princípio que parece uma afronta à idéia de sistema e de lógica com base nos quais repousa idealmente a segurança jurídica das decisões judiciais? Em seu livro *O princípio da eventualidade no processo civil*, Guilherme Freire de Barros Teixeira cita exemplo de James Goldschmidt de aplicação do princípio da eventualidade em defesa contra ação de cobrança de dívida: "Primeiro, não me deste dinheiro algum; segundo, já o devolvi faz um ano; terceiro, disseste que era um presente; e, por fim, a dívida já prescreveu."

Se o princípio da eventualidade faz parte da práxis do direito, não poderá ser adequadamente interpretado na abstração dessa práxis e no sentido que vai assumindo ao longo da história. A reflexão e a investigação deliberada e cuidadosa sobre esse princípio, por outro lado, vai contribuindo para a compreensão do Direito em suas várias dimensões e sentidos, de modo a se distanciar da primeira impressão – no caso, má impressão – que causa ao leigo.

A tarefa de investigação na área do Direito exige, nesse caso como em outros, situar o objeto de investigação em relação ao debate próprio ao campo científico, sem perder de vista sua eventual condição de elemento interno a um ou vários ordenamentos jurídicos e somente com base nos quais alguns sentidos e reflexos são possíveis.

Pelo fato de o princípio da eventualidade, intrinsecamente, pôr em questão, mais do que qualquer outro princípio do direito, limites lógicos da Ciência do Direito e do próprio processo, torna-se, no presente trabalho, objeto de investigação, precisamente pelo interesse de elucidação da própria lógica ou do formalismo possível presente no Direito em geral e no processo civil em particular.

Se, conforme apontado, a investigação do princípio da eventualidade parece profícua para a reflexão mais ampla sobre Lógica e Direito, não deixa, entretanto, de ter um valor intrínseco, afinal, o princípio da eventualidade é um dos princípios mais intrigantes à investigação científica e, ao mesmo tempo, um dos que

mais tem gerado controvérsias e polêmicas quanto à sua pertinência, interpretação e seu âmbito nos mais variados ordenamentos jurídicos.

Que seu sentido não pode ser fixado senão com referência à História e ao debate teórico, não deve, sobre isso, haver grande controvérsia, posto condição usualmente comum à investigação recente de fenômenos jurídicos. Porém, como princípio, escapa de uma delimitação, ao menos literal, como no caso das regras positivadas. Ao mesmo tempo, não expressa em si, diferentemente do que ocorre com a maioria dos princípios jurídicos, entre os quais se pode citar, a título de exemplo, o princípio do contraditório, o princípio da legalidade, o princípio da ampla defesa, o seu *telos*. Portanto, de seu um pouco enigmático nome, temos apenas pistas gerais de sua sistemática. O seu sentido e a sua finalidade foram construídos como abstração de certas formas de proceder no processo jurídico de certos ordenamentos jurídicos. Sua finalidade, entretanto, não ganha independência das formas gerais com base nas quais se constitui: trata-se de um princípio que continua tendo seu sentido imediatamente em uma forma de proceder do processo, mas sua finalidade só é apreensível mediatamente e por abstração, motivo pelo qual torna-se princípio de especial controvérsia.

A investigação do princípio da eventualidade exige, portanto, no mínimo o estabelecimento do sentido, da finalidade e do alcance do princípio, e isso não é possível de ser feito sem referência à práxis social com base na qual o conceito foi abstraído.

Se o entendimento mais amplo desse princípio requer investigar a práxis social com base na qual o princípio foi constituído e reatualizado, não há porque partir da hipótese de que sua constituição seja decorrência necessária da lógica interna de qualquer sistema total suposto, o que não deixa de ser objeto de reflexão.

Em termos de ciência jurídica, o conceito *princípio da eventualidade* parece esbarrar em uma série de dificuldades e trazer uma série de controvérsias que apenas não são tensas caso se leve a sério a hipótese de que o Direito, mesmo que seja práxis social, e às vezes jogo, deva ser jogado como se não tratasse de outra coisa do que sistema formalizado e claramente lógico.

Nesse caso, a perplexidade do leigo seria desprezada em nome da funcionalidade e logicidade do sistema – ao bem da verdade, mais funcionalidade que logicidade – e, sobretudo, como se da funcionalidade derivasse o sistema

formalizado e claramente lógico aqui abordado, ainda que de uma lógica que escape aos leigos e não iniciados na Ciência Jurídica.

O princípio, entretanto, é de tal complexidade que, não obstante sua importância para o ordenamento jurídico pátrio, pouco se escreveu sobre ele, conforme atesta José Roberto dos Santos Bedaque em seu prefácio ao livro citado (TEIXEIRA, 2005, p. 11). Se não passou despercebido a Teixeira a importância da investigação sobre o princípio da eventualidade, sua investigação é predominantemente processualista. Portanto, ao mesmo tempo que se propõe a desvendar o sentido e o alcance do princípio da eventualidade, o faz fundamentalmente situado no contexto do processo – com ênfase, no caso, ao processo civil – do qual o princípio faz parte, das repercussões nesse processo e nas mudanças processuais almejavéis decorrentes da transformação da legislação atinente ao referido princípio.

A importância do princípio da eventualidade para Teixeira, bem como a consideração deste sobre o caráter de problematicidade que encerra o referido princípio é expresso por ele através de trecho de autoria de Giuseppe Tarzia a que recorrentemente se refere: "Parece-me que o princípio da eventualidade continua a aparecer na dúplíce e contraditória veste de um fantasma a ser exorcizado e de um mito a ser realizado." (TEIXEIRA, 2005, p. 9).

A contradição apontada, entretanto, refere-se ao papel e local destinado pelo ordenamento jurídico e, mais especificamente, pelo processo ao princípio da eventualidade e não ao próprio fato de abarcar em si a idéia de que possibilita no curso do processo a apresentação, em um único momento e por um mesmo sujeito da relação processual, teses não apenas distintas, como divergentes e até contraditórias, como bem ilustra o exemplo, há pouco citado, de defesa do réu em ação de cobrança de dívida.

Não escapa ao autor, evidentemente, a referência aos limites impostos ao princípio da eventualidade decorrentes da defesa de teses em si contraditórias, conforme se depreende da citação de texto de Marinoni e Arenhart:

É a lógica – e os deveres de lealdade e de veracidade que a parte e seu patrono têm para com o Estado-juiz – que determinará quais as defesas que, dentro de um padrão racional, podem ser utilizadas e quais devem ser descartadas, não compondo o contexto da defesa do réu. (MARINONI e ARENHART, 2001 apud TEIXEIRA, 2005, p. 248)

O sentido de lógica e o limite de oposição ou contradição suportável, entretanto, não estão discutidos e sequer tematizados. Portanto, a perplexidade do leigo referente à admissibilidade de tal princípio em um ordenamento jurídico considerado como sistema formal do qual idealmente derivam sentenças cujo conteúdo é decorrência necessária das formulações das partes não fica resolvida ou atenuada. E também não fica resolvida a solução frente a admissibilidade da contradição, independentemente da crença no sistema formal referido, portanto, interna ao campo jurídico e sua teorização.

É verdade que no trecho citado de Luiz Guilherme Marinone e Sérgio Cruz Arenhart há algumas balizas e limites ao princípio da eventualidade. Curiosamente, o primeiro limite refere-se à própria lógica. Portanto, para os autores citados, parece não estar contemplado no princípio da eventualidade a contradição lógica, o que enfraquece, de início, a própria idéia central do princípio da eventualidade, bem como seu núcleo controverso, independentemente de seu acolhimento no conjunto do ordenamento jurídico. A discussão sobre lógica, não estando especificada, remeteria a seu sentido literal e referido ao que comumente se entende por lógica, como lógica formalizada e especialmente dedutiva.

Também estão referidos como limite do princípio da eventualidade os deveres de lealdade e veracidade. Essa fórmula genérica, especialmente o dever de veracidade, parece não se coadunar com o princípio da eventualidade em sua total extensão, pois não há veracidade em todos os termos que estão em contradição.

Portanto, se Marinoni e Arenhart estiverem corretos, o princípio da eventualidade torna-se bastante palatável, não fere a lógica e se expressa através de termos que se atém à verdade, mas tudo isso em prejuízo de sua própria extensão. As partes não costumam observar tais deveres e o Estado-juiz costuma ser mais benevolente tanto em relação à lógica dos termos apresentados, como em relação à sua veracidade, de tal forma que sua não observação, em geral, não costumam configurar litigância de má fé. Assim, ou os autores exageraram ao determinar limites rígidos para o princípio da eventualidade e para a argumentação na ação e defesa disponível às partes, ou o Estado-juiz não tem cumprido seu ofício com a devida severidade em relação ao conteúdo e estrutura de argumentação das partes no processo.

Teixeira também se refere à posição de Cândido Rangel Dinamarco sobre os limites toleráveis do uso do princípio da eventualidade:

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, as sanções à litigância de má-fé constituem limites à eventualidade da defesa, não sendo absoluta a liberdade decorrente da regra da *Eventualmaxime*, "porque as grandes incoerências entre fundamentos cumulados podem configurar *mentiras* ao menos em um deles e a mentira é um ato de *deslealdade processual* incluído entre as hipóteses punidas a título de litigância de má-fé (art. 17,II)". [...] "Obviamente, os exageros não são tolerados e podem, *no mínimo*, desmerecer a credibilidade da defesa. Se digo que não devo porque nunca negocie com o autor e depois alego que paguei, provavelmente estarei mentindo ao menos em uma dessas alegações (litigância de má-fé)". (TEIXEIRA, 2005, p. 247-248)

Cândido Rangel Dinamarco faz referência expressa à idéia de litigância de má fé como limite do princípio da eventualidade. Mas não se trata de qualquer hipótese de litigância de má-fé, mas especificamente da hipótese do art. 17, II, conforme disposto no código de processo civil, relativa a "alterar a verdade dos fatos". Como a possibilidade de "alterar a verdade dos fatos" não decorre necessariamente do princípio da eventualidade, refere-se o autor a um tipo específico de afronta à verdade dos fatos: aquele em que a verdade está afrontada em sua estrutura lógica, portanto pela admissão de fatos que se contradizem, pela afirmação de fatos que não podem ser todos verdadeiros, independentemente de qualquer exame da realidade.

Dinamarco chega a ser cauteloso e, configurada essa hipótese de limite do uso do princípio da eventualidade, decorrente da contradição entre os fundamentos apresentados, ainda que enseje a litigância de má-fé, pode atuar no juiz apenas como elemento contrário ao seu convencimento pela parte, independentemente do uso de qualquer sanção.

A questão da aplicação da sanção ou não, prevista no artigo 17 do Código de Processo Civil, é questão menos importante, entretanto, pelo menos em relação à não observação do princípio lógico da não contradição, e refere-se mais bem a algo análogo ao que se observa em certas decisões na área penal envolvendo o réu e denominadas medidas de política criminal. O que interessa é observar a aceitação intrínseca ou não do princípio lógico da não contradição e definir, através desse elemento e de outros que porventura existam, limites intrínsecos ao princípio da eventualidade, especialmente no processo civil. Embora

haja referência a aspectos lógicos na argumentação de Dinamarco, essa referência se faz somente a partir de termos não técnicos ("incoerência") e a partir de exemplo, sem referência interna à lógica e seus termos. Ao mesmo tempo, afirma que os exageros não podem ser tolerados, e não há qualquer referência explícita a aspectos lógicos, portanto não está determinado se os exageros referem-se a aspectos relacionados ao conteúdo da argumentação ou à sua estrutura lógica. Corrobora essa hipótese a afirmação seguinte do autor, segundo a qual, tais exageros podem, no mínimo, desmerecer a credibilidade da defesa. Portanto, parece haver uma gradualidade na palavra exagero e na punição em conformidade com o grau de exagero (ausência de credibilidade X configuração de litigância de má-fé) que se refere mais ao conteúdo dos fundamentos, ou das conseqüências desses fundamentos, do que da mera hipótese binária do tudo ou nada, do contraditório ou não contraditório, como possibilidades exclusivas de proposições inconciliáveis, porque logicamente incompatíveis.

Portanto, acena-se com limites lógicos do princípio da eventualidade, mas trata hipoteticamente da conseqüência processual da não observação desses limites segundo formas e gradações que parecem não levar em conta exclusivamente o aspecto lógico envolvido.

Teixeira também discute a litigância de má-fé e o princípio da eventualidade, mas para atenuar mais ainda a relação entre contradição lógica e sua esperada retaliação pelo ordenamento jurídico:

De qualquer modo, não deve haver rigorismo excessivo na análise da configuração da litigância de má-fé, sob pena de serem violadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, limitando-se o juiz a punir apenas os casos em que haja evidente exagero por parte do demandado. (TEIXEIRA, 2005, p. 248)

Como se depreende, a litigância de má-fé não é afirmada como decorrência necessária do abuso lógico decorrente da contradição entre as teses expostas. Ao contrário, discute-se vagamente sua configuração apenas nos casos de evidente exagero, sem ser definido em que consistiria tal exagero, ficando, portanto, ao arbítrio do juiz – e não da lógica – a sua determinação.

De fato, Teixeira já havia afirmado, nos parágrafos anteriores, a dificuldade da solução da contradição entre um ordenamento jurídico que adota o

princípio da eventualidade que pode dar guarida a defesas conflitantes e o dever de lealdade previsto no mesmo ordenamento:

Se, por um lado, devem ser respeitados os deveres de veracidade e lealdade, não podem ser olvidadas, por outro lado, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, assegurando ao réu a possibilidade de utilização de todos os argumentos defensivos. A questão não é de fácil solução, pois o sistema possibilita – e até mesmo estimula – a apresentação de defesas conflitantes, em nome das garantias da ampla defesa e do contraditório, devendo, porém, ser analisado se, no caso concreto, merecerem ou não crédito as alegações defensivas e se a parte excedeu-se em sua defesa, violando os deveres de veracidade e lealdade. (TEIXEIRA, 2005, p. 247)

Reitera, portanto, a idéia de não haver limite lógico ou uma condição lógica com base em cuja verificação tornar-se-ia definida a aceitabilidade ou não da diversidade de fundamentos na defesa de tese em ação judicial e admite não ser a questão de fácil solução, pois envolve conflito entre princípios, no caso, de um lado, o princípio da eventualidade e, de outro, os princípios da veracidade e da lealdade. A admissibilidade do princípio da eventualidade deveria ser considerada correta apenas se *merecem crédito as alegações defensivas* e a parte *não tiver se excedido em seu uso* e isso para cada caso concreto. Mas não especifica critério ou baliza para nenhum dos dois elementos sugeridos e recusa, em nome das garantias constitucionais, qualquer critério taxativo ou lógico, em oposição ao que fizeram Marinoni e Arenhart. Assim, embora não enfrente a questão a fundo, fornece elementos para se concluir que o critério deva ser subjetivo e dependa fundamentalmente do arbítrio, no caso, livre arbítrio do juiz, para caracterizá-lo. Além disso, afirma que a admissibilidade de teses conflitantes deve ser decidida segundo cada caso concreto.

Poderia seu âmbito e sua extensão ser definidos, em linhas gerais, a priori, a partir dos limites impostos pela existência e vigência de outros princípios? A questão não é trivial e parece não ensejar resposta única, ainda que seja claro que não estejam pré-definidos de forma clara e inequívoca os âmbitos e extensões de nenhum princípio.

Esse ponto merece ser destacado, pois não se refere apenas à questão da subjetividade ou do livre arbítrio do juiz, mas à tendência mais moderna como tem sido defendido o mecanismo de solução referente ao conflito entre

princípios, em contraste com o mecanismo de solução referente ao conflito entre regras.

As regras jurídicas são preceitos abstratos que regulam a conduta em situações específicas. Sua incidência para o caso concreto ocorre na medida em que este se subsume às condições abstratas previstas na norma, ou seja, determinada situação específica apresenta os aspectos e condições que estão, em traços essenciais, previstos na regra de forma abstrata. Ao mesmo tempo, ainda que de forma abstrata, se constitui em seus elementos essenciais de modo a poder representar situações concretas e de forma o mais inequívoca possível. Nessa hipótese, diz-se que a norma ou o conjunto de condições e preceitos previstos no texto legal subsumem o caso concreto, o que impõe sua aplicação (que, em si, pode exigir, facultar ou proibir determinada conduta, bem como estabelecer as condições para que um direito seja criado, modificado ou extinto para casos concretos implicados na norma). Havendo conflito entre regras, discute-se qual delas tem precedência sobre as demais – conforme regras e preceitos jurídicos prévios que, por suposto, regulam ou orientam a decisão sobre conflito entre regras – e a aplica para o caso concreto.

Os princípios, espécie de norma diferente das regras, não buscam regular condutas específicas, ainda que previstas abstratamente, conforme um tipo puro. Antes expressam valores que inspiram e que devem estar contemplados no ordenamento jurídico e em suas regras. Trata-se, portanto, de ideais que o Direito material ou processual deve buscar contemplar através de suas próprias regras, instituições e práticas. Além disso, atuam como reguladores da conduta, subsidiariamente às regras, conforme expressa previsão do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, denominado de Lei de Introdução ao Código Civil, com referência ao Código Civil aprovado em 1916: art. 4º "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Assim como há conflito entre regras, é comum haver no Direito conflito entre princípios. Não há, entretanto, nenhum princípio absoluto no direito e menos ainda um sistema hierárquico entre os princípios, com base no qual se pode, de antemão ou a priori, definir qual princípio deverá prevalecer como orientador de uma conduta específica. Também não há regras jurídicas estipulando, a priori, a

aplicação deste ou daquele princípio, em detrimento dos demais, para o caso concreto.

Mesmo que determinado princípio sirva para inspirar determinada conduta, ou para subsidiar seu julgamento, na ausência de regras específicas que a regulem, por sua formulação ampla e por sua característica de inspirar, de forma ampla, a construção do sistema jurídico e mesmo as interpretações razoáveis que se pode extrair dele e de suas regras, não tende a se constituir como tipologia, e nem a definir condutas específicas. Se a normatividade própria das condutas específicas não é tradução dos princípios, estes, no máximo, as inspiram através de mediações complexas, torna-se difícil estabelecer, para determinada conduta prevista em abstrato, que princípios, a priori, devam ser priorizados na análise do caso concreto que expressa certa realidade em abstrato, ou seja, certa tipologia, regulada ou não pelo ordenamento jurídico.

Na condição de formulações não específicas às condutas, o conflito de princípios pode ser resolvido através de uma composição entre eles com base na qual se pode analisar o caso concreto. Mas há também uma segunda possibilidade que vem sendo bastante apreciada nos últimos tempos: pelo fato da conduta não se derivar de determinado princípio, de não ser sua derivação lógica e nem conceitual, a pertinência de determinado princípio para regular determinada conduta não deve se ater às suas condições tipológicas, e sim diretamente às características concretas da conduta em tela, posto que sua pertinência à conduta só se torna maior ou menor conforme os contornos e traços específicos e singulares da conduta, assim como a aproximação ou distanciamento da conduta a certo princípio, e o prejuízo ou o benefício concreto e específico que determinada conduta traz ao direito em discussão ou a ele conexo.

Assim, a segunda solução anunciada é que, no conflito entre princípios, se apenas um puder regular a conduta, deverá ser aquele que, para o caso concreto, puder expressar maior proximidade dos ideais do direito. Portanto, não se pode, a priori e abstratamente, definir, no choque entre dois ou mais princípios, qual deverá prevalecer independentemente do caso concreto.

Teixeira parece apontar – embora não passe disso – que, no choque entre, de um lado, o princípio da eventualidade e, de outro, os princípios da veracidade e da lealdade, deve prevalecer aquele que, *para o caso concreto*, parece ser o mais razoável, levando-se em conta o merecimento ou não de crédito nas

alegações defensivas e o quanto a parte se excede ou não em sua argumentação, evidentemente em termos de oposição entre teses – oposição, entretanto, não solucionável a priori.

Como Teixeira não argumenta a favor de sua solução como decorrente da solução de conflito entre princípios acima apontada, esta solução, vislumbrada em suas teses, é apenas uma hipótese, plausível, em parte, pela sua inserção entre processualistas como José Roberto dos Santos Bedaque (orientador de sua dissertação de mestrado).

De qualquer forma, Teixeira parece entender sua posição como provisória ou meramente introdutória, pela combinação dos fatos de anunciar a tese sem chegar a desenvolvê-la e por considerar a questão como não sendo de fácil solução, portanto, uma contradição constituída pelo próprio sistema jurídico.

Esse conflito específico entre princípio da eventualidade e princípios de lealdade e de veracidade está marcado por dois traços distintivos que o tornam singular, portanto, que pode exigir uma análise mais detalhada para o seu esclarecimento e, além disso, a solução desse conflito pode exigir outros mecanismos que não o mecanismo geral, há pouco discutido, pensado como forma de resolução de conflitos entre princípios.

O primeiro traço distintivo é que o conflito entre o princípio da eventualidade e os princípios de lealdade e de veracidade não são ocasionais, mas possibilidade intrínseca ao próprio princípio da eventualidade pensado em sua radicalidade. Esse ponto parece ser percebido por Teixeira, ao comentar que "[...] o sistema possibilita – e até mesmo estimula – a apresentação de defesas conflitantes [...]" (2005, p. 247). E não era exatamente essa hipótese que torna o princípio paradoxal e pouco aceitável aos leigos?

Portanto, não se trata de choque eventual de princípios, mas de princípios que, em sua extensão, já estão condenados a se contradizerem em uma parte considerável dos casos. Com isso, a pergunta sobre a existência de limites ao princípio da eventualidade, aqui entendidos ou como intrínsecos ou como *a priori*, que impeçam sua plena manifestação de modo a evitar seu choque com outros princípios do direito, inclusive protegidos por norma positiva (art. 17, II do Código de Processo Civil) parece não ser arbitrária e tem sido, em geral de forma sumária, é verdade, respondida de formas bastante distintas e até opostas, que vão da hierarquia de princípios e decorrente relação de subordinação, à independência total

entre eles, passando pela idéia de observância ou medida de observância em função das condições peculiares do caso concreto.

O segundo traço distintivo é que o princípio da eventualidade é um princípio singular, posto que se apresenta diretamente muito mais como uma forma de proceder no processo do que valor a ser contemplado no direito material ou processual. Isso significa dizer que não se apreende a sua finalidade em si, mas somente através de outros valores ou princípios que por suposto promove, tais como o princípio da celeridade e da lealdade processual. Como não existe com a finalidade de realizar um único princípio ou valor, seus propósitos tornam-se, por definição, complexos. Por outro lado, há controvérsia em relação a alcançar ou dificultar a realização dos propósitos ou princípios em prol dos quais foi inicialmente pensado e proposto, conforme aponta Guilherme Freire de Barros Teixeira. Assim, em uma investigação mais crítica, sua efetiva finalidade fica ofuscada ou abalada e, do princípio com finalidades claras, acaba subsistindo, em certo sentido, um mecanismo, uma forma de ser do processo ou então um forma de proceder no processo, perdendo sua característica fundamental, que é a realização ou busca de realização de algum valor ou finalidade.

Portanto, não obstante a sua complexidade, a solução de conflito entre dois princípios pode se mostrar singular quando um deles acaba por se apresentar mais como um meio de se proceder no processo do que um princípio que, por sua finalidade e valores almejavéis, inspira e norteia de forma ampla e difusa o ordenamento jurídico e suas normas, em relação à produção e interpretação de normas. Considerado da perspectiva de mera forma de se proceder, não poderia competir com outros princípios quanto aos objetivos a serem resguardados. E, considerado como expressão sintética da realização de outros princípios, poderia ser substituído por esses na condição de um dos pólos de conflito entre princípios, portanto, sem nenhuma necessidade de efetivar qualquer princípio que representa através da forma peculiar como acabou por realizá-lo.

Não é essa a discussão realizada por Teixeira em seu livro *O princípio da eventualidade no processo civil*, mas, em sua análise e em suas propostas, o autor caminha justamente para garantir os princípios supostamente expressos e realizados no princípio da eventualidade, mas não o próprio princípio da eventualidade. O resultado a que chega aponta para a conveniência de uma atenuação do referido princípio, sem ser sua completa negação, como se aceitasse

o paradoxo de ser realmente o princípio da eventualidade *um fantasma a ser exorcizado e um mito a ser realizado*.

Persiste, portanto, a discussão sobre eventuais limites do princípio da eventualidade, mas reafirmada a necessidade da discussão de limites pré-definidos ou lógicos, em oposição a contingentes ou difusos, estes determinados apenas para cada caso concreto conforme a análise do caso concreto.

E ainda, no caso de prevalecer a tese da inexistência de limites pré-definidos ao princípio da eventualidade, como o sistema, em busca de coerência e logicidade, comporta esse princípio que admite em si próprio a contradição e, aparentemente, o *non sense*?

A perquirição da extensão e do âmbito de aplicação do princípio da eventualidade, ao mesmo tempo em que elucida seus aspectos essenciais, acaba por revelar contornos lógicos do sistema jurídico, tanto por indicar como idealmente se opera a contradição e oposição entre princípios – em si ou diante de um caso concreto –, como a contradição suportável pelo próprio princípio – contradição entre teses ou fundamentos apresentados pelo autor ou pelo réu –, suscitando a reflexão do quanto o sistema comporta de contradição interna e como lida com ela. Ou seja, investigar extensão e âmbito do princípio da eventualidade fornece elementos preciosos que aponta para as formas lógicas e o formalismo típico do Direito e das decisões judiciais, ainda que nem toda elucidação dessa natureza beneficie a investigação dos limites e formas de ser do direito frente à Lógica. Mas a complexidade interna do princípio enseja, por si só, que seja investigado.

As múltiplas finalidades possíveis de serem atribuídas – ainda que não exclusivamente – ao princípio da eventualidade, tais como ordenamento do processo, celeridade, boa-fé, pacificação social exigem uma visita a vários conceitos centrais do processo civil – entre os quais podemos destacar identidade da ação, causa de pedir, pedido, coisa julgada, efeito preclusivo da coisa julgada – para elucidá-lo, compreender seu âmbito e seu papel no processo civil. Essa visita aos conceitos como forma de elucidação do princípio da eventualidade e feita por Guilherme Freire de Barros Teixeira, em seu livro *O princípio da eventualidade no processo civil* (2005), uma das poucas obras nacionais, senão a única, que trata de forma sistemática e extensa sobre o tema, relacionando-o com o processo civil brasileiro, foco do presente trabalho, razão pela qual a investigação da extensão e âmbito do princípio da eventualidade na presente monografia terá como referência

básica seu livro. O autor, portanto, servirá de referência para essa visita aos conceitos do processo civil com vistas à investigação do princípio da eventualidade. Mas, como todo bom passeio ou visita, não se trata aqui de assumir as teses do autor: as impressões são próprias, o entendimento não raramente diverso. Trata-se apenas de acompanhar suas reflexões e estabelecer uma interlocução com suas idéias, ao mesmo tempo refletir sobre o impacto e certas conseqüências que se abstraem da reflexão sobre o tema para o domínio da lógica em dois sentidos: da determinação de certos aspectos ou limites lógicos internos referentes à própria extensão e âmbito do princípio da eventualidade, bem como às limites lógicos não mais da extensão e âmbito do princípio da eventualidade, mas do próprio sistema jurídico, evidenciados pela reflexão sobre o princípio da eventualidade.

Nesse sentido, o presente trabalho assume feição inicial de um diálogo e intertexto com a obra de Teixeira. Irá, entretanto, se descolar de uma reflexão sobre a obra ou de um diálogo com a obra a partir do ponto em que a questão do âmbito e da extensão do princípio da eventualidade já esteja razoavelmente discutida e que importe agora uma discussão mais explícita sobre a forma de se lidar com a contradição – especialmente de fundamentos – suportável pelo sistema jurídico e pelo modo de lidar com essa contradição, o que não se constitui como objeto de especial interesse de Teixeira, à exceção de poucas notas ou apontamentos, boa parte dos quais transcritos e referidos na presente introdução.

2 SOBRE O PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE

O princípio da eventualidade refere-se ao fato de que as partes, em um processo, têm o ônus de deduzir toda a matéria que fundamenta seu direito em um único ato, sob pena de não poder modificá-la ou acrescê-la posteriormente, portanto, sob pena de preclusão.

Não há qualquer referência à questão da admissibilidade da parte apresentar fundamentos em conflito. Essa questão decorre do impasse, bastante comum, de dispor a parte como matéria de defesa teses divergentes ou contraditórias e a não apresentação de uma delas implicaria sua preclusão, portanto, perderia a parte a oportunidade de alegá-la mais adiante no processo.

Foi afirmado neste trabalho que o enunciado do princípio da eventualidade não expressava suas finalidades em relação ao processo. Mas o sentido e mesmo a finalidade do princípio da eventualidade podem ser pensados tendo-se em vista a forma como presumivelmente atua no processo e determina seu curso. Além disso, trata-se de princípio histórico, portanto seu *telos*, bem como sua fundamentação, apresenta-se expresso, tematizado ou elucidado em seu decurso histórico.

Preliminarmente, podemos afirmar que o princípio da eventualidade teria como escopo promover a celeridade processual e, em certo sentido, sua segurança jurídica. Em relação à celeridade, a exigência de apresentação de toda matéria que fundamenta o interesse da parte evita que, durante o processo, novas teses apareçam e possam prorrogar o processo indefinidamente. Ao mesmo tempo, atua no sentido de ordenar o processo, uma vez que estabelece um momento único de apresentação das teses de modo a ajustar no curso processual a apresentação de provas, o debate e o julgamento como momentos que não podem precedê-lo. Portanto, promove uma aceleração ordenada do processo, o que tende a concorrer para a promoção de outros princípios considerados essenciais ao processo e à boa administração da justiça.

Em relação à segurança jurídica, alega-se que a parte atuaria tendo completo conhecimento da tese do oponente, portanto, teria tempo de preparar-se para a fase de instrução e julgamento sabendo contra que argumentos deveria se

opor. A idéia de um processo sem grandes surpresas e que se realiza às claras indica uma dimensão de lealdade processual também. Entre os objetivos a que se associa, o de celeridade parece ser o mais direto e evidente. No início de sua argumentação crítica em relação ao princípio da eventualidade, Teixeira destaca como central o aspecto da celeridade como objetivo fundamental com base no qual o princípio da eventualidade foi concebido:

O princípio da eventualidade foi concebido com o objetivo de ordenar e acelerar a tramitação do processo, argumentando-se, por isso, que ele serve como método eficaz de ordenar o processo, privilegiando os princípios processuais da lealdade, economia, igualdade, contraditório e ampla defesa. De fato, o princípio da eventualidade procura evitar que as partes utilizem expedientes procrastinatórios, impondo-lhes a indicação clara e precisa de seus argumentos, pedidos e exceções, evitando a ocultação de fatos para as fases finais do processo. Em consequência, a *Eventualmaxime* privilegiaria a economia processual, evitando o prolongamento demasiado do processo e o seu "inchaço", decorrente da possibilidade de serem apresentados novos pedidos, exceções e alegações após superada determinada fase processual. (TEIXEIRA, 2005, p. 291-292)

A instituição do princípio da eventualidade, conforme Teixeira, teria se dado no direito germânico e sua finalidade era exatamente tornar célere o processo:

A estrutura do processo, que vigorou na Alemanha até meados do século XIX, era marcada por fases preclusivas (*Präklusivstadien*) bem nítidas, havendo a exigência de serem fixados, já na fase introdutória do litígio, todos os pontos sobre os quais a prova deveria recair. Por isso, as afirmações não propostas pelas partes na primeira fase do juízo ficavam preclusas. Essa estrutura do processo comum germânico, baseada em fases preclusivas distintas, determinou o surgimento do denominado *princípio da concentração do ataque e da defesa*, também chamado *princípio da eventualidade (Eventualmaxime)*, segundo o qual as partes deveriam fazer valer os seus pedidos, exceções, alegações e provas em uma só oportunidade, *in eventum*, para o caso de um deles não ser acolhido, sob pena de preclusão. A regra da *Eventualmaxime* foi construída com o escopo de imprimir maior celeridade ao processo, pois a divisão em fases distintas possibilitava a utilização de táticas procrastinatórias do procedimento, o que levou à concepção de medidas destinadas a evitar o prolongamento demasiado do processo. (TEIXEIRA, 2005, p. 77-78)

O princípio da eventualidade não nasce com o direito, mas com a sua evolução. A exigência de apresentação dos argumentos pela parte em uma única oportunidade apenas faz sentido em um sistema de preclusões bem definidas, como aponta o autor. Mas não se trata de qualquer preclusão, mas daquela que incide

justamente na apresentação das teses pelas partes com base nas quais – ainda que nem sempre com base somente nelas – o juiz decide o direito.

Para Teixeira, entretanto, em que pese seu sentido original, o princípio da eventualidade, mais do que acelerar o curso do processo, tem como finalidade central a estabilização do processo no que se refere à fixação dos *elementos objetivos* da demanda. Portanto, define e discute o princípio da eventualidade a partir das partes, dos pedidos e da causa de pedir, bem como da resposta do réu. Está formada, portanto, a relação processual, com as teses, os fundamentos, os pedidos, e as defesas evidenciados. Se o princípio está circunscrito à fase postulatória do processo, regula o âmbito da controvérsia entre autor e réu, os termos a serem tratados e os pedidos em jogo. A particularidade do princípio é que tanto ao autor, como ao réu cabe apresentar, de uma só vez e em um único ato, toda matéria objeto da ação. Conforme Teixeira,

[...] os litigantes têm o ônus da apresentação de suas alegações, pedidos e exceções já na petição inicial e na contestação, pois, uma vez estabilizado o processo, não serão mais admitidas alterações nos elementos objetivos da demanda. (TEIXEIRA, 2005, p. 49)

O princípio da eventualidade, consubstanciado na sua exigência de apresentação concentrada das alegações e pedidos, por parte do autor, e da defesa, por parte do réu, somente tem sentido em um sistema preclusivo, posto que a exigência de apresentação de toda a matéria essencial a ser discutida no processo não teria qualquer sentido se a parte não perdesse o direito de fazê-lo em momento posterior. Portanto, preclusão é pressuposto essencial do princípio da eventualidade. Também se aproximam pelo fato de o princípio da eventualidade não deixar de se apresentar como uma forma de proceder no processo – ainda que associada de maneira mais direta ou não a várias finalidades – e a preclusão, que se constitui fundamentalmente como um mecanismo processual, portanto, ligada diretamente de forma mais marcante ao funcionamento e não às finalidades processuais, ainda que evidentemente não exista sem essas.

De qualquer forma, em ambos os casos, evidencia-se a necessidade de o processo seguir à frente, o que não se poderia garantir caso as partes pudessem alegar a qualquer momento e de forma indiscriminada novas teses ou

argumentos a serem examinados ou se pudessem solicitar sempre novas diligências ou manifestações do Estado-juiz, procrastinando o processo *ad infinitum*.

Há, entretanto, diferenças entre a preclusão e o princípio da eventualidade e a mais evidente é que a preclusão pode estar referida a qualquer parte do processo, enquanto o princípio da eventualidade refere-se ao primeiro momento da relação processual, aquele no qual a relação processual se constitui e se angulariza.

Além disso, por estar associado especificamente ao primeiro momento da relação processual, ao momento das alegações iniciais, o princípio da eventualidade acaba tendo relações específicas e próprias com princípios processuais importantes, como o princípio da lealdade, do contraditório e da ampla defesa que ultrapassam acentuadamente seu caráter de forma de proceder no processo.

De qualquer forma, as atenuações e exceções da preclusão no primeiro momento do processo – em sua etapa postulatória – representam atenuações e exceções do princípio da eventualidade no processo.

O princípio da eventualidade, conforme Teixeira, surge historicamente atrelado a um sistema de regras preclusivas fixas:

[...] a eventualidade surgiu primeiro como a utilização na prática, sendo regulamentada por lei posteriormente, o que, porém, não afasta a sua concepção como obra do Direito Comum alemão. A origem desse princípio está ligada a um procedimento marcado por nítidas fases preclusivas, no qual havia separação entre a fase destinada às alegações e pedidos das partes e a fase reservada à produção das provas, o que serve para realçar a íntima ligação entre a eventualidade e a preclusão, como já demonstrado. (TEIXEIRA, 2005, p. 79-80)

Alguns autores, conforme discutido anteriormente, sustentam com base nos art. 282, IV e art. 300 do código de processo civil que o princípio da eventualidade estaria expresso como dispositivo normativo em toda a sua abrangência e literalidade e que, portanto, este incluiria a especificação dos meios de prova, tanto para o autor (art. 282, IV), como para o réu (art. 300).

Em primeiro lugar, não é sustentável a idéia de que o princípio da eventualidade esteja expresso em um ou dois artigos do código de processo civil e não em vários artigos e cujo sentido somente seria possível mediante uma interpretação sistemática. Teixeira ilustra esse ponto ao longo de seu livro, através

de vários artigos do código de processo civil somente com base em cuja interpretação é possível reconstituir os limites essenciais do princípio da eventualidade em nosso ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, o enunciado dos artigos em tela tanto deveriam ser interpretados em sentido pleno, portanto, extrapolando-se uma *interpretação literal* dos dispositivos do código, como também se referem, em parte de seu texto, a aspectos do processo que não se limitam e até nem se referem propriamente ao princípio da eventualidade.

Assim, o art. 282, que trata dos requisitos da petição inicial, dispõe em seu inciso IV como elemento a ser indicado na petição inicial "as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados".

Não há, entretanto, como exigir a fixação das provas sem que o réu apresente sua contestação e sejam fixados os pontos controversos e a necessidade de uma prova específica para dirimir a controvérsia, senão em alguns poucos casos. Assim, como mera formalidade, o autor tende apenas a nomear o tipo geral de prova que pretende produzir, sem qualquer especificação adicional quanto à sua finalidade e aos seus contornos específicos.

Essa exigência, portanto, não vai além de mera formalidade, sem qualquer significado prático para o processo, o que tende a ser desprezado pelo estado-juiz na atual fase caracterizada pela instrumentalidade do processo. Com isso, ainda que o art. 282, IV do código de processo civil exija a indicação das provas a serem utilizadas e o art. 284 do mesmo diploma legal determine a emenda da inicial faltando qualquer requisito do art. 282, há uma tendência de considerar desnecessária a emenda por motivo de mero formalismo, sem que possa resultar, portanto, qualquer ganho ao processo.

Nesse sentido, manifesta-se Teixeira:

[...] a indicação das provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, tal como disposto no art. 282, VI, do CPC, é mera formalidade, pois eventual omissão não impede a produção das provas requeridas posteriormente, desde que respeitados os momentos processuais oportunos, como ocorre, por exemplo, com o depósito do rol de testemunhas no prazo estabelecido pelo juiz ou, se este for omissivo, até 10 dias antes da audiência (art. 407 do CPC). Se existem momentos próprios para a especificação dos meios de prova, é inócua a indicação já na petição inicial, ainda mais sob a forma de protesto genérico, como ocorre na prática. (TEIXEIRA, 2005, p. 35-36)

Em algumas ações, em prol da celeridade processual, como no caso do mandado de segurança, exige-se a apresentação de provas documentais acompanhando a petição inicial no ato de sua propositura, conforme estabelece o art. 6º e 8º da lei 1533, de 31 de dezembro de 1951, sob pena de indeferimento da inicial.

No procedimento sumário, conforme estabelece o art. 276 do código de processo civil, deverá o autor apresentar o rol de testemunhas e, se requerer perícia, deverá formular quesitos e ainda, se quiser, indicar nesse momento assistente técnico, sob pena de preclusão.

A exigência de apresentação de provas na inicial, no caso do mandado de segurança, decorre da necessidade de significativa celeridade, e não do princípio da eventualidade enquanto tal, que não deixa de estar preservado também no processo sumário e ordinário, menos céleres e menos exigentes quanto às condições estipuladas para o recebimento da petição inicial. Para o processo sumário, como bem aponta Teixeira, trata-se de mera opção legislativa, sequer essencial para a celeridade do processo e, menos ainda, requisito para o princípio da eventualidade, para o qual a celeridade é apenas uma de suas finalidades centrais.

A necessidade de indicação dos meios de prova já na petição inicial e na contestação é opção legislativa, pois, como o procedimento sumário está desdobrado em duas audiências – de conciliação e de instrução e julgamento –, seria aceitável que a formulação de quesitos e a indicação de assistentes técnicos pudessem ser feitas em momento posterior ao previsto na lei, sem que houvesse prejuízo à celeridade desejada neste tipo de procedimento. Não se trata, então, de uma decorrência do princípio da eventualidade, mas de uma imposição forçada pelo legislador, que adotou a oralidade, com a conseqüente concentração dos atos processuais, como uma das características do procedimento sumário, criando um ambiente favorável à acolhida do referido princípio. (TEIXEIRA, 2005, p. 29)

No processo ordinário, conforme dispõe o art. 331, § 2º, o juiz fixará os pontos controversos e as provas a serem produzidas na audiência preliminar. Portanto, encerrada a fase postulatória, com o recebimento da inicial e a entrega da defesa escrita por parte do réu. Frente a isso, a relação processual já está configurada em momento anterior à definição dos pontos controversos e das provas a serem produzidas, portanto, a definição referida não acompanha no tempo aquilo que centralmente se exige pelo princípio da eventualidade, que é a apresentação em

um único ato de todas as alegações, pedidos e exceções já na petição inicial e na contestação. Não se trata de caso excepcional do ordenamento jurídico, posto que regulado para o procedimento ordinário. E nem se trata de mitigação do princípio, dado que a definição sobre as provas não integra o *telos* do pedido e parece ser a única forma razoável de conduzir o processo, dado que a fixação dos pontos controversos e a definição das provas não podem integrar a petição inicial ou a contestação, posto que resulta da contradição entre ambas, portanto, deduzível *a posteriori* a partir do confronto entre elas. Essa distinção temporal torna-se ainda mais evidente pelo fato de serem peças escritas e somente mediante cujo conhecimento deverá o juiz designar às partes a data da audiência preliminar.

Mas a atividade de definir pontos controversos e delimitar provas não é natural e sim histórica, como evidencia a reforma de 1994, que regulamenta a questão. Mas a investigação da pertinência ou não da indicação dos meios de prova como elemento do princípio da eventualidade merece uma análise histórica, que forneça subsídios para o entendimento desta relação e também que favoreça a solução da questão de se a não exigência de indicação de provas é uma mitigação ou uma possibilidade – nesse segundo caso, em função de não ser a indicação da prova um dos seus elementos constitutivos – do princípio da eventualidade em sua constituição histórica.

O princípio da eventualidade tem, para expressiva parcela de seus estudiosos, origem no direito alemão. Para Teixeira, a indicação dos meios de prova estava fortemente associada ao momento de apresentação das teses e do pedido, mas deixa entrever que essa relação não encerra necessidade: o princípio comporta distintas soluções envolvendo o momento de apresentação das provas e a exigência de apresentação de provas no início do processo é posterior à adoção do princípio da eventualidade:

Em 1495, nos territórios do Sul e do Oeste alemão, constitui-se o Tribunal Cameral (*Reichskammergericht*), que era o órgão jurisdicional supremo do Império. O procedimento desenvolvido perante esse tribunal tinha o objetivo de abreviar a duração do processo, adotando-se, então, o princípio da eventualidade. A partir de 1570, o autor devia formular todas as suas alegações e indicar as provas na petição inicial, sob pena de preclusão. Da mesma forma, o réu devia propor simultaneamente todas as defesas e meios probatórios de que dispunha. Nos territórios em que vigorava o processo saxão, uma Ordenança de 1622 (*Kursächsische Gerichtsordnung*) dividiu o processo em duas fases, destinadas às

alegações e às provas, adotando a regra da *Eventualmaxime*. (TEIXEIRA, 2005, p. 80)

A análise histórica indica que a adoção inicial da eventualidade visava a atender o princípio da celeridade e a antecipação dos meios de prova no momento inicial do processo concorria para o mesmo fim, o que não indica que essa providência integre o princípio em tela. Também a flexibilização das regras preclusivas e do princípio da eventualidade foram, de um modo geral, acompanhados pela não exigência de indicação dos meios de prova na primeira fase processual e de uma só vez junto às alegações iniciais de cada uma das partes. Não há uma relação necessária entre os elementos em debate e, modernamente, mostra-se pouco útil para o processo essa associação, que é rejeitada normativamente ou em sua observância pelo magistrado, mesmo nos ordenamentos jurídicos com sistemas preclusivos mais rígidos. Portanto, conclui-se que a indicação dos meios de prova na primeira fase do processo não é e nem foi exigência intrínseca do princípio da eventualidade.

Em sentido convergente, entende Teixeira, excluindo de sua definição de princípio da eventualidade qualquer referência à indicação de provas e enfatizando os elementos objetivos da ação, especialmente a causa de pedir e o pedido.

Não estando a indicação das provas ligada ao princípio da eventualidade, não fica regulada por este, mas por um sistema preclusivo mais amplo. Assim, a indicação inicial pode ser ampliada na audiência preliminar ou a ausência de indicação pode ser tolerada – às expensas do formalismo – pelo juiz até a audiência preliminar, sem haver, para o autor, a necessidade de emenda da inicial em decorrência do disposto no art. 284 ou qualquer outra norma de preclusão que atinja também o réu. Como há ainda exigência de norma positiva, não convém, entretanto, arriscar, mas essa questão já não constitui um problema da presente investigação em sentido próprio.

Se a indicação das provas não está regulada pelo princípio da eventualidade, a investigação das diferenças entre provas não suscita problemas quanto aos limites lógicos suportáveis pelo princípio da eventualidade. De qualquer forma, a mera indicação de provas distintas não tende a apontar para limites lógicos do princípio da eventualidade, antes estão estes configurados pela eventual

contradição entre teses a serem defendidas pela mesma parte. É verdade que provas podem resultar em teses contraditórias, mas a contradição recai sobre a tese a ser provada e não ao meio necessário para comprovação de teses e menos ainda sobre a ambigüidade das conclusões a partir das provas. E, como prova só pode ser requerida ao Estado-juiz pela parte para provar suas teses, se uma mesma parte, ao conseguir provar suas teses através de provas distintas, chega a uma contradição, é porque essa contradição já reside em suas teses, apresentadas na inicial ou na contestação, e não nos meios de prova, teses aceitas pelo juiz e possivelmente suportadas pelo próprio princípio da eventualidade ou em nome deste.

A formulação do conceito de princípio da eventualidade, para Teixeira, ainda está relacionada a uma investigação: a da parte no processo a qual ela se refere.

Conforme discutido, não há um artigo específico do Código de Processo Civil que trate de forma conceitual e pura do princípio da eventualidade, o que seria, para alguns, mau procedimento, uma vez que o código deve evitar definições, posto que essas são constantemente insuficientes e ultrapassadas pela realidade, sua dinâmica e transformações constantes por que passa a sociedade e o direito. Mas há um artigo do código que, sem ser definição do princípio da eventualidade, mais o expressa: O art. 300 do Código de Processo Civil, referente ao Título VIII – Do procedimento ordinário, capítulo II – Da resposta do réu, Seção II – Da contestação, dispõe que

Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Parte da doutrina entendeu, possivelmente pela literalidade do art. 300, referir-se o princípio da eventualidade apenas à conduta do réu no processo. Mas o artigo não poderia dispor de outra forma, uma vez que tratava justamente da resposta do réu, e mais especificamente da contestação. Portanto, tem-se claro a adoção do princípio da eventualidade no ordenamento pátrio, pelo menos para o réu e no procedimento ordinário, e o momento de apresentar sua matéria de defesa é inequivocamente na contestação. Uma análise minuciosa do código de processo civil traz elementos, em alguns artigos, que permitem concluir que também o autor está

sujeito ao princípio da eventualidade. Assim, dispõe o art. 294 do código de processo civil:

Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa.

Portanto, a contrário senso, não poderá aditar o pedido após a citação, pelo menos sem o consentimento do réu. Com o consentimento do réu, exceção, portanto, pode-se mudar o pedido ou causa de pedir, nos termos do art. 264 do CPC, mas nunca após a etapa de saneamento, conforme o parágrafo único do mesmo artigo:

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou causa de pedir sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

O momento para apresentar seu pedido e os fundamentos do pedido, portanto, é a propositura da ação, especificamente a petição inicial, aditável caso o réu não tenha tomado conhecimento oficial da ação contra ele interposta.

Também a regularização da petição inicial poderá ser feita no caso do juiz verificar que ela não preenche os requisitos dos arts. 282 e 283 ou apresenta defeitos que dificultará o julgamento de mérito. Nesse caso, também a modificação da petição inicial se faz antes da citação, portanto, a apresentação do pedido e de seus fundamentos se faz para o autor em um único momento, o de propositura da ação através da petição inicial, que se encerra com a citação do réu, que constitui a angularidade da relação processual.

O processo, então, caminha nos termos da formulação da petição inicial pelo autor e da defesa (contestação e eventual reconvenção) por parte do réu. O trânsito em julgado implica que são considerados todas as alegações e defesas que a parte poderia dispor, portanto, não enseja nova discussão da matéria (art. 474 do CPC) e esta também não poderá ser alegada no recurso de apelação, conforme previsão expressa do art. 515, § 1 do CPC, salvo motivo de força maior, conforme dispõe o art. 517 do CPC.

Assim, dispõe o art. 474 do código de processo civil:

Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

O procedimento sumário, por ser mais concentrado que o procedimento ordinário, com maior motivo adota o princípio da eventualidade. Regula-se, na ausência de normas específicas, conforme o disposto para o procedimento ordinário, e isso é observado em relação à concentração do ataque e defesa, que devem ser feitos respectivamente na petição inicial e na defesa oral ou escrita, apresentada na audiência de conciliação, caso a conciliação não seja alcançada. Teixeira chega a citar José Rogério Cruz e Tucci em apoio à sua tese, em convergência com o que aqui se defende, de abrangência do princípio da eventualidade para o autor, embora, no exemplo, referido para o procedimento sumário, o que não torna a afirmação falsa, mas de menor peso:

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, "o testemunho mais expressivo da adoção, pelo Código em vigor, da regra da eventualidade direcionada ao autor, encontra-se agora na nova redação do art. 276, introduzida pela Lei 9.245, de 26.12.1995, que chega ao absurdo de impor ao demandante, no âmbito do procedimento sumário, que faça constar, da petição inicial, quando requerida a produção de prova pericial, o rol de quesitos!..." (TEIXEIRA, 2005, p. 29)

Discutido o sentido do princípio da eventualidade, sua abrangência em relação às partes no processo e a não abrangência em relação às provas, conforme argumentado de forma convincente por Teixeira contra certo entendimento dominante, pode-se acompanhá-lo no que seria o princípio da eventualidade, através da definição que formula, aqui adotada:

Portanto, a eventualidade pode ser definida como o *princípio que impõe ao autor a alegação, na petição inicial, dos fatos essenciais, dos fundamentos jurídicos e dos pedidos deles decorrentes, sob pena de não mais poder deduzi-los ou formulá-los posteriormente, e, ao réu, a apresentação concentrada e simultânea de todas as alegações e exceções em sua resposta, ainda que de natureza diversa ou incompatíveis entre si, para a eventualidade de não ser acolhido algum dos argumentos utilizados, sob pena de preclusão.* (TEIXEIRA, 2005, p. 50)

3 CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE, SEU ÂMBITO E ALCANCE

3.1 Princípio da Eventualidade e Elementos da Ação

Conforme apontado, o princípio da eventualidade nasce com a finalidade de buscar celeridade nas decisões judiciais. Mas não se confunde com a própria celeridade, uma vez que esta pode ser obtida de diversas maneiras, como diminuição dos prazos processuais, concentração dos atos processuais, diminuição dos recursos disponíveis às partes ao longo do processo. Trata-se de uma forma específica de se buscar celeridade através do ônus que se impõe a cada litigante da apresentação em um único momento de todas as alegações, pedidos e exceções na petição inicial ou na contestação. Esta forma de proceder no processo acabou por ordená-lo, fixando os temas da demanda em sua fase inicial, de constituição da relação jurídica processual, o que passou a ser não apenas efeito secundário do princípio da eventualidade, mas um novo objetivo seu – explícito ou não – e, conforme Teixeira, nem sempre a serviço da celeridade processual a que inicialmente visava a favorecer, o que, entretanto, configura-se como efeito indesejável e inicialmente não previsto e não contrapartida intrínseca e presumível de um processo que se pretende ordenado, conforme será discutido mais à frente.

De nada adiantaria, entretanto, garantir celeridade processual ou ordenação primorosa do processo, exigindo-se das partes a apresentação dos argumentos, pedidos e exceções em um único ato se estas pudessem reapresentá-los em um novo processo, através da propositura de uma nova ação: do ponto de vista do princípio da eventualidade, ele seria completamente ineficaz, pois não impediria a rediscussão das teses e pedidos que, no processo, não foram, em seu devido tempo, apresentados e os resultados jurídicos pretendidos a partir das teses antigas ou novas seriam efêmeros, exatamente porque o processo poderia ser repetido *ad nauseam*. Do ponto de vista da prestação jurisdicional, exatamente pelo seu caráter de efêmero nas condições hipotéticas discutidas, tornar-se-ia

completamente inútil à pacificação social através da intervenção do Estado como terceiro desinteressado no conflito entre as partes.

Para evitar a iniquidade da prestação jurisdicional pelo motivo tratado, o código de processo civil estabelece como pressupostos processuais negativos os institutos jurídicos da litispendência (art. 301, V) e da coisa julgada (art. 301, VI).

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 235) “Consiste a litispendência em tornar completa a relação processual trilateral em torno da lide.” Trata-se de lide em curso, ou, conforme o nome sugere, lide pendente, ainda não solucionada ou extinta. Portanto, a litispendência, como pressuposto processual negativo, refere-se ao fato, sobejamente conhecido, de que uma demanda não poderá ser objeto de outro processo enquanto estiver em curso, portanto, atua sobre um novo processo referente a mesma demanda como seu pressuposto processual negativo, como condição impeditiva de sua formação.

O código de processo civil define coisa julgada material em seu artigo 467: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Em oposição ao preceito defendido pelos doutrinadores, segundo o qual não cabe à lei definir, conceituar ou explicar institutos jurídicos, dispõe o código de processo civil em seu art. 301, § 1. “Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz a ação anteriormente ajuizada [...]” e especifica cada um deles em seu § 3. “Há litispendência, quando se repete a ação que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”.

O preceito doutrinário de fato é recomendável. O próprio código acaba por cometer uma série de imprecisões:

1. Substitui relações lógicas e conceituais por relações temporais, mediante a palavra *quando*.

2. Refere-se à repetição da ação e não da demanda, sendo que a ação é direito uno, não referido a objetos ou particularidades do processo, conforme fundamenta Humberto Theodoro Júnior.

3. Refere-se à litispendência como ocorrência associada a uma repetição da ação, mas isto é apenas uma hipótese para a qual a litispendência gera efeito específico e importante – extinção do novo processo – e não sua conceituação.

Feitas essas ressalvas, ainda que os autores costumem ressaltar a importância do instituto da litispendência como pressuposto processual negativo para a economia processual e para impedir pronunciamentos judiciais divergentes a respeito de uma mesma controvérsia jurídica (THEODORO JÚNIOR, 2001. p. 235-236), trata-se de condição também fundamental para que o litígio não se estenda *ad infinitum*. De outro modo, sempre um processo poderia ser instalado antes do término do processo em curso versando sobre o mesmo conteúdo, tornando, conforme afirmado anteriormente, completamente ineficaz a exigência de observância do princípio da eventualidade no processo em curso.

De modo semelhante, a coisa julgada material impede a formação de novo processo para um mesmo demanda, portanto, atua no sentido de impedir estender o conflito *ad infinitum*, promovendo a finalidade da jurisdição, a pacificação das partes através da intervenção do Estado como terceiro imparcial – portanto, em sua atividade substitutiva – decidindo, ao fim, a lide. Trata-se, portanto, também de pressuposto processual negativo.

Assim, litispendência e coisa julgada material impedem, nos termos de Humberto Theodoro Júnior, que uma mesma lide seja objeto de mais de uma demanda simultaneamente ou que, após o trânsito em julgado, volte a mesma lide a ser discutida em outra demanda (THEODORO JÚNIOR, 2001. p. 275).

Resta, entretanto, discutir o significado técnico-jurídico da expressão encontrada no texto de Humberto Theodoro Júnior “uma mesma lide ser objeto de mais de um processo” (THEODORO JÚNIOR, 2001. p. 275).

A expressão refere-se ao que o código e a doutrina costumam denominar de *identidade de ação*. Uma demanda é considerada idêntica à outra se houver identidade de seus elementos essenciais, sendo estes considerados as partes, a causa de pedir e o pedido:

Referindo-se à litispendência e à coisa julgada, nosso Código de processo civil dispõe que “uma *ação (rectus: uma causa)* é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (art. 301, § 2.) (THEODORO JÚNIOR, 2001. p. 56)

É em termos convergentes que Moacyr Amaral Santos entende ser os elementos da ação:

Quem age formula uma pretensão quanto a um bem em relação a outrem, pedindo ao Estado, a quem a justifica, uma providência jurisdicional, que a tutele. Desses dados, que se encontram em todas as ações, resulta que são elementos da ação: um sujeito ativo e um sujeito passivo; uma providência jurisdicional sobre uma pretensão quanto a um bem; as razões, a causa dessa pretensão. Ou, por outras palavras, são elementos da ação: a) as partes, os sujeitos da lide, os quais são os sujeitos da ação; b) o objeto, a providência jurisdicional solicitada quanto a um bem; c) a causa do pedido, as razões que suscitam a pretensão e a providência. (SANTOS, 1999, p. 162)

Humberto Theodoro Júnior tanto afirma a necessidade de segurança jurídica das decisões judiciais através da vedação de uma mesma lide ser objeto de mais de uma demanda, como faz a crítica da terminologia referente à identidade de ação e especialmente referente aos elementos da ação, com base nos quais poderiam estar configuradas as hipóteses de litispendência e coisa julgada:

Como não se tolera, a bem da segurança jurídica das partes, que a uma só lide possam corresponder mais de uma solução jurisdicional, impõe-se identificar as *causas* para evitar que um novo processo possa vir a reproduzir outro já findo ou ainda pendente de julgamento final. Tratando da litispendência ou da coisa julgada, é comum ver-se na doutrina a catalogação dos *elementos da ação*, ou seja, dos elementos ou dados que servem para individuar uma *ação* no cotejo com outra. O que, porém, realmente existe na espécie são elementos da *causa*, pois, como já afirmamos, o direito de ação é único, variando apenas as lides deduzidas em juízo (isto é, as *causas*). Para, outrossim, identificar uma *causa*, aponta a doutrina três elementos essenciais: a) as partes; b) o pedido; c) a causa de pedir. (THEODORO JÚNIOR, 2001. p. 56)

Em relação aos termos discutidos, Teixeira utiliza tanto os termos elementos objetivos da ação, como elementos objetivos da demanda.¹ (TEIXEIRA, 2005, p. 169)

A primeira relação importante entre princípio da eventualidade e os institutos da litispendência e da coisa julgada material é que estes institutos e seus efeitos tornam eficaz e útil o preceito contido no princípio da eventualidade, pois o que não foi alegado em um processo e no momento adequado para fazê-lo,

1 O termo elementos da demanda é mais preciso, embora menos clássico que o termos elementos da ação, dado que a ação é uma –direito subjetivo de invocar a prestação jurisdicional do Estado – o que torna impreciso o termo identidade de ação ou elementos (objetivos) da ação. Humberto Theodoro Júnior, atento a esse problema de nomenclatura, substitui o termo ação por causa. O termo demanda, entretanto, evita a polissemia de causa como sinônimo de demanda e causa (de pedir) como um dos elementos da causa como demanda, o que soa estranho e pouco aceitável.

tampouco poderá sê-lo em outra demanda versando sobre o mesmo conteúdo, dada a impossibilidade de processo válido verificada a litispendência ou coisa julgada material, pelo fato tratado de atuarem como pressupostos processuais de validade negativos. Portanto, a perda da oportunidade é inexorável e definitiva. A hipótese de nova oportunidade para discutir as teses não apresentadas surge, a princípio e ressalvadas as hipóteses a serem discutidas posteriormente – apenas em processo versando sobre a mesma lide no caso da primeira ter sido extinta sem ter havido coisa julgada material, ou seja, ter havido apenas uma sentença terminativa, em oposição às sentenças definitivas: apenas estas implicando julgamento de mérito.

A segunda relação importante entre princípio da eventualidade e os institutos da litispendência e da coisa julgada é que, se Teixeira tem razão ao afirmar que o princípio da eventualidade incide também sobre o autor (e não somente sobre o réu, como defende parte da doutrina, citando o art. 300 do CPC.), a extensão do conteúdo do processo relativo ao autor que está sujeito ao princípio da eventualidade refere-se exatamente àqueles elementos que, repetidos de forma idêntica em suas expressões, configuram as hipóteses de litispendência e de coisa julgada. Portanto, referem-se ao que Humberto Theodoro Júnior denominou de "elementos da causa" e que a doutrina majoritariamente denomina de elementos da ação: as partes, o pedido e a causa de pedir.

Ainda que possa haver divergência doutrinária sobre o conteúdo processual sujeito ao princípio da eventualidade – e já foi constatado que há – é razoável supor que a incidência do princípio da eventualidade sujeite fundamentalmente aqueles conteúdos essenciais cuja combinação singularizam a lide e cuja repetição esteja vedada normativamente – salvo exceções expressas – através dos institutos da litispendência e da coisa julgada, de tal forma que a demanda possa modificar sua natureza no curso de seu processo. Assim, a estabilização da lide como decorrência do princípio da eventualidade consiste no fato de que, em seus elementos essenciais e definidores, a demanda não poderá ser alterada após o autor, em um único momento, apresentar suas alegações e pedidos frente a um réu, o que significa que, em termos técnicos, não pode mudar o que, na essência, define seu pedido e sua causa de pedir.

Não é, portanto, mera coincidência que os elementos com base nos quais a litispendência e a coisa julgada se configuram sejam os mesmos essenciais para se entender o âmbito do princípio da eventualidade no processo: enquanto

aqueles institutos garantem que uma mesma lide não possa se repetir em outro processo, visando à segurança das decisões judiciais, o princípio da eventualidade, interno ao processo, garante o inverso: que em um mesmo processo não se deve tratar de lides diversas, de lides que se transformam e passam por metamorfoses em decorrência da modificação dos elementos essenciais da ação pelo autor no curso do próprio processo.

Em suma, se os institutos de litispendência e da coisa julgada e os efeitos desses institutos garantem eficácia ao princípio da eventualidade, impossibilitando a repetição dos elementos essenciais dispostos no processo, o princípio da eventualidade impede, no processo, a diversificação dos elementos essenciais, também em nome da segurança jurídica relacionada à estabilidade do processo e com repercussões em uma série de princípios, como o da celeridade, do contraditório, da ampla defesa e da lealdade processual. Não há, entretanto, qualquer exigência natural e intrínseca ao processo de que ele deva ser estabilizado de uma vez por todas em um único momento, e que este momento seja a fase de postulação, e nem que isto seja o mais conveniente, razão pela qual o princípio da eventualidade seja controverso, adotado de forma não universal e sujeito a diferentes tipos de mitigação em diferentes ordenamentos jurídicos, conforme nos lembra Teixeira ao longo do livro *O princípio da eventualidade no processo civil*.

A discussão sobre o princípio da eventualidade também a partir dos elementos da ação só tem sentido frente ao entendimento, bastante razoável, conforme discutido, de regular o princípio também a atividade do autor da ação, posto que é fundamentalmente ele quem define o pedido e a causa de pedir. Estimando Teixeira apresentar um entendimento diverso da corrente majoritária em relação ao fato de referir também ao autor e a seus atos processuais o princípio da eventualidade, conclui pela contribuição do seu trabalho na análise concreta do alcance do princípio da eventualidade:

Porém, como já ressaltado, a eventualidade é costumeiramente enfocada como um princípio incidente apenas sobre o réu, não sendo comum estudá-la sob o enfoque aqui utilizado. Por isso, além de possibilitar uma melhor compreensão do efetivo alcance do princípio da eventualidade, a análise do seu relacionamento com a causa de pedir e com o pedido justifica-se também devido ao escasso tratamento que a matéria recebe na doutrina. (TEIXEIRA, 2005, p. 160)

De fato, o cerne do seu livro é o capítulo 5, denominado *Princípio da eventualidade no direito brasileiro*, e nele a maior parte concentra-se na análise do princípio da eventualidade referido ao que denomina de elementos objetivos da demanda, especialmente causa de pedir e pedido, ainda que reserve páginas importantes referentes à resposta do réu ao autor e outros temas relativos tanto ao autor como ao réu, nomeadamente *lus superveniens*, provas, recursos, eficácia preclusiva da coisa julgada e Juizados Especiais. Sua opção metodológica de relacionar princípio da eventualidade e elementos da ação é explícita, embora a fundamentação se encontre em trecho posterior. Assim, referente aos elementos da ação, escreve:

Em conseqüência, para que se possa delimitar o real alcance do princípio da eventualidade, deve ser examinada a sua relação com os elementos objetivos da demanda, ou seja, com a causa de pedir e com o pedido. (TEIXEIRA, 2005, p. 160)

A fundamentação de seu procedimento metodológico depreende-se em sua explicação sobre o porquê incide o princípio da eventualidade sobre os fatos considerados principais ou essenciais, em oposição aos fatos simples, e referem-se à estabilização da demanda, discutida há pouco como objetivo fundamental – senão central – do princípio da eventualidade no atual momento de desenvolvimento do instituto:

Em conseqüência, se o autor narrar outro fato principal, diverso do afirmado na petição inicial, haverá alteração da causa de pedir, incidindo as regras proibitivas referentes à estabilização da demanda. Já os fatos simples, como não influem na delimitação da causa de pedir, não precisam estar expressos no relato demonstrativo do fato constitutivo, podendo ser alterados, sem que haja modificação da *causa petendi* remota. Logo, as regras da estabilização do processo não se aplicam aos fatos simples, devendo, porém, ser respeitada a garantia do contraditório, possibilitando a manifestação do réu sempre que houver alguma alteração ou acréscimo no curso da demanda. (TEIXEIRA, 2005, p. 169)

Se, conforme se pode entender atualmente, o âmbito do princípio da eventualidade para o autor refere-se aos elementos da ação, especialmente causa de pedir e pedido, então diferentes entendimentos sobre o sentido e alcance dos elementos da ação propiciam diversos entendimentos sobre o âmbito do princípio da eventualidade e até diferentes entendimentos sobre a sistemática desse princípio no

processo, independentemente das mitigações a ele propostas ou então definidas concretamente e de forma idiossincrática por diferentes ordenamentos jurídicos. Em outros termos, diferentes entendimentos sobre os elementos da ação tenderiam a configurar, considerada correta a hipótese plausível de referir-se o princípio da eventualidade também à atividade do autor no processo, em sua forma pura – mera hipótese ideal, portanto – diferentes âmbitos e diferentes configurações no contexto geral do processo e das relações entre diferentes institutos processuais.

A investigação do âmbito do princípio da eventualidade não se resume, entretanto, à análise de suas relações com os elementos da ação, posto que também referido ao réu, razão pela qual Teixeira reserva uma seção específica para a *resposta do réu*.

Frente à diferente incidência do princípio da eventualidade para autor e réu, por mais que condicione a atividade de ambos no processo de modo a ordená-lo, é plausível a hipótese de que afete de forma bastante diversa a atividade deles no processo e estabeleça restrições de diferentes naturezas e amplitudes a cada uma das partes.

3.1.1 Eventualidade e fatos jurídicos

O primeiro elemento da ação a ser considerado são as partes. Referem-se, portanto, aos sujeitos em litígio e não às suas teses e defesas, portanto, sua mera presença no processo não está regulada pelo princípio da eventualidade. O que está regulado no processo pelo princípio da eventualidade e relacionado aos elementos da ação são as teses e pedidos essenciais que tornam a ação singular. Portanto, trata-se, para o autor, dos outros dois elementos da ação discutidos.

O segundo elemento da ação a ser considerado é a *causa de pedir*, portanto, o que motiva o pedido. Trata-se de requisito normativo da petição inicial: "art. 282 – a petição inicial indicará [...] III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido" e a sua não observância enseja o indeferimento da petição inicial por inépcia: "art. 295 – A petição inicial será indeferida: I – quando for inepta [...]"

Parágrafo único: Considera-se inepta a petição inicial quando: I – lhe faltar pedido ou causa de pedir [...]"

A causa de pedir, denominada pela doutrina – conforme discutido – como um dos elementos da ação e contemplada no artigo 295 do código de processo civil é entendida pela grande maioria dos juristas como desdobrada em dois elementos que se articulam, expressos no citado inciso III do artigo 282 do mesmo código: *fato(s)* e *fundamentos jurídicos do pedido*.

Portanto, se fatos e fundamentos jurídicos do pedido constituem um dos elementos da ação, e, dessa forma, participam de sua individualização frente às demais ações, sobre eles incidirá o princípio da eventualidade, posto que qualquer alteração substantiva configura uma nova demanda – ou, nos termos de Humberto Theodoro Júnior, um novo litígio – que é o que o princípio da eventualidade virá a impedir, posto que seu *telos* é fundamentalmente a estabilização da demanda.

Em relação à causa de pedir, portanto, desdobrada em seus dois elementos constitutivos – fatos e fundamentos jurídicos –, impõe-se ao autor anunciá-los de uma só vez, em um único momento, como exigência do princípio da eventualidade, sob pena de preclusão, nesse caso, portanto, impossibilitando ao autor alegar novos fatos e fundamentos jurídicos do pedido.

Há, entretanto, entendimentos muito diversos sobre o que significam os termos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, o que repercute no entendimento do princípio da eventualidade – especialmente no alcance de tal princípio – além de sujeitar certos autores à extinção de seu processo pelo juiz em razão de suposta inépcia da inicial, nos termos do art. 295 citado.

A presente análise inicia a discussão referente ao termo fato, para seguir com a discussão do controverso termo fundamentos jurídicos do pedido. Em que pesem as divergências doutrinárias sobre o sentido e alcance desses dois termos, a causa de pedir tende a ser dividida em causa remota e causa próxima, sendo causa remota equivalente a fatos e causa próxima referente aos fundamentos jurídicos do pedido. A diversidade de entendimento do que significa fundamento jurídico do pedido talvez indique mais uma adoção da divisão da causa de pedir em causa remota e próxima por tradição e costume do que por seu pleno entendimento e análise crítica dessa divisão da causa nas duas categorias referidas.

O fato (ou fatos) como causa é considerado o fato gerador do direito, portanto, o fato com base no qual o pedido tem sentido. Conforme Teixeira,

A *causa petendi* remota compreende o fato constitutivo do vínculo e o fato particular, isto é, o fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor, que constitui o interesse de agir. Ao formular a petição inicial, o autor deve narrar um fato ou um conjunto de fatos, sobre os quais incide uma regra jurídica, extraindo a conclusão, que vem consubstanciada em seu pedido. Ao provocar o exercício da atividade jurisdicional, o autor tem o ônus de expor com clareza e precisão os fatos que sustentam a sua pretensão. A descrição dos fatos, constante da petição inicial, é de fundamental importância para o desenvolvimento e para a decisão do processo, já que o juiz não pode conhecer de questões não suscitadas pelo autor e que não possam ser analisadas de ofício (art. 128 do CPC). (TEIXEIRA, 2005, p. 163-164)

Assim, Teixeira destaca que o fato com base no qual o pedido é formulado não é um fato indiferente ao direito. Chega a afirmar mais: que sobre ele "incide uma regra jurídica" com base na qual se extrai uma conclusão, ou seja, ainda que formulada pelo autor, a conclusão se apresenta como decorrência do fato subsumido pela regra, como uma alusão ao silogismo, ainda que não faça referência explícita a ele. A questão da regra e do silogismo será abordada na discussão sobre o próximo elemento da causa de pedir – o fundamento jurídico. Por enquanto, cabe destacar que o fato como causa de pedir é um fato que não é indiferente ao direito, ao contrário, importa repercussões no mundo do direito, mas não se confunde com tais repercussões e nem com eventuais normas com base nas quais tais repercussões são pensadas. Portanto, indissociável do fundamento jurídico – em suas variadas acepções ou entendimentos, não se confunde conceitualmente com este. Nesse sentido, os fatos devem ser narrados de forma clara e precisa, de modo a se poder vislumbrar suas repercussões no seio do ordenamento jurídico, e para a demanda em tela em particular.

Acompanhando Mandrioli, afirma que nem sempre o fato constitutivo do direito é suficiente para *individuar a causa petendi* e, nesse sentido, dar suporte à demanda do autor:

Como anota Mandrioli, o fato constitutivo do direito afirmado não é sempre suficiente para individuar a *causa petendi*. Segundo ele, somente o será nos casos em que a tutela jurisdicional prescindir da violação e o direito de agir seja *in re ipsa*. (TEIXEIRA, 2005, p. 164)

Assim, o fato jurídico relevante é, em muitos casos, composto:

[...] na descrição da *causa petendi* remota, o autor deve indicar os fatos constitutivos do direito por ele afirmado ou, mais precisamente, o fato constitutivo do vínculo e o fato particular, consistente no fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor, caracterizador do interesse de agir. (TEIXEIRA, 2005, p. 164)

Os fatos que dão base à demanda e que a singularizam em relação à sua *causa petendi* remota são denominados de principais, relevantes ou essenciais, e com base nos quais recai o ônus do réu de se defender deles:

Esses fatos constitutivos, que são os fatos jurídicos (ou jurígenos) que servem para delimitar a pretensão do autor, são denominados *fatos principais, relevantes* ou *essenciais*. Os fatos principais são relevantes para a determinação do pedido do autor, recaindo sobre este o ônus da prova de tais fatos. Em conseqüência, a *causa petendi* remota deve descrever precisamente os fatos constitutivos do direito afirmado pelo demandante, de modo a possibilitar o exercício do direito de defesa pelo réu, que, em contrapartida, tem o ônus de manifestar-se precisamente sobre os fatos alegados na petição inicial. (TEIXEIRA, 2005, p. 164-165)

Entretanto, nem todos os fatos constantes da petição inicial, ainda que importantes, servem para delimitar a pretensão do autor, ou seja, são de teor cuja repercussão frente ao ordenamento jurídico requer uma resposta do estado-juiz que beneficie o autor na direção do pedido formulado, em face do réu. Portanto, distingue-se comumente fatos principais, relevantes ou essenciais, de um lado, de fatos simples, secundários ou acidentais, de outro, em si sem repercussão jurídica. Nas palavras de Teixeira,

No entanto, nem todo fato é jurígeno, havendo também os *fatos simples, secundários* ou *acidentais*, que são aqueles não relevantes em si próprios, sendo, dessa maneira, insuficientes para gerar conseqüências jurídicas. (TEIXEIRA, 2005, p. 166)

Se o princípio da eventualidade tem por finalidade ordenar o processo, firmando os termos da lide, tornando-a imutável em seus aspectos essenciais, ou seja, fixando os elementos da ação de modo a impedir que a alteração destes configure uma ação diversa da inicialmente proposta no processo em curso, então incide necessariamente sobre os fatos essenciais, em oposição aos fatos simples ou acidentais, pois apenas aqueles configuram a denominada identidade da ação (conforme apontado, identidade de demanda), e não incide sobre os fatos

acidentais, posto que irrelevantes para a consecução de sua finalidade, hipótese que tornaria o processo excessivamente enrijecido e abarrotado de fatos simples, na inicial e na contestação, que se verificariam irrelevantes para definir os contornos da demanda. É nesse sentido geral que entende Teixeira incidir o princípio da eventualidade sobre os fatos constantes do processo:

Na petição inicial, o autor deve fazer uma descrição mínima dos fatos adequados à configuração do fenômeno jurídico do qual pretende extrair as conseqüências pleiteadas. A alegação dos fatos principais está relacionada ao contraditório e ao direito de defesa, pois esses fatos constituem o pressuposto necessário para a subsistência do direito afirmado pelo demandante. Por isso, feita a citação, os fatos principais somente podem ser alterados com o consentimento do réu, enquanto, após o saneamento, não podem mais ser modificados, mesmo com a anuência do demandado (art. 264, *caput* e parágrafo único, do CPC). Em conseqüência, se o autor narrar outro fato principal, diverso do afirmado na petição inicial, haverá alteração da causa de pedir, incidindo as regras proibitivas referentes à estabilização da demanda. (TEIXEIRA, 2005, p. 168-169)

É nesse sentido que o autor interpreta as regras proibitivas referentes à apresentação de novos fatos, presentes no artigo 264, *caput* e parágrafo único, e o 321 do código de processo civil:

As regras proibitivas previstas no art. 264, *caput* e parágrafo único, do CPC aplicam-se apenas aos fatos principais, em relação aos quais, após a citação, qualquer modificação somente pode ser feita com o consentimento do réu, sendo que, depois do saneamento do processo, não poderá haver mais nenhuma alteração, mesmo com a anuência do demandado. Do mesmo modo, somente os fatos principais são abrangidos pela regra prevista no art. 321 do CPC, que estabelece que, ainda que haja revelia, o autor não poderá alterar a *causa petendi*, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 dias. Destarte, conclui-se que o princípio da eventualidade atinge apenas os fatos principais (essenciais ou relevantes), não alcançando os fatos simples (secundários ou acidentais), os quais podem ser alterados no curso do processo, sem que isso provoque modificação da *causa petendi*, não obstante deva ser observada a garantia constitucional do contraditório, concedendo-se oportunidade para manifestação do réu sempre que houver alguma alteração ou acréscimo no curso da demanda, mesmo que seja apenas dos fatos simples (TEIXEIRA, 2005, p. 170-171)

Teixeira, apesar de ser enfático em relação à tese de que o princípio da eventualidade incide apenas sobre os fatos principais, atenua em parte essa afirmação ao escrever que "[...] nem sempre é possível estabelecer uma clara divisão entre os fatos principais e os simples, tendo em vista que um mesmo fato

pode ser essencial em certa demanda e secundário em outra". (TEIXEIRA, 2005, p. 167). Mais do que isso, chega a classificar o fato como essencial ou secundário conforme o autor possa sobre ele fazer prova ou não:

Indentado: Todavia, como em muitos casos a prova da ocorrência do adultério é difícil, a pessoa com quem foi praticado o ato pode ser um fato simples, como na hipótese de haver uma fotografia demonstrando o relacionamento com a pessoa não identificada. O fato principal é o relacionamento extraconjugal, não importando, neste caso, a identificação da terceira pessoa, que se inclui entre os fatos secundários. (TEIXEIRA, 2005, p. 167)

Também entende que a própria resposta do réu pode ser determinante para a configuração do fato como sendo essencial ou simples, conforme expressa em dois exemplos:

Indentado: Deve-se considerar, ainda, que, em algumas hipóteses, a defesa apresentada pelo réu pode influir na classificação de um fato como essencial ou secundário. Suponha-se que, em uma ação de indenização por danos decorrentes de acidente de trânsito, o autor alegue que o evento tenha ocorrido em um sábado. A princípio, é irrelevante o dia da semana em que ocorreu o acidente, podendo ser considerado como um fato secundário. Entretanto, se a defesa basear-se na afirmação de que o réu não sai de casa aos sábados, em virtude de preceitos religiosos por ele seguidos, o dia da semana passará a ser considerado um fato essencial. Da mesma forma, em uma ação de separação litigiosa, na qual seja alegado adultério, a cor da pele da pessoa com quem foi mantido o relacionamento sexual extraconjugal é, a princípio, irrelevante, sendo considerada um fato secundário. Porém, se o demandado defende-se afirmando que nunca manteve qualquer tipo de contato com pessoa do mesmo tipo de pele daquela mencionada na petição inicial, a cor da cútis passará a ser determinante, erigindo-se à categoria de fato principal. (TEIXEIRA, 2005, p. 167-168)

Teixeira torna maleável a classificação de fato principal em função da dificuldade do autor de prová-lo ou do réu se complicar no processo negando fato afirmado pelo autor (TEIXEIRA, 2005, p. 168). Trata-se de equívoco, pois, se a demanda está individuada sem tais fatos secundários, não passará a se configurar outra lide em função da importância de determinado fato para a comprovação da alegação da parte. O erro é confundir fato essencial para a configuração dos termos da lide com fato essencial para o estabelecimento de prova sobre ponto controverso entre as partes. Ainda que possa decidir a lide, não define o tipo de demanda em curso e nem a providência jurisdicional que se espera a partir dele. É importante,

entretanto, que o fato narrado seja específico, em oposição a vago ou a genérico, sob pena de inépcia.

É racional e razoável restringir o âmbito do princípio da eventualidade sobre os fatos da lide aos fatos essenciais, portanto, configuradores do tipo de litígio e, mais precisamente à identidade do litígio. Isto não significa, entretanto, que o processo prescindia dos fatos simples, mesmo na fase postulatória. Especialmente a exposição dos fatos pelo autor pareceria obscura ou enigmática, se os fatos definidores da lide e – em consonância com o ordenamento jurídico – delineadores do pedido não estivessem acompanhados de outros fatos, simples, somente em combinação com os quais a situação fática, o quadro fático, configura um sentido e um cenário plausível. Também tal observação vale para a resposta do réu, ainda que esta, a princípio, não configure em nosso ordenamento jurídico a identidade da ação: se apenas rebate os pontos essenciais do autor, torna-se praticamente uma negação genérica das teses do autor. Os fatos simples costumam ser importantes para o processo por configurarem junto aos fatos essenciais situações complexas com base nas quais detecta-se pontos controversos crítico para a discussão da lide que serão objeto de prova. Isso, evidentemente, nas ações que não versem exclusivamente sobre questões de direito.

Mas há um motivo adicional para não se desprezar os fatos simples, sem torná-los entretanto, equivalentes ontológicos dos fatos essenciais: geralmente é somente através de uma operação mental que se recorta da exposição total dos fatos os fatos essenciais, destacando-os, portanto, dos fatos simples. E isso porque, na maioria dos casos, o que torna um fato essencial – em outros termos, o que torna um fato juridicamente relevante – é a sua tipicidade, ou seja, o fato ou caso concreto se adequa, se amolda, se subsume a uma figura jurídica abstrata para a qual há uma previsão legal e esta previsão legal, dada a tipicidade do fato expresso, incide e regula, portanto, o próprio fato. Entretanto, o fato apenas em sua essencialidade se adequa à figura jurídica abstrata, ou, na verdade, apenas é tido como expressão de figura típica mediante operação mental que identifica em sua totalidade a multiplicidade os elementos essenciais que definem a figura jurídica abstrata. Nessa operação, os seus acidentes, os demais aspectos que o caracterizam como múltiplo e diverso e outros fatos com os quais se relaciona são desprezados, se não constituem elementos da figura jurídica abstrata típica, ainda que, enquanto totalidade, possivelmente o fato essencial seja indissociável desses aspectos ou de

vários desses aspectos, pelo menos. Portanto, alguns dos fatos simples são constituintes ou entornos de uma situação fática que, por operação mental, foi dissociada e distanciada daqueles em seu processo de constituição como fato essencial ou fato juridicamente relevante.

Assim, não precede a conclusão de Teixeira há pouco exposta (cf. Teixeira, 2005, 168): em uma ação de separação litigiosa, na qual seja alegado adultério, a cor da pele da pessoa com que o réu manteve relacionamento conjugal extraconjugal é sempre secundário, ainda que, na realidade fática – em oposição à realidade advinda de operação mental – não há como separar a existência de um relacionamento extra-conjugal, e nem esta terceira pessoa, de suas características físicas. Não obstante, esta pessoa em particular, bem como suas características físicas, não são essenciais à demanda ou à sua configuração. São apenas formas acidentais que assumiu o relacionamento sexual extra-conjugal. Como elementos indissociáveis do fato essencial, servem para dar verossimilhança àquele e podem servir para provar a sua existência, mas não reúnem, em si, os elementos essenciais que configuram tipicidade, portanto, na exposição dos fatos, podem até ser relatados junto aos fatos essenciais e serem tomados como tais, mas não são, em si – e nunca serão – fatos essenciais.

Não obstante ser separável fato essencial de alguns fatos simples mediante operação mental, isso não significa que haja arbítrio ou aleatoriedade na determinação do fato essencial. Muito menos, conforme defendera Teixeira, depender da possibilidade de sua prova ou da resposta do réu, a não ser que este possa mudar os termos (elementos) do litígio condicionado à decisão judicial, o que não é permitido em nosso ordenamento jurídico.

Assim, é correta e adequada a restrição do princípio da eventualidade aos fatos essenciais, mas incorreta a relativização do conceito e da forma de determinação do que seja fato essencial. Esse entendimento delimita, portanto, o âmbito do princípio da eventualidade em relação ao primeiro dos componentes constitutivos da causa de pedir, a causa de pedir remota, ou os fatos com base nos quais se funda o pedido.

A não incidência do princípio da eventualidade sobre os fatos simples significa que estes não precisam ser apresentados todos, de uma única vez, por cada uma das partes na fase postulatória: podem ser apresentados em fases posteriores e podem ser modificados sem que isso constitua especial caso de

exceção previsto na lei. Isso parece razoável, pois o autor não pode prever a defesa do réu e nem que fatos alegará este, aos quais poderá se contrapor com novos fatos que podem vir a ser objeto de prova e, talvez, base para a decisão do litígio. A apresentação ou modificação posterior de fatos não dispensa, evidentemente, a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa e não devem ser de tal natureza que possam caracterizar má fé da parte. O princípio da eventualidade, entretanto, fixa os termos com base nos quais a demanda se singulariza – conforme discutido – e este ponto se torna algo fixo, definitivo, ao longo do processo.

3.1.2 Eventualidade e fundamentos jurídicos do pedido

O segundo e último componente da causa de pedir é o fundamento jurídico do pedido, também denominado de causa de pedir próxima. Portanto, discutida a incidência do princípio da eventualidade referente ao primeiro componente do elemento da ação denominado causa de pedir, resta, com referência a este, continuar a análise em relação ao seu segundo componente.

Entende-se que um fato se constitui como causa de pedir na medida em que tenha relevância jurídica e, nesse sentido, possa servir de base ou causa jurídica do pedido do autor. Aquilo que está vinculado ao fato, que escapa de seus elementos concretos, lhe confere relevância jurídica e que atua, portanto, como mediação entre fato e pedido denomina-se, nesses termos gerais, de *fundamento jurídico do pedido*.

Trata-se possivelmente do ponto mais controverso e obscuro relacionado aos elementos da ação. Há diversos entendimentos sobre o significado de fundamento jurídico do pedido, em geral, incompatíveis entre si. A diversidade de significados atribuídos ao termo em parte é decorrente de certa confusão terminológica em relação aos conceitos associados ao próprio fundamento jurídico do pedido, o que acaba por conferir sentidos diversos, se não equivocados. Também há entendimentos diversos sobre o papel de mediação dos fundamentos jurídicos do pedido em relação aos fatos e ao pedido formulado com base nesses fatos. Como consiste fundamentalmente em mediação, o resultado não poderia deixar de ser diversificado, talvez confuso, ambíguo, quiçá equivocado.

O termo *fundamentos jurídicos do pedido* costuma estar expresso para diferentes autores relacionados à norma jurídica, qualificação jurídica ou conseqüências jurídicas, sendo que esses termos não guardam equivalência ou sentidos idênticos, portanto, não há uniformidade de sentido no seio do pensamento jurídico – o que exige uma investigação mais detalhada para se entender o alcance e sentido do segundo componente da causa de pedir e poder estabelecer, com isso, o almejado âmbito do princípio da eventualidade sobre ele.

Inicialmente, será apresentada uma elucidativa explicação de Moacyr Amaral Santos sobre causa próxima e causa remota, equivalente, portanto, de fato e fundamento jurídico do pedido.

Chama-se a atenção para o texto da lei. O Código exige que o autor exponha na inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Por esse modo faz ver que na inicial se exponha não só a causa próxima – os fundamentos jurídicos, a natureza do direito controvertido –, como também a causa remota – o fato gerador do direito. (SANTOS, 1999, p. 164)

Portanto, conforme Moacyr, fundamento jurídico equivale à *natureza do direito controvertido*, ao mesmo tempo que causa remota é entendida como *fato gerador do direito*, ou seja, fato com base no qual ou em decorrência do qual surge um direito que deve ser observado, sob pena de trazer conseqüências a quem não o observa. A ênfase de Moacyr evidenciada tanto nos dois exemplos como na expressão *fato gerador* recai sobre relações históricas ou constitutivas entre fato e fundamento jurídico do pedido, em detrimento de relações estritamente lógicas ou conceituais.

As discussões sobre teoria da individuação e teoria da substanciação na *formação da lide*, mesmo em Teixeira, tendem a evidenciar o papel do fato constitutivo e inicialmente ressaltam relações genéticas ou históricas entre fato e fundamento, como no clássico exemplo de Chiovenda sobre propriedade e forma da propriedade – aqui entendida como meio, origem – de sua aquisição. No entanto, são comuns as relações lógico-jurídicas e jurídico-conceituais formarem a ligação entre fato e direito, em detrimento da relação genética ou histórica. Assim, no mesmo livro, escreve Teixeira:

Quando ingressa em juízo, o autor formula um pedido, para que lhe seja atribuído um bem da vida. Essa sua pretensão é decorrente dos fatos por

ele narrados. Assim, antes de pleitear a tutela jurisdicional, o autor deve descrever o fato ou o conjunto de fatos dos quais decorre a sua pretensão. Além disso, o direito deve atribuir relevância jurídica a esses fatos, impondo-se ao demandante a demonstração dos fundamentos que servem de base ao seu pedido. (TEIXEIRA, 2005, p. 161)

Portanto, mais do que um fato que gera um estado e este, enquanto tal, tem repercussões jurídicas e no estado teríamos o fundamento jurídico do pedido, a última citação de Teixeira mostra o fundamento jurídico como derivado diretamente do fato – ainda que em razão de um ordenamento jurídico posto – e não de um estado ou fato adicional criado pelo primeiro.

Mas quais relações são estabelecidas entre fato, fundamento jurídico e ordenamento jurídico?

Humberto Theodoro Júnior deixa bastante evidente seu entendimento sobre a matéria. Conforme o autor,

A causa petendi, por sua vez, não é a norma legal invocada pela parte, mas o *fato jurídico* que ampara a pretensão deduzida em juízo. Todo direito nasce do fato, ou seja, do fato a que a ordem jurídica atribui um determinado efeito. A *causa de pedir*, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica. Ao fato em si mesmo dá-se a denominação de "causa remota" do pedido; e à sua repercussão jurídica, a de "causa próxima" do pedido. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 57)

Para Humberto Theodoro Júnior, a norma legal não faz parte da causa de pedir. Ao mesmo tempo, se refere à qualificação jurídica como associada ao elemento fático, denominando por aquele termo o que temos denominado de fundamento jurídico do pedido, assim como *causa próxima*, que torna equivalente à repercussão jurídica do pedido. Portanto, embora denomine de *qualificação jurídica* o segundo componente da causa de pedir, não lhe atribui o sentido que usualmente é dado à qualificação jurídica, que é o de figura típica do direito – em decorrência da qual atuam certas regras jurídicas – e menos ainda o sentido de norma legal.

Portanto, para Theodoro Júnior, o fundamento jurídico do pedido é diretamente as repercussões jurídicas do fato, em identidade com outros autores que o entendem simplesmente como conseqüências jurídicas do fato, portanto, equivalem os dois termos de forma explícita.

Não há aqui ênfase em relação genética, mas em decorrência jurídica. Há, conforme afirmado, o suposto de haver um ordenamento jurídico com base no

qual essa relação é possível, mas não há a necessidade de se referir a qualquer elemento particular desse ordenamento jurídico – como existência de normas ou figuras típicas – para que a idéia de fundamento como decorrência ou consequência tenha, para todos os casos, pleno sentido.

Teixeira, em seu livro *O princípio da eventualidade no processo civil*, inicia sua argumentação sobre *causa petendi* próxima reportando-se a diferentes autores e suas formulações como suporte às suas teses, mas as formulações são bastante distintas e, em alguns casos, chegam a ser incompatíveis. Não há, ainda, referência ao conceito de qualificação jurídica, entretanto este aparecerá nas páginas subseqüentes e é de grande importância para entender o movimento de sua argumentação. O primeiro autor a que se reporta é José Rogério Cruz e Tucci:

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, "a *causa petendi próxima* (ou *geral*) se consubstancia, por sua vez, no enquadramento da situação concreta, narrada *in status assertionis*, à previsão abstrata, contida no ordenamento jurídico de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela, e, em imediata seqüência, a materialização, no pedido, da consequência jurídica alvitada pelo autor". (TEIXEIRA, 2005, p. 172)

Para Tucci, se a *causa petendi próxima* consiste no enquadramento da situação concreta narrada à previsão abstrata, o fundamento jurídico consiste na subsunção dos fatos narrados a uma figura típica e abstrata do direito. Portanto, refere-se à tipificação de determinado fato, referido na situação narrada. O fundamento, neste sentido, está precisamente naquilo que de essencial está presente no fato e que o identifica com uma figura jurídica abstrata. É exatamente isso que usualmente se entende por qualificação jurídica: a condição de fato típico ou conduta típica em razão da presença ou ausência de elementos a ela essenciais ou definidores. A figura típica e abstrata – ou o tipo jurídico – serve usualmente para definir consequências jurídicas para o caso concreto, pois as consequências jurídicas estão definidas para a figura típica abstrata que subsume o caso particular, em razão de este apresentar em seus elementos aqueles que o tipificam em conformidade com o tipo abstrato. Portanto, após a tipificação, segue-se a consequência jurídica prevista, que dá suporte ao pedido do autor. Nos termos de Tucci, do *enquadramento* decorre a juridicidade da situação concreta e o pedido como materialização do que se espera como consequência jurídica derivada do

enquadramento e da previsão em abstrato a ele – ou do que aqui denomino de qualificação jurídica – e regulação de suas conseqüências jurídicas.

Não há necessidade, como lembra Teixeira, de apresentar na petição inicial os *fundamento legais*, ou seja, não se confunde fundamentos jurídicos do pedido com os dispositivos legais que regulam o fato tipificado (nos termos de Tucci), idéia para a qual busca apoio em José Roberto dos Santos Bedaque. Não há, entretanto, em Bedaque qualquer idéia de qualificação jurídica ou de tipificação associada ao conceito de fundamento jurídico do pedido:

No entanto, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que não é tão clara a distinção entre fato, fundamento jurídico e fundamento legal, esclarecendo que "fundamento jurídico seria, portanto, a atribuição aos fatos da vida de determinada conseqüência estabelecida no ordenamento. Ao descrever o fato e pleitear o efeito jurídico a ele inerente, já estaria o autor deduzindo o fundamento jurídico." (TEIXEIRA, 2005, p. 172)

Para Bedaque, portanto, o fundamento jurídico seria simplesmente as conseqüências jurídicas de determinado fato, dispostas, ainda que de forma abstrata e genérica, pelo ordenamento jurídico, o que não poderia deixar de ser, posto que se trata de fundamento jurídico. Não há, portanto, a necessidade – pelo menos no conceito de fundamento jurídico – de que o fato se adeque a uma figura típica abstrata previamente determinada, e, menos ainda, que as conseqüências jurídicas atuem sob o formato de um silogismo segundo o qual dispositivos de ordenamento jurídico que regulam a figura típica configurariam a premissa maior, o caso particular representado pelo fato e sua adequação à figura típica contida na premissa maior configuraria a premissa menor e a conclusão como aplicação da norma prevista para o caso abstrato incidindo sobre o caso concreto subsumido à figura típica.

Teixeira chega a relacionar fatos a conseqüências jurídicas, o que dá a impressão de se aproximar de Bedaque, mas a continuação de seu texto parece pôr em cheque, ou, ao menos, em dúvida, a identidade entre fundamentos jurídicos e conseqüências jurídicas, sem a mediação da qualificação jurídica ou da idéia de tipo jurídico.

Por isso, em uma ação de anulação de ato jurídico, por exemplo, não importa que o autor faça referência a erro ou dolo na petição inicial. Ele deve narrar com precisão os fatos que fazem emergir a sua pretensão, extraindo as conseqüências jurídicas pretendidas, que levarão ao pedido

afinal formulado. Contudo, nada impede que o juiz amolde os fatos narrados na petição inicial em fundamento jurídico diverso daquele descrito pelo autor, desde que seja respeitado o princípio do contraditório. (TEIXEIRA, 2005, p. 174)

Portanto, segue à enfática idéia de que dos fatos emergem conseqüência jurídicas a idéia de que o juiz *amolda os fatos em fundamentos jurídicos diversos* daquele descrito na inicial, portanto, aparece novamente a idéia de figuras típicas abstratas.

A idéia de figura típica como fundamento jurídico é reiterada de forma explícita em texto da página subsequente:

Em conseqüência, a admissão da aplicação da regra *iura novit curia* depende, com relação à fundamentação jurídica, da oportunidade de manifestação do réu. Se o autor alegou erro, mas o réu defendeu-se de fato que, na realidade, ajusta-se às figuras de dolo ou coação, não há violação ao direito de defesa, nada impedindo que o juiz reconheça fundamento jurídico diverso do apontado pelo autor na petição inicial. (TEIXEIRA, 2005, p. 175)

Não deixa de ser curioso que ao final da penúltima citação, na qual afirma que "nada impede que o juiz amolde os fatos narrados na petição inicial em fundamento jurídico diverso daquele descrito pelo autor [...]" refere-se em nota a Barbosa Moreira e afirma que, segundo esse autor, não integra a causa de pedir a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato. Portanto, em seu texto, refere-se a fundamento como aquilo que se amolda a uma figura típica, o que é o sentido usual de qualificação jurídica – não presente, é bom destacar, no texto de Humberto Theodoro Júnior –, ao mesmo tempo que cita Barbosa Moreira em texto que nega a identidade entre fundamento jurídico do pedido e qualificação jurídica, e isto para Barbosa Moreira, porque esta não integraria a *causa petendi*, da qual fazem parte, sem qualquer contestação, os fundamentos jurídicos do pedido, tornando, em termos lógicos, impossível qualquer identidade entre esses dois termos. O fato curioso é que cita Barbosa Moreira, mas não faz qualquer menção crítica ou qualquer menção à diferença de entendimento que tem em relação a esse autor. O trecho discutido é o seguinte:

Segundo Barbosa Moreira, não integram a *causa petendi*: a) a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que apóia sua pretensão, como a

referência a erro ou a dolo, para designar o vício do consentimento invocado como causa da pretendida anulação do ato jurídico; b) a norma jurídica aplicável à espécie. (TEIXEIRA, 2005, p. 174)

A oposição entre conseqüência jurídica e qualificação jurídica (entendida como tipificação – ou, mais exatamente, como figura jurídica típica que expressa os fatos narrados) tem implicações importantes para o processo, além dos já discutidos, referentes à necessidade ou não da existência prévia de figura típica para embasar o pedido e a necessidade ou não do silogismo como forma da argumentação para o pedido: o erro quanto à figura jurídica não deveria resultar em extinção da ação – afinal, o juiz conhece o direito e poderá, se for o caso, classificar de modo correto os fatos narrados, conforme, aliás, lembra Teixeira, na citação anterior da página 175. O mesmo não se pode dizer das conseqüências jurídicas, o que resultaria em ineptia da inicial por força do art. 295, Parágrafo único, inciso II: "considera-se inepta a petição inicial quando: [...] II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão", pois configuraria um pedido não relacionado à causa de pedir em razão de uma suposta decorrência do pedido que, na verdade, é equivocada.

Além disso, a parte precisa saber se lhe incumbe classificar o fato em termos de figuras jurídicas ou expressar as conseqüências jurídicas, de modo a atender as exigências do art. 282, III do Código de Processo Civil.

Embora Teixeira não tematize essas diferenças, torna-se evidente seu entendimento de fundamento jurídico na direção da qualificação jurídica, em oposição a Bedaque e Barbosa Moreira. Com base em seu entendimento, estabelece as relações entre princípio da eventualidade e causa de pedir remota:

Pode-se concluir, então, que o princípio da eventualidade não se aplica, em sua inteireza, à *causa petendi* próxima, já que, embora ela deva ser indicada na petição inicial – por exigência do art. 282, III, do CPC –, permite que o autor e o juiz, no curso do processo, possam dar ao fato ou ao conjunto de fatos qualificação jurídica diversa da originalmente atribuída na petição inicial, desde que sejam mantidos os mesmos fatos essenciais, observados os efeitos jurídicos pretendidos pelo autor e respeitada a garantia constitucional do contraditório. (TEIXEIRA, 2005, p. 181)

Nesse trecho, a identidade entre causa de pedir próxima e qualificação jurídica em sua acepção usual é explícita. Com base nessa identidade e afirmando a possibilidade dada ao autor e ao juiz de atribuir no curso do processo, aos fatos

narrados qualificação diversa da inicial, conclui pela não aplicação do princípio da eventualidade à causa de pedir próxima. Portanto, libera autor e juiz de observar as regras do princípio da eventualidade também em relação aos fundamentos jurídicos do pedido, à semelhança do que ocorrera com os fatos simples. A ressalva que faz, entretanto, é elucidativa: devem, entretanto, ser fixos, no processo, os fatos essenciais e os efeitos jurídicos pretendidos pelo autor! Portanto, não concebe os efeitos jurídicos como o correspondente de fundamentos jurídicos do pedido, mas entende deverem ser fixos desde a fase postulatória e não a própria qualificação jurídica.

Assim, para o processo é mais importante a fixação das conseqüências jurídicas do que da qualificação, ainda que essa seja entendida como fundamento jurídico do pedido. A exigência da qualificação, por força do art. 282, III, desde que entendida como sinônimo de fundamento jurídico do pedido, torna-se quase formal, porque mutável, portanto, de fato não individualiza a demanda. Algo diverso parece ocorrer com as conseqüências jurídicas do pedido. Teixeira chega a pressentir, ao afirmar sobre sua imutabilidade, mas não extrai duas conclusões. A primeira é que talvez Bedaque e Barboza Moreira estejam certos e que as conseqüências jurídicas do pedido são os fundamentos jurídicos do pedido. A segunda é que, mesmo se as conseqüências jurídicas do pedido não significarem fundamentos jurídicos do pedido, sua imutabilidade indica que o princípio da eventualidade incide sobre elas, sejam elas constitutivas ou não dos elementos da ação. Em caso negativo, o âmbito do princípio da eventualidade para o autor, recaindo sobre as conseqüências jurídicas do pedido, tem um alcance maior do que aquele circunscrito aos componentes essenciais dos elementos da ação. Mas o plausível é que continue nos limites dos elementos da ação, tendo Teixeira apenas não identificado as conseqüências jurídicas como constitutivas destes.

Portanto, independentemente do entendimento de Teixeira de identificar fundamentos jurídicos e qualificação jurídica, não estaria conceitualmente restringido o âmbito do princípio da eventualidade em relação aos elementos da ação, posto incidir o princípio sobre outro instituto jurídico, ainda que, para ele, não referente aos elementos da ação, para desconforto adicional de quem postulara incidir, da parte do autor, o princípio da eventualidade apenas aos elementos que fixam a demanda, portanto, aos elementos da demanda, dos quais entende não fazer parte as conseqüências jurídicas do pedido enquanto tal.

A idéia da qualificação jurídica como fundamento jurídico do pedido implica não apenas uma mediação necessária entre fatos e conseqüências jurídicas decorrentes do ordenamento jurídico posto, mas que essa mediação assume a forma necessária de figura típica, conforme o sentido – clássico, é bom ressaltar – assumido pelo termo *qualificação jurídica*.

Do ponto de vista formal, por força do artigo 282, III, o autor da ação deveria, sob pena de inépcia da inicial, apresentar a tipificação dos fatos narrados, mesmo que ele e o juiz venham a alterá-la, sem ônus nenhum ao processo, desde que não se altere as conseqüências previstas para o fato, conforme apontado há pouco, razão pela qual a qualificação, ou a tipificação, ao mesmo tempo que obrigatória, seria mera formalidade.

O modelo do silogismo, conforme afirmado, permite a conclusão necessária com base na qualificação: feita a qualificação do fato, ou sua tipificação, se aplicam as regras do ordenamento jurídico ao fato idênticas àquelas previstas para o tipo ideal no qual o fato se encaixa. Mas o que fazer com os fatos que não assumem forma típica?

Assim, além do inconveniente da tipificação como mera formalidade no processo, ficam não explicados, ou até mesmo excluídos, neste modelo tudo que não assume forma típica.

No direito penal brasileiro, não há punição sem tipificação da conduta, assumindo a tipificação condição necessária para o Estado exercer sobre o réu o *ius puniendi*, mas equivalente importância da tipificação não se observa com regularidade na área do Direito Civil e do Direito Processual Civil, razão pela qual a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito suprem a omissão da lei, possibilitando a integração do ordenamento jurídico sem definir de antemão a parte que será beneficiada com tal integração e ainda que nem tudo que seja tutelado pelo direito o seja através de regras específicas, tipificadoras, ainda que abstratas.

Essa omissão abrange principalmente ausência de tipo para determinados fatos e também, de forma menos comum, ausência de regulação para tipo previsto em lei, entre outras possíveis hipóteses.

Além da ausência de tipificação, nem sempre é possível pensar no silogismo como forma de se chegar a uma sentença definitiva e o usual caminho *fato* → *tipo* → *sentença* fica comprometido. E o silogismo era praticamente o corolário da qualificação jurídica entendida como fundamento jurídico do pedido, pois o disposto

para o tipo atuava como premissa maior, a qualificação jurídica atuava como premissa menor e a conclusão – digamos assim – se impunha de forma necessária como conclusão silogística.

Diversamente, a hipótese de fundamentos jurídicos do pedido como consequência jurídica do pedido não exige ou supõe forma ou método pré-definidos para sua configuração, deixando-se emanar da totalidade do ordenamento jurídico, através de suas regras, princípios e demais fontes do direito.

É possível argumentar que a decisão judicial não costuma se impor como necessidade lógica, portanto, não se refere a um silogismo em sentido estrito, ainda que pareça ser um silogismo. Especialmente no caso de decisões que se pautam por princípios, na ausência de regras reguladoras para o caso concreto, não apenas há invariavelmente uma ausência de tipicidade – ou de figura jurídica típica – para o caso concreto, como a decisão, especialmente se sobre o fato não regulado por norma incidirem princípios em choque, que tendem à tomada de decisão pelo juiz em direções opostas, deverá ser tomada considerando-se as peculiaridades do caso em tela e do grau de lesão de direito para as circunstâncias concretas especiais ao caso, portanto, sem nenhuma referência absoluta, premissa maior, ou conclusão que se imponha para todo e qualquer caso com características jurídicas centrais semelhantes, mas não idênticas.

3.1.3 Eventualidade e pedido

O último elemento da ação é o *pedido* e em relação a ele também será feita uma análise do âmbito do princípio da eventualidade. A doutrina entende ser divisível o pedido em duas categorias: pedido imediato e pedido mediato, referindo-se o primeiro termo à providência jurisdicional– enquanto gênero, portanto – requerida pelo autor, e o segundo referente ao bem da vida pleiteado pelo autor, portanto, referente ao direito material. Conforme lição de Moacyr Amaral Santos:

O pedido imediato consiste na providência jurisdicional solicitada: sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mesmo providência executiva, cautelar ou preventiva. O pedido mediato é a utilidade que se quer alcançar pela sentença, ou providência jurisdicional, isto é, o bem material ou imaterial pretendido pelo autor. Aqui será o recebimento de um crédito; ali a

entrega de uma coisa, móvel ou imóvel, ou o preço correspondente. Em tal ação será a prestação de um serviço ou a omissão de um ato; noutra, a dissolução de um contrato. Nas chamadas ações meramente declaratórias (Cód. Proc. Civil, art. 4.), o pedido mediato se confunde com o pedido imediato porque na simples declaração da existência ou inexistência da relação jurídica se esgotam a pretensão do autor e a finalidade da ação. (SANTOS, 1999, p. 163-164)

Ao contrário do observado em relação ao fundamento jurídico do pedido, não há grande diferença de entendimento entre os autores em relação ao conceito de pedido. Portanto, se a investigação incide sobre o âmbito do princípio da eventualidade sobre esse terceiro elemento da ação, o pedido, torna-se facilitada pelo fato de se referir a apenas uma realidade conceitual central. Também a divisão do pedido em pedido imediato e mediato encontra grande uniformidade entre os juristas, bem como a idéia de que a identidade da ação, a princípio, depende também da coincidência do pedido tanto mediato quanto imediato. Conforme Humberto Theodoro Júnior:

O *pedido*, como objeto da ação, equivale à *lide*, isto é, a matéria sobre a qual a sentença de *mérito* tem de atuar. É o bem jurídico pretendido pelo autor perante o réu. É também pedido, no aspecto processual, o tipo de prestação jurisdicional invocada (condenação, execução, declaração, cautela etc.) Para que uma causa seja idêntica à outra, requer-se identidade da pretensão, tanto de direito material, como de direito processual. Não há, assim, pedidos iguais, quando o credor, repellido na execução de quantia certa renova o pleito sob a forma de cobrança ordinária. A pretensão material é a mesma, mas a tutela pedida é outra. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 57)

Conforme Teixeira:

Para que haja a identidade da ação por meio do pedido, deve ser feito o exame dos pedidos imediato e mediato, já que, variando algum deles, poderá ocorrer também a diversidade de ações, embora isso nem sempre ocorra, pois há situações excepcionais em que a alteração do pedido imediato ou mediato não leva à diversidade de demandas. (TEIXEIRA, 2005, p. 204)

Assim, Teixeira admite a tese geral da identidade da ação condicionada à identidade envolvendo tanto o pedido imediato como o mediato, mas havendo algumas exceções para determinados casos, como o de ações de alimentos, variando apenas o pedido mediato, uma delas consistindo em coação

pessoal e a outra expropriação; ou ainda execução por meio de expropriação (art. 732 e 735 do CPC) ou coação pessoal (art. 733 do CPC), conforme exemplos de Araken de Assis (cf. Teixeira, 2005, 204) . Para esse autor, os diversos pedidos mediatos nos casos discutidos não resultariam em ações diversas, havendo em cada uma das duas duplas de ações identidade de ação. Portanto, conforme o direito substantivo em tela, em algumas hipóteses tem-se natural e plenamente aceitável a substituição de providência específica por outra e, nesses casos excepcionais, não se entende serem ações diversas. Nessa situação, há dois casos a serem examinados: aqueles em que o autor não estaria, a princípio, autorizado a mudar o pedido, mas o juiz não precisaria se ater ao pedido exato do autor, e aquelas hipóteses em que o próprio autor pode mudar o pedido, mesmo após a fase de saneamento. Nos exemplos citados por Teixeira, é necessário fazer essa clara distinção:

No primeiro caso, estamos diante de uma atenuação do princípio da congruência; no segundo caso, do princípio da eventualidade, objeto do presente trabalho. É a análise dessas duas situações que permitem discutir o âmbito do princípio da eventualidade em relação ao elemento da ação denominado pedido.

Segundo o código de processo civil, por força do art. 282, inciso IV, deve o autor indicar "o pedido, com as suas especificações". Portanto, pedido claramente expresso e ainda especificado, em oposição ao que se solicita para os fatos e provas, para os quais se entende possível certa indeterminação ou protesto genérico.

Conforme Teixeira:

O pedido é um dos requisitos da petição inicial (art. 282, IV, do CPC). Por isso, em atenção aos princípios da economia e da lealdade processuais, o autor deve formular o pedido ou os pedidos, com as suas especificações, sob pena de inépcia da petição inicial (art. 295, parágrafo único, I, do CPC) e preclusão, pois, observadas as regras dos arts. 264 e 294 do CPC e ressalvadas as exceções que adiante serão examinadas, não serão admitidas alterações posteriores no pedido. É tão importante a correta identificação do pedido já na petição inicial que o art. 321 do CPC estabelece que, ainda que haja revelia, o autor não poderá alterar o pedido, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 dias. (TEIXEIRA, 2005, p. 207)

E conclui relacionando tal exigência ao âmbito do princípio da eventualidade:

Logo, o princípio da eventualidade abrange também o pedido, impondo ao autor o ônus de apresentar, na petição inicial, todos os pedidos que decorram dos fatos essenciais por ele alegados, sob pena de não mais poder deduzi-los posteriormente. (TEIXEIRA, 2005, p. 207)

Há, na verdade, no código de processo civil, duas hipóteses referentes à mudança do pedido, bem como da causa de pedir, hipóteses que se referem à própria estabilização do processo, portanto, à forma de ser do princípio da eventualidade no processo ordinário do direito pátrio:

As modificações do pedido, sejam elas quantitativas ou qualitativas, sujeitam-se às regras referentes à estabilização do processo (art. 264 do CPC). Assim, antes da citação, é possível a ampliação, a redução ou a alteração do pedido, independentemente de manifestação do demandado. Feita a citação, qualquer modificação do pedido exige o consentimento do réu. Após o saneamento do processo, em nenhuma hipótese será permitida a alteração do pedido, mesmo com a anuência do demandado. (TEIXEIRA, 2005, p. 208)

Portanto, o momento para apresentar o pedido é a fase postulatória e, sem a anuência da parte contrária, a regra institui que sua modificação somente é possível entre o intervalo que vai do momento da propositura da ação até o da citação do réu, momento a partir do qual a ação produz seus efeitos para o réu, conforme dispõe o art. 263 do código de processo civil.

Conforme anotado, em que pese a regra estabelecida, há casos de exceção, portanto, que o autor pode alterar o pedido em momento posterior, conforme registra juristas estudados por Teixeira. Assim, referindo-se a Barbosa Moreira, aponta uma série de modificações permitidas ao autor, relacionadas à redução do pedido, às vezes condicionada ao consentimento do réu, mesmo após o saneamento do processo:

Todavia, apesar da dicção legal, a redução do pedido é permitida mesmo após o saneamento do processo, com ou sem consentimento do réu. Além disso, há alguns casos de alteração unilateral pelo autor ou mesmo como resultado de convenção entre as partes, nos quais resta excepcionado o texto legal: desistência parcial pelo autor; renúncia parcial ao direito por ele postulado; transação parcial, na pendência de processo; compromisso relativo à parte objeto do litígio, na pendência do processo; interposição, pelo autor, de recurso parcial contra a sentença de mérito desfavorável. (TEIXEIRA, 2005, p. 209)

A razão não explicitada é compreensível: busca-se com a atividade jurisdicional, através do processo, a solução da lide e a pacificação social. O pedido menos gravoso caminha nessa direção, atuando no sentido de diminuir a tensão entre as partes, favorecer possível composição ou, ao menos, impor resultado menos gravoso ao demandado, o que permite uma interpretação não literal dos dispositivos da lei que caminham em sentido contrário.

Uma série de hipótese nas quais Teixeira vislumbra exceção à estabilização do processo refere-se mais à não congruência entre pedido e sentença do que à iniciativa do autor em formular novo pedido, observado o direito ao contraditório e à ampla defesa, concedidos ao réu. Essas hipóteses estão condicionadas à natureza da relação material discutidas em juízo.

Assim, nas obrigações de fazer ou não fazer, pode o juiz alterar o pedido de fazer ou não fazer ou determinar, sem que o autor tenha solicitado, providências que asseguram o resultado prático equivalente ao do adimplemento, nos termos do artigo 461 – caput do código de processo civil, conforme argumenta Candido Rangel Dinamarco apud Teixeira (2005, p. 218). O conteúdo do art. 461 é, entretanto, explícito neste sentido e amplia os poderes do juiz:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Uma segunda hipótese refere-se às ações para as quais se admite a *fungibilidade do pedido*. Portanto, novamente a prerrogativa dada ao juiz tem natureza legal e é especialmente ilustrada no art. 920 do código de processo civil em relação às ações possessórias, portanto, as ações de manutenção de posse, reintegração de posse e interdito proibitório (arts. 926 e 932 do CPC). dispõe o artigo 920:

Art. 920. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.

É o que nos lembra Teixeira:

Em certas situações, a relação jurídica de direito material apresenta características específicas que permitem ao juiz, mesmo não havendo alteração da *causa petendi* e do pedido, conceder tutela diversa da que fora originalmente pleiteada pelo autor. É o que ocorre nas ações possessórias, nas quais a propositura de uma ação em vez de outra não obsta a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados (art. 920 do CPC). Esse dispositivo traz a denominada "fungibilidade das ações possessórias", que excepciona a regra da correlação entre o pedido e a sentença (arts. 128 e 460 do CPC) e se aplica somente às ações de manutenção de posse, reintegração de posse e ao interdito proibitório. (TEIXEIRA, 2005, p. 212-213)

Uma terceira hipótese refere-se à especial proteção que a jurisdição dá ao hipossuficiente em alguns casos, especialmente no artigo 2.º do código de processo civil:

Afora essas situações, também tem sido admitida a modificação e até mesmo a ampliação do pedido com base na "função social do processo", em ações como as de indenização por acidente do trabalho, por meio da adoção do entendimento de que o juiz não está adstrito ao pedido formulado na petição inicial, podendo conceder benefício diverso do pleiteado pelo autor, em face da hipossuficiência deste e do caráter social e protetivo da legislação acidentária. Desse modo, por meio da invocação de um papel mais ativo do juiz, são admitidos o pedido genérico e a alteração do pedido mediato, em clara limitação ao princípio da eventualidade. (TEIXEIRA, 2005, p. 209-210)

Todas essas hipóteses são exceções e atenuam o princípio da inércia do juiz: art. 2.º "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais."

Essas hipóteses sugerem a discussão sobre como ficam afetados os princípios da congruência (relação envolvendo pedido e sentença) e da eventualidade. Em relação ao princípio da congruência, essas hipóteses referem-se, no mínimo, à sua exceção ou mitigação. É certo que nos casos das obrigações de fazer e não fazer, as decisões referentes à coerção pessoal tem ainda como *telos* o próprio pedido do autor referido à obrigação de fazer ou não fazer, conforme argumenta Dinamarco apud Teixeira (2005, p. 220), ainda que seja necessário admitir que não seja exatamente o que o autor pediu e muito menos a especificação do pedido. Em relação à fungibilidade das ações possessórias, há certa liberdade e trânsito entre as ações e os pedidos. Em relação às ações versando sobre acidentes de trabalho há, entretanto, possibilidade de pouca observação do princípio da

congruência. Nos três casos, pode não haver ofensa ao princípio da congruência, conforme argumenta Kazuo Watanabe (1996) apud Teixeira (2005, p. 220), em razão de previsão legal para as hipóteses de pedido diverso da sentença, mas há, senão ofensa, pelo menos desconsideração ou ausência de observância ao princípio referido.

Em relação ao princípio da eventualidade, já foram vistas algumas hipóteses em que este não é observado quanto ao pedido. Tratavam-se de situações em que o pedido se tornava mais brando ao réu, portanto, sem prejuízo aparente ao réu – se for detectado prejuízo para a sua defesa, então tal concessão ao autor não pode ser admitida – e favoravelmente à consecução dos objetivos da jurisdição, ou seja, tornando possivelmente mais tranqüila a resolução da lide e a pacificação social.

Mas é necessário investigar de que forma o abrandamento ou a não verificação do princípio da congruência afeta o princípio da eventualidade, interferindo em seu âmbito.

Mesmo que o *telos* do princípio da eventualidade seja a fixação da demanda ou a imutabilidade dos elementos da ação, ele mesmo não se confunde com sua finalidade e continua a atuar como preceito das partes se manifestarem em uma única oportunidade em relação aos elementos centrais definidores da ação. Portanto, a não observância do princípio da congruência afeta diretamente seu *telos*, mas não a si próprio como princípio-preceito, afinal, as partes podem continuar a ser obrigadas a apresentar pedidos, fundamentos e exceções em um único momento, na fase postulatória.

Mas, se em determinadas hipóteses o juiz pode decidir sem observar exatamente o pedido, não poderá o autor, pelo menos nessas hipóteses, mudar o pedido, deixar de fazê-lo ou formulá-lo de modo genérico, não especificado? Ou seja, trata-se de discutir se a possibilidade de exceção ao princípio da congruência permite ao autor não observar o princípio da eventualidade. Para Teixeira, o autor está obrigado a observar os preceitos do art. 282, IV referido e não poderá alterar o pedido. Assim, para Teixeira não deixa de ser aplicado o princípio da eventualidade, mas de forma mitigada, como decorrência da atitude do juiz:

À primeira vista, a impressão é que houve rompimento com ambos os princípios – da congruência e da eventualidade –, já que é possível ao juiz a

concessão de providências diversas das solicitadas pelo autor. No entanto, o que o legislador estabeleceu foi uma mitigação a essas regras, mas não um completo divórcio com a correlação e a *Eventualmaxime*. Assim, continua a obrigatoriedade de o autor formular o pedido, com todas as suas especificações, na petição inicial. As "providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento" não podem distanciar-se da obrigação que foi descumprida pelo réu, estando o juiz limitado ao pedido feito inicialmente pelo autor. (TEIXEIRA, 2005, p. 219-220)

Uma mitigação efetiva do princípio, e não de seus efeitos, em decorrência de causas diversas, ocorreria se o autor pudesse não especificar o pedido na inicial sem que isso implicasse inépcia. Ou, ainda, se o autor pudesse reformular o pedido no curso do processo. Tal hipótese chegou a ser aventada, já que nas hipóteses discutidas de não congruência entre pedido e decisão o próprio juiz pode não observar o pedido formulado e especificado, por que o autor haveria de formulá-lo, especificá-lo e mantê-lo? Qual seria a importância – ou mais, a inexorabilidade – dessa medida ao processo? Para alguns, a prescrição do 282, IV e a imutabilidade do pedido pelo autor após o saneamento deve ser mantido, mesmo em relação às hipóteses aqui tratadas. Para outros, trata-se de formalismo, portanto, não tem função no processo e não deve ser mantido. Assim, se o autor errou a tipificação e pediu manutenção da posse quando se tratava de interdito proibitório, o que obstaria que mudasse seu pedido, ao longo do processo? Nesse caso, haveria, aqui sim, mitigação do princípio da eventualidade.

O tema, polêmico, encontra certa indeterminação em Teixeira. Por vezes, o princípio está mitigado por conta da decisão do juiz diversa do pedido, mitigação que independeria da possibilidade de participação do autor:

Nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz pode conceder providência diversa daquela requerido pelo autor, de modo a assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento, valendo-se, para tanto, das medidas de apoio, tais como a imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, entre outras. (TEIXEIRA, 2005, p. 225)

Em outras ocasiões, deixa antever que o próprio autor teria a faculdade de alterar o pedido, tornando-se literal a mitigação do princípio da eventualidade, dada sua não observância em algumas hipóteses, ainda que poucas e ainda que previstas em lei, em relação ao pedido:

À semelhança do que ocorre nas demandas que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o autor não pode modificar o pedido no curso do processo, observados os limites do art. 264, *caput* e parágrafo único, do CPC, salvo quando haja impossibilidade superveniente do cumprimento da própria obrigação adimplida. (TEIXEIRA, 2005, p. 227)

A discussão da modificação do pedido suscita uma reflexão sobre a relação entre fundamento jurídico do pedido e pedido envolvendo lógica e silogismo. Ainda que pedido não fundamentado implique extinção do processo por inépcia, nos termos do art. 295, parágrafo único, inciso I, a hipótese de que o pedido decorra lógica ou necessariamente de seu fundamento é algo exagerada e isso porque certos fatos e suas conseqüências jurídicas podem implicar certa providência de outrem em face do autor através do processo, mas, em muitos casos, essa providência pode assumir formas diversas, portanto, vários pedidos diversos podem ser pertinentes, como, aliás, bem lembra a doutrina, ao tratar de ações concorrentes, pedidos alternativos, etc, entre outros tópicos. O que cabe, em muitos casos, é uma hipótese de reparação, mas não uma forma única mediante a qual a reparação deva se dar, constatado o direito do autor consubstanciado no fato narrado e nas conseqüências jurídicas apresentadas. Não há sequer a garantia de que, tendo o autor o direito, deva haver para todo caso concreto um único e necessário pedido imediato pertinente, muito menos um único e necessário pedido mediato.

Se isso é verdade, não é o silogismo que define, em todos os casos, os pedidos pertinentes frente aos fatos e fundamentos jurídicos do pedido expostos, para certa decepção de quem identificava fundamento jurídico do pedido e qualificação jurídica e que buscava nas figuras do direito plenificar o silogismo, típico do raciocínio dedutivo. Nesse sentido, a análise do pedido frente aos seus fundamentos indica que a lógica cede lugar ao justo e ao razoável.

3.2 Elementos da Ação, Efeito Preclusivo da Coisa Julgada e Paz Social

A possibilidade de uma mesma causa de pedir poder se consubstanciar em vários pedidos e, inversamente, um mesmo pedido ser

fundamentado em diferentes causa de pedir traz à tona tanto aspectos lógicos e conceituais envolvendo os elementos da ação, como a questão das possibilidades e limites de se alcançar a paz social pela resolução da lide através da atividade jurisdicional. O ponto seguro já discutido é que, sem variar a causa de pedir nem o pedido, não tem o autor a possibilidade de alcançar judicialmente o bem da vida pleiteado em nova ação, por força do instituto jurídico da *coisa julgada*, que se constitui como pressuposto processual negativo. Mas isso, por si só, seria muito pouco para garantir a paz social com base em uma controvérsia, pois sempre pode haver novos motivos a serem alegados ou novos pedidos a serem formulados. Aparentemente, o ideal é que todos os motivos e alegações suficientes para ensejar o direito do autor ou do réu pudessem ser examinados e decididos pelo juiz para que o juiz prolatasse a sentença. Barbosa Moreira, em seu texto *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*, escreve:

Quando se poderá assegurar, *a priori*, que tenha sido *exaustiva*, num processo qualquer, a consideração, pelo órgão judicial, das questões relevantes para a decisão da causa? Em regra, o oposto é o que acontecerá: as partes fazem aos advogados narrativas lacunosas dos fatos; os advogados equivocam-se na valoração do material, ou não são bastante hábeis, ou bastante diligentes, e deixam de usar algum argumento que talvez fosse o decisivo; documentos perdem-se, acham-se, tornam a perder-se; testemunhas esquecem o que viram ou ouviram, omitem-se desaparecem; à atenção do juiz passa despercebido tal ou qual subsídio probatório, à sua memória não acode a norma legal que na verdade se deveria aplicar à espécie. (BARBOSA MOREIRA, 1971, p. 99)

Além desse quadro comum e algo cômico, apontado por Barbosa Moreira, de falhas e incompletudes que marcam a produção das alegações e das provas, bem como da decisão com base nelas, a incompletude da causa de pedir como hipótese para nova demanda seria expediente interessante àqueles que não desejariam por fim ao conflito, àqueles que não desejam efetivamente a paz social com o desafeto, seja porque quer irritá-lo, seja porque não admite a derrota enquanto for possível prorrogá-la.

Que instrumentos disporem o processo civil para impedir ou dificultar a extensão do litígio? Em sentido afeito ao investigado no presente trabalho, qual a extensão ou alcance do princípio da eventualidade? Está claro que internamente ao processo, o alcance do princípio da eventualidade consubstancia-se através das preclusões estudadas mediante as quais põe fim à possibilidade das partes alegar

novas causas de pedir, salvo exceções expressas no código, algumas das quais ainda a serem analisadas. Também evita a repetição de uma demanda já decidida através de sentença definitiva, por força do instituto da *coisa julgada*, entendendo-se por repetição de demanda, conforme discutido, a reapresentação de demanda cujos elementos – partes, causa de pedir e pedido – sejam idênticos aos de outra já julgada nos termos acima apontados. Mas e se não houver identidade entre as demandas, mas, no fundo, tratarem do mesma controvérsia? É possível isso, evidentemente, através da modificação da causa de pedir, que impediria tanto a identidade das demandas, como a implicada a configuração da coisa julgada como pressuposto processual negativo. Se já foi discutido que diferentes entendimentos sobre fatos principais, fundamentos jurídicos e pedidos repercutem no âmbito do princípio da eventualidade, que os circunscreve em conformidade com o entendimento que se tem destes, posto que atua como organizador da demanda e fixação dos seus termos, a investigação a seguir agora enfatiza não o seu âmbito, mas o seu alcance ou a realização do seu telos mais importante: a pacificação social pelo término do contenciosos. A questão que se coloca e envolve a eficácia da sentença na pacificação social e, em termo jurídicos, especificamente aquilo que se denomina de *eficácia preclusiva da coisa julgada*. Trata-se de conceito tanto complexo como controverso, de tal modo que diferentes entendimentos acabam por indicar – conforme veremos – conseqüências muito distintas, em razão das quais a extensão e apreciação do princípio da eventualidade acaba por variar.

A coisa julgada é característica da sentença que a torna imutável. Conforme Humberto Theodoro Júnior:

Apresenta-se a *res iudicata*, assim, como a qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença mas a qualidade dela representada pela “imutabilidade” do julgado e de seus efeitos. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 462)

O Código de Processo Civil a formaliza de modo um pouco diferente:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A imutabilidade da sentença é fundamental à pacificação social, especialmente resguardado o direito ao contraditório e à ampla defesa das partes no processo e a possibilidade prévia de recurso à disposição das partes, conforme normatizado pelo Código de Processo Civil. Exaurida a possibilidade de recurso, a sentença torna-se imutável não mais poderá ser atacada, exceto pela hipótese excepcional de ação rescisória (art. 495 do CPC).

É certo que a coisa julgada, pensada como característica de imutabilidade da sentença que se alcança com seu trânsito em julgado, não atinge a causa de pedir, portanto, os fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Embora o juiz não sentencie senão a partir dos fatos e fundamentos do pedido e da lógica que os relaciona com o pedido, não são eles próprios objetos da decisão contida na sentença e não são considerados como verdadeiros e inequívocos senão para o convencimento do juiz e fundamentação de sua decisão. São necessários à formação da convicção do juiz, mas não são, eles próprios, objeto da parte dispositiva da sentença, e, nesse sentido, de decisão judicial. Isso significa que a característica de imutável que envolve a sentença definitiva transitada em julgado não alcança as alegações das partes e estas podem ser reapresentadas em outra demanda. A questão que se coloca é: a) podem ser utilizadas numa demanda de mesmo tipo? Sabemos que não, por conta do pressuposto processual negativo que envolve a coisa julgada. Mas e de uma demanda diversa? Podem, sem dúvida, posto não serem alcançados pela autoridade da coisa julgada. E os fatos e fundamentos *não alegados* ou *não apreciados* na demanda anterior, podem servir de base à nova demanda? Sem dúvida, e com muito mais razão. Mas, nesse caso, mesmo que o pedido da nova demanda fosse o mesmo, não constituiria uma identidade de demanda com a anterior, por conta da mudança nos fundamentos do pedido, portanto não se poderia alegar coisa julgada como pressuposto processual negativo para por fim ao novo processo. Há, entretanto, o efeito preclusivo da coisa julgada, que atua no sentido de fazer prevalecer a decisão judicial anterior. Mas o entendimento do instituto e especialmente de seu alcance é tão diverso, que a segurança jurídica dele decorrente varia muito segundo diferentes autores.

Conforme discutido anteriormente, a coisa julgada relativa a uma demanda enseja a extinção de processo relativo à outra demanda idêntica, ou seja, demanda cujos elementos se identifiquem. Em nosso ordenamento jurídico isso significa usualmente identidade entre partes, causa de pedir e pedido. Isso significa

literalmente que, se uma demanda possui as mesmas partes, causa de pedir e pedido que outra demanda já sentenciada e com trânsito em julgado, não poderá ser admitida pelo juiz – por força do trânsito em julgado e de suas conseqüências –, que deverá extinguir o processo, conforme dispõe o art. 267, V do CPC. Portanto, as mesmas partes não podem rediscutir um mesmo pedido com base nas mesmas causas de pedir de uma demanda anterior.

A coisa julgada não incide sobre toda a discussão contida no processo, mas apenas sobre a parte dispositiva, referente à decisão do juiz e as razões diretamente atreladas a essa decisão. O art. 469 do CPC limita o alcance da coisa julgada e exclui dele os motivos para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. Em relação aos motivos da sentença, objeto dessa discussão, afirma Theodoro Júnior:

Os motivos, ainda que relevantes para fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação mas não se recobrem do manto de intangibilidade que é próprio da *res iudicata*. O julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o “porque” dessa resposta. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 472)

A sentença tem como requisito ou parte, conforme estabelece o art. 458 do CPC, o relatório, os fundamentos e o dispositivo. Assim, enquanto os fundamentos consistem na análise pelo juiz das questões de fato e de direito, a parte dispositiva é a parte em que o juiz resolve as questões propostas pelas partes, decidindo a lide. Sobre essa parte, dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença

[...]

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Conforme Theodoro, a resolução das questões implica não apenas a enunciação da decisão, mas a razão da decisão, também. Mas a coisa julgada, incidindo sobre a parte dispositiva, refere-se à resolução das questões propostas na ação, portanto, não apenas a decisão como mero comando ordenativo ou

declaratório, mas a decisão que contempla em si suas razões, seu sentido. Portanto, decisão não se dissocia de suas razões internas.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior, tanto refere a coisa julgada à decisão, como inclui aquilo que a sustenta. Em relação à incidência da coisa julgada sobre a parte dispositiva, afirma:

O juiz, para julgar, exerce processualmente dois tipos de atividade: a) a *cognição* a respeito de tudo que, no plano lógico, for necessário para chegar a uma conclusão a respeito do pedido; e b) a *decisão*, que envolve a relação jurídica material controvertida e que redundará na declaração final de acolhimento ou rejeição do pedido formulado em torno da citada relação. É na *decisão* que se situa a autoridade da *res iudicata*, tornando imutável e indiscutível o que aí se declarar. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 472)

Mas distingue, motivo e razão e somente este último termo estaria junto à decisão, abrigado pela coisa julgada:

Há, em outras palavras, que se distinguir, como o faz o Professor Ronaldo Cunha Campos, entre *motivos* e *razões* da decisão. No plano fático há os acontecimentos que provocaram a eclosão da lide e outros que apenas servem ao processo para formação do julgado. Os primeiros seriam os fatos jurídicos litigiosos e os últimos fatos simples. A invocação do fato jurídico básico será a *razão* da sentença e, assim, estará alcançada pelo dispositivo dela e protegida pela *res iudicata*. Já os fatos simples, que apenas serviram à formação da convicção do julgador, estes são os *motivos* da sentença, que nunca passam em julgado. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 472-473)

Para Humberto Theodoro Júnior, não há sentença sem razão, portanto, a lógica interna da solução, proferida pelo juiz também está incluída na coisa julgada e não poderá ser rediscutida em novo processo, evitando novas demandas desnecessárias. Tal entendimento é sujeito à especial controvérsia, pois reinsere parte dos motivos – aquela referente aos fatos jurídicos litigiosos – na parte alcançada pela coisa julgada, ampliando, aparentemente *contra legem*, embora através de suposta interpretação extensiva e, para o autor, provavelmente apenas boa e correta interpretação. Para o autor, a pacificação advinda da imutabilidade da sentença alcança, portanto, a causa de pedir, embora isso possa estar limitado a certas circunstâncias.

De qualquer forma, não se confundem coisa julgada e eficácia preclusiva da coisa julgada. Esta se refere, entretanto, à matéria mais ampla do que

constitui a parte dispositiva da sentença em sentido estrito. Estabelece o art. 474 do CPC:

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

Assim, com a coisa julgada, preclui o direito das partes não apenas reapresentarem alegações e defesas feitas, como também todas aquelas que poderiam ter sido feitas e não o foram, tanto para o acolhimento como para a rejeição do pedido. Portanto, o princípio da eventualidade incide diretamente sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, impedindo às partes, em sentido a ser discutido, de apresentar alegações em um processo que poderiam ter sido feitas, mas não o foram, em outro.

Teixeira tem uma especial explicação para isso, bastante diversa da explicação de Barbosa Moreira, como se verá mais adiante: em primeiro lugar, defende que a autoridade da coisa julgada *se estende* para tudo o que poderia ter servido de fundamento para a defesa da bem da vida em jogo. Conforme Teixeira:

Por força do art. 474 do CPC, há impedimento, com o trânsito em julgado, da discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Baseia-se na regra do “deduzido e do dedutível”, isto é, a autoridade da coisa julgada estende-se sobre tudo o que foi deduzido e também sobre o que poderia ter sido deduzido, mas não o foi, razão pela qual todos os argumentos, do autor e do réu, mesmo que não suscitados, ficam abrangidos pela força da *res iudicata*. (TEIXEIRA, 2005, p. 276)

A ampliação da *res iudicata*, a princípio, seria até mais ampla do que a decorrente das formulações de Theodoro Júnior acima citadas, que limita aos fatos jurídicos litigiosos. Mas Teixeira apresentará novos limites à matéria.

Ainda em consonância com a hipótese de ampliação da *res iudicata*, o alcance do art. 474 do CPC – e do princípio da eventualidade, portanto, em relação ao ponto tratado – é entendido de modo muito diverso conforme a interpretação que se faz do artigo supra referido, bem como do sentido da *res iudicata* e de sua relação com o efeito preclusivo da coisa julgada. Ainda conforme Teixeira, haveria duas correntes principais sobre o tema: para a primeira, toda matéria que poderia ter

sido alegada em determinada demanda não pode ser discutida em qualquer outra demanda; para a segunda corrente, a matéria deduzida ou dedutível não pode ensejar *demanda idêntica* para ser contemplada, mas nada obsta que volte a ser discutida em demanda não idêntica à primeira, portanto, que se caracterize através de elementos diversos.

Teixeira apresenta a primeira corrente e cita a clara adoção dessa perspectiva pelo ordenamento jurídico espanhol:

De acordo com a primeira orientação, nas situações apresentadas, não poderiam ser ajuizadas as seguintes demandas, reputando-se deduzidas e decididas “implicitamente”, por serem consideradas questões das lides submetidas à apreciação judicial, todas as possíveis causas que poderiam constituir fundamento das respectivas demandas. Na Espanha, foi adotada essa posição, havendo expressa previsão de que, quando o pedido possa fundar-se em diferentes fatos ou distintos fundamentos ou títulos jurídicos, deverão ser deduzidos na demanda todos que sejam conhecidos ou possam ser invocados no momento de sua propositura, sem que seja admissível reservar sua alegação para um processo ulterior (art. 400, 1, da LEC). Ademais, para efeitos de litispendência e coisa julgada, os fatos e os fundamentos jurídicos alegados em uma demanda consideram-se os mesmos que os deduzidos em outro processo anterior se nestes poderiam ter sido alegados (art. 400, 2, da LEC). (TEIXEIRA, 2005, p. 278-279)

Teixeira apresenta a segunda corrente, à qual entende se filiar Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco, José Rogério Cruz e Tucci e ele próprio:

Outra corrente entende que a regra do art. 474 do CPC abrange apenas as questões que se contêm nos limites da *causa petendi* e do pedido. Em processo distinto, no qual seja discutida pretensão diversa, baseada em outra causa de pedir ou contendo outro pedido, ainda que entre as mesmas partes, a alegação ou a defesa podem ser suscitadas e devem ser levadas em consideração na sentença. (TEIXEIRA, 2005, p. 279-280)

E apresenta o argumento de Cândido Rangel Dinamarco:

“a coisa julgada material não vai além dos limites da demanda proposta e, se houver outra *causa petendi* a alegar, a demanda será outra e não ficará impedida de julgamento” (DINAMARCO, 2001, p. 325 apud TEIXEIRA, 2005, p. 280)

Teixeira é enfático em sua conclusão:

[...] somente podem ser consideradas deduzidas e decididas as alegações e defesas referentes à relação jurídica debatida em juízo, isto é, que guardem relação com a *causa petendi* deduzida na petição inicial e em função da qual o autor formula sua pretensão. Em última análise, a orientação que admite a preclusão da discussão de causas não alegadas e decididas anteriormente constitui afronta às garantias constitucionais do contraditório e da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois suprime do Poder Judiciário o conhecimento de causas de pedir que nem sequer foram submetidas à apreciação judicial. (TEIXEIRA, 2005, p. 282-283)

Humberto Theodoro Júnior, identificado com a segunda corrente, expressa sua convicção sobre o tema através de exposição e análise de um exemplo:

Logo, “a sentença faz coisa julgada sobre o pedido” e só se circunscreve aos limites da lide e das questões decididas (art.468). Assim, se o herdeiro legítimo também contemplado em testamento reivindica a herança invocando a disposição testamentária (uma questão) e perde a demanda, não estará inibido pela *res iudicata* de propor outra ação baseada na vocação hereditária legítima (outra questão ainda não decidida). (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 471)

Teixeira entende que a questão continua sendo polêmica, especialmente no entrecruzamento dessa perspectiva com outros pontos polêmicos para o direito. Teixeira apresenta um exemplo de autoria de José Maria Tesheiner, que, segundo a sua perspectiva, traz certa complexidade ao debate:

[...] o pedido de indenização dos danos nas paredes não impede posterior pedido de indenização dos danos nas portas, pois são fatos de idêntica natureza, mas produzindo cada qual efeitos jurídicos próprios, ainda que iguais. (TESHEINER, 2002 apud TEIXEIRA, 2005, p. 281)

Este exemplo, que acaba por se referir tanto à causa de pedir como ao pedido, enseja uma consideração *ab initio*:

Como a particularização do objeto que sofreu dano pode ser infundável – poderíamos continuar a desdobrar o dano em: dano na dobradiça da porta, dano na fechadura da porta, dano no batente da porta, dano na madeira (ou corpo) da porta – o fato concreto como causa mediata de pedir, ainda que concreto, não deixa de ser, ele próprio, produto de uma categorização racional: não é evidente em si senão mediante uma razão que constitui um sentido plausível, ao mesmo tempo em que compreensível tanto social como racionalmente. Portanto, no exemplo em tela, o

fato é o dano sofrido pelo sujeito, ou talvez ainda o dano sofrido pelo sujeito com relação à sua porta, mas a não alegação do dano em sua plenitude, quando racionalmente se espera que se expresse através de seus elementos máximos e sintéticos – ou pelo menos significativos –, não permitem ao autor reapresentar a ação indefinidamente, sob a alegação de se tratar em cada uma delas de diferente causa de pedir mediatas. Assim, se o dano é na porta e alega apenas o dano na dobradiça da porta, faz coisa julgada em relação à nova demanda que tem por causa de pedir mediata o dano na maçaneta da porta – provocado, evidentemente, pelo mesmo sujeito e na mesma oportunidade que o dano na dobradiça. Se um caminhão invade uma casa, o dano é na casa atingida, e não em vários objetos independentes (porta, parede, piso), ainda que o orçamento precise ser feito através da divisão do dano em partes específicas e independentemente do autor identificar como causa mediata do pedido apenas o dano na porta.

Portanto, se a razão é que constitui, na multiplicidade dos objetos e circunstâncias, a causa mediata de pedir, os fatos principais, do mesmo modo o juiz deverá, ao delimitar a existência ou não de identidade de demandas, analisar a eventual identidade entre duas demandas propostas. Mas não deve meramente comparar os elementos fáticos principais expressos pelo sujeito nas duas demandas, mas os elementos fáticos principais *razoáveis* nas duas demandas, o que implica revisão crítica da construção da categoria de fato jurídico feita pelo autor em cada uma das duas demandas, para, somente após isso, determinar eventual identidade entre as duas demandas ou inclusão do fato jurídico da segunda demanda na primeira demanda, ainda que se refiram textualmente a objetos distintos e não inclusos um no outro – como dobradiça e maçaneta; ou ainda farol e pneu – o que pode ensejar a identidade de ações e extinção de nova demanda com fundamento em *coisa julgada*.

Outro exemplo interessante de José Maria Tesheiner apresentado por Teixeira, mas também não analisado segundo a sua perspectiva é o seguinte:

Da mesma forma, para a dissolução da sociedade conjugal, dois adultérios, ainda que com diferentes parceiros, constituem fatos da mesma natureza, de modo que, se o autor alegou apenas um adultério, não pode, uma vez vencido, propor outra ação, alegando outro adultério, salvo se superveniente. (TESHEINER, 2002 apud TEIXEIRA, 2005, p. 281)

O fato é a ocorrência daquilo que para o direito é o adultério, e não o adultério A ou o adultério B, ainda que seja o fato concreto que se apresente como causa mediata de pedir e não ainda categorização do fato como adultério, posto que passaria à condição de fundamento jurídico do pedido. Se só alegou adultério A, alegou fato de comportamento adúltero do cônjuge, independentemente das formas meramente acidentais que assumem o adultério. Portanto, precluso o direito de propor nova ação, com a mesma causa de pedir, posto não ser necessária para o direito do autor qualquer circunstância secundária em relação ao adultério. Mas adultério superveniente enseja, evidentemente, nova ação, tanto pela sua superveniência, como por não poder estar expresso na categoria de adultério que engloba formas acidentais que lhes são prévias.

Assim, Teixeira aproximando os conceitos de coisa julgada e efeito preclusivo da coisa julgada, conclui que o efeito preclusivo da coisa julgada, para Teixeira, só se refere à mesma demanda. Mas, nesse caso, três observações devem ser feitas.

Em primeiro lugar, o art. 474 do CPC trata-se de um dispositivo mais explicativo que inédito, pois se a segunda corrente está correta, não poderia, de qualquer forma, rediscutir qualquer questão através de uma demanda já decidida (art. 267, V do CPC), por força exclusiva da *coisa julgada* e não do seu efeito preclusivo citado no art. 474.

Em segundo lugar, ganha algum sentido tal dispositivo se for correta a tese aqui defendida de que a causa de pedir mediata, mais do que uma enunciação, é uma construção racional e a análise da identidade da ação, no que concerne a esse elemento exige uma análise e também reconstrução racional pelo juiz dos elementos fáticos em jogo.

Para Teixeira, a identidade de ações, na qual a idéia de efeito preclusivo da coisa julgada se inscreve, nem sempre pode ser pensada mediante a teoria dos *tria eadem*, ou seja, identidade entre partes, causa de pedir e pedido, conforme nos alerta Teixeira:

Constata-se, dessa forma, que a teoria dos *tria eadem*, em muitos casos, é insuficiente para confrontar duas ou mais ações, não servindo, conseqüentemente, como critério exclusivo para a correta aferição da regra do art. 474 do CPC, devendo ser utilizada também a teoria da identidade da relação jurídica de direito material. Conclui-se, então, que a regra do art. 474 do CPC confirma a adoção do princípio da eventualidade pelo

ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a correta delimitação desse dispositivo legal passa pela teoria dos *tria eadem*, a qual, porém, em muitos casos, mostra-se insuficiente, não podendo ser considerada como critério único e exclusivo para a identificação das ações e para a avaliação da regra da eficácia preclusiva da coisa julgada, havendo necessidade de se recorrer, em diversa situações, à teoria da identidade da relação jurídica, principalmente na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. (TEIXEIRA, 2005, p. 286-287)

Há, portanto, para Teixeira, a presença do princípio da eventualidade no efeito preclusivo da coisa julgada, uma vez que as matérias não alegadas em seu devido tempo também se tornam, como efeito da coisa julgada, referida à sentença do processo, indiscutíveis em outros processos. Seria de um alcance enorme tal dispositivo, se não fosse entendido pelo autor como restrito a demandas idênticas. Como, por força da coisa julgada, não se permitiria a repetição da demanda, acaba o denominado *efeito preclusivo da coisa julgada* servindo fundamentalmente para explicar ou corroborar a tese de que alegações distintas não constituem demanda diversa, por si só. De qualquer forma, frente a interpretações teóricas diversas sobre vários pontos e institutos jurídicos do direito, como identidade de ação e efeito preclusivo da coisa julgada, serve para garantir a não discussão, pelas mesmas partes e frente à mesma causa de pedir e frente ao mesmo pedido, alegações não discutidas e apresentadas em uma primeira demanda.

Embora citado por Teixeira como tendo entendimento convergente ao seu, muito diverso é o entendimento de Barbosa Moreira. Acompanhando Luiz Machado Guimarães, entende que a autoridade da coisa julgada não se estende às causas de pedir, ainda que em uma demanda contendo os mesmos elementos (essenciais) e que a ficção de sua extensão, segundo interpretação do art. 474 do CPC traz mais confusão do que luz à matéria. Referindo-se aos argumentos não utilizados pelas partes e da proibição que o código faz de que sejam utilizados para rediscutir demanda com sentença transitada em julgado, escreve:

O expediente técnico a que às vezes se recorre com tal finalidade consiste em considerar *implicitamente* decididas pela sentença que transita em julgado – no sentido compatível, é claro, com o teor desta – todas as questões, ainda que não apreciadas, cuja solução se devesse reputar idônea para influir no conteúdo do pronunciamento judicial [...] O “como se” faz ressaltar desde logo que se trata, no fundo, de uma *ficção* – e, ousamos acrescentar sem demora, de uma ficção tão supérflua quanto inconveniente. Supérflua porque, conforme se exporá adiante, ao fenômeno se pode dar, em sede dogmática, outra explicação mais própria. Inconveniente porque, se se fala de “julgamento implícito” a propósito de questões não apreciadas,

corre-se o risco de dar a entender que a solução de tais questões ficaria sujeita, em si mesma, à autoridade da coisa julgada, e portanto imune a nova discussão ainda que em processo distinto, no qual, embora entre as mesmas partes, se tenha de compor *outra lide*. (BARBOSA MOREIRA, 1977, p. 99)

Portanto, aponta de início em seu texto que as questões alegadas em uma lide não podem, com o trânsito em julgado da sentença, ser usadas para rediscutir a lide, mas podem ser rediscutidas em um outro processo, portanto, não ficam sujeitas, nem por ficção, à autoridade da coisa julgada. O que está em jogo é a própria imutabilidade da sentença, que se torna norma jurídica concreta que disciplina a controvérsia das partes na demanda anterior. Assim, não podem nem ser alegadas novamente questões já discutidas ao longo da demanda já decidida e transitada em julgado, como também o que não foi alegado ou apreciado não pode ser utilizado em outra demanda para atacar a decisão judicial justamente por conta do caráter de imutabilidade que assume tal decisão, e isso para garantir o telos da atividade jurisdicional do Estado: a pacificação social. Referindo-se ao art. 287 do Código de Processo Civil de 1939, que influenciou o art. 474 do subsequente Código de Processo Civil, afirma:

O expediente usado pela lei tem mera função instrumental: a preclusão das questões logicamente subordinantes não é um *fim* em si mesma, senão simples *meio* de preservar a imutabilidade do julgado. (BARBOSA MOREIRA, 1977, p. 101)

E conclui, na mesma direção, referindo-se ao texto do art. 474 do CPC de 1973, ainda em vigor:

Trata-se menos, com efeito, de “reputar deduzidas e repelidas” as “alegações e defesas” capazes de influir no resultado do processo, do que de *proibir* que tais “alegações e defesas”, deduzidas ou não, se venham a usar como instrumento de ataque àquele resultado. (BARBOSA MOREIRA, 1977, p 102)

Nesse mesmo sentido escreve Luiz Machado Guimarães:

Apenas a questão que é objeto do *decisum*, e não aquelas que constituam suas premissas, adquire a *auctoritas rei iudicatae*. Estas premissas são atingidas pelo *efeito preclusivo da coisa julgada*, mas não adquirem, elas próprias, autoridade de coisa julgada. Podem, por isso, tais questões ser

ressuscitadas em um novo processo cujo objeto seja diverso do objeto do processo precedente. Só na hipótese de novo processo visando diminuir ou extinguir os efeitos da anterior sentença imutável, não poderão aquelas questões ser novamente suscitadas. [...] Não é portanto, a *coisa julgada*, por si mesma, que cobre o “deduzível”; é o *efeito preclusivo da coisa julgada* que o atinge, resguardando a imutabilidade do julgado. (GUIMARÃES, 1969, p. 21-22)

Guimarães (1969, p. 15) ainda distingue duas classes de preclusão, uma derivada da omissão ou inadequação de um determinado ato processual e outra, em sentido muito diverso, referente à impossibilidade de ressuscitar em juízo uma pretensão, já decidida por trânsito em julgado.

Essa discussão aparenta tanto ser meramente acadêmica como sem significado prático, pelo menos para aqueles que se filiarão à corrente descrita e aceita por Teixeira, afinal, não se espera nunca que fatos deduzidos ou dedutíveis possam ser utilizados em mesma demanda, ao mesmo tempo em que não negam estes que possam servir como argumento válido em outros processos, mesmo em sentido diverso do estabelecido na primeira demanda, e isso especialmente para os deduzíveis, mas não deduzidos. Mas essa aparente convergência entre tais concepções é falsa. Do ponto de vista do conhecimento, é fundamental distinguir um instituto jurídico de outro, cuja ontologia seja diversa, mesmo não o sendo seus efeitos, o que se torna mais evidente mediante a circunstância de tais efeitos acabarem por se tornar distintos a partir de certas condições ou a partir de alterações legislativas abstratas de que resultam diferenças inequívocas. Mas, além disso, as implicações no âmbito do curso do processo são extremamente significativas:

Enquanto para Teixeira o efeito preclusivo da coisa julgada impediria nova demanda com fundamento no pressuposto processual negativo referente à *coisa julgada*, Para Guimarães, acompanhado por Barbosa Moreira, o efeito preclusivo da coisa julgada impediria o prosseguimento de nova demanda em relação à demanda anterior, ainda que sem identidade com esta, com fundamento na ausência de condições de ação em razão de *ausência de interesse de agir*. É o que é possível concluir do exposto, também presente no texto de Guimarães:

Todas as questões – as deduzidas e as deduzíveis – que constituam premissas necessárias da conclusão, *considerar-se-ão decididas*, não no sentido de revestidas da autoridade de coisa julgada, mas no sentido de se

tornarem irrelevantes, se vierem a ser ressuscitadas com a *finalidade* de elidir a *res iudicata*. (GUIMARÃES, 1969, p. 22)

Do ponto de vista processual, garante o resultado prático da sentença, impedindo que a prestação jurisdicional chegue a termo sem poder ser reeditada. Mais explicitamente, seria pouco que a sentença transitada em julgado impedisse apenas nova demanda idêntica, em sua essência, à primeira, pois qualquer novo argumento que possa decidir a causa ensejaria a continuidade da disputa jurídica pelo mesmo bem, pelo motivo já discutido de que diferentes causas de pedir implicam não-identidade entre demandas. A perspectiva de Barbosa Moreira e de Guimarães não apenas está correta, como é a única que tem sentido prático ao processo.

Portanto, o efeito preclusivo, diferentemente do que defendera Teixeira, não mais se restringe a demandas que assumem identidade com outra demanda já julgada, com sentença transitada em julgado, ao contrário, se aplica a toda e qualquer demanda que, mesmo diversa de demanda anterior já transitada em julgado, acabe por ameaçar o bem da vida decidido nesta última. E, de fato, é isso que importa: do ponto de vista político-jurídico, o estabelecimento da paz social entre os litigantes, pondo fim ao litígio versando sobre determinado objeto.

O entendimento defendido por Teixeira, de que o efeito preclusivo da coisa julgada só se aplicaria no caso da identidade de demandas, traria pouca segurança ao processo, como ele mesmo reconhece, razão pela qual ele não concebe razoável segurança processual a partir do princípio da eventualidade. Assim, em primeiro lugar – e insistindo no assunto – teríamos uma premissa referente ao âmbito do princípio da eventualidade em relação à eficácia preclusiva da coisa julgada:

Nos exemplos mencionados, embora haja identidade de partes e pedidos, as causas de pedir são diversas, não havendo que se cogitar, portanto, da proibição do ajuizamento das segundas demandas com fulcro no art. 474 do CPC. A eficácia preclusiva da coisa julgada não se aplica quando haja variação dos elementos objetivos da demanda. O alcance da eficácia preclusiva não pode ser ampliado para abranger novas demandas em que sejam diversos o pedido e/ou a causa de pedir (TEIXEIRA, 2005, p. 282)

Da premissa, extrai sua conclusão, quanto a um fator crucial, ainda que não único, de sua estimativa quanto à indesejabilidade de adoção rigorosa do

princípio da eventualidade: justamente a de seus limites quanto às possibilidades de pacificação social:

Muitas vezes, a desavença entre as partes não está centralizada em apenas uma questão, podendo haver duas, três ou até mais questões envolvendo os litigantes. Certos fatos podem ser excluídos da *causa petendi* exposta pelo autor, de modo que não serão resolvidos naquele processo. Em consequência, a causa de pedir pode não compreender todos os termos da controvérsia, possibilitando que os fatos que dela foram excluídos originem novas demandas entre aquelas partes. Nesse passo, o princípio da eventualidade pode conduzir à resolução parcial dos conflitos de interesses existentes na relação jurídica de direito material. (TEIXEIRA, 2005, p. 294)

Teixeira concorda com a existência dessa hipótese, razão também pela qual reserva certa oposição e ceticismo em relação ao princípio da eventualidade, por impedir a continuidade da disputa em temas diversos em um mesmo processo, mas não impedir a extensão da disputa em processos diverso e posteriores.

Sua particular concepção favoreceu sua crítica e ceticismo em relação ao princípio da eventualidade. Mais do que isso, como sua análise do âmbito do princípio da eventualidade usualmente está relacionada com os conceitos de identidade de demanda e efeito preclusivo da coisa julgada, resulta em impacto na sua estimativa quanto ao próprio âmbito, que aos poucos vai mapeando à medida em que visita os institutos jurídicos pertinentes a essa investigação, tais como *ius superveniens*, recursos e a própria eficácia da coisa julgada. Sua contribuição na minuciosa investigação do âmbito do princípio é, de qualquer forma, inegável e, mesmo se pertinente a crítica em relação a seu conceito de eficácia preclusiva da coisa julgada e da relação desse conceito com o princípio da eventualidade, continua sendo precioso o passeio do autor pelos demais institutos cuja investigação permite uma estimativa do âmbito e alcance do princípio da eventualidade, sendo apenas o passeio acompanhado de eventuais ressalvas durante a análise que se segue, ensejadas pelo seu particular entendimento dos institutos até aqui tratados, que serviram de guia e reflexão para o presente trabalho e a presente reflexão.

Se o âmbito e o alcance do princípio da eventualidade em face da causa de pedir parece estar suficientemente discutida, o que pensar sobre abrangência e o alcance do princípio da eventualidade em face do pedido, portanto, do objeto da ação, do bem da vida que se pleiteia ou que se defende mediante a atividade jurisdicional do Estado?

Em outros termos, quais as balizas que se tem para se considerar que um pedido seja considerado igual, equivalente ou contido em outro pedido, de tal forma que, mantida a causa de pedir de uma demanda para outra, a modificação do pedido poderia ser considerada de tal forma não essencial que estaríamos frente a uma hipótese de identidade de demandas, não devendo a nova demanda prosperar?

Especificamente, a existência de vários pedidos que expressam o bem da vida a que pode ter direito o autor para um único fundamento jurídico do pedido, associada à idéia de que cada pedido mediato – salvo algumas exceções, conforme apontamos – configuraria uma demanda distinta, então ao autor, com um mesmo fato e fundamento jurídico do pedido se apresenta diferentes ações, cada uma das quais, por ser essencialmente diversa das demais em função desse terceiro elemento da ação – o pedido – impede a configuração das figuras de litispendência e coisa julgada. Portanto, o autor pode prolongar sua batalha contra o réu através de muitas ações, com base no mesmo fato e fundamento jurídico, dificultando ou impossibilitando, em termos teóricos a pacificação social propugnada, portanto, a realização das finalidades da atividade jurisdicional.

Mais do que isso, é razoável postular que determinados pedidos não apreciados possam deixar de o ser frente a uma demanda já julgada com sentença transitada em julgado cujo pedido, embora não seja idêntico ou contido em pedido já apreciado, se assemelhe ou se coloque na mesma classe ou ordem de coisas do novo pedido, em razão do que o efeito preclusivo da coisa julgada impediria, de forma análoga à investigada há pouco, a continuidade da demanda por ausência de condições de ação, especificamente ausência de interesse de agir? Esse tema interessante não é abordado nos textos aqui citados de Barbosa Moreira ou de Luiz Machado Guimarães.

Como resolver o seguinte exemplo, já citado, segundo exemplo que Teixeira extrai de José Maria Tesheiner:

[...] o pedido de indenização dos danos nas paredes não impede posterior pedido de indenização dos danos nas portas, pois são fatos de idêntica natureza, mas produzindo cada qual seus efeitos jurídicos próprios, ainda que iguais. (TESHEINER, 2002 apud TEIXEIRA, 2005, p. 281)

O pedido do exemplo refere-se à indenização. Mais do isso, por fatos de mesma classe. E ainda conexos entre si, produzidos pelo mesmo evento ou condição, ou ainda mesma série de eventos ou condições. Seria, frente à atividade jurisdicional do Estado e seu telos de pacificação social, absurda a hipótese defendida por Tesheiner de que o autor da demanda pudesse pleitear a indenização da porta em razão de acidente automobilístico, mas deixasse para outra ação a indenização do batente avariado pelo mesmo motivo, a da janela para uma terceira oportunidade, e assim por diante, *ad infinitum*. Não por tratar-se de indenização, mas indenização frente à mesma ordem de coisas. O pedido, portanto, não se faz também senão mediante uma operação lógica que discrimina totalidades fáticas umas das outras. No caso, estaríamos frente ao pedido de indenização decorrente de evento específico, acidente automobilístico, o que deve ser impedido pela tese de configuração de identidade de demandas, acompanhado ou não da tese de efeito preclusivo da coisa julgada.

O limite, entretanto, entre objetos idênticos ou causas idênticas, não se faz, ele próprio, senão mediante certas abstrações que, se bem fundamentadas através de um raciocínio lógico, não são, em geral, elas próprios decorrentes de uma certeza logicamente necessária.

3.3 O Princípio da Eventualidade e a Resposta do Réu

O princípio da eventualidade em relação ao réu supõe a alegação de toda matéria de defesa concentrada em um único ato e especificamente em seu primeiro ato de defesa, já que não há possibilidade de defesa sem alegação de qualquer tipo de matéria, seja de direito processual ou material. O réu, além de ter como defesa questões processuais, defende-se das proposições do autor, portanto, encontra-se frente a uma ação cujos termos estão consolidados, na hipótese de incidir no ordenamento jurídico tratado o princípio da eventualidade para o autor. Portanto, a participação do réu na fixação dos termos da demanda é extrínseca: não define os termos desta, apenas consolida os termos fixados pelo autor, na medida que participa, real ou fictamente, do ato da citação, anterior, portanto, à sua resposta e à sua manifestação no processo além da ciência de fazer parte da relação jurídica

processual. Essa obrigação do réu, que expressa a incidência do princípio da eventualidade para a resposta do réu, é assim expressa por Teixeira:

O princípio da eventualidade impõe ao réu o ônus de concentrar, em seu primeiro ato defensivo, todas as alegações de defesa disponíveis, ainda que incompatíveis entre si, para a eventualidade de o juiz rejeitar uma delas, quando passará à análise das demais, sob pena de preclusão. (TEIXEIRA, 2005, p. 227)

Esse princípio não é universal, o que significa dizer que não há a obrigatoriedade de sua admissão em todos os ordenamentos jurídicos e, de fato, há diferenças significativas quanto à sua presença ou não, e ao grau e às condições de sua mitigação, no primeiro caso. A hipótese geral remanesce: só há eventualidade para o réu se seu direito de apresentar a matéria de defesa for concentrado e precluir com a consumação do ato processual para o qual ela está prevista:

Dessa forma, nos ordenamentos jurídicos que possuam regras semelhantes ao *principio della non contestazione*, há ambiente favorável à acolhida do princípio da eventualidade, que, todavia, pode ser atenuado por outras disposições legais. Por outro lado, nos sistemas em que predomine a flexibilidade do procedimento, a eventualidade certamente não será adotada, sendo possível ao réu a posterior apresentação de resposta, mesmo que tenha deixado de contestar na primeira oportunidade que tenha para manifestar-se nos autos. (TEIXEIRA, 2005, p. 241)

Se para o autor o ônus que acarreta a não atenção ao princípio da eventualidade em sistema de fases preclusivas rígidas é a impossibilidade de ver alterado ou ampliado a causa de pedir ou o pedido, como decorrência da fixação dos termos da demanda na petição inicial, confirmada pela citação, para o réu o ônus é o de não poder apresentar em um outro momento nova matéria de defesa, ressalvadas as exceções legais, que configuram mitigação do princípio da eventualidade. Os efeitos desta restrição estão definidos nas conseqüências e alcance do princípio da não contestação, segundo o qual, nas palavras de Teixeira (2005, p. 239-240), “Os fatos não contestados são excluídos do *thema probandum*, isto é, não necessitam da prova e devem ser considerados como existentes pelo juiz.”

Se o princípio da não contestação define os efeitos finais da não observância por parte do réu do princípio da eventualidade, deixando de se defender

sobre alguns ou todos os pontos passíveis de controvérsia entre autor e réu, também só opera seus efeitos em processo no qual o princípio da eventualidade esteja claramente adotado. A rigor, ambos os princípios dependem de um sistema de regras preclusivas rígidas, ainda que mitigadas em hipóteses específicas ou até certo grau:

Há, desse modo, estreito relacionamento entre o princípio da não contestação e a regra da *Eventualmaxime*, que também tem, entre seus objetivos, a economia processual e a simplificação das formas processuais. O *principio della non contestazione* encontra acolhida em um sistema rígido, com regras preclusivas e fases distintas, ou seja, que privilegie a eventualidade. De fato, nos sistemas flexíveis, não há espaço para a eventualidade, restando enfraquecida a regra da não contestação. Contrariamente, nos sistemas preclusivos, a *Eventualmaxime* impõe a concentração da defesa em um único momento processual, sendo que o reverso da moeda será a presunção de veracidade dos fatos não impugnados. (TEIXEIRA, 2005, p. 241)

O nosso ordenamento jurídico tem clara opção pelo sistema de fases preclusivas rígidas, contemplando o princípio da não contestação e o princípio da eventualidade:

No CPC brasileiro, embora não haja referência à denominação oriunda do direito italiano, foi acolhido o princípio da não contestação, pois a ausência de resposta do réu leva à presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (art. 319), os quais ficam excluídos do *thema probandum* (art. 334, IV), possibilitando o julgamento antecipado do mérito (art. 330, II). Essas regras servem para confirmar o acolhimento do princípio da eventualidade pelo direito brasileiro, havendo, entretanto, algumas exceções legais, pois fica excluída a presunção de veracidade decorrente da revelia nas seguintes hipóteses: I – se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III – se a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato (art. 320 do CPC). (TEIXEIRA, 2005, p. 242)

Há duas grandes linhas de investigação em relação à resposta do réu segundo esse preceito. Em primeiro lugar, a não observância da regra, prevista no art. 300 do CPC. Em segundo lugar, a alegação de teses em conflito e contradição, objeto de exame mais detalhado no presente trabalho. A investigação a seguir refere-se ao primeiro desses pontos.

A adoção em nosso ordenamento jurídico do princípio da eventualidade no âmbito da defesa está expressa no art. 300 do Código de Processo Civil:

Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Regula igualmente o código os efeitos da revelia, consubstanciando o princípio da não contestação:

Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. (art. 319 do CPC)

Portanto, a não alegação, total ou parcial, referente à matéria de defesa impede o réu de novas alegações, conforme se presume pelo princípio da eventualidade que se expressa no art. 300 citado e o sistema de fases preclusivas rígidas adotado pelo Código de Processo Civil. Além disso e de forma mais específica, trata o artigo 303 de exceções definidas em um rol taxativo, firmando, portanto, tanto o princípio da eventualidade, como as hipóteses que tratam de mitigá-lo.

Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: I – relativas a direito superveniente; II – competir ao juiz conhecer delas de ofício; III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.

Além disso, conforme apontado, há a presunção de veracidade dos fatos não contestados, conforme apresentado através da transcrição supra do art. 319 do Código de Processo Civil. Também nesse caso, há regras de exceção, representando mitigação do princípio da eventualidade, expressa nos artigos 302, 320 e 334, III do referido diploma legal.

São essas regras e exceções que permitem desenhar o âmbito de o âmbito e o alcance do princípio da eventualidade em nosso ordenamento jurídico, o que passará a ser objeto de consideração.

A questão da exceção quanto à impossibilidade de dedução de novas alegações após a contestação em razão de direito superveniente será tratada em outra seção, posto não alcançar apenas ao réu. Há outra classe de exceção ao princípio da eventualidade referente a hipóteses específicas em relação à dedução de novas alegações por expressa autorização legal. Assim, o art. 303, III do CPC

constitui-se em flexibilização do sistema preclusivo por força de dispositivos legais específicos que atenuam o princípio da eventualidade:

O art. 303, II também especifica como matéria de defesa possível de ser deduzida após a contestação tudo que competir ao juiz conhecer de ofício. Desse rol, fazem parte especialmente a ausência de pressupostos processuais positivos e a presença de pressupostos processuais negativos, a carência da ação, a decadência e a prescrição.

O conjunto abrangente de hipóteses de exceção à regra de preclusão do direito de dedução de matéria não apresentada na contestação, seja por autorização do art. 303, II a todas as matérias que o juiz pode conhecer de ofício, seja por autorização legal específica (art. 303, III) torna bem mais flexível ao réu que ao autor a incidência do princípio da eventualidade. Nos termos e considerações de Teixeira:

Como a eventualidade é fundamentada, basicamente, em regras preclusivas, com relação às matérias em que não se opera a preclusão e às conhecíveis *ex officio*, há mitigação a esse princípio, uma vez que a falta de alegação pelo réu não impede o posterior conhecimento pelo juiz, até mesmo de ofício. Neste aspecto, portanto, a eventualidade é mais rígida para o autor, já que a alteração do pedido ou mesmo da causa de pedir sofre as restrições referentes à estabilização da demanda, estabelecidas nos arts. 264 e 294 do CPC, enquanto a modificação e a adição da defesa, com relação às matérias cognoscíveis de ofício, podem ser feitas mesmo após superados os limites impostos nos dispositivos mencionados. (TEIXEIRA, 2005, p. 230)

A não alegação de tais matérias no momento da contestação acarreta ônus ao réu, mas que não se configuram, nessas hipóteses, como preclusão ao direito de defesa: trata-se de ônus de natureza direta e meramente patrimonial.

Em conseqüência, o ônus imposto ao réu da concentração, no primeiro ato defensivo, de todas as alegações de defesa disponíveis, sob pena de preclusão, é atenuado nas modalidades de defesa que abrangem matérias cognoscíveis de ofício e nas que não precluem, pois nada impede que o demandando complemente sua defesa por meio de uma simples petição. Em tais hipóteses, não há que se falar em preclusão, recaindo sobre o réu apenas a responsabilidade pelas custas de retardamento se não forem alegadas, na primeira oportunidade, quaisquer das matérias previstas no art. 267, IV, V, VI (art.267, §3º, do CPC), ou a responsabilidade pelas custas, a partir do saneamento do processo, se não forem argüidos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, além da perda, ainda que vencedor na demanda, do direito a receber honorários advocatícios do vencido (art. 22 do CPC) (TEIXEIRA, 2005, p. 230-231)

O Código, entretanto – conforme bem aponta Teixeira – reserva ao réu, em outro aspecto, uma maior observância ao princípio da eventualidade quanto à característica do conteúdo a ser alegado como impugnação sobre os fatos narrados na inicial. Enquanto ao autor cabe apresentação de elementos apenas essenciais, de modo a tornar a demanda definida e única, através da especificação dos elementos da ação, cabe ao réu a impugnação específica sobre todos os fatos narrados na inicial. Portanto, ressalvadas três hipóteses que serão a seguir analisadas, o réu haveria de ser preciso e específico ao impugnar fatos que o autor apenas delineou ou apontou sem especificar.

Trata-se, entretanto, de ponto bastante polêmico. Em oposição a Paulo Henrique dos Santos Lucon e Calmon de Passos, e à semelhança do direito italiano, se posiciona Cândido Rangel Dinamarco, citado por Teixeira:

Em sentido contrário, Cândido Rangel Dinamarco afirma que o ônus de contestar deve ser redimensionado segundo os objetivos do ato que se realiza. Por isso, como o autor não tem o ônus de alegar toda a história do conflito existente entre as partes, mas somente o indispensável para a lógica jurídica da demanda proposta, assim também o réu só tem, no momento que responde a esta, o ônus de negar os fatos que nela estão alegados. Ao réu, basta negar os fatos alegados pelo autor, para que a controvérsia esteja instalada e haja necessidade de prova, cujo ônus recairá sobre o demandante, nos termos do art. 344, III do CPC (Causa de pedir e ônus de afirmar, cit., p. 936-937). No direito italiano, segundo Proto Pisani, a “mera defesa”, que ocorre quando o réu limita-se a contestar a existência dos fatos constitutivos alegados pelo autor, torna-os controversos e, portanto, obriga a produção de provas a respeito (Lezioni, cit., p. 60). (TEIXEIRA, 2005, p. 232-233)

A tendência em nosso ordenamento jurídico é a redução do formalismo e a ampliação ao réu de maiores oportunidades de defesa. Portanto, tende-se a não se exigir, em oposição à letra da lei, defesa especificada contra fato apenas apontado, mas não especificado pelo autor. Seria estranho, por exemplo, que uma adúltera contumaz tivesse que se defender de acusação de adultério sem ter exata certeza do amante em questão ou das circunstâncias implicadas, sugeridas, mas não especificadas, na acusação do cônjuge formulada na petição inicial.

É na audiência preliminar, segundo o § 2 do artigo 331 do CPC, que deverão ser fixados os pontos controvertidos, portanto, devem nela estar claros os

fatos do autor e do réu, as oposições entre eles e as provas necessárias para dirimir as controvérsias sobre questões de fato para o juiz decidir a lide.

Há até uma tendência de permitir que nas alegações finais da audiência de instrução e julgamento as partes reservem, através de seus advogados, argumento e alegações não apresentados anteriormente. Lógico que o juiz não poderá contemplar nada por parte do autor que configure nova demanda em função de mudança nos seus elementos essenciais. Mas autor e réu acabam, freqüentemente, não observando o disposto ao réu no art. 302 quanto à manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Se o que for argüido, especialmente pelo réu, envolver argumentação sem fato novo, pode-se até sustentar que não viola os preceitos do art. 302 e nem o princípio da eventualidade nele consubstanciado – apenas estratégia forense – permitida nos limites da lealdade processual. Mas pode, em alguns, casos envolver novos fatos – ainda que não essenciais – que, se forem aceitos pelo juiz, não deixa de ser uma violação ou mitigação dos dois princípios aqui citados e do próprio preceito do art. 302, pelo menos para o réu, cuja conduta processual é regulada pelo referido artigo.

De qualquer forma, a letra da lei é excessivamente rigorosa para o réu por exigir dele defesa especificada contra fatos apenas delineados – ou não especificados – pelo autor, deixando o réu a mercê da interpretação e aplicação pelo magistrado ou tribunal do disposto no art. 302.

A não manifestação especificada resultaria, nos termos do caput do art. 302 do CPC, a presunção de serem verdadeiros os fatos não impugnados, portanto, presumem-se verdadeiros os fatos narrados pelo autor.

A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor e não contestados – ou, ainda, não contestados especificadamente – é relativa e não decide necessariamente a demanda, mas esta conclusão se refere a dois tópicos distintos.

Sobre a presunção relativa, Teixeira afirma que o conjunto probatório pode levar ao julgador conclusão contrária à pretensão exposta na inicial:

Todavia, a presunção de veracidade decorrente da *non contestazione* é relativa, sendo possível que o juiz, em face das provas constantes dos autos, julgue o pedido do autor improcedente, pois o conjunto probatório pode levar a uma conclusão contrária à pretensão exposta na petição inicial. Incumbe ao julgador verificar, em cada caso, a verdade dos fatos não contestados. (TEIXEIRA, 2005, p. 240)

De qualquer fato, a presunção relativa, em sentido estrito, não se confunde com a decisão do juiz, apenas a veracidade do fato – passível de ser contestada. Portanto, na citação anterior, Teixeira mistura inadvertidamente a idéia de “conclusão contrária à pretensão exposta na inicial” com verificação pelo juiz da “verdade dos fatos não contestados”.

O que possivelmente quis afirmar é que a presunção de veracidade pode ser derrubada pelo conjunto probatório à disposição do juiz.

Pode-se aventar, adicionalmente, a idéia de que a sentença depende do convencimento do juiz sobre os fatos e a aplicação do direito com referência a eles e que, com a tendência de atribuir maior poder instrutório ao juiz e, com base no art. 130 do CPC, poderá ele decidir por provas que permitem a verificação das afirmações do autor, faculdade, entretanto, não extensível à parte em decorrência da preclusão que se operou por força da não observância do art. 304 do CPC. Dispõe o art. 130 do CPC:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Além da presunção relativa dos fatos afirmados pelo autor e não contestados pelo réu, é também verdade que da aceitação destes não decorre necessariamente a conclusão, sem mediação do ordenamento jurídico e de um juiz que conhece a lei e decide segundo sua razão e próprio convencimento, fundamentado, evidentemente. Nesse ponto, Teixeira é preciso e inequívoco:

Além disso, a presunção abrange os fatos, e não o direito ou as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor, permanecendo intacto o brocardo *iura novit curia*. Por isso, a presunção de veracidade não obriga o juiz ao acolhimento da pretensão do autor, não havendo vinculação com os fatos não contestados (TEIXEIRA, 2005, p. 240)

Teixeira nos alerta, de forma muito adequada, que a defesa do réu não se refere apenas, em relação aos fatos, a direta oposição à veracidade desses, o que configura defesa de mérito direta, mas também há a defesa de mérito indireta.

Assim, deve o réu também, sob pena de preclusão, alegar na contestação todos os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito.

As exceções quanto à presunção de verdade em relação aos fatos não impugnados, conforme o art. 302 do CPC são as seguintes:

I – Se não for admissível, a seu respeito, a confissão

O dispositivo refere-se a direitos indisponíveis. A parte não pode dispor do seu direito e nem o juiz pode, devido a esse mesmo motivo, considerar satisfeito com a verdade apenas através da confissão, e, por muito mais razão, da ausência, total ou parcial, de manifestação da parte. Se a tese da dicotomia entre verdade jurídica e verdade real encontra razoável crítica a partir das últimas décadas, é verdade, contudo, que certas matérias exigem um zelo por parte do julgador que transcende o zelo, interesse, ou habilidade da parte em alegar e depois demonstrar a veracidade do que alega.

Destarte, com relação às defesas de mérito diretas, se o réu não impugnar os fatos constitutivos do direito do autor em sua resposta, não mais poderá fazê-lo posteriormente, devido à preclusão, vigorando o princípio da eventualidade, o qual, todavia, é atenuado em face da natureza da relação jurídica de direito material, pois, nos direitos considerados indisponíveis, a falta de impugnação dos fatos alegados na petição inicial não determina a presunção de veracidade, nem a preclusão das alegações pelo demandado (arts. 302, I, 351 e 320, II do CPC). Quanto à defesa de mérito indireta, o réu não contesta os fatos constitutivos do direito do autor, mas opõe fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito. Nesta modalidade de defesa, o réu também situa suas alegações nos fatos, de modo que, a princípio, a regra da *Eventualmaxime* deve ser aplicada. Dessa maneira, não deduzidos os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos na resposta, fica vedada ao réu a possibilidade de alegá-los posteriormente, ocorrendo a preclusão. (TEIXEIRA, 2005, p. 234)

A segunda exceção à presunção da verdade prevista no art. 302 é a seguinte:

Art. 302.

[...]

II. – Se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato.

Teixeira argumenta que essa regra advém do direito material: o juiz não pode definir como direito algo que, pelo direito material, dependa de requisito específico, no caso em tela, instrumento público que a lei considerar da substância do ato. Portanto, o autor não tem sentença favorável admitindo ser sua a propriedade alegada na inicial em decorrência da mera revelia do réu, se não apresentou a devida escritura de propriedade.

A terceira exceção à presunção da verdade e prevista no art. 302 é a de que:

Art. 302.

[...]

III. – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Esse ponto já foi discutido há pouco. De fato, se a sentença expressa o convencimento do juiz, e outros pontos alegados ou provados pelo réu são suficientes para convencer o juiz da não veracidade dos fatos apresentados pelo autor e não direta e especificamente contraditos pelo réu, não há motivo pelo qual o juiz deixe de dar, nesse ponto de omissão do réu, razão a ele. É necessário lembrar a ressalva do p.u. do art.302, que limita ainda mais o âmbito do princípio da eventualidade em nosso ordenamento jurídico.

Também, conforme o art. 320 do CPC,

Art. 302.

[...]

I. – Se não for admissível, a seu respeito, a confissão

Mas cabe a delimitação de Teixeira:

A exceção prevista no inciso I tem caráter processual. Se houver mais de um réu e algum deles apresentar contestação, desde que a defesa seja comum ao litisconsorte que se manteve inerte, os fatos tornam-se controvertidos e haverá necessidade de produção de provas a respeito. Contudo, se a defesa apresentada pelo réu disser respeito apenas a ele e não for comum ao litisconsorte revel, em relação a este haverá a presunção de veracidade. (TEIXEIRA, 2005, p. 243)

Confirma-se, assim, a adoção do princípio da eventualidade para a resposta do réu, bem como sua mitigação, por dispositivo que cria exceções ao sistema de preclusão referente à matéria tratada (art. 303 do CPC), bem como das hipóteses em que, a omissão do réu, mesmo gerando preclusão, não acarreta a presunção – nem sequer relativa – dos fatos alegados pelo autor (especialmente arts. 302 e 320 do CPC). Para as exceções normativas, não cabe interpretação extensiva. Portanto, as exceções, ao mesmo tempo que limitam o âmbito e a eficácia do princípio da eventualidade, definem o seu contorno. Uma legislação extensa, exceções variadas e, em muitos casos, combináveis entre si e a possibilidade de interpretações diversas quanto ao sentido próprio da norma – ainda que sem nenhuma interpretação extensiva envolvida – torna complexo e polêmico o contorno exato do âmbito do princípio da eventualidade e sua eficácia em relação à matéria tratada. E isso sequer se refere à discussão dos limites lógicos do princípio da eventualidade.

3. 4 Princípio da Eventualidade Frente a Institutos Jurídicos Diversos

A investigação do âmbito do princípio da eventualidade também está condicionada à reflexão de situações, institutos jurídicos e domínios que afetam, ainda que de forma diversa, autor e réu. Teixeira aponta cinco desses elementos, *ius superveniens*, provas, recursos, eficácia preclusiva da coisa julgada e Juizados Especiais, que serão apresentados e discutidos, à exceção da eficácia preclusiva da coisa julgada, já abordada.

3.4.1 *ius superveniens*

Embora a demanda ganhe estabilidade na fase de saneamento do processo, não podendo haver modificação pelo autor no pedido e na causa de pedir, pode ocorrer a hipótese de direito superveniente que autorize o autor nova alegação, mesmo após a fase de saneamento do processo. Também o réu, depois da

contestação, pode deduzir novas alegações relativas a direito superveniente, de acordo com o citado art. 303, I.

Está reafirmada em nosso ordenamento jurídico a hipótese de apresentar novas alegações tanto por parte do autor, como por parte do réu, constituindo, portanto, hipótese de restrição e exceção do princípio da eventualidade, conforme estipula o art. 462 do CPC:

Art. 462 Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Há distinção terminológica entre o que está disposto exclusivamente ao réu no art. 303-I – *direito superveniente* – e ao autor e réu no art. 462 acima citado – *fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito*. A questão é saber o que se entende por direito superveniente e – no caso de não estar inscrito no que se denomina no art. 462 do CPC por fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito – analisar se o art. 462 do CPC deve ter interpretação literal ou extensiva, neste caso, tornando mais equilibradas entre autor e réu as oportunidades para alegar matéria superveniente.

Há uma corrente jurídica que entende que direito superveniente refere-se apenas a fatos supervenientes. Conforme a caracteriza Teixeira,

Quanto ao direito superveniente, alguns autores entendem que não se trata de uma nova regra de direito positivo promulgada no curso do processo e que tenha incidência sobre a matéria nele controvertida. Seria, na realidade, o direito que a parte adquire, no curso do processo, pela ocorrência de um fato sobre o qual incide o *ius superveniens*. (TEIXEIRA, 2005, p. 250)

Teixeira, entretanto, se identifica com a segunda corrente, que entende a expressão *direito superveniente* abranger também as alterações normativas:

Entretanto, não há como negar que, durante o desenrolar do processo, pode sobrevir uma nova lei que incida sobre os fatos debatidos em juízo, razão pela qual não parece acertada a restrição apontada por essa parcela da doutrina. A superveniência de lei nova, outorgando ao fato originariamente narrado efeito constitutivo ou modificativo diverso, ou ainda extinguindo a eficácia jurídica do mesmo fato, não pode deixar de ser apreciada pelo juiz, respeitando-se, se for o caso, o direito adquirido e o ato

jurídico perfeito. A sentença deve refletir o estado de fato no momento em que for proferida, não podendo o juiz ignorar alterações legislativas posteriores ao ajuizamento da ação que tenham repercussão sobre os fatos discutidos nos autos. (TEIXEIRA, 2005, p. 250-251)

A discussão de Teixeira é menos conceitual que jurídica. Assim, é o ordenamento jurídico que impõe uma interpretação abrangente do sentido de direito superveniente em função da adequação jurídica de se admitir mudanças normativas como possíveis de serem alegadas tanto pelo réu, após a contestação, como ao autor, após a apresentação da inicial e mesmo após a fase de saneamento, razão pela qual Teixeira defende, contra a interpretação literal do art. 462 do CPC, uma interpretação extensiva, possibilitando às partes, portanto, incluir novas alegações não apenas mediante fatos supervenientes, mas também frente à *alterações legislativas*.

A defesa de Teixeira da interpretação extensiva do art. 462 do CPC, ampliando para autor e réu a possibilidade de alegar fatos ou normas supervenientes, restringido, nessa medida, o alcance do princípio da eventualidade, está orientada pelo princípio da economia processual, evitando-se que se constitua nova demanda, com idênticos fatos, pedido e causa de pedir e com ela se alcance resultado diverso do obtido anteriormente. A idéia de economia processual está explicitada por Teixeira nos seguintes termos:

Os fatos supervenientes constitutivos, modificativos ou extintivos, assim como o direito superveniente, devem ser considerados no momento de ser proferida a sentença, de modo a dinamizar o processo, evitando que a decisão recaia sobre fatos defasados e privilegiando a economia processual, pois a sentença incidirá sobre o estado de fato no momento do julgamento, regulando fatos presentes, atuais e que realmente interessam à solução da controvérsia. (TEIXEIRA, 2005, p. 254)

A investigação anterior sobre o efeito preclusivo da coisa julgada permite concluir que a admissão do alcance do *ius superveniens* às *normas* não pode se dar por razão de economia processual – apenas talvez por medida de justiça –, uma vez que a sentença transitada em julgado permanece imutável e não pode ser atacada senão por ação rescisória nas hipóteses legais.

Conforme indica Teixeira, o fato superveniente, entretanto, tem que ser relevante à demanda, e, mais do que isso, configurar hipótese de afirmação ou negação do fato inicialmente apontado como *causa petendi*. Conforme Teixeira:

No entanto, para que o direito ou o fato supervenientes possam ser considerados, é imprescindível que participem do fato inicialmente apontado como *causa petendi*, constituindo-o, modificando-o ou o extinguindo. Não participando de nenhuma dessas formas, a causa superveniente será nova *causa petendi*, a ser discutida em nova ação, incidindo a proibição do art. 264, parágrafo único, do CPC. (TEIXEIRA, 2005, p. 255)

E isso porque, conforme o autor,

Não é admissível o acolhimento de causa superveniente que provoque completa alteração ou substituição da causa de pedir ou do pedido originários, em decorrência do princípio da eventualidade, que exige a proposição de todos os meios de ataque já na petição inicial. Dessa forma, o autor não pode pretender alterar os limites objetivos da demanda, invocando a existência de fato ou direito supervenientes. É necessário respeitar os limites estabelecidos pelo art. 264 do CPC, sendo que, se não houver relação com a *causa petendi* e com o pedido originários, eventual acolhimento da causa superveniente levará à violação do princípio da correlação ou da congruência, ocasionando o julgamento *extra petita*. (TEIXEIRA, 2005, p. 255-256)

Nesse sentido, firma-se a idéia de que os elementos da demanda não devam ser alterados, entendidos, evidentemente, em sua essencialidade, mas os novos fatos que os consubstanciam ou os negam, ou as normas mediante as quais se extrai conseqüências jurídicas diversas podem – e devem – ser alegados pelas partes.

As indagações e críticas anteriormente formuladas ao conceito de fato essencial e de conseqüência jurídica do pedido, apresentados por Teixeira, voltam a ter pertinência para a discussão referente aos fatos supervenientes, e nos mesmos termos, uma vez que estes têm como suposto a manutenção dos elementos da demanda, ainda que em termos hipotéticos, ou seja, como elementos alegados pelo autor que configuram a identidade da demanda.

Cabe ao autor alegar fatos supervenientes que sejam constitutivos ou modificativos de seu direito e, ao réu, fatos supervenientes modificativos e extintivos do direito do autor.

A análise da investigação da alegação pelo autor de fatos supervenientes que sejam constitutivos de seu direito produz resultados curioso. Não se exige do autor a especificação dos fatos na inicial. Este apenas deve apresentar fatos que configurem os elementos objetivos da demanda, enquanto a lei

exige do réu, em enorme assimetria, defesa especificada sobre os fatos narrados na petição inicial, nos termos do art. 302. Assim, duas situações se configuram:

Na primeira situação, o autor pode ter especificado os fatos, mas estes não implicam a conseqüência jurídica alegada, em decorrência de não possuir elementos suficientes ou em razão de circunstância impeditiva. O juiz, não percebendo a ausência de condições da ação, dá curso ao processo e fato superveniente preenche o requisito que faltava para a efetivação das condições da ação. Se o juiz tivesse extinto o processo, só caberia ao autor apresentar nova demanda após o aparecimento de fato superveniente. Como não extinguiu o processo, deverá julgar a demanda, conforme prevê o art. 462 do CPC.

Na segunda situação, os elementos da ação estão configurados, mas não especificados. A especificação tornaria evidente a ausência do direito do autor, mas fato superveniente consubstancia a causa de pedir de forma a tornar inequívoco o direito do autor. É o caso do autor pedir separação judicial com base em adultério, mas este não for mais do que delírio do autor, descrito em termos vagos, mas que se consubstancia por fato superveniente antes que o juiz possa extinguir a ação, ou decidir o mérito desfavoravelmente ao autor através da elucidação precisa dos fatos alegados na inicial. Assim, nos dois casos, fato superveniente acaba por salvar as pretensões do autor, embora em estrita consonância com os elementos objetivos da demanda abstratamente apresentados na inicial.

Algo semelhante pode ocorrer com os fatos modificativos do direito do autor. Esses podem também implicar condições que permitam de forma favorável reformular o pedido ou o quantum a ele associado. Ou pode ser apresentado pelo autor para favorecer a elucidação dos fatos e o bom desenvolvimento do processo, sem que lhe advenham benefícios adicionais.

Fatos modificativos e impeditivos alegados pelo réu também podem alterar a solução da lide, mas não modifica os elementos da ação propostos pelo autor, apenas fazem referência a eles, atingindo a solução da lide conforme demonstrada sua pertinência e alcance.

Os *fatos* supervenientes, se não puderem ser alegados na própria demanda, podem ensejar nova demanda, em consonância com limites temporais especificados por Barbosa Moreira, em seu texto sobre eficácia preclusiva da coisa julgada:

Importa precisar o *termo final* do período abrangido pela eficácia preclusiva, ou, em outras palavras, o momento até o qual há de ter sucedido o fato para que fique preclusa a respectiva argüição. À primeira vista, poderia supor-se que fosse o do próprio trânsito em julgado da sentença. Cumpre, porém, considerar que não se estende até esse momento a oportunidade concedida à parte para suscitar questões. Basta pensar nas restrições severas fixadas pelo ordenamento processual, ao menos entre nós, à dedução de matéria nova no procedimento recursal. Se ocorridos os fatos em ocasião na qual já não teria o interessado, ainda *in abstracto*, como alegá-los, não se sujeitam eles à eficácia preclusiva. O plano divisório entre os fatos preclusos e fatos não preclusos, quanto à época da respectiva ocorrência, corta o processo no último instante em que, *objetivamente*, era lícita a argüição. (BARBOSA MOREIRA, 1977, p. 107)

A possibilidade de alegação de direito superveniente refere-se a fato novo ou lei nova, e não a fato velho conhecido pela parte após o momento previsto para a apresentação das alegações da parte. Assim, como regra geral, nos termos de Teixeira,

Deve haver ciência nova de fato novo ou de direito novo. A ciência nova de fato velho, a princípio, não tem relevância, uma vez que o sistema brasileiro é calcado em regras preclusivas, sendo que a regra da *Eventualmaxime* exige a exposição de todos os fatos essenciais já na petição inicial, não podendo o autor deixar de alegá-los, sob pena de não mais poder fazê-lo posteriormente, conforme os limites estabelecidos no art. 264, *caput* e parágrafo único, do CPC. (TEIXEIRA, 2005, p. 257)

Há, entretanto, uma exceção à norma que impede a alegação de fato antigo após o momento de sua presumível alegação pelas partes e que se refere à impossibilidade de alegá-lo por motivo de força maior, com base no disposto pelo art. 517 do CPC, interpretado extensivamente, ou seja, com alcance não só para a apelação, mas também válido para a primeira parte do processo:

Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

A impossibilidade de alegar fato antigo, para Teixeira, refere-se à impossibilidade de seu conhecimento, por motivo de força maior.

Todavia, aplicando-se a regra do art. 517 do CPC, quer em primeira instância, quer em segundo grau, admite-se a alegação de fato velho, mas de conhecimento novo, desde que a parte prove que deixou de fazê-lo por motivo de força maior, sem que, porém, possa haver argüição de uma nova causa de pedir, que encontra as restrições referentes à estabilização da demanda. (TEIXEIRA, 2005, p. 257-258)

A impossibilidade de alegar fato anterior conhecido somente após a fase de saneamento pelas partes representa o prevalectimento do princípio da eventualidade nessa circunstância, já mitigado pela possibilidade das partes poderem alegar depois de operada a preclusão regular, com base em novo fato ou norma superveniente. A possibilidade de alegar fato antigo cujo conhecimento se tornara anteriormente impossível em razão de força maior representa adicional mitigação do princípio da eventualidade, mitigação cujo alcance teórico também depende do entendimento preciso do termo *força maior* e de sua extensão, também controversos no campo do Direito.

Por fim, cabe refletir em que medida os fatos supervenientes alteram a causa de pedir. Os fatos supervenientes devem estar centralmente referidos aos fatos – ainda que não especificados – com base nos quais o autor propôs a ação. Se os novos fatos ensejam demanda de natureza diversa, então deverá ser constituída nova relação processual, independentemente do destino da primeira. Mas se não for esse o caso, em prol da economia processual e da coerência das decisões judiciais, é da mesma relação processual que participam os fatos supervenientes. Se alegados pelo autor, dão conteúdo ou mudam o conteúdo do que está abstratamente ou enquanto forma prevista pelo autor em sua petição inicial, de modo a não caracterizar nova demanda em função de alteração de elementos objetivos essenciais. Se alegados pelo réu, servem para atenuar ou extinguir o direito do autor, lastreado nos fatos citados na petição inicial. Da parte do autor, ao apresentar novo conteúdo que consubstancie o que está abstratamente, ou enquanto forma, definindo na petição inicial os elementos da demanda, não deixa de alterá-los, posto que os fatos essenciais, que singularizam a demanda, conforme discutido anteriormente, não existem, em si, senão mediante abstração, enquanto mera forma ou enquanto aquilo que, em sua essencialidade, tende a uma tipificação ou enseja uma consequência jurídica. Novos fatos supervenientes podem plenificar ou substituir os fatos inicialmente alegados pelo autor de tal forma que, embora diversos dos primeiros, afirmam essencialidade idêntica e, dessa forma, se referem

aos mesmos elementos objetivos da demanda. Teixeira também afirma a necessária relação entre fatos supervenientes e fatos inicialmente apontados na inicial, mas não a determina, senão pelas suas conseqüências, o que torna a relação entre essas duas classes de fatos extrínseca e menos determinada. Para Teixeira:

Tratando-se de fatos supervenientes constitutivos ou modificativos do direito do autor, haverá, em princípio, alteração da causa de pedir, que o juiz, a despeito da regra do art. 264 do CPC, deve levar em consideração no momento de proferir a sentença. Sempre, porém, como ressaltado, deve haver relação com os fatos inicialmente apontados como representativos do fundamento jurídico do pedido, permanecendo vedada a *mutatio libelli*, isto é, a alteração substancial dos elementos objetivos da demanda. (TEIXEIRA, 2005, p. 258-259)

É verdade que o autor estende às normas legais supervenientes o que cabe aos fatos supervenientes, pelo menos em primeiro grau de jurisdição. Nesse caso, a nova norma também deve ter direta e clara repercussão junto aos fatos inicialmente apontados, portanto, atua aqui como causa de pedir próxima, ou seja, altera os fundamentos jurídicos do pedido, defendidos nesse trabalho como conseqüências jurídicas dos fatos narrados, no caso, fatos supervenientes narrados.

Em relação ao réu, fato ou norma superveniente interfere no direito pleiteado pelo autor, portanto, não está em jogo a alteração, ainda que de mero conteúdo, dos elementos objetivos da demanda, posto que fixados pelo autor, mas a argumentação pelo réu na direção da negação total ou parcial, pelo réu, dos direitos do autor.

Teixeira, sem esmiuçar os tipos de alteração da *causa petendi* possibilitados por fatos ou normas supervenientes, conclui, na mesma direção, pela restrição do princípio da eventualidade, tanto em relação ao autor, como em relação ao réu:

Portanto, a alegação do *ius superveniens*, possibilitada pelos Arts. 303, I e 462 do CPC, conduz a uma mitigação do princípio da eventualidade, podendo incidir sobre o autor ou sobre o réu. Com relação ao autor, a causa superveniente constitutiva ou modificativa pode se alegada mesmo após o saneamento do processo, inclusive com alteração da *causa petendi* (mas não com sua completa modificação ou substituição). No que tange ao réu, a causa superveniente modificativa ou extintiva do direito do autor possibilita a alegação de fatos e de direito posterior à contestação. (TEIXEIRA, 2005, p. 264)

Por fim, reitera a mitigação em prol da economia processual, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa:

Nessas hipóteses, é quebrado o rigor da regra da *Eventualmaxime*, em benefício da economia processual, impedindo que o julgamento seja defasado ou até mesmo inútil e possibilitando que a sentença espelhe o estado de fato no momento em que for proferida, desde que seja respeitada a garantia constitucional do contraditório, com a oportunidade de prévia manifestação das partes sobre a causa superveniente, inclusive com a possibilidade de produzirem provas a respeito. (TEIXEIRA, 2005, p. 264)

3.4.2 Provas

A discussão anterior neste trabalho sobre o conceito de princípio da eventualidade evidenciou o fato de que as provas não estão sujeitas ao referido princípio. Ainda que exigida no art. 282, VI e 300 do CPC, trata-se de mero formalismo e o próprio Código de Processo Civil indica às partes momento posterior para fazê-lo, especialmente na audiência preliminar, em que o juiz fixa os pontos controvertidos e determina as provas a serem produzidas, em conformidade com o art. 331 §2º do CPC (cf. Teixeira, 2005, 265). Em relação ao autor, a apresentação de provas na petição inicial não contribui para fixar a demanda, pois esta é determinada pelos seus elementos, nomeadamente partes, causa de pedir e pedido, dos quais, portanto, não participa a prova. Além disso, não poderia o autor – senão por protesto genérico de provas – determinar as provas necessárias, pois essas dependem da resposta do réu, com base também na qual é possível fixar os pontos controversos, sobre os quais incidem as provas. Nem ao réu se exige efetivamente tal ônus, portanto, evidencia-se a não incidência do princípio da eventualidade em relação à matéria provas, embora a letra da lei em interpretação literal e isolada referente aos arts. 282, VI e 300 do CPC associada a um entendimento não muito moderno do conceito de princípio da eventualidade possa parecer indicar o oposto.

Em relação à exigência formalista do CPC, escreve Teixeira:

Por ocasião das críticas às definições ampliada e restritiva do princípio da eventualidade, foi ressaltado que a indicação das provas com que as partes pretendem demonstrar a verdade dos fatos alegados, tanto na petição inicial, como na contestação, tal como exigido, respectivamente, nos arts. 282, VI e 300 do CPC, é mera formalidade, uma vez que eventual omissão

não impede a produção das provas posteriormente requeridas, contanto que sejam respeitados os momentos processuais oportunos, como ocorre, por exemplo, com o depósito do rol de testemunhas no prazo estabelecido pelo juiz ou, se ele for omissivo, até dez dias antes da audiência (art. 407 do CPC). (TEIXEIRA, 2005, p.265)

E conclui pela não incidência do princípio da eventualidade em relação às provas:

Em outras palavras, a regra da *Eventualmaxime* não tem relevância no que tange aos meios de prova, em relação aos quais a ausência de indicação no momento oportuno pode levar à preclusão, o que, porém, não é consequência do princípio da eventualidade. Uma vez mais, cabe ressaltar que a eventualidade não se confunde com a preclusão, sendo esta mais ampla do que aquela, que somente se aplica à fase introdutória da demanda. (TEIXEIRA, 2005, p. 265-266)

3.4.3 Recursos

No Brasil, o recurso tem como escopo a eventual correção da sentença, e não novo e independente julgamento. As matérias a serem apreciadas, portanto, são aquelas apresentadas pelas partes em primeira instância, não cabendo a apresentação de novos fatos e alegações. O mesmo ocorre nos demais recursos. Portanto, o princípio da eventualidade abrange a atividade recursal em geral e o recurso de apelação em particular. Conforme Teixeira:

Assim, no direito brasileiro, a apelação funciona primordialmente como um mecanismo de controle da correção da sentença (*revisio prioris instantiae*), não servindo como um *novum iudicium*, no qual seria possível o irrestrito reexame da causa pelo tribunal. A opção do legislador pátrio confirma a adoção do princípio da eventualidade no direito brasileiro. (TEIXEIRA, 2005, p. 270-271)

Há, entretanto, exceções. Além das nulidades absolutas e as matérias que podem ser argüidas a qualquer tempo, como a prescrição, remanesce o estipulado pelo art. 517 do CPC referente aos fatos que por motivo de força maior não puderam ser conhecidos pela parte, ou alegados pela parte ou seu advogado (cf. Teixeira, 2005, 272). A regra e a exceção são compartilhadas por Humberto Theodoro Júnior:

Quanto às questões de fato, a regra é que a apelação fica restrita às alegadas e provadas no processo antes da sentença. O recurso devolve o conhecimento da causa tal qual foi apreciada pelo juiz de primeiro grau. Pode, todavia, ter ocorrido impossibilidade de suscitação do fato pelo interessado, antes da sentença. Assim, provada a ocorrência de força maior, poderá o apelante apresentar fato novo perante o tribunal (art. 517). Caberá, todavia, ao apelante provar não só o fato como o motivo de força maior que o impediu de arguí-lo no momento processual adequado. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 506)

Assim, além das questões apreciáveis *ex officio*, em certos casos excepcionais as questões de fato podem ser alegadas em fase recursal, mitigando o princípio da eventualidade, que busca fixar o pedido, a *causa petendi* e a *causa excipiendi* em primeira instância, especificamente na oportunidade da petição inicial para o autor e na contestação para o réu. São as seguintes exceções adicionais apontadas por Teixeira:

Porém, as questões de fato não devem implicar modificação do pedido e da causa de pedir, tendo em vista a proibição do art. 264 do CPC. As “questões de fato” devem exercer influência sobre a relação jurídica debatida em juízo e, em consequência, sobre a decisão a ser proferida, guardando relação com os fatos constantes da *causa petendi* e da *causa excipiendi*. Caso contrário, as questões de fato não poderão ser suscitadas na apelação. Outrossim, não podem ser deduzidos fatos que a parte já tinha conhecimento, pois a lei exige que a falta de alegação tenha decorrido por motivos de força maior, isto é, alheios à vontade dos litigantes. Conseqüentemente, somente podem ser alegados fatos: a) ainda não ocorridos até o último momento em que a parte poderia tê-los eficazmente argüido em primeiro grau; b) já ocorridos, mas ignorados pela parte; c) já ocorridos e do conhecimento da parte, que estava impossibilitada, por circunstâncias alheias à sua vontade, de comunicá-los ao advogado, para que este os levasse ao conhecimento do juiz. (TEIXEIRA, 2005, p. 272-274)

Em síntese, concluo com Teixeira:

Portanto, adotado o princípio da eventualidade, o caminho natural será a proibição da modificação do pedido, da *causa petendi* ou da *causa excipiendi* na fase recursal. Mesmo que seja possível a dedução de “questões novas”, permanece vedada a possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda. (TEIXEIRA, 2005, p. 275)

3.4.4 Juizados especiais

Teixeira cita o caso dos Juizados Especiais como acolhida do princípio da eventualidade no processo civil regulado por outros diplomas legais que não o Código de Processo Civil e para outros órgãos do judiciário na esfera Cível:

Os arts. 14 e 30 da Lei 9.099/95 exigem que os meios de ataque e de defesa sejam concentrados em um único momento processual (na petição ou termo inicial e na contestação, respectivamente), sob pena de não mais poderem ser apresentados, devido à preclusão consumativa. Desse modo, não resta dúvida de que, também perante os Juizados Especiais, vigora a regra da *Eventualmaxime*. (TEIXEIRA, 2005, p. 288)

Não obstante, defende sua atenuação com base nos princípios em evidência nos Juizados Especiais Cíveis, de resto, acompanhando o que entende também ser necessário ou ao menos preferível para o processo civil regulado pelo Código de processo Civil. Conclui Teixeira:

Ainda que determinado fato não tenha sido suscitado na causa de pedir, os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade possibilitam que a sentença abranja a matéria não expressamente contida no pedido, desde que sejam respeitados os princípios constitucionais mencionados. Trata-se de uma atenuação ao princípio da eventualidade, plenamente justificada pelos critérios orientadores previstos no art. 2º da Lei 9.099/95 e, em última análise, pela própria necessidade de uma releitura do referido princípio. (TEIXEIRA, 2005, p. 289)

3.5 Conclusão Sobre o Âmbito e o Alcance do Princípio da Eventualidade

O princípio da eventualidade caracteriza-se tanto conceitualmente como historicamente muito mais pela forma como regula o processo do que pela finalidade que promove, dado que estas são múltiplas, variadas e implícitas, ainda que, na condição de princípio, não possa ser pensado como existindo dissociado de toda e qualquer finalidade. Teixeira, em convergência com essa idéia, entende que se trata de um princípio ordenador do processo, posto que atua no sentido de fixar os elementos essenciais da demanda, conforme se depreende ao longo de seu livro,

nas páginas 50, 169 e tantas outras. A ordenação do processo, defendida por Teixeira como elemento norteador do princípio da eventualidade, refere-se centralmente à fixação dos termos da demanda. Se defendido que o princípio da eventualidade atua centralmente como forma de operar no processo, e não diretamente ao *telos* que deve ser contemplado no processo, é necessário reconhecer que o princípio da eventualidade, historicamente, não atuou, no processo, sempre de uma mesma forma – nem mesmo nos aspectos essenciais. Assim, ora incidia sobre a própria apresentação das provas pelas partes, ora se restringia apenas a uma obrigação do réu – e não do autor –, de maneira que, mesmo concebido como relacionado a uma forma de operar no processo, não teve expressão única, nem mesmo em seus traços essenciais. As conseqüências disso são variadas, e pode-se dizer que todas elas concorrem para um menor consenso sobre a essência e âmbito do próprio princípio: surgem definições muito diversas, com impacto muito diverso no processo. Frente à evolução histórica, mas também a diversidade histórica das formas e conteúdos assumidos pelo princípio da eventualidade, parece, mais do que adequada, correta a compreensão por Teixeira do princípio da eventualidade como referente à fixação da demanda, ou de seus termos, através de um único ato por cada uma das partes. Mas essa conclusão, exatamente frente à diversidade histórica do princípio, refere-se mais a uma tendência que estimamos consolidada do que algo fixo, decorrente de sua invariabilidade histórica essencial ou de sua formulação mediante raciocínios de tipo dedutivo, que fornecem certezas inabaláveis e apodíticas. Em nosso código de processo civil, a boa interpretação sistemática aponta a idéia de estabilização dos elementos da demanda, e se torna pouco sustentável as argumentações em contrário apenas por interpretação literal de dispositivos isolados. De qualquer forma, há sempre a possibilidade de questionamento do procedimento metodológico de se extrair a idéia do princípio de um material normativo, como se fosse imediata expressão dele, ao mesmo tempo em que se busca investigar o quanto o material normativo contempla o próprio princípio, portanto, assumindo-se simultaneamente a tese oposta, a de que o material normativo não expressa necessariamente – no máximo parcial e contingentemente o princípio de eventualidade –, portanto, não sendo a pauta com base na qual possa o princípio ser pensado. É nos traços centrais que se verificam em seus primórdios, as tendências que vão se constituindo no decurso histórico, o debate que se trava em torno dos limites do princípio e as

formas mais sistemáticas que vários ordenamentos jurídicos parecem incorporar desses elementos que se define o sentido do princípio da eventualidade nos dias de hoje e em um determinado ordenamento jurídico em particular, a partir do que se extraem seu âmbito e seu alcance.

O âmbito pode ser entendido fundamentalmente como os contornos definidos pela incidência do princípio da eventualidade em decorrência de restrições, especialmente de ordem normativa processual, à sua plena exigência no processo, enquanto o alcance depende da incidência de sua teórica observância na esfera jurídica, em relação àquilo que, por suposto, deveria promover. Portanto, o âmbito refere-se ao seu limite interno, a quanto foi contemplado no ordenamento jurídico, enquanto seu alcance refere-se à sua efetividade, ou à sua eficácia, nesse sentido, necessariamente referente a um *telos*, a um objetivo e não meramente a uma forma de ser no processo.

Em síntese, intrinsecamente, o princípio refere-se à concentração da apresentação das teses e defesas por cada uma das partes em um único momento processual, estabilizando a demanda e, como decorrência, tende a concorrer para a promoção dos princípios gerais de direito processual, como os de celeridade, boa fé, lealdade processual, ampla defesa, além de poder ser pensado em função de objetivos gerais do direito, entre os quais se destaca a pacificação social.

É a pacificação social que parece ser o pano de fundo das preocupações de Teixeira. O princípio da eventualidade não teria como função a estabilização da demanda se esta não promovesse a pacificação social. Assim, embora entenda internamente o princípio da eventualidade como princípio-procedimento, recusa é a fetichização do princípio da eventualidade como valor em si, independentemente dos objetivos a que realiza. Não se trata aqui da mera estabilização da demanda, mero desdobramento ou sentido do conceito em sua vertente moderna, mas de algo que escapa a própria demanda, que é central ao direito e à atividade jurisdicional que é a própria pacificação social. E os limites do princípio não se referem a qualquer elemento intrínseco, mas àquilo que por fim realiza e que ultrapassa a fixação da demanda, na direção da pacificação social. Isto é muito claro na discussão dos limites do princípio e na própria aceitação do princípio. Se o estudo de Teixeira é minucioso quanto ao âmbito do princípio, discutindo inúmeras regras nas quais se tem confirmada ou atenuada a exigência ao princípio, sua crítica incide preferencialmente no alcance do princípio, especialmente

o alcance em relação à pacificação social, que extrapola os limites do processo ao qual se exige a observância do princípio-procedimento. Não é à toa que Teixeira enfatiza na investigação sobre o princípio da eventualidade a análise dos elementos da demanda e do efeito preclusivo da coisa julgada: porque tratar-se-iam de aspectos centrais à pacificação social, em razão da fixação dos termos da demanda (o processo não se torna infinito) e do quanto se impede a rediscussão dos temas tratados na demanda, evitando-se a continuidade da disputa entre as partes *ad nauseam*.

O alcance extrapola o âmbito de incidência do princípio da eventualidade, mas não é alheio a este. Nesse sentido, a investigação do âmbito, de um modo geral, e particularmente para Teixeira, é fundamental. Isto se faz através de uma investigação dos dispositivos nos quais o princípio da eventualidade está contemplado ou atenuado. Mas o sentido de cada dispositivo está atrelado a um entendimento particular sobre institutos jurídico-processuais centrais, tais como *causa de pedir e pedido*. Não há, por sorte, uma definição desses institutos, salvo raras exceções, no texto legal, portanto, de seu entendimento depende em grande parte o próprio âmbito do princípio.

Em relação à causa de pedir imediata, entendê-la como *qualificação* tornaria mais restrito o âmbito de incidência do princípio da eventualidade do que entendê-la como *conseqüência jurídica*, conceito mais amplo, posto que não exige a subsunção da causa de pedir imediata a um tipo jurídico previamente constituído. Curiosamente Teixeira, que trata da causa de pedir imediata como *qualificação*, entende haver exceção do princípio da eventualidade em relação àquela, desde que se mantenha a *conseqüência jurídica*. Retorna, assim, a esfera de âmbito ao seu tamanho regular, mas em nome da exceção e em sacrifício do próprio conceito que formula: identificado por ele princípio da eventualidade e fixação da demanda e, entendido por ele haver nesses casos a hipótese de modificação da causa de pedir, não se faz a exceção do princípio da eventualidade senão sacrificando seu próprio conceito.

Em relação à causa jurídica mediata, ou aos fatos principais, o presente trabalho destaca que a existência de fatos principais não se faz senão mediante uma complexa atividade mental referente ao real que dele constrói o que entende por fato principal, bem como aquilo que constitui o seu âmbito, em relação a que a fixação da demanda pode ser pensada. A divisão excessiva do real em

inúmeros fatos principais tornaria muito restrita a demanda e a segurança jurídica assim alcançada. Portanto o âmbito concreto do princípio depende também da operação que categoriza a causa de pedir mediata e a admissão por Teixeira de um recorte excessivo do real em muitos fatos principais tornaria também recortada, pequena e mesmo efêmera a segurança jurídica alcançada com a sentença, seja em decorrência do instituto a coisa julgada, seja em decorrência do efeito preclusivo da coisa julgada, que não impediria, segundo Teixeira, a reapresentação de demanda semelhante, ainda que não em identidade com a anterior.

Nesses dois casos, o especial entendimento ou manejo de categorias jurídicas realizado por Teixeira e que, ainda que corrente, defendo como inapropriado, tornaria menos abrangente o princípio da eventualidade e mais plausível de continuidade da disputa jurídica em novas demandas, em detrimento da pacificação social representada pelo término das disputas jurídicas sobre o tema controverso, conclusão a que chega justamente o autor.

Mais do que isso, o debate sobre o preciso sentido do denominado *efeito preclusivo da coisa julgada*, bem como do âmbito a que se aplica tornaria muito diversa tanto o âmbito como o alcance do princípio da eventualidade. Para Teixeira, conforme discutido, o efeito preclusivo da coisa julgada incidiria apenas sobre demandas com os mesmos elementos essenciais, o que resultaria – mas o autor não formula essa conclusão – na hipótese de identidade de demandas, e o processo se extinguiria por força do instituto da coisa julgada. Barbosa Moreira, acompanhando Machado Guimarães, entende que o efeito preclusivo da coisa julgada é decorrência da inatacabilidade da decisão judicial, que se torna imutável em decorrência do trânsito em julgado da sentença. Portanto, em oposição ao que defende Teixeira, não se poderia criar outra demanda, ainda que com elementos essenciais diversos – portanto, sem que se constitui identidade de demandas – para se obter sentença diversa da obtida, não por força agora da coisa julgada, mas em razão do próprio efeito preclusivo da coisa julgada, de seu sentido estrito e de seu *telos*, e não de qualquer conseqüência extrínseca ou accidental do instituto.

O entendimento de Teixeira, nesse caso, tornaria absolutamente frágil a pacificação social obtida através do princípio da eventualidade, pois novas demandas poderiam ser propostas exatamente para atacar a sentença, tornando inócuo o princípio da eventualidade junto com o *telos* que pretende realizar.

Em todos esses casos, centrais na análise de Teixeira, ainda que não exclusivos, coloca-se em cheque a adequação do princípio da eventualidade para a realização da pacificação social, mas isso acaba sendo decorrência do próprio entendimento de Teixeira sobre institutos jurídicos implicados na investigação do princípio da eventualidade. Se está correta a análise de que é inadequada, ou talvez pouco apropriada, a compreensão de Teixeira sobre os institutos jurídicos com base nos quais se apreende o âmbito e o alcance do princípio da eventualidade, ainda que pertinente e preciso o seu entendimento sobre o sentido de princípio da eventualidade no processo civil moderno, então, o que está em jogo não é, repete-se, a elucidação do princípio, mas sua pertinência, considerada por Teixeira como problemática e aqui afirmado como bem menos problemático do que supõe Teixeira. Em qualquer caso, a conclusão que parece ser consensual é que o entendimento do princípio da eventualidade, seu âmbito e seu alcance não podem ser compreendidos sem uma profunda reflexão sobre os institutos centrais ao processo civil, que são tanto complexos como controversos e adjudicando, assim, à investigação do princípio da eventualidade também a característica de complexa e controversa.

PARTE II

ORDENAMENTO JURÍDICO E LÓGICA

4 LÓGICA DEDUTIVA E INDUÇÃO

A Lógica como campo de conhecimento surge na Grécia Antiga e experimenta notável desenvolvimento com Aristóteles. Era considerada como um ramo da Filosofia e tinha como objetivo estabelecer as condições formais de validade de um determinado raciocínio, portanto, não se refere ao conteúdo, mas à forma de determinado raciocínio. Para Copi (1978, p. 19), “O estudo da lógica é o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto do incorreto”.

Além disso, tinha como escopo dar segurança ao conhecimento produzido, uma vez que de premissas verdadeiras e bom uso da Lógica não se chegaria a outro resultado que não fosse também a verdade. Continua sendo este o cerne da lógica, embora tenha se ampliado para abarcar aspectos que extrapolam o âmbito do conhecimento, portanto, daquilo que pode ser considerado verdadeiro ou falso, correto ou incorreto.

Em que pesem longas discussões sobre o sentido de verdadeiro e falso, entende-se, a princípio, no âmbito da Lógica, que o verdadeiro é a sentença ou enunciado cujo conteúdo expressa adequadamente o mundo, seus objetos e processos, bem como o falso é a sentença ou enunciado cujo conteúdo não expressa adequadamente o mundo, seus objetos e seus processos, enquanto o argumento válido é aquele que se constitui segundo as formas adequadas da lógica e o argumento inválido aquele que se constitui segundo formas inadequadas.

As principais ressalvas quanto a esse conceito de verdade é que não abrangem aspectos estritamente lógicos, além do fato de que a tese da coincidência entre o mundo e a representação que fazemos dele, bem a gosto cartesiano, é sempre problemática, especialmente quando se entende a lógica como sistema estritamente formalizado cuja linguagem difere de forma essencial das linguagens naturais. Não obstante as ressalvas, é o sentido de verdade tratado no parágrafo precedente que prevalece no mundo jurídico e seus debates, pois nem pode perder tempo para discutir sobre a possível inapreensibilidade do real, sob pena de não poder atuar como terceiro imparcial na resolução de conflitos reais, materiais ou não.

Considerando-se que, para a Lógica, argumentos são o conjunto de afirmações constituídas por premissas e conclusão, esta decorrente daquelas, pode-

se chegar a conclusões verdadeiras a partir de premissas falsas, bem como pode-se chegar a conclusões falsas a partir de premissas verdadeiras, mas não se chega a conclusões falsas a partir de premissas verdadeiras se o argumento – em sentido aqui definido – utilizado está correto. Conforme Copi,

Um raciocínio dedutivo é *valido* quando suas premissas, se verdadeiras, fornecem provas convincentes para sua conclusão, isto é, quando as premissas e a conclusão estão de tal modo relacionadas que é absolutamente impossível as premissas serem verdadeiras se a conclusão tampouco for verdadeira. (COPI, 1978, p. 35)

Em termos semelhantes, Haack (1998, p. 119): “Se um argumento é válido, então, se suas premissas são verdadeiras, sua conclusão deve ser verdadeira também”.

É comum ouvirmos falar em *Lógica dedutiva* e *Lógica indutiva* (ou dedução e indução) e de que a primeira parte de premissas gerais para chegar a um resultado ou afirmação particular e de que a segunda parte de fatos específicos para se chegar a uma premissa geral.

Entre os não especialistas em Lógica, costuma-se pensar o esquema básico da lógica dedutiva da seguinte forma: o argumento inicia-se com uma afirmação geral sobre um sujeito genérico (premissa maior), ou seja, a) atribui-se um predicado ao sujeito genérico, b) faz-se outra afirmação incluindo um sujeito particular à classe de membros representada pelo sujeito genérico (premissa menor) e extrai-se uma conclusão, atribuindo-se a um sujeito particular o predicado atribuído ao sujeito genérico. O exemplo clássico é: a) Todos os homens são mortais (premissa maior); b) Sócrates é homem (premissa menor); c) Sócrates é mortal (conclusão). Tal hipótese é apenas um dos casos particulares de argumentos válidos, conforme será discutido mais adiante. A Lógica dedutiva é, na verdade, bastante mais complexa do que isso que usualmente se ouve falar dela. Não há uma necessidade de ordem seqüencial entre as premissas ou entre as premissas e a conclusão; em certas correntes, trabalha-se com regras de validade envolvendo conjuntos vazios e especialmente tem apresentado grande desenvolvimento nos últimos cento e cinquenta anos, no sentido de uma formalização cada vez mais complexa, e no desenvolvimento de novos tipos de lógica cujas conclusões não se

referem necessariamente a uma verdade imutável, nem sequer a uma verdade em sentido próprio, por extrapolar a esfera do conhecimento.

Em contraposição, a lógica indutiva partiria de situações particulares que, repetidas, dariam a idéia de uma regra geral. Como exemplo: a tribo A domina a linguagem oral (fato particular), a tribo B domina a linguagem oral (fato particular)... portanto todas as tribos dominam a linguagem oral, ou a maioria das tribos domina a linguagem oral.

Sobre a lógica indutiva, é necessário ressaltar que, para muitos autores, não se trata de uma lógica em sentido estrito, pois não se extrai com base nela uma conclusão inequívoca ou necessária, apenas uma crença, que ganha status de fé se a experiência se repete invariavelmente em um mesmo sentido: portanto, temos crença de que chove na semana santa e uma criança tem fé de que se machucará se mantiver a chama de um fósforo alcançando a sua mão. A idéia de fé e crença como graus possíveis de certeza oriunda da experiência, em oposição às conclusões necessárias ou apodíticas oriundas do raciocínio dedutivo, é apresentada por Hume em seu texto *Investigações sobre o entendimento humano* (1984) e são comumente referenciadas nas discussões científicas modernas guiadas predominantemente pela indução e experiência. Hume, em seu texto, afirma que é a experiência e sobretudo a repetição da experiência – o hábito – que permite o estabelecimento de relações específicas de causa e efeito, que se soma à contigüidade no espaço e no tempo como modos de associação entre as idéias. Não é necessário ressaltar o caráter estritamente empírico dessas formulações, mas apenas as formas de associação por ele explicadas, dando relevo à associação de causa e efeito como fundamental ao desenvolvimento tanto do ser humano, como da ciência.

Ainda que os processos indutivos, conforme lembra Hume, não se referem exclusivamente à forma da descoberta de relações de causa, eles são especialmente importantes para a sua descoberta e a forma como atuam serve para ilustrar em que consistem. Assim, Copi, tratando da descoberta de causas, afirma:

Como toda asserção de que uma circunstância particular foi a causa de um fenômeno particular implica uma lei causal geral, há um elemento de generalidade em qualquer asserção desse gênero. Uma lei causal – tal como usaremos esta expressão – é uma asserção, segundo a qual uma certa circunstância está invariavelmente acompanhada por tal e tal fenômeno, quando e onde quer que se produza. Ora, como chegarmos a

conhecer essas verdades gerais? A relação causal não é uma relação puramente lógica ou dedutiva; não pode ser descoberta por qualquer raciocínio *a priori*. As leis causais só podem descobrir-se *empiricamente*, recorrendo à experiência. Mas nossas experiências são sempre de circunstâncias particulares, de fenômenos particulares e de seqüências particulares das mesmas. Podemos observar numerosos casos de um certo tipo de circunstâncias (digamos *C*), e todo caso *que observarmos* pode estar acompanhado pela ocorrência de um certo tipo de fenômeno (digamos *F*). Essas observações só nos mostram, é claro, que *alguns* casos de *C* são casos de *F*. Como chegaremos, a partir dessas observações, à proposição geral de que *todos* os casos de *C* são casos de *F*, o qual está em jogo, quando dizemos que *C causa F*? (COPI, 1978, p. 333)

Também tratando da correlação entre fatores, possível de ser estabelecida a partir da observação e experiência, afirma Copi a caráter não necessário ou válido da conclusão indutiva:

Quanto maior for o número de casos observados (e maior o número de discordâncias entre esses casos), tanto maior será a probabilidade de que a correlação obedeça a uma lei e não seja fortuita. Mas, por maior que seja o número de casos observados, qualquer inferência que vá de suas propriedades às propriedades de casos ainda não observados nunca será *certa*. Devemos repetir que as inferências indutivas nunca são demonstrativas. (COPI, 1978, p. 364)

A idéia de *força* do argumento indutivo se torna fundamental, pois, se não podem ser provados como válidos ou não, ou seja, se não fornecem segurança absoluta quanto ao conhecimento ou resultado alcançado, podem e devem ser entendidos como mais ou menos relevantes, no sentido de pertinentes, de prováveis e no sentido de fator elucidativo fundamental:

O fato, puro e simples, é que *existe* uma diferença entre dedução e indução. Um argumento dedutivo válido constitui uma prova ou demonstração, mas um argumento indutivo é, no máximo, altamente provável. Portanto, a pretensão de Mill de que seus métodos são “métodos de Prova” deve ser rejeitada, assim como sua afirmação de que são “os métodos de Descoberta”. (COPI, 1978, p. 364)

No mesmo sentido, distingue Susan Haack que a avaliação do raciocínio difere se referida a dedutivo ou indutivo. O primeiro seria considerado como válido ou inválido, enquanto o segundo quanto à sua força, ou probabilidade (HAACK, 2002, p. 39).

Perelman não considera a argumentação como decorrente de raciocínios indutivos ou dedutivos, portanto, sua abordagem é explicitamente mais ampla, mas, em relação aos argumentos não dedutivos, afirma que o critério de convencimento é fundamental para avaliação do argumento, em detrimento justamente da idéia de validade, que encerra a suposição de conclusão inexorável e necessária.

A partir do renascimento, com a discussão explícita sobre qual método deveria presidir o conhecimento sobre o mundo, acentua-se a contraposição entre aqueles que defendiam um método dedutivo de produção de conhecimento, identificados como racionalistas e tendo em Descartes sua expressão máxima e aqueles que defendiam ser apropriado o método indutivo, identificados como empiristas e tendo em Locke seu símbolo. A controvérsia, evidentemente, varou séculos e o debate produziu novas teses e convicções, a ponto do racionalista Kant se contrapor à idéia de evidência defendida por Descartes, concordando com o empirista Hume quanto à tese de que da experiência nunca se chega a verdades necessárias e apodíticas.

Interessa destacar de pronto que boa parte de nosso conhecimento deriva de nosso contato com a experiência e é extraído da experiência. Assim ocorre com nosso conhecimento sobre o nome dos objetos, o gosto dos alimentos, o caráter e a confiabilidade das pessoas com quem nos relacionamos. Para Jean Piaget, entretanto, nenhum conhecimento advém exclusivamente da experiência ou dos órgãos do sentido: são sempre pensadas mediante uma estrutura cognitiva construída pelo sujeito na sua interação com o mundo e mediante as quais se conformam, ou seja, as estruturas cognitivas são ou expressam a forma que assumem o conhecimento adquirido pelo sujeito. Essas estruturas, de qualquer maneira, representam uma mediação entre o sujeito e o objeto no processo de conhecimento e não uma constrição à forma dedutiva de pensar. Nesse sentido, a lógica dedutiva é, no curso do desenvolvimento da criança, uma aquisição, e não um ponto de partida.

Não se confundem, de qualquer forma, sujeito cognoscente e sujeito epistemológico, de forma que nada obriga que uma ciência produza conhecimento à imagem e semelhança de como uma criança ou o homem comum, ou mesmo o cientista em suas atividades cotidianas, produzem conhecimento. Portanto, o que guia o Direito enquanto Ciência e o que guia as decisões judiciais – e já discutimos

que não são a mesma classe de fenômenos, pois nada exige, muito menos garante, que os juízes ajam de acordo com a ciência do Direito – não necessariamente é, a cada momento, a lógica a que está habituado o homem comum ou em suas atividades comuns, mas, idealmente, o que é típico e próprio desses campos. Mas o que é típico e próprio desses campos? Não tem como não reconhecer que as controvérsias lógicas que infligiram a filosofia e as ciências tenham repercutido no campo do Direito e, em certa medida, na própria forma da cognição judicial e da decisão judicial.

O Direito tanto regula as relações sociais, como passou por grandes evoluções ao longa da história, portanto, a princípio, não poderia ser alheio à experiência. Vários sistemas jurídicos tem especial apreço pelos costumes, portanto, a experiência e uma certa influência da Lógica indutiva se torna bastante marcante nesses sistemas. Talvez não seja à toa que a Inglaterra, que tanto apreço teve ao empirismo e de onde surgiram os mais célebres empiristas, como Locke, Hume e Berkeley tenha especial apreço ao direito consuetudinário.

De qualquer forma, tende-se a considerar que na maioria dos sistemas jurídicos atuais, inclusive no sistema jurídico pátrio, prevalece nas petições, defesas e decisões a lógica de tipo dedutivo, com uma suposta pequena variação, mas apenas suposta: A premissa menor deveria aparecer antes da premissa maior no argumento silogístico. Em linhas gerais, a premissa menor está representada pelos fatos principais, sintetizados em uma proposição. A premissa maior está representada pela regra que regula determinada conseqüência a determinado fato típico, a que se amoldam os fatos principais e, finalmente, a sentença seria a conclusão ou a decorrência da conclusão lógica envolvendo premissa maior e menor. Não há como não notar certa semelhança com a estrutura das peças: I. Fatos, II. Fundamentos, III. Pedido. De qualquer forma, recomenda-se que no próprio fundamento se retome a premissa menor contida na seção Fatos, e, freqüentemente retomando a ordem considerada correta para a dedução – mero tabu – e se anuncie a conclusão, antes de repeti-la na sessão *pedido*. Vejamos a questão da forma do silogismo com maior acuidade:

Consideremos que o silogismo é constituído por proposições. Uma proposição seria a atribuição de um predicado a um sujeito, portanto, pode ser esquematizado como *quantificador s (não) é p*. desde que se entenda que esse sujeito possa representar uma classe constituída por múltiplos elementos, definidos

pelo predicado. Assim, a proposição *toda lareira tem chaminé* tem com sujeito a classe *lareira*, que é constituída por todas as lareiras, ao mesmo tempo que é expressão abstrata dessas. Um silogismo é formado por três proposições, e sua estrutura é explicada por Copi:

Um *silogismo* é um argumento em que uma conclusão é inferida de duas premissas. Um *silogismo categórico* é um argumento que consiste em três proposições categóricas que contém exatamente três termos, cada um dos quais ocorre exatamente em duas das proposições constituintes. Diz-se que um silogismo categórico é de *forma típica*, quando suas premissas e conclusão são todas proposições categóricas de forma típica e estão dispostas numa ordem específica. [...] Consiste em que a premissa maior é formulada primeiro, a premissa menor em segundo lugar e, por último, a conclusão. Convém enfatizar que a premissa maior não é definida em função da posição que ocupa mas, outrossim, como a premissa que contém o termo maior (que, por definição, é o termo predicado da conclusão). Tampouco a premissa menor se define pela sua posição, mas sim como aquela premissa que contém o termo menor (o qual é definido como o termo sujeito da conclusão). (COPI, 1978, p. 167-168)

Ou seja, o silogismo categórico constitui-se de três proposições, que, em seu conjunto, estão definidas por três termos, cada um dos quais presentes em duas proposições e cada proposição sendo constituída por dois termos, e em cada proposição um dos termos ocupa o lugar de sujeito, e o outro o lugar do predicado. Vejamos o exemplo:

1. [] D é T
2. [] T é W
3. [] Logo D é W

Assim, a premissa maior, e que deve ser considerada a primeira proposição, não importa o lugar que ocupe no argumento, será, no exemplo, a indicada pelo número 2, dado que contém como um de seus termos (sujeito ou predicado) o predicado da conclusão, no caso, W. Continuará sendo a premissa maior se contivesse W na posição do sujeito. De forma análoga se constitui a premissa menor, ou seja, a premissa que contém em seu sujeito ou predicado o termo que representa o sujeito da conclusão. Em termos um pouco modificados, mas corretos, pode-se dizer que há 4 combinações possíveis envolvendo as

posições de D e W nas duas premissas, duas em cada uma ($2 \times 2 = 4$). Chama-se de *figura* a cada uma dessas combinações.

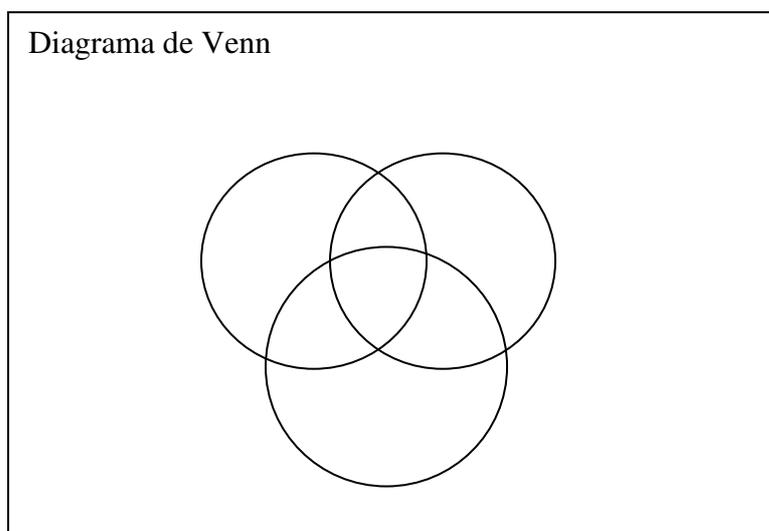
Por outro lado, diz-se que “o *modo* de um silogismo de forma típica é determinado pelos *tipos de proposições categóricas* de forma típica que contém”. Cada proposição pode ser de um dos quatro tipos, designados pelas letras A, E, I, O:

- Todo s é p (A)
- Nenhum s é p (E)
- Algum s é p (I)
- Algum s não é p (O)

Como há três proposições, cada uma das quais pode ser de um dos quatro tipos acima tratados, o silogismo de forma típica pode ser expresso através de 64 *modos* (4^3). E ainda, como podem constituir, conforme vimos, 4 *figuras* típicas, ao todo se haverá, conforme concluimos com Copi, “duzentas e cinqüenta e seis formas distintas que podem ser assumidas pelo silogismo de forma típica”, 64 modos X 4 figuras.

Mas é claro que, mudando-se em cada proposição as posições entre sujeito e predicado, muda-se o seu sentido e não se garante sempre a validade do silogismo. Conforme alerta Copi, “apenas algumas delas são válidas”.

Já vimos que a validade de um silogismo não depende do conteúdo, mas de sua forma, portanto, entre essas duzentas e cinqüenta e seis formas de silogismo típico, algumas são sempre válidas e outras sempre inválidas. Para que não está acostumado com lógica, nem sempre é fácil saber de antemão, ou mesmo intuir corretamente, qual delas é válida e qual delas é inválida, sendo, entretanto possível recorrer a modelos espaciais como os diagramas de Venn para testar a validade dos silogismos. Para propósitos didáticos, esclarece-se que os diagramas de Venn, presentes nas escolas de primeiro e segundo grau, teriam a seguinte feição, com cada círculo representando as diversas classes a que poderia pertencer um sujeito, bem como a intersecção ou exclusão entre elas.



O que interessa para a presente discussão é que não há uma ou duas formas de se montar validamente o silogismo, mas várias, embora bem menos do que as 256 combinações possíveis, pois várias delas são falsas. Em segundo lugar, Não há só premissas do tipo *A*, mas também do tipo *E* e ainda as menos lembradas *I* e *O*. Na prática jurídica, portanto, especialmente nos debates orais, nem sempre se consegue imediatamente verificar a validade ou não de um silogismo apresentado, em que pese sua aparência de ser válido ou não, o que pode ser enganador. Do ponto de vista estritamente lógico, o silogismo seguinte é inválido, ainda que sua conclusão seja acidentalmente verdadeira:

- a) Aquela pessoa se chama Cláudia;
- b) Todas as mulheres se chamam Cláudia;
- c) Aquela pessoa é mulher

O que torna inválido o argumento não é, evidentemente, o fato de que nem todas as mulheres se chamam Cláudia, pois a lógica dedutiva não tem sua validade decorrente do conteúdo do argumento, mas de sua forma. O que torna incorreta é a idéia de que alguém que se chama Cláudia não possa ser outra coisa senão mulher, e isso porque não se fez qualquer afirmação a respeito da classe denominada Cláudia. Nesse caso e em casos mais complexos, especialmente envolvendo proposições de tipo *I* e *O*, o diagrama de Venn pode ser de utilidade na

exata proporção em que a validade do silogismo se torna menos intuitiva ou menos facilmente apreensível pela razão.

O silogismo categórico típico pode se apresentar em um conjunto com mais de três proposições ou até menos de três proposições, mas, nesse caso, arranjos precisam ser feitos.

Havendo mais de três proposições, por exemplo – quatro – pode ocorrer que duas delas sejam suficientes para uma conclusão dedutiva que, combinada com outra, forme nova conclusão. Nesse caso, há uma cadeia de argumentos dedutivos.

Pode ocorrer que um argumento silogístico não esteja completo, ou por ausência de conclusão, ou por ausência de uma das premissas, o que configura o caso de argumento entimemático, conceito, entretanto, não restrito aos argumentos silogísticos. O entimema não impede, em todos os casos, a constituição de um silogismo categórico típico, questão não apenas interessante, mas de máxima importância para análise futura sobre lógica jurídica envolvendo decisões judiciais. No primeiro caso – ausência de conclusão – a solução é simples: definida a premissa maior e a menor, a conclusão se impõe. Portanto, ainda que não explicitada de forma oral ou escrita, é como se existisse, em forma ideal, assim que as premissas passaram a existir. A única condição é que a conclusão seja válida, senão, não há conclusão a ser extraída, evidentemente.

Se o arranjo entre as premissas é de tal forma previsível na direção de uma conclusão lógica, é comum não se enunciar a própria conclusão, como se ela se impusesse: *Todo A é B, Todo B é C.*

O caso mais interessante, entretanto, é o de ausência de uma das premissas, seja a maior, seja a menor, pois a validade da conclusão somente pode ser averiguada com a reconstrução da premissa que falta. Não obstante o zelo pela montagem do silogismo nas peças de direito, nem sempre o aluno se lembra de constituí-lo, apesar da advertência de muitos dos seus professores. Para Copi, não há problemas em reconstituí-la, desde que não haja dúvidas quanto ao seu teor. Vejamos como se manifesta quanto à supressão e reapresentação de premissas no argumento silogístico. Quanto à supressão:

Os argumentos silogísticos são freqüentemente usados, mas isto é mais a exceção do que a regra, para que a conclusão e ambas as premissas sejam

explicitamente enunciadas [...] Na linguagem cotidiana e mesmo na ciência, a maioria das inferências expressa-se entimematicamente. A razão disso é fácil de se entender. Na maioria das polêmicas, há uma grande quantidade de proposições que se pressupõe ser de conhecimento comum. A maioria dos oradores e escritores evita muitas complicações por não ter que repetir proposições bem conhecidas e, talvez, trivialmente verdadeiras, que os seus ouvintes ou leitores podem perfeitamente suprir por sua iniciativa própria. Além disso, não é invulgar, em absoluto, que um argumento seja *retoricamente* mais poderoso e convincente, quando enunciado entimematicamente, do que quando enunciado com todos os pormenores. Contudo, esse aspecto retórico não interessa ao lógico. (COPI, 1978, p. 208)

O caminho da reconstrução do silogismo refere-se à exatamente explicitação da parte suprimida. Se ela for absolutamente previsível, não precisa ser efetivamente explicitada no curso dos debates lógicos, mas apenas nesse caso. Conforme Copi:

Um princípio fundamental, no fornecimento das premissas suprimidas, é que a proposição deve ser tal que o autor do argumento possa supor, com segurança, que os seus ouvintes ou leitores a aceitarão como verdadeira. (COPI, 1978, p. 208-209)

O campo da Lógica é fundamental para as Ciências e para o Direito também em razão do estudo das falácias lógicas, que indicam muitos tipos de invalidade de um silogismo, mesmo quando apresentam a forma adequada, alguns de caráter anedótico, o primeiro deles extraído do livro de Copi (1978, p. 98) com alterações meramente semânticas (convencionando-se aqui que Joe é um homem), e outro que, se bem inspirado no referido autor, lembrado por mim como presente nos recorrentes debates universitários, e adaptado para conter elementos de lógica valorativa. A invalidade deixarei para o leitor elucidar:

- I.
 - a) Os índios estão desaparecendo;
 - b) Joe é índio;
 - c) Portanto, Joe está desaparecendo.

- II.
 - a) A Universidade deve desenvolver atividades de ensino, pesquisa e extensão;
 - b) O professor faz parte da Universidade;

c) Logo, o professor deve desenvolver atividades de ensino, pesquisa e extensão.

É importante ressaltar que não apenas a definição de premissa maior deva ser feita pelo sujeito, como nem sempre fica fácil distinguir em um discurso longo as partes que atuam como premissas, a conclusão e o restante do conteúdo que entrecorta o discurso e tem função meramente retórica, no sentido pouco apreciado pelos lógicos, como conteúdo que não desempenha essencialmente função lógica.

O formato de silogismo das petições não deixa de ser extraordinário, porque persistente mesmo nos casos em que não há um silogismo propriamente dito, o que será objeto de discussão posterior.

O conforto de uma decisão com base no silogismo para as partes, o juiz e a sociedade é que emprestaria a idéia de certeza contida na lógica dedutiva – em oposição ao que ocorre com os raciocínios indutivos – alcançando-se a idéia do correto, do verdadeiro e do imutável, salvo erro do juiz, que seria corrigido por um colegiado com muito maior experiência e trato com o silogismo do que ele.

Como compatibilizar, entretanto a certeza alcançada mediante o raciocínio silogístico com a mutabilidade das relações sociais e dos mecanismos estatais para regulá-la? Para alguns autores, a dicotomia entre indução e dedução deve ser substituída por certa combinação entre elas. Se a indução não conduz a uma conclusão necessária, por outro lado a dedução apresenta problemas não menos graves. Em primeiro lugar, como se estabelece a premissa maior? Em segundo lugar, a conclusão não apresenta conhecimento novo significativo sobre o mundo, apenas repete o disposto de forma geral para o caso particular.

Quanto ao primeiro problema citado, configura-se duas soluções. A primeira delas é que as convicções constituídas a partir da experiência se transformem em premissas de raciocínio dedutivo, especialmente do tipo *A* (todos...) ou *E* (nenhum...), embora não exclusivamente. Uma vez elevadas à condição de premissas, ganham status de verdade, ao menos verdade convencional, e operam como base do silogismo que, montado de forma correta e válida, resultaria numa conclusão também verdadeira. É importante lembrar que a validade de um silogismo não depende de seu conteúdo, mas de sua forma, entendendo-se, apenas, evidentemente, que o adequado termo utilizado e repetido em sentido

idêntico em diferentes premissas é que possibilita a definição da figura silogística, mas não os conteúdos particulares e em si dos termos que ocupam o sujeito e o predicado das proposições. Portanto, a verdade convencional a partir da experiência e raciocínio dedutivo correto geraria conclusão considerada válida e verdade inequívoca, ainda que não mais no sentido de coincidência com o mundo real, mas com a esfera do que se convencionou ser verdade, a partir da constituição em premissa das conclusões extraídas da experiência. Portanto, conclusão com caráter de, no mínimo, verdade presumida, como decorrência de um argumento cujas premissas também partem de uma verdade presumida, mas lastreadas na experiência.

A segunda forma de estabelecimento de uma premissa é estritamente de forma convencional, sem referência direta – e talvez nem indireta – da experiência. Neste caso, não é elevada à condição de convenção, já nasce com essa característica. São provenientes de sistemas filosóficos ou religiosos, como de um direito revelado, cujas regras não nascem da experiência, ao contrário, existem para conformar a experiência à si.

É evidente que a primeira solução consiste em um arranjo entre indução e dedução em prol de uma formalização e uma esquematização dedutiva, como transigência de empiristas e dedutivistas. No segundo caso, a inspiração é o racionalismo clássico e dedutivista tão à gosto de Descartes.

Estabelecidas as premissas, segue-se a conclusão lógica, num caso como o outro. Da convenção estabelecida, portanto, segue-se a conclusão necessária. Deve-se, destacar, entretanto, que a necessidade da conclusão não deriva, num caso ou noutro, da experiência, mas da convenção que se faz dela. Conforme afirma o empirista Locke, um conceito não precisa estar de acordo com um objeto, mas sim de acordo com um outro conceito, o que necessariamente permite um ajuste perfeito de um a outro, embora sem equivalência no mundo natural.²

² **Respondo que a verdade real é acerca das idéias concordantes com as coisas.** Talvez não seja impróprio considerar novamente que, embora nossas palavras nada signifiquem exceto nossas idéias, não obstante, sendo estas designadas por aquelas para significar coisas, a verdade contida naquelas, quando formuladas em proposições, será apenas verbal, caso transmitam à mente idéias que não estiverem de acordo com a realidade das coisas. E, portanto, tanto a verdade como o conhecimento podem surgir com a distinção entre verbal e real. Pois a *verdade verbal* é aquela em

Copi, tratando dos métodos de Mill para os quais seria possível se estabelecer a partir de observações experimentais conclusões irrefutáveis isolando as variáveis (causas) intervenientes, discute de onde vem essa certeza de tipo dedutiva, absoluta:

Em todo o caso, os Métodos de Mill não podem ser usados, a menos que se faça alguma hipótese e sobre as causas possíveis. Mas em tal caso, quando uma hipótese é explicitamente adicionada como premissa, o uso dos métodos proporciona um argumento mais dedutivo de que meramente indutivo. Entretanto, a conclusão é deduzida não dos fatos ou exemplos particulares, mas depende, além disso, daquela premissa adicional cujo status é meramente *hipotético*. (COPI, 1978, p. 365)

A idéia de tipo e de qualificação, tão central no Direito, deve ser investigada a partir dessa perspectiva. O tipo ideal, ou previsto em lei, ao qual os fatos devem se amoldar para que haja as conseqüências previstas por lei ao fato concreto, exatamente aquelas previstas para o tipo ideal, são legalmente convencionados, não importa se com base na experiência, ou em um sistema que os revela, ou ainda por mera necessidade social traduzida em conduta esperada, o que não se confunde com o conceito de verdade extraída da experiência. Na área penal, a inimizabilidade do menor decorre do pressuposto da ausência de consciência para o entendimento das condutas delituosas, mas, conforme se sabe, trata-se de convenção, que atua como verdade absoluta – aqui porque convencionalizada – e não verdade necessária decorrente da experiência ou da conclusão dedutiva a partir de premissas igualmente inatacáveis em si. Portanto, não leva em conta o real estado psíquico ou emocional do sujeito, independentemente da experiência. Uma vez adotada a premissa, tornam-se a pauta a qual as decisões se ajustam. Mas a hipótese de que, no direito civil ou penal, a fundamentação jurídica decorre da tipicidade dos fatos não deve ocultar o fato de que algumas premissas parecem ter mais força de prevalecer do que outras no choque entre elas, o que fornece elementos para se pensar sobre a natureza do raciocínio com base no qual as

que termos são reunidos segundo o acordo ou desacordo das idéias que significam, sem tomar em consideração se nossas idéias são tais como temos realmente, ou são capazes de ter uma existência na natureza. Mas elas podem conter a *verdade real*, quando estes sinais estão unidos segundo o acordo de nossas idéias, e nossas idéias serão tais que serão capazes de ter uma existência na natureza, ao passo que em substância não podemos saber se realmente existiram. (grifo do autor) (LOCKE, 1978, p. 293)

decisões são extraídas, bem como a existência de uma hierarquia de premissas, ainda que oculta, ainda que talvez instável e em certa medida arbitrária, com base na qual umas prevalecem sobre as demais, por força de disposição expressa do texto normativo ou não.

Há que se destacar, entretanto, conforme discutido, que nem todos os juristas entendem como requisito central ou mesmo essência do fundamento jurídico do pedido a tipicidade do fato e sua decorrente qualificação, portanto, as conclusões sobre o direito não estariam, nem sequer formalmente, atreladas à possibilidade de tipicidade dos fatos narrados.

Recaséns Siches, em seu livro *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, chamando em apoio a escola denominada *Jurisprudência de intereses*, afirma que comumente as leis, não obstante seu formato de norma abstrata, surgem da necessidade de regulação de casos específicos:

La jurisprudencia conceptualista creía que los conceptos jurídicos generales eran las ideas básicas del Derecho; creían que tales conceptos generales eran los principios que efectivamente engendraban las normas jurídica, la causa de esas normas jurídicas, y, por lo tanto, también la causa de los efectos que dichas normas producían en la vida social. Por el contrario, la “Jurisprudencia de Intereses” entiende que los mandatos jurídicos se originan en las necesidades prácticas de la vida y en la valoración y ajuste de tales necesidades. Ihering había ya mostrado que el Derecho no es creado por conceptos, sino que es creado por los fines cuya realización se persigue, es decir, por intereses, pero en la opinión de Heck, Ihering no desarrolló con entera fidelidad esa idea por él formulada en principio, no sacó las consecuencias implícitas en ella, ni analizó suficientemente los efectos que las normas producen en la realidad social. La protección de intereses mediante el Derecho jamás tiene lugar en el vacío. (SICHES, 1956, p. 66)

Portanto, se Siches estiver certo, pode-se pensar que as premissas maiores não sejam estrita decorrência de sistemas filosóficos abstratos mediante cadeias de raciocínios dedutivos cujas conclusões nada mais representam do que particularizações de uma premissa maior que ocultamente já existia no ponto de partida. Assim, a experiência poderia fornecer elementos para se estabelecer certas verdades ou regras que, tornadas, se não universais e necessárias, ao menos convenções, atuariam como base para um raciocínio dedutivo. Mas esse caráter de convenção e de premissa de um raciocínio dedutivo, conforme veremos em capítulo posterior, não tem a simpatia e a adesão por parte de todos.

O segundo problema a ser enfrentado em relação à dedução é referente ao conhecimento por ele produzido. Se por um lado o argumento dedutivo ou a cadeia de argumentos dedutivos pode ser complexa de ser acompanhada e verificada, por outro afirma-se que, apesar disso, nenhum conhecimento efetivamente novo é criado. Voltemos ao exemplo clássico:

- a) Todos os homens são mortais;
- b) Sócrates é homem;
- c) Portanto, Sócrates é mortal

As proposições do silogismo parecem ser desnecessárias para a conclusão. Nenhum conhecimento novo sobre o mundo ou sobre a lógica é criado a partir do raciocínio dedutivo. A premissa já indica que cada um dos homens é mortal, posto que todos o são. Mais do que isso, o conceito de homem já supõe o atributo mortal. Também já se sabe que Sócrates é homem e, como tal, não se atribui a característica de imortalidade. A conclusão é apenas a particularização de uma verdade já conhecida. O que há, portanto de novo na conclusão dedutiva?

A questão da ausência de ampliação do conhecimento sobre o sujeito através do predicado é clássica em Kant (1983), em sua distinção entre juízos analíticos e sintéticos. Para o autor, os juízos da lógica seriam analíticos, meramente elucidativos: estariam contidos desde sempre no próprio sujeito, apenas explicitando-o.³

³ Em todos os juízos em que for pensada a relação de um sujeito com o predicado (se considero apenas os juízos afirmativos, pois a aplicação aos negativos é posteriormente fácil) essa relação é possível de dois modos. Ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo contido (ocultamente) nesse conceito A, ou B jaz completamente fora do conceito A, embora esteja em conexão com o mesmo. [...] Os primeiros poderiam também denominar-se *juízos de elucidação* e os outros *juízos de ampliação*. Com efeito, por meio do predicado aqueles nada acrescentam ao conceito do sujeito, mas somente o dividem por desmembramento em seus conceitos parciais que já eram (embora confusamente) pensados nele, enquanto que os últimos ao contrário acrescentam ao conceito do sujeito um predicado que de modo algum era pensado nele nem poderia ter sido extraído dele por desmembramento algum. Se por exemplo digo: todos os corpos são extensos, então este é um juízo analítico. De fato, não preciso ir além do conceito que ligo a corpo para encontrar a extensão enquanto conexa a tal conceito [...] Do contrário, quando digo: todos os corpos são pesados, então o predicado é algo bem diverso daquilo que penso no mero conceito de um corpo em geral. O acréscimo de um tal predicado fornece, portanto, um juízo sintético. (KANT, 1983, p.27)

Perelman & Olbrechts-Tyteca, não muito animado com as possibilidades da lógica formal para o debate de idéias chega a partir para a provocação:

Constatemos imediatamente que, no plano da lógica formal, a acusação de petição de princípio é desprovida de sentido. Poder-se-ia, de fato, pretender que toda dedução formalmente correta consiste numa petição de princípio, e o princípio da identidade, que afirma que toda proposição implica a si própria, seria mesmo a petição de princípio formalizada. (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2002, p. 127)

Essa questão chamou a atenção da filosofia através de vários expoentes, na defesa ou crítica da lógica e do raciocínio dedutivos. Haack afirma que o esquema $A \rightarrow A \vee B$ ilustra o fato de que a afirmação é falsa (HAACK, 2002, p. 38). Do ponto de vista lógico, a controvérsia fica aberta. Em que pese conseqüências na demonstração de teoremas, parece não haver efetivamente nenhum conhecimento novo, que não seja formalização e jogo lógico. Mesmo se essa impressão for falsa, não se faz através dessa ampliação um salto efetivo no conhecimento sobre o mundo, o que parece repercutir na estimativa que se faz do alcance e da segurança que se obtém nas decisões judiciais com base na operação de tipificação de condutas.

5 DIREITO E LÓGICA DEDUTIVA

5.1 Dedução e Direito: O Caso da Escola Exegética

A lógica dedutiva, através do silogismo categórico válido fornece, conforme discutido, a conclusão que não pode ser senão correta. Mais do que isso, partindo-se de premissas verdadeiras, chega-se, por essa via, a uma conclusão igualmente verdadeira. A correção e a verdade parecem encarnar o ideal de máxima segurança jurídica possível às decisões judiciais, impressão que se torna avassaladora quando se tem em conta que a verdade resultante do silogismo está impregnada da qualidade de necessidade, ou seja, é tal que não poderia ser de outra forma. Isto significa que diferentes juízes, em atividade individual ou operando em tribunais, com os títulos e nomes que lhe atribuem o sistema jurídico, chegariam sempre às mesmas, universais e necessárias conclusões, o que eliminaria qualquer controvérsia essencial quanto ao resultado alcançado pela prestação jurisdicional e tornaria os recursos como instrumento do que em geral se pretende a eles: forma da parte se conformar com a decisão proferida anteriormente através da repetição da mesma decisão, ou forma de reverter erros crassos – ou essenciais – no julgamento da demanda.

Não haveria, em tese, atividade de interpretação propriamente dita, apenas o bom uso da razão, pois qualquer interpretação deve ensejar alguma liberdade, escolha, compreensão subjetiva ou tradução de um sentido a outro que, em todos os casos, não se coaduna com a idéia de certeza e necessidade que se alcança através do raciocínio de tipo dedutivo.

Isso não significa que a atividade jurisdicional pudesse ser exercida por qualquer um e sem preparo, ao contrário, pois aquilo que é certo e necessário a partir das premissas exigiria tanto uma capacidade intelectual privilegiada, como o bom uso da razão⁴.

⁴ Assim como Descartes não identifica o que é *claro e evidente* àquilo que o simplório pode concluir por si próprio, também não supõe ser o conhecimento e o juízo correto acessível independente do método de conhecimento e de seu bom uso. Descartes, preocupado com esse ponto, abre seu texto

Assim, em sociedades para as quais a segurança jurídica e a inequívocidade das decisões judiciais é meta fundamental, o silogismo e a lógica dedutiva não apenas são especialmente apreciados, como se constituem na lógica que deve, por suposto e de forma estrita, animar as decisões judiciais. A lógica dedutiva torna-se, nesse contexto, a lógica requerida para as decisões judiciais. Passa a ser entendida como a própria lógica das decisões judiciais, o que poderia caracterizar um estado de não oposição ou diferenciação entre lógica jurídica e lógica dedutiva.

Além disso, a segurança pretendida aumenta se houver prévia disposição das premissas que devem participar do silogismo ou constituir o conjunto de premissas maiores que servem como proteção ao bem da vida e ao bom transcurso da atividade jurisdicional.

Por fim, se a complexidade social exigir as mais variadas tutelas, defendidas através de uma multiplicidade de normas expressas em premissas maiores, haveria de ter um sistema que, identificando tutelas com precedência sobre as demais, pudesse, em consonância a isso, criar um sistema de hierarquia de regras e princípios, que se revestiria em um sistema de hierarquia entre premissas maiores, o que, conforme se vislumbra, não parece ser tarefa exatamente fácil.

Não obstante a dificuldade de estabelecer tal sistema de hierarquia entre normas, alguns ordenamentos jurídicos preocupados com a segurança jurídica e a correção das decisões judiciais, ao mesmo tempo que desconfiados da capacidade de isenção dos juízes, acabaram não apenas proclamando o método dedutivo como o método por excelência das decisões judiciais, como eliminando normativamente, exceto em caso de ausência de normas específicas, toda atividade interpretativa do juiz, em prol da mecânica aplicação das normas através das figuras silogísticas e em face das premissas maiores pré-constituídas. O exemplo clássico

Discurso do Método com o trecho que, embora bastante conhecido, não deixa de ser sempre oportuno e prazeroso reencontrá-lo: “O bom senso é a coisa do mundo melhor partilhada, pois cada qual pensa estar tão bem provido dele, que mesmo os que são mais difíceis de contentar em qualquer outra coisa não costumam desejar tê-lo mais do que o têm. E não é verossímil que todos se enganem a tal respeito; mas isso antes testemunha que o poder de bem julgar e distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se denomina o bom senso ou a razão, é naturalmente igual em todos os homens; e, destarte, que a diversidade de nossas opiniões não provém do fato de serem uns mais racionais do que outros, mas somente de conduzirmos nossos pensamentos por vias diversas e não considerarmos as mesmas coisas. Pois não é suficiente ter o espírito bom, o principal é aplicá-lo bem.” (KANT, 1983, p. 29)

dessa obsessão pela certeza da decisão judicial é expresso pela denominada escola exegética de direito, que prevalece nos anos que se seguem à revolução francesa. Perelman, em seu livro *Lógica jurídica*, situa o aparecimento da escola exegética na história, assim como deslinda seu método e seu propósito. Em relação ao contexto histórico, escreve Perelman:

Esta escola pretendia realizar o objetivo que se propuseram os homens da Revolução, reduzir o direito à lei, de modo mais particular, o direito civil ao Código de Napoleão. [...] limitamos aos anos de 1830-1880 o período em que a escola da exegese impôs, de modo absoluto, suas técnicas de raciocínio jurídico. Estas eram fundamentadas, como ainda escrevia Laurent em 1878, na idéia de que “os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete” e que apenas em casos deveras excepcionais a lei era verdadeiramente insuficiente. (PERELMAN, 2004, p. 31-32)

O método instituído para proceder os julgamentos pelos magistrados, evitando a interpretação e reduzindo o direito à lei e almejando segurança jurídica era, inequivocamente, o raciocínio dedutivo:

Uma vez estabelecidos os fatos, bastava formular o silogismo judiciário, cuja maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo. (PERELMAN, 2004, p. 33).

O intuito era justamente a defesa da nova ordem instituída pela revolução francesa, em oposição ao Antigo Regime, identificado com o qual estava possivelmente grande parte do corpo de magistrados em exercício profissional no período. As novas premissas da nova ordem estabelecida, articuladas em uma lógica que não daria espaço ao livre arbítrio ou à interpretação, resultaria em decisões necessárias e em estrita consonância com a nova ordem. Isso se expressa no texto de Perelman, citando outro texto por ele escrito, que associa lógica dedutiva e sistema político:

“[...] Temos aqui uma tentativa de aproximar o direito quer de um cálculo quer de uma pesagem, seja como for de algo cuja tranqüilizadora exatidão deveria poder proteger-nos contra os abusos de uma justiça corrompida como a do Antigo Regime”. Isso nos daria a idéia de que não estamos à mercê dos homens, mas ao abrigo de instituições, relativamente impessoais. (PERELMAN, 2004, p. 33).

Além do apontado por Perelman, é interessante refletir sobre o fato de que as mudanças abruptas nas relações sociais, possibilitadas pela revolução, exigem normas diversas, que acompanhe, reassegure e fortaleça a nova ordem social. Portanto, tais mudanças são invariavelmente acompanhadas por modificação das normas e do ordenamento jurídico como um todo. Nesse sentido, há uma modificação das premissas também com base nas quais se sustenta o novo ordenamento. O fato de se constituírem como premissas *de um sistema dedutivo* significa que devem ser assumidas de forma absoluta, em oposição à antiga ordem e às antigas normas que a regulavam. Para uma nova ordem, uma nova razão, e, para isso, as concepções racionalistas e dedutivistas parecem ser bastante adequadas. As novas premissas, sendo estabelecidas pela vontade e pela razão, não precisam ser extraídas da experiência e do costume e, se Locke, discutindo sobre conhecimento, tem razão de que uma idéia pode ser verdadeira no sentido de se conformar a conceitos que a expressem, ainda que não tenha correspondência no mundo natural, mais ainda uma norma pode servir de padrão de conduta sem que ela seja produto de cristalização dos costumes sociais. Antes irão conformá-los a si, em razão de sua força, da força do Estado em fazer prevalecê-la e também em decorrente de outros fatores. Nos sistemas de evolução lenta, em oposição aos sistemas que decorrem de revolução, parece haver um paulatino ajuste dos costumes e das formas de ser das pessoas e suas relações, portanto, o hábito parece ser mais adequado para regular a conduta. Nesse sentido, a lenta transição de poder e de classe social operada na Inglaterra, em oposição ao que ocorre na França – na transição entre poder aristocrático e poder burguês – parece ter sido um campo adequado para o desenvolvimento e consolidação do empirismo e que, através dele próprio, fosse adequado, ainda que não de forma necessária, evidentemente, a apologia à tolerância e a harmonização entre classes e crenças. Não se afirma aqui que a história da Inglaterra na transição entre feudalismo e mundo moderno tenha sido feita de forma estritamente pacífica e menos violenta que a transição francesa, mas simplesmente de forma menos abrupta, como possível condição que envolva a não adoção de premissas totalmente diversas e de

um sistema dedutivo ou rígido – em oposição a hábitos e costumes – que regulasse a nova ordem social⁵.

O estabelecimento de uma premissa como universal, não importando a sua condição de específica e emergencial não significa, entretanto, que se tornará socialmente adequada na resolução de toda e qualquer lide, ainda que possa, em termos de mera dedução, se transformar em pauta a que tudo deva se adequar.

Para concluir a discussão sobre os traços essenciais da escola exegética, cito novamente o livro de Perelman, que a sintetiza em relação ao seu método:

Vimos, a propósito da Escola da exegese, como, sob a influência do racionalismo moderno, o direito foi assimilado a um sistema dedutivo, nos moldes dos sistemas axiomáticos da geometria ou da aritmética. (PERELMAN, 2004, p. 69).

Não obstante seus propósitos, e não obstante seu método, que parecia dar segurança e estabilidade às decisões, a escola exegética acabou por apresentar uma série de dificuldades intrínsecas, em razão das quais acabou sendo reinterpretada e paulatinamente substituída. Outras experiências de instituir de maneira estrita o método dedutivo como o método que deve presidir as decisões judiciais acabaram não prosperando no tempo, o que exige uma explicação que pode transcender o estrito domínio da história; pode se referir – e é o que iremos investigar a seguir – a limites intrínsecos do método dedutivo como forma ou método que preside essencialmente e de forma estrita as decisões judiciais.

⁵ Sobre essa questão entre método e sociedade, que perpassa a adoção do método dedutivo pela denominada escola exegética, fica consignada a hipótese de que o método de Rousseau varia tanto em razão da natureza dos objetos centrais de sua reflexão – sociedade e criança – bem como a componente de ruptura associada a seus objetos: enquanto a sociedade deveria ser refundada em bases completamente novas, mediante um contrato social, formulado em bases racionais, a criança, em oposição, deveria seguir sua natureza, e aprender o mundo através de sua experiência e contato com o mundo natural, posto que é em sua essência – e não em oposição a ela – que a nova ordem social deva ser pensada.

5.2 Dificuldades Intrínsecas da Dedução nas Decisões Judiciais

Há vários fatores em decorrência dos quais se compromete a possibilidade de formação de um silogismo categórico válido. Se esses fatores estiverem presentes na decisão judicial, essa não poderá ser feita com base na dedução, senão apresentando incorreções ou vícios lógicos. De forma muito freqüente, a decisão decorre de um silogismo, mas, paradoxalmente, não encerra necessidade. Isso significa dizer que não decorre meramente de um silogismo categórico. Por fim, cabe uma investigação da possibilidade de não ser sempre propício que uma decisão judicial seja estabelecida com base e no formato de um raciocínio dedutivo.

5.2.1 Premissas

Para efeito da seguinte análise, tratarei, por abstração, as premissas como constitutivas da lógica dedutiva estrita, referidas ao estabelecimento da verdade de uma situação, ou qualificação, o que implica certa conseqüência jurídica.

- premissa maior:

Em relação à premissa maior, cabe discutir sua natureza, sua ausência para o estabelecimento do silogismo categórico e ainda sua multiplicidade.

A crítica de Siches, já citada, quanto à origem e *natureza das premissas* – atribui caráter não conceitual, mas empírico da maioria delas – não se refere ao fato de a lei ter sido formulada com base em interesses e necessidades específicas, portanto, em razão da experiência, mas ao fato de ter sido convertida em premissa de um raciocínio dedutivo. Para Siches, a lei costuma ser tratada como conceito abstrato que acaba por ignorar a experiência e o *telos* com base no qual foi constituída, ou seja, despojada do sentido inicial e particular que ensejou a sua criação, e regulando coisas para as quais não foi pensada e sequer pode ser adequada. Em relação ao que o presente trabalho discute, a crítica de Siches incide

sobre a própria operação de montagem do raciocínio dedutivo, e não sobre a fonte legal.

O que Siches põe em questão, além da própria atividade de escolha dos fatos a serem tipificados, é a idéia da existência legítima de normas preestabelecidas que devam regular de forma genérica os fatos que se enquadram em seus elementos essenciais, tão acolhida entre os doutrinadores pátrios. Assim, em certo sentido, questiona a origem e o alcance das normas, que atuariam como premissas maiores de um silogismo categórico:

Convencionalmente se cree – y aun eso se enseña en muchas escuelas de Derecho – que la sentencia consiste en aplicar una norma a unos hechos determinados. Y, por tanto, como quiera que se parte del supuesto de que hay normas preestablecidas, y se parte también del supuesto de que los hechos son objetivamente determinables, de esto se deduce que puede hablarse de un Derecho cierto. Ahora bien, la verdad es que ninguno de esos dos supuestos se ajusta a la realidad. Ni las normas están establecidas con certeza de antemano; ni los hechos son entidades objetivas determinables con plena seguridad. (SICHES, 1956, p. 108-109)

O caso de *ausência de premissa maior* também merece ser considerado com atenção. Assim, embora certa situação seja desejada, não está formulada enquanto condição a ser seguida, o que é comum em setores da vida social em rápida transformação, como ocorre no campo da informática, do mundo virtual, bem como das novas profissões surgidas a cada semana.

Pode-se, evidentemente, procurar a resolução do problema através de analogia, mas a analogia, enquanto tal, não decorre de qualquer silogismo e não encerra necessidade. Portanto, talvez se alcance uma solução jurídica razoável, mas estabeleçamos já que ela não decorre de dedução, não encerra necessidade e exige, não obstante sua aparência externa de silogismo, razoável atividade interpretativa. Em outros casos, nem a analogia é adequada, portanto, não se estabelece sem vícios o silogismo nem em sua forma aparente.

A inexistência de premissa maior para a solução da demanda não é necessariamente um problema para aqueles que não associam fundamento jurídico com qualificação, conforme discutimos anteriormente, mas é garantido que o seja para aqueles que assim o fazem.

Seja por analogia, seja por criação hipotética de premissa, seja por transformação sutil de premissa através de interpretação que os lógicos tenderão a

denominar de *logicamente indevida*, é possível dar à decisão judicial a aparência ou formato final, conforme o caso, de silogismo, mas, de fato, a operação intelectual que presidiu a constituição do silogismo, com base no qual foi decidida a demanda, não é, ela própria, silogismo. Aqui temos a hipótese dos argumentos *entimemáticos* (de primeira ordem, referidos à premissa maior) discutidos anteriormente com base em Copi. Se a premissa maior apenas não é explicitada, há, de fato, um silogismo presidindo a decisão judicial, mas se a premissa oculta não existe de fato ou não encerra verdade absoluta, ainda que meramente presumida, não temos novamente um silogismo. Com a adição de premissa maior, *ad hoc*, sempre é possível criar um silogismo, mas, nesse caso, o silogismo não é construção do sistema jurídico, mas construção que decorre do livre arbítrio do juiz. Mais do que isso, sua não adoção universal pelo próprio juiz indica que não pensava ela era não universal, portanto, sequer premissa maior era. Perelman também trata dessa adição de premissas para efeitos de qualificação, ao mesmo tempo que aponta a sua inadequação:

Como já demonstrei noutro trabalho, há sempre um meio de transformar uma argumentação qualquer em um silogismo, acrescentando-se uma ou várias premissas suplementares. Suponhamos um argumento que julgue um homem a partir de seus atos: este homem é corajoso porque, em dada situação, comportou-se corajosamente; aquele outro é covarde, porque comportou-se como covarde. Nada mais fácil do que transformar tais argumentos, em princípios contestáveis, em um silogismo cuja premissa maior seria: todo homem possui a qualidade que não hesitamos em atribuir a determinado ato seu. Mas quem não vê que essa premissa maior seria, em toda a sua generalidade, mais contestável do que o argumento utilizado em um caso particular, pois alguém que se comportasse uma vez corajosamente e outra vez covardemente deveria ser qualificado como corajoso e covarde, o que nos levaria a uma inevitável contradição. Em contrapartida, o uso de argumentos, em sentidos opostos, nos obrigaria a pesar o valor de cada um deles e a chegar a uma posição mais matizada e razoável (PERELMAN, 2004, p. 3).

É comum que as petições, bem como as decisões judiciais sejam montadas com argumentos entimemáticos, cuja premissa maior esteja oculta. Mas, em muitos casos, a suposta premissa maior oculta não existe enquanto absoluta, mas apenas como razoável. Portanto, a conclusão não decorre por necessidade, apenas por interpretação, ainda que possa aparecer às partes, tanto quanto ao juiz, que se trata de um silogismo, e, nesse sentido, necessário e insuperável a priori diante de outros argumentos.

Acompanhada à falta de dispositivos, há o *excesso de dispositivos*. Como escolher entre eles aquele que constituirá a premissa maior do silogismo? Não há um sistema jurídico que dê conta de especificar a priori uma premissa única regulando cada situação e, muito menos, um sistema geral de hierarquia entre premissas, que regulariam a priori as condições de sua pertinência em um complexo sistema lógico.

Nesse caso, trata-se de eleger a premissa a constituir de forma explícita o silogismo. A forma é de silogismo, mas o mecanismo provavelmente não, pois nada havia que indicasse a inexorabilidade da premissa escolhida, e, dessa forma, controvérsia idêntica pode ser resolvida de forma diversa segundo a escolha arbitrária – pelo menos no sentido de não necessária – da premissa que deverá compor o silogismo e resolver a lide. Nesse caso, em vez de conclusão necessária, temos mais justificação da decisão. Essa questão da decisão sob a aparência ou formato de silogismo é discutida por Perelman e especialmente por Siches *ad nauseam*, mas aqui evocamos a questão para discutir a indeterminabilidade a priori da decisão em razão da concorrência entre premissas. A arbitrariedade, todo oposta à idéia de necessidade, bem como a forma acidentalmente lógica que assume a decisão judicial, é expressa de forma inequívoca por Perelman:

Nada impede, no final das contas, que o raciocínio judiciário seja apresentado sob a forma de um silogismo, mas tal forma não garante, de modo algum, o valor da conclusão. Se esta é socialmente inaceitável, é porque as premissas foram aceitas levemente: não devemos esquecer que todo o debate judiciário e toda a lógica jurídica concernem apenas à escolha das premissas que forem mais bem motivadas e suscitem menos objeção. (PERELMAN, 2004, p. 242)

Em que pese pequenos exageros de Perelman, quanto aos fatores de escolha das premissas e especialmente da sempre multiplicidade de premissas à disposição do julgador, é esse o cenário mais comum que amplia o leque das possibilidades da decisão judicial e de sua fundamentação.

- premissa menor e qualificação

Já foi afirmado na primeira parte do trabalho que os fatos da vida que terão repercussão no mundo do direito são complexos e sua seleção e recorte em

direção à constituição de fato típico ou relevante ao direito não é uma operação nem simples, nem inequívoca, portanto nem necessária, em sentido lógico. Trata-se de uma complexa operação mental que usualmente vai dos fatos à norma e vice-versa e procura associá-los mediante a categoria intermediária de qualificação jurídica. A qualificação jurídica, ou, em sentido um pouco mais amplo, o recorte dos fatos com base em um significado próprio ao ordenamento jurídico, é o ato pelo qual se constitui o que poderia ser denominado de premissa menor em um argumento silogístico. Nos debates jurídicos, é comum que a discussão seja especialmente intensa em relação a esse ponto, pois, considerada a norma geral usualmente como dada e inexorável, atuando como premissa maior de um silogismo, a definição de uma tipificação que atua como uma premissa menor, ou em consonância a ela, pode resultar no desfecho previsível da decisão judicial: a conclusão silogística e inexorável. Na verdade, a operação é um pouco mais complexa e a própria tipificação já sinaliza qual premissa maior deverá ser privilegiada na decisão judicial, em detrimento de outras. Siches aponta a complexidade de qualificação a partir dos fatos jurídicos, no interjogo entre fatos, qualificação e norma, ao mesmo tempo que aponta a inexistência de uma operação fundamentalmente dedutiva para o estabelecimento da qualificação dos fatos jurídicos:

[...] no se puede determinar *primero* la norma *aplicable* a unos hechos, si antes no se ha calificado en alguna medida esos hechos desde el punto de vista jurídico. Y no se puede calificar jurídicamente esos hechos, si al mismo tiempo no tenemos a la vista el enfoque de los mismos se sigue de acuerdo con lo establecido en la norma general. Por eso digo que la determinación de la norma y la constatación del hecho o de los hechos, con su calificación jurídica, no son dos momentos diferentes y sucesivos en el proceso jurisdiccional, sino que son algo así como el anverso y reverso de una misma operación. Ahora bien, nótese que esa operación no se halla realizada de antemano en la norma general vigente. [...] Lo que ha inducido al grave error de suponer que esa operación es puramente mecánica, y que consiste meramente en un silogismo, ha sido el hecho de que a veces tal operación es muy fácil, no suscita graves dificultades, parece hallarse al alcance de todas las inteligencias. (SICHES, 1956, p. 207-208)

Portanto, a dificuldade não é apenas de encontrar o fato essencial, mas de articulá-lo a uma premissa que não se sabe exatamente qual é, pois não está destacada a priori. Esta dificuldade, entretanto, pode não ser meramente jurídica e pode ocorrer na investigação própria à área das ciências humanas, mesmo envolvendo verdadeiros argumentos silogísticos, mas torna-se mais complexa e

polêmica em área em que o silogismo é apenas uma forma possível como se apresentam os argumentos.

Perelman & Olbrechts-Tyteca, em seu livro *Tratado da argumentação*, discute a dificuldade de seleção de dados e interpretação do sentido deles. Conforme postula, a própria seleção já envolve interpretação. Sobre a seleção de dados de um argumento, afirma:

Cumpra acrescentar que, nas ciências humanas, como nas ciências da natureza, essa escolha não é, aliás, somente seleção, mas também construção e interpretação. Toda argumentação supõe, portanto, uma escolha, que consiste não só na seleção dos elementos que são utilizados, mas também na técnica da apresentação destes. (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2002, p. 136)

Perelman, é verdade, entende por argumentação algo diverso de Copi: não se refere ao silogismo ou à lógica, portanto, diverso da demonstração, está associado ao convencimento. Mas, conforme discutiremos em breve, está fortemente relacionado com os debates jurídicos e com as decisões judiciais. A interpretação surge já na seleção dos fatos a serem discutidos na argumentação, mas continua seu curso tanto na elaboração conceitual subsequente – que podemos associar à qualificação ou ao seu preparo. Quanto à atividade de preparo da qualificação, ora confundida com esta, encontramos também suporte em Perelman & Olbrechts-Tyteca, em trecho próximo ao citado:

A utilização dos dados tendo em vista a argumentação não pode ser feita sem uma elaboração conceitual que lhes confira um sentido e os torne relevantes para o seguimento do discurso. São os aspectos dessa elaboração – dessa formalização – que fornecem um dos ângulos pelos quais se pode apreender melhor o que distingue uma argumentação de uma demonstração. (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2002, p. 136)

Por fim, a qualificação, em sentido amplo, como compreende Perelman & Olbrechts-Tyteca:

A organização dos dados com vistas à argumentação consiste não só na interpretação deles, no significado que lhes concede, mas também na apresentação de certos aspectos desses dados, graças aos acordos subjacentes na linguagem que é utilizada. (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2002, p. 143)

Enquanto no silogismo categorial o material deve se reduzir à sua forma mais simples e enxuta, se possível formalizado em linguagem simbólica, na argumentação, mesmo com forma exterior de silogismo, o rearranjo conceitual e a forma elaborada e trabalhada de exposição são-lhes constitutivos. Portanto, conforme apresentado, a diferença e a distância da qualificação em relação aos procedimentos estritamente lógicos são sublinhadas tanto por Siches como por Perelman.

5.2.2 Lógica e linguagem jurídica

O livro de Copi *Introdução à Lógica* reserva a primeira parte para a discussão sobre a linguagem e seu uso nos argumentos silogísticos. Discute temas como usos da linguagem, argumentos silogísticos em linguagem natural, falácias não formais, entre outros. O grande número de exemplos e situações que extrai de diversos discursos, alguns indicando uma argumentação perfeita, outros falhas, como em diversos tipos de falácia, indica que supõe razoável admitir que a lógica possa estar presente nas chamadas linguagens naturais. Apesar disso, todo lógico se sente mais confortável em lidar com linguagens estritamente formalizadas, com termos inequívocos, e, tanto por esse motivo, como pelo fato de que é parte do campo da lógica sua expressão através de linguagem simbólica, avança suas lições para a denominada lógica simbólica, ficando, portanto, a resguardo das imprecisões ou ambigüidades terminológicas. Conforme Copi:

Os argumentos formulados em inglês ou em qualquer outra língua natural são, com freqüência, de avaliação difícil por causa da natureza vaga e equívoca das palavras usadas, da anfibologia da sua construção, dos idiotismos da linguagem, do seu estilo metafórico, possivelmente confuso, e do elemento de distração derivado de qualquer significação emotiva que se lhes possam atribuir. Todos estes temas foram longamente discutidos na parte I. Mesmo quando estas dificuldades são resolvidas, subsiste o problema de determinar a validade ou invalidez dos argumentos. Para evitar essas dificuldades periféricas, é conveniente criar uma *linguagem simbólica artificial*, livre desses defeitos, na qual possam ser expressos os enunciados e raciocínios da linguagem natural. (COPPI, 1978, p. 225)

Em razão da constituição da linguagem simbólica artificial, surge a questão sobre as relações entre linguagem natural e linguagem artificial, questão que se torna ainda mais problemática ou controversa quando envolve o campo das denominadas ciências humanas. Será o desenvolvimento da lógica em linguagem artificial compatível com sua tradução para a linguagem natural? Quais as especificidades desses campo?

É certo que se o desenvolvimento da lógica em linguagem artificial tiver pouca ou nenhuma correspondência com qualquer argumento em linguagem natural, passará a ser um sistema hermético e quase um jogo e a formalização não se faz senão em detrimento de sua contribuição às ciências e ao conhecimento de um modo geral que visava a promover. Copi afirma no trecho citado que essa formalização em linguagem simbólica serviria para exprimir os enunciados e raciocínios da linguagem natural, portanto, entende que há uma comunicabilidade entre essas linguagens e que, portanto, a ciência e o conhecimento acabam por se beneficiar dessa esquematização. Há, entretanto, que haver a conversão de argumentos de uma linguagem para a outra (codificação em linguagem simbólica das premissas ou do argumento completo em linguagem simbólica, eventual processamento e decodificação do argumento em linguagem artificial para a linguagem natural, tendo em vista ou não os argumentos inicialmente formulados em linguagem natural). Sendo possível essas duas operações, não apenas fica mais evidente determinados erros e acertos lógicos, como também permite que a Lógica se desenvolva de modo mais adequado, permitindo esse jogo de codificação e decodificação em níveis mais sofisticados. Nos dois casos, o processamento de argumentos por meio de linguagem simbólica teria vantagens curiosas e surpreendentes, conforme se depreende de citação feita por Copi e seu comentário subsequente:

Para citar as palavras de Alfred North Whitehead, um dos grandes contribuintes para o progresso da lógica simbólica: "...com a ajuda do simbolismo, podemos efetuar quase mecanicamente, por meio da vista, transições no raciocínio, as quais exigiriam, sem aquele, o uso das faculdades superiores do cérebro." Deste ponto de vista, chegamos à conclusão bastante paradoxal de que não diz respeito à lógica o desenvolvimento das nossas faculdades de pensamento, mas o desenvolvimento de técnicas que nos habilitem a avançar sem ter que pensar! (COPi, 1978, p. 226)

Haack também entende que a questão entre linguagem natural e linguagem artificial é uma discussão central para a reflexão sobre a lógica em geral e particularmente como discussão interna ao campo da filosofia da lógica, conforme se depreende da questão sobre o ajuste entre argumentos informais, presentes no campo das ciências e expressos em linguagem natural e as representações formais expressas no campo da Lógica, sob linguagem artificial:

[...] não vejo razão para desânimo em face da interdependência entre juízos de validade intuitivos, informais, intuições com respeito aos aspectos estruturais essenciais dos argumentos informais, e o desenvolvimento de sistemas lógico formais. Ao contrário, pode-se mesmo sentir certa satisfação em relação à maneira como isto explica por que questões centrais da filosofia da lógica se agrupariam em torno do problema do ajuste entre argumentos informais e suas representações formais [...] (HAACK, 2005, p. 56)

Haack afirma que a aceitabilidade de um sistema formal capaz de representar argumentos informais estaria dada na possibilidade de correspondência de validade entre os argumentos formais e não formais:

Mas o que se pode dizer sobre a conexão entre as concepções de validade relativas a sistemas, aplicáveis a argumentos formais, e a concepção extra-sistemática, aplicável a argumentos informais? Alguma coisa como: os sistemas lógicos formais visam formalizar argumentos informais, para representá-los em termos precisos, rigorosos e generalizáveis. E um sistema lógico formal aceitável deve ser tal que, se um argumento informal dado é nele representado por um certo argumento formal, então este argumento formal deveria ser válido no sistema apenas no caso de ser válido o argumento informal no sentido extra-sistemático. (Haack, 2005, p. 42)

Na verdade, o enunciado de Haack apenas afirma que tudo que é considerado válido no sistema formal é necessariamente válido como argumento informal correspondente, embora a recíproca não esteja afirmada. A desejabilidade da correspondência, entretanto, está sugerida na página seguinte de seu livro, o que, portanto, exige uma interpretação extensiva.

Essa afirmação da correspondência entre validades do argumento informal e formal, afirmada por Haack parece bastante razoável e não poderíamos pensar de outra forma. De qualquer maneira, restringe a lógica aos argumentos que podem ser válidos ou não, e não pertinentes ou relevantes. Portanto, restringe a argumentos informais capazes de ser formalizados, que possuem uma estrutura

correspondente à lógica dedutiva ou a outra lógica igualmente formal. Isso não é pouco a ser considerado, uma vez que, em sentido estrito, grande parte – possivelmente a grande maioria – dos argumentos jurídicos não pode ter esse tipo de formalização, ainda que possa assumir uma aparência de formalização.

Perelman & Olbrechts-Tyteca trata da questão abordada: a formalização só é possível para um tipo de enunciado, aquele cujo sentido seja unívoco. Assim,

Quando os enunciados são perfeitamente unívocos, como nos sistemas formais, onde apenas os signos, por sua combinação, bastam para tornar a contradição indiscutível, não podemos deixar de nos inclinar ante a evidência. Mas não é esse o caso quando se trata de enunciados da linguagem natural, cujos termos podem ser interpretados de diferentes formas. [...] A contradição lógica, discernível de um modo puramente formal, é intimamente ligada ao sistema e independente de nossa vontade e das contingências, pois é inelutável no âmbito das convenções aceitas. Não é isso que se dá com a argumentação, onde as premissas apenas raramente são inteiramente explicitadas e, quando o são, raramente definidas de um modo inteiramente unívoco; nela, o campo e as condições de aplicação variam com as circunstâncias, das quais, aliás, fazem parte as próprias decisões dos participantes do debate. (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2002, p. 221-222).

A distinção e oposição entre lógica e teoria da argumentação, feita por Perelman, tributárias respectivamente da Lógica Analítica (dedutiva) e Lógica Dialética, já tratadas por Aristóteles parece ganhar um reforço com a idéia de distinção entre linguagem natural e linguagem artificial. Cabe reafirmar que Copi não considera essa distinção absoluta e, defendendo a importância da lógica e sua utilidade, postula a possibilidade de tradução de argumentos da linguagem comum para as formas típicas, e mesmo afirma a existência de *silogismos categóricos da linguagem comum*. Bom, a convertibilidade já havia sido, conforme demonstrado, pensada por Haack e parece razoável, pois a lógica, em seu sentido mais próprio, não deixa de ser uma forma à qual se pode expressar determinados conteúdos, ou a forma subjacente de determinados conteúdos, e não a própria formalização a que assume.

É verdade que, conforme afirma Copi, a formalização da lógica em linguagem simbólica evita uma série de problemas, como ambigüidades e imprecisões. Mas isso não implica impossibilidade de conversão de argumento informal em argumento formal. Assim, a Biologia pode ter enunciados perfeitamente

lógicos, desde que tais enunciados envolvam sentidos inequívocos, entre outras condições. Nada impede que estabeleça certas premissas e com base nelas desenvolva silogismos. A definição de termos de forma inequívoca sempre favorece a constituição de proposições. A crítica de Siches a esse procedimento se referia especialmente ao dano que isso traria ao direito, e não a impossibilidade teórica de assim proceder. Nesse sentido, é fácil considerar pertinente a crítica de Perelman aos enunciados típicos das denominadas Ciências Humanas, em razão de que nelas verifica-se o que Perelman afirma, o fato de que as “premissas apenas raramente são inteiramente explicitadas e, quando o são, raramente definidas de um modo inteiramente unívoco”, mas não aos enunciados de todas as áreas científicas.

Além disso, certos enunciados, mesmo da área das ciências humanas, são tão consensuais, ou conforme definição estrita, que parece razoável poder sobre eles dar uma forma lógica sem que essa forma lógica pareça uma falsificação, mesmo que, a rigor, possam ser, de fato, aquilo que Perelman denomina por argumento quase-lógico, meramente sob a forma e aparência de silogismo.

Há de ser considerado, entretanto, que a lógica formal possui suas peculiaridades. A idéia de implicação, central para a lógica e para a cadeia de inferência, é completamente estranha ao Direito e às denominadas ciências humanas, aqui talvez melhor denominada por ciências interpretativas, em oposição às denominadas ciências demonstrativas. Assim, por $p \rightarrow q$ (p implica q) significa que não é possível q ser falso se p é verdadeiro. A explicação de Copi para o conceito de implicação material, mesmo didática, é bastante complexa. Fica, de início, abstraído qualquer tipo de vínculo entre p e q (causal, conceitual, etc.), o que não é comum para o debate jurídico. Mas o ponto problemático para o debate jurídico é que, se p for falso, será sempre válida a implicação $p \rightarrow q$, pois a exigência de verdade para q decorre por necessidade exclusivamente da condição de p ser falso. Em outros termos, qualquer antecedente absurdo implica uma relação com o conseqüente válida, o que é bastante confuso para o direito, quando não irrelevante. O direito trabalha com antecedentes verdadeiro ou falso, mas deve, ao menos ser pertinente para a questão em tela.

O tema é complexo e seu desdobramento não é objeto desse trabalho. Mas cabe destacar que tal questão não deixou de incomodar os próprios lógicos:

Nelson, por exemplo, argumenta que o que é requerido de A para acarretar B não é apenas que seja impossível para A ser verdadeira e B falsa, mas também que haja alguma 'conexão de significados' entre A e B. Contudo, a dificuldade está em especificar exatamente quando *há* uma 'conexão de significados' entre proposições [...] (Haack, 2002, p. 262)

Além disso, a estrita formalização lógica não combina de fato com os argumentos e com o debate típico da área jurídica. Há extenuantes debates sobre a possibilidade e as formas de se representar logicamente o termo individual (ou mesmo um sujeito específico), o que no mundo jurídico é simplesmente resolvido pela atribuição de um código exclusivo a cada sujeito que nasce ou ingressa no país. Isso é completamente instrumentalizável por banco de dados, que podem armazenar as informações de cada sujeito e distingui-lo dos demais, através de campos (colunas) com valores exclusivos e não nulos para cada linha, individualizando os registros (linhas), sendo estes um membro único da tabela. As variadas colunas nada mais seriam do que atributos ou propriedades do registro (ou dos sujeitos, por exemplo), cada um dos quais representados pela linha. A existência de relacionamentos entre tabelas, por exemplo, em um banco de dados relacional, complexifica o modelo, mas nada que seja especialmente intrincado. A princípio, para saber se fui aprovado no vestibular, com a tabela indexada por RG, procuro o meu RG (valor exclusivo na coluna) e sigo a linha até encontrar a coluna resultados, para ver se o valor do campo para aquela linha contém o texto "aprovado". Fazemos esse tipo de operação todo dia, bem mais simples do que, por exemplo, encontrarmos as expressões lógicas que descrevem um sujeito particular, através de uma sentença simbólica que ocupa toda uma linha de caderno.

5.3 O Sistema Jurídico Quanto à sua Completude e Integração

Sobre as possibilidades de constituir um sistema completo e integrado, afirma Perelman:

A doutrina devia limitar-se, nesta concepção do direito, a transformar o conjunto da legislação vigente em um sistema de direito, a elaborar a dogmática jurídica que forneceria ao juiz e aos litigantes um instrumento tão perfeito quanto possível, que conteria o conjunto das regras de direito, do qual tiraríamos a maior do silogismo judiciário. Para constituir este instrumento perfeito, o sistema de direito deveria ter todas as propriedades

exigidas de um sistema formal, a um só tempo completo e coerente: seria necessário que para cada situação dependente da competência do juiz houvesse uma regra de direito aplicável, que não houvesse mais que uma, e que esta regra fosse isenta de toda a ambigüidade. (PERELMAN, 2004, p. 33-34)

O conjunto enorme de argumentos que comparecem em uma demanda, mesmo para cada uma das partes, condição prévia para que possa ter sentido o que faz parte do presente trabalho – princípio da eventualidade – é suficiente para a conclusão de que a hipótese de um único argumento válido é raríssima, portanto, a natureza dos argumentos, ainda que dispostos como silogismo, é, em sentido estrito, não dedutiva. No máximo, pode-se pensar na dedução com o prévio afastamento das premissas não pertinentes, mas, nesse caso, são não pertinentes sempre, ou apenas para o caso em tela ou casos muito parecidos? Seja como for, a idéia de necessidade ou universalidade das premissas torna-se comprometida. Perelman, fazendo estimativa do ordenamento jurídico quanto à sua característica de sistema formal, e sistema que opera fundamentalmente através do silogismo, é conclusivo na continuação:

Em um sistema axiomático formalizado, esta última exigência é sempre satisfeita, pois a linguagem artificial, elaborada em lógica formal ou aritmética, exige a univocidade dos signos assim como as regras de seu manejo. Se o sistema é completo, deveríamos ter condições de demonstrar cada proposição formulada na linguagem *ou* de demonstrar sua negação. Se o sistema é coerente, deveria ser impossível demonstrar dentro dele uma proposição e sua negação. A univocidade dos signos e das regras de demonstração garante a eliminação de qualquer desacordo ou controvérsia concernente à sua interpretação. A exigência de coerência se impõe de modo imperativo, pois, se um sistema é incoerente, porque dele podemos deduzir uma contradição, torna-se inutilizável e faz-se necessário corrigi-lo. Quanto à terceira exigência, a de completude, que permite decidir se uma proposição do sistema é, ou não, demonstrável, ela só é satisfeita em pouquíssimos sistemas formais, pois a maioria deles comporta proposições sobre as quais é impossível a decisão. (PERELMAN, 2004, p. 34)

Portanto, para Perelman, o sistema jurídico está longe de ser um sistema formal, pois não tem nenhuma das três características exigidas: completude, ausência de ambigüidade e ausência de contradição (ou, no caso jurídico, ausência de decisões contraditórias). Mas e a proclamada ausência de lacunas do sistema jurídico? Trata-se apenas da *proclamada* ausência de lacunas do sistema jurídico e não sua ausência efetiva, conforme se conclui da vigorosa argumentação acima. ´

Siches também aponta a ausência de completude e de estrita coerência do sistema jurídico em termos semelhantes ao de Perelman, ao mesmo tempo em que indica a freqüente ocultação desse fenômeno:

Cierto que en varios períodos de la historia del Derecho tanto los juristas teóricos, como también los abogados practicantes y los jueces, han pretendido ocultar esa situación real, y han sostenido ficticiamente que el cuerpo del Derecho vigente contenía reglas para resolver todos los conflictos habidos y por haber. El cultivo de ese mito, puro mito y no otra cosa, ha enturbiado a veces la clara percepción de las cosas tal y como ellas son efectivamente. (SICHES, 1956, p. 22)

Para Siches, o próprio esforço para eliminar contradições e sanar os vazios por parte dos órgãos jurisdicionais indica a inexistência de um sistema fechado ou que encerre simultaneamente coerência e completude (SICHES, 1956, p. 23). É evidente que se pode alegar em defesa da coerência e completude do sistema que ele próprio contém regras integradoras e de supressão de lacunas, portanto, possuidor de mecanismos normativos de auto-regulação que garantem sua completude. Mas o argumento não se sustenta *ab initio*: a auto-regulação já supõe as brechas, os vazios, as contradições, ainda que teoricamente existentes em um único átimo. Na verdade, tais incompletudes acompanham-no o tempo todo. Para Siches, não se pode confundir isso com o que denomina *postulado de la plenitud hermética del Derecho*, relacionada não à completude, mas à necessidade de preenchimento de lacunas para o caso concreto para efeitos de prestação jurisdicional às partes em litígio, e essa confusão que intenta desfazer através de seus escritos parece, de fato, muito comum:

Es notorio que en todos los ordenes jurídico-positivos hay contradicciones, inconexiones y vacíos. Lo que expresa ese principio de la plenitud hermética es otra cosa: expresa que el orden jurídico positivo *debe dar solución* a todo conflicto que se plantee. Si ocurre que de hecho no hay una norma previamente formulada que prevea un caso del tipo del que se haya planteado, no por eso los órganos jurisdiccionales pueden inhibirse, encogiéndose de hombros, sino que, por el contrario, deben resolverlo buscando y hallando la norma pertinente que deba aplicarse, aunque ella no hubiese sido enunciada con anterioridad. (SICHES, 1956, p. 22-23)

Sobre a solução de conflitos mediada pelos órgãos jurisdicionais, Perelman tem uma hipótese ainda mais perturbadora: mesmo havendo norma anterior e exclusiva que regule o caso concreto, pode ocorrer que o sistema,

representado pelo juiz, atue em oposição a ela, portanto sentencie *contra legem*, portanto, produza deliberadamente decisões que entrem em contradição com o que está previamente disposto pelo sistema:

Com a criação de uma antinomia entre disposição do direito positivo e uma regra de direito não escrita, limita-se o alcance do texto e cria-se uma lacuna que o juiz preencherá de acordo com a regra de direito não escrita. (PERELMAN, 2004, p. 194)

Essa regra de Direito não escrito pode existir apenas na cabeça do juiz, e ter surgido apenas como artifício para elidir a aplicação da norma escrita. Perelman, entretanto, não considera isso equivocado, a princípio, desde que o propósito seja a decisão justa:

[...] quando os tribunais não querem aplicar um texto legal, porque este conduziria, no caso particular, a uma solução totalmente inaceitável, e quando não têm condições de encontrar uma interpretação da lei que permitisse conciliá-la com a equidade, acontece-lhes recorrer, em última instância, à *ficção* jurisprudencial. Esse recurso à ficção foi objeto de controvérsias, às vezes apaixonadas. Remete a um problema mais vasto, o das relações entre a verdade e a justiça. De fato, a ficção fornece um exemplo extremo em que, por preocupação com equidade, o júri qualifica erradamente os fatos dos quais deve conhecer, mas este não é o único caso em que o direito atribui maior importância a outros valores que não à verdade, embora o respeito a esta seja ligado a um dos valores fundamentais do direito, a saber, a segurança jurídica. (PERELMAN, 2004, p. 195)

Perelman vislumbra a possibilidade da solução à lide caminhar em sentido oposto ao que indica o exame da questão frente às normas prévias que a regulam, mas entende esse fato como extremo e exceção. A ficção jurídica tende a se antecipar à modificação legislativa referente à solução que possibilita, ao mesmo tempo que procura, ainda que sob o nome de ficção, resolver a demanda dentro dos marcos do sistema, como se houvesse normas efetivas e antecedentes que regulassem os fatos sob apreciação judicial. Há exemplos quase anedóticos de ficção jurídica citados por Perelman, mas que reconhecemos como parecidos com alguns casos do direito pátrio:

Um exemplo conhecido e característico é o da revolta geral dos juízes ingleses, contrários à legislação em vigor no início do século, que previa pena de morte para todos os culpados de *gran larceny*, ou seja, de crime

maior. A lei enumerava entre os crimes maiores qualquer roubo no valor de pelo menos 40 xelins. Durante anos os juízes avaliaram em 39 xelins, no máximo, qualquer roubo que fosse, para não ter de punir o roubo com a pena de morte. Até o dia em que, em um processo de 1808, tendo sido avaliado em 39 xelins o roubo de 10 libras esterlinas, isto é, de 200 xelins, a ficção tornou-se flagrante e a lei foi modificada pouco tempo depois. (PERELMAN, 2004, p. 86-87)

O que Perelman, Siches e Radbruch apontam é que o Direito não visa à verdade, mas à justiça. E, nesse sentido, seus fins não são eminentemente gnosiológicos, mas de administração da justiça, ainda que o ato de cognição dos fatos e de relacionamento desses com as normas seja um de seus momentos necessários, questão a ser investigada na próxima seção.

5.4 Valor e Direito

Até agora, o Direito foi pensado a partir de suas possíveis relações com a lógica dedutiva, mas o Direito está intrinsecamente ligado a valor, como reconhecem muitos autores, entre os quais os já citados Radbruch, Siches e Perelman, além do eminente filósofo Paul Ricoeur, autor do livro *O justo ou a essência da Justiça*.

Esse fato exige duas reflexões: em primeiro lugar, qual a possibilidade de sistemas formais representarem adequadamente os processos de decisão típicos do Direito, que envolve não apenas conclusão sobre a verdade, mas conclusão envolvendo valores e decisão.

Em segundo lugar, qual o impacto desse *telos* do Direito para as considerações envolvendo resultados dedutivos.

A primeira questão põe à prova novamente a lógica formal de tipo dedutivo: o silogismo categórico não tem como alcance proposições que envolvem valores, portanto, é, *ab initio*, insuficiente para dar conta, da maneira que lhe é possível, através de formalizações, das questões típicas do direito, que envolvem o âmbito da axiologia. Siches aponta de forma inequívoca essa questão:

[...] la lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin. (SICHES, 1956, p. 157)

Radbruch, em convergência com essa perspectiva, discute sobre valor e a impossibilidade de sua demonstração:

Proposições de dever ser só podem ser fundamentadas e demonstradas mediante outras proposições do dever ser. Exatamente por isso, as proposições últimas do dever ser são indemonstráveis, axiomáticas, não passíveis de conhecimento, mas apenas de crença. Portanto, onde asserções antagônicas sobre as proposições últimas do dever ser, visões de mundo e de valor antagônicas se oponham de modo conflituoso, entre elas não se pode mais optar com unicidade científica. A consideração científica do valor, já se disse, pode ensinar o que se pode e o que se quer, mas não o que deve ser. (RADBRUCH, 2005, p. 17)

Portanto, reafirma o descompasso entre dedução e Direito. Há, conforme se antevê na citação supra, a possibilidade de se criar um sistema formal valorativo, ou uma lógica deontológica, mas terá, exceto o fato de buscar formalizar o valor, limites semelhantes à lógica clássica, em relação à escolha de premissas, a inexorabilidade das conclusões, à excessiva formalização, dificuldade para tipificar fatos Portanto, não resolve o problema, e cria alguns mais, sendo que a lógica dedutiva já lidava, de forma indireta, é verdade, com comandos de valor, pois, embora precedesse exclusivamente até a qualificação dos fatos, dela decorria, por força do disposto no ordenamento, a medida prática a ser tomada, o que já extrapola o âmbito do mero conhecimento. Essa operação, entretanto, não é decorrente do silogismo categórico e é feita de forma natural, ainda que pensada, muitas vezes, como decorrência da própria lógica clássica, talvez pela síncrese que se faz com enunciados e lógica de tipo axiológica.

A segunda questão refere-se ao *telos* do direito e esse ponto é fundamental. Ainda que o raciocínio e a razão cheguem a uma conclusão logicamente necessária, não é necessariamente em consonância a essa conclusão que o juiz deve decidir a lide, pois, ao produzir a sentença para o caso concreto, não realiza um ato de conhecimento, mas de justiça. É como se disséssemos que o direito não está ligado à verdade, mas à justiça, afirmação que pode causar incômodo à maioria dos advogados e juízes, provavelmente mais aos advogados que aos juízes, mas isso já é tema para outra pesquisa. Esse ponto foi inicialmente tratado na seção anterior, na análise da utilização do argumento *contra legem* como

elemento da análise em relação ao fato de não ser o Direito um sistema completo e coerente. Conforme Siches,

El juzgar del juez entraña siempre un juicio estimativo, no un juicio cognoscitivo. Con su juicio estimativo el juez expresa lo que *se debe hacer* en el caso controvertido. El meollo de su fallo es una norma, una norma singular, concreta, pero norma al fin y al cabo, tan norma como una regla general. Ahora bien, toda norma envuelve una estimación, supone un juicio de valor. Quiero decir que la sentencia en su parte sustancial, esto es, en el fallo, no es una declaración de realidades, no es una descripción de hechos, no es una narración, sino que es una estimación normativa, ciertamente dotada además de fuerza ejecutiva cuando la sentencia sea firme. (SICHES, 1956, p. 176)

Em sentido sintético e inequívoco, afirma:

El error mayúsculo consiste en tratar como teoremas lo que debe ser tratado como instrumentos para la acción práctica. (SICHES, 1956, p. 154)

Já discutimos que, para Perelman, é comum que os juízes não levem a sério as conclusões dedutivas a que deveriam chegar, inventando mecanismos tais como a ficção jurídica. Também podemos afirmar sobre o uso recorrente de interpretações extensivas e restritivas, quando a norma abstrata enquanto tal claramente não recomendaria tal procedimento, em prol da sentença considerada justa.

5.5 Conclusão Sobre Direito e Lógica Dedutiva

A Lógica Dedutiva, que para muitos parece ser típico da forma de proceder do ordenamento jurídico, e que lhe forneceria a segurança e a certeza da prestação jurisdicional que realiza, não pode ocupar a centralidade e o papel que muitos lhe atribuem. Torna-se problemático que seja mesmo o método por excelência a regular os raciocínios e as argumentações com base nas quais se chega às decisões judiciais. Conforme vimos, vários fatores apontados por Perelman, Siches e Radbruch concorrem para isso.

Os argumentos comumente não são constituídos sob o formato do silogismo típico da lógica dedutiva ou de outro sistema lógico formalizado. Em primeiro lugar, falta-lhe, na grande maioria dos casos, uma premissa maior do

argumento que oriente sua conclusão. O que deveria atuar como premissa maior, ou não passa de um enunciado particular que regula apenas e ainda de forma não necessária situações particulares; ou simplesmente não se encontram no ordenamento; ou ainda, se expressaria em tantas normas concorrentes para regular a matéria, que a invocação de qualquer uma acaba sendo entendida muito mais como oportunidade ou caminho de argumentação, do que caminho inexorável a ser seguido por advogados e juízes no bom uso da faculdade da razão.

Em segundo lugar, referido a esse ponto, a impossibilidade de poder contar com a premissa maior de um silogismo, por inadequação, falta ou excesso de norma que a represente aponta para o fato de que o sistema jurídico não se constitui como um sistema tal como costumamos entender o sentido do termo, formal, completo e integrado.

Esses dois aspectos estão intimamente articulados. A impossibilidade de constituição de um sistema completo e integrado se torna mais patente pela impossibilidade de seus elementos constitutivos se articularem na direção dessa completude. Para Siches e Radbruch, o sistema se apresenta como sendo um sistema de normas, embora, na verdade, seja, efetivamente, um sistema constituído fundamentalmente a partir de decisões judiciais.

O questionamento do Direito quanto a um sistema completo e integrando não apenas incide sobre a possível incompletude do sistema constituído por regras e princípios, ou ainda sobre um *telos* que autoriza, em circunstâncias especiais, a desconsideração de determinadas normas gerais, mas a própria existência de normas gerais como elemento básico constitutivo do tecido que constitui intrinsecamente o ordenamento jurídico. O questionamento de conceitos gerais em razão dos quais os casos concretos seriam analisados, conforme discutido anteriormente, refere-se ao fato de serem tratados como origem das premissas: a existência de leis gerais é que está em questão. Nesse sentido, sugerem Siches e Radbruch que estas não devem ser levadas muito a sério na aplicação do Direito, pois não conformam os fatos a si, ao contrário, são cristalizações derivadas de decisões de casos individuais e, mais do que isso, não ganham – ou não devem ganhar – transcendência e vida própria em relação a eles, o que reafirma as conclusões anteriores referentes à natureza e a origem das premissas maiores. É evidente que a adoção generalizada dessa idéia pelos operadores do direito e pelas escolas jurídicas resultaria numa substantiva

transformação nas formas de ser e proceder de nosso ordenamento e do pensamento jurídico pátrio, ainda que Siches aponte o fato de que os ordenamentos jurídicos não atuam em completa desconsideração a isto, embora, para muitos, isso ocorra de forma não consciente e não consistente e, para outros, especialmente juízes, de forma oculta, quando não cínica, talvez, cogito, valendo-se de expedientes diversos como aquele descrito por Perelman e denominado de *ficção jurídica*. Radbruch, em seu livro, não deixa dúvidas quanto à preponderância das decisões individuais em detrimento das leis gerais como elemento constitutivo do tecido do ordenamento jurídico, ainda que estas não podem ser tão bem lembradas e representadas senão a partir de leis gerais que as sintetizam, mas não as ultrapassam. Conforme Radbruch,

[...] o caso jurídico individual não é apenas exemplo de uma lei geral, como para a ciência natural, mas justamente o contrário: a lei existe tão-somente em função da decisão dos casos individuais, e de fato, nesse sentido teleológico, o direito não é o conjunto das normas, mas o conjunto das decisões. Daí resulta o especial interesse que tem para o jurista a abrangência da lei, seus limites e seus casos-limites; eles mostram que a lei não lhes interessa, como ao naturalista, enquanto enunciado geral ou sinopse, por uma questão de economia intelectual de vários enunciados individuais. Apesar do caráter nomotético do direito, como conjunto de lei, verifica-se o caráter ideográfico da ciência jurídica. (RADBRUCH, 2004, p. 178-179)

O processo de criação do Direito através de leis para Radbruch, portanto, converge com o discutido por Siches: as leis gerais não são premissas dos casos particulares que conduzem inexoravelmente às decisões, antes generalizações que expressam decisões particulares, e toda transcendência a isso é problemática e deve ser investigada em relação ao benefício efetivo que traz à resolução de cada lide em tela.

Um terceiro elemento que põe em cheque a existência do silogismo como unidade básica do raciocínio que conduz à decisão judicial refere-se à premissa menor. Esta não é direta decorrência dos fatos, mas exige um tipo de operação mental que não se identifica à dedução e ao silogismo, ainda que possa, ao fim do processo mental, aparecer sob o formato de silogismo. Isso é tanto verdadeiro que, um mesmo fato, analisado não por advogados tendenciosos de partes contrárias, mas mesmo pelos que julgam – por exemplo, ministros do STF – tende, de forma muitíssimo freqüente, a ser qualificado sob diferentes figuras, para

espanto daqueles que entendiam o Direito como ciência exata e, mais especificamente, a atividade jurisdicional norteadas pelo silogismo dedutivo.

Um quarto elemento a ser recuperado é o da linguagem jurídica, especialmente lembrado por Perelman, e em consonância com as preocupações dos lógicos sobre a possibilidade de correspondência ou tradutibilidade entre linguagem natural e linguagem simbólica artificial. Defendi aqui que esse problema ganha contornos mais dramáticos envolvendo as denominadas ciências humanas, pois seus termos estão longe de estar imbuídos da característica de univocidade requerida às linguagens artificiais da lógica, comprometendo o entendimento e o consenso na área jurídica, e sua inequívoca expressão em termos de lógica simbólica do conteúdo efetivamente disposto para o debate e sua retradução para a linguagem natural das decisões judiciais, ou seja, referente à dificuldade de codificação e decodificação envolvendo linguagem natural e linguagem artificial. Esta questão não é uma questão menor, posto que, para os lógicos, não é possível o estabelecimento de um raciocínio dedutivo que não possa ser expresso em termos de linguagem simbólica artificial, e isso em um sentido estrito: que expresse de forma inequívoca as relações entre os termos contidos e demais relações referentes aos termos usados que comparecem em outros argumentos e premissas presentes também na linguagem natural e que devam, igualmente, ser convertidos ou traduzidos em termos de linguagem artificial.

Um quinto elemento refere-se à questão do valor, mas aqui em um duplo sentido: em primeiro lugar, o raciocínio dedutivo envolve questões de valor, então, estas tanto não podem ser expressas adequadamente através de silogismo categórico, referidos à verdade e não a valor, assim como, mesmo se formalizados através de um sistema lógico, não poderiam ser adequadamente formalizados em termos de sistema formal sem prejuízo de redução e sem prejuízo de sua própria complexidade, o que significa que uma lógica axiológica não apenas seria insuficiente para expressar adequadamente um sistema complexo envolvendo valores, como traria como óbices todas as deficiências formais referentes ao formato da lógica dedutiva que acaba por importar em seu processo de constituição, ou seja, problemas em relação às premissas maiores e menores, operação de qualificação, linguagem inapropriada frente à realidade informal e múltipla da vida e dos argumentos decisivos no mundo jurídico. O segundo sentido do problema de se constituir raciocínios dedutivos frente ao ordenamento jurídico que não pode ser

alheio ao valor é que, enquanto a dedução, ou outro método qualquer de produção ou averiguação de conhecimento tem como meta a verdade, ou algo referente à esfera gnosiológica, a sentença judiciária refere-se a um mandamento de valor, envolvendo a idéia do justo, e, embora se pense no justo como expressão de uma medida adequada frente à cognição da realidade fática trazida em juízo, não há sempre um adequado ajuste entre verdade e valor, chegando, em alguns casos, a haver contraposição entre eles, nos seguintes termos, discutidos por Perelman: em certos casos – bastante excepcionais, é verdade – para se chegar à solução justa é preciso desconsiderar a verdade e até considerar o falso como verdadeiro, como no caso dos acusados de crime de roubo de 39 xelins envolvendo situação fática de roubo de valor maior, para que não pudessem ter a chance de serem condenados à pena de morte. Trata-se aqui do que Perelman denomina de *ficção jurídica*.

Em suma, a Lógica Dedutiva e seu silogismo, antes de se apresentarem como a forma típica e por excelência natural sob a qual se dão os raciocínios jurídicos que subsidiam as decisões judiciais, parecem em tudo se oporem a estas. Trata-se aqui da impossibilidade intrínseca da norma dedutiva constituir-se no método das decisões judiciais. Portanto, a ruína da Escola da exegese não se deveu apenas às mudanças de ares no panorama jurídico-social, mas também à impossibilidade intrínseca de sustentação de tal método. Entretanto, o método representou um instrumento de diminuição do escopo da interpretação do magistrado, bem como de seu livre-arbítrio, o que não deixou de fazer sentido no contexto do ambiente pós-revolucionário. A perda de sua força efetiva foi possivelmente tanto decorrência da explicitação de sua falibilidade na adequada resolução da lide, mais facilmente observável diante de sua estrita e direta exigência, como em decorrência de sua menor necessidade social decorrente da transformação do ambiente revolucionário.

Em nosso ordenamento e em muitos outros, a propalada adoção do uso do método dedutivo não se faz acompanhada de medidas punitivas aos magistrados que dele se afastarem, o que pode gerar uma situação curiosa: ao mesmo tempo que as decisões judiciais ganham sofisticação e livre-arbítrio interpretativo, a ausência de exigência e de controle sobre o método utilizado possibilita que essa maior liberdade interpretativa, em detrimento da busca de estrita observação do método, não se faça usualmente senão em nome do próprio método

sacrificado, talvez por comodidade, talvez por desconhecimento, talvez por cinismo do juiz e do ordenamento jurídico ao qual representa.

É possível que essa maior liberdade interpretativa tenha concorrido para a promoção do *telos* jurídico: a distribuição da justiça e a pacificação social. Sua não explicitação, entretanto, segundo Siches, pode trazer vícios e danos na produção da prestação jurisdicional e no debate jurídico.

Conforme vimos, a perspectiva de Siches é de denunciar esse estado de coisas em seu livro *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, em prol do abandono da idéia de que o direito regular-se-ia pela lógica dedutiva. Assim, a busca da justiça não estaria mascarada em procedimento pseudo-científicos, antes serviria de base para a constituição de um novo método a nortear as decisões judiciais, que denomina de Lógica Jurídica e que busca especificar em seu livro *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. É o que será investigado a seguir.

6. LÓGICA JURÍDICA

Atribui-se a Luis Recaséns Siches a constituição e defesa da denominada *Lógica do Razoável*, com especial repercussão nos círculos universitários mais restritos de nosso país. Afora isso, não é muito conhecido entre a classe de advogados e pode-se dizer, com pouca probabilidade de erro, que para a maioria deles, o nome de Siches não é sequer conhecido. Há o predomínio da idéia de que, tanto para as petições, como para as decisões judiciais, vigora de forma absoluta o método dedutivo, e nenhuma peça estaria bem redigida, ou sentença bem fundamentada, se delas não se vislumbrasse o silogismo que, enquanto tal, decide a lide. Nesse sentido, não haveria uma distinção essencial entre lógica jurídica e lógica dedutiva, exceto pelo fato de que a primeira, além de se apropriar desta, conteria certos preceitos típicos do Direito e certas sutilezas que só os iniciados no mundo jurídico conseguiriam apreender. Tais sutilezas, antes de se oporem à lógica dedutiva, na verdade a expandiriam. Trata-se, evidentemente, de algo alheio às discussões lógicas em sentido mais restrito, ainda que dentro da lógica formalizada, tanto por entender a impossibilidade teórica de expansão sincrética da lógica formalizada, como pelo fato de que já estava definida opções formais de lógica que, se bem estruturadas com base na lógica dedutiva, a esta ultrapassava, por incluir um sistema formal que incluísse aspectos axiológicos, em direção oposta a uma maior abertura argumentativa ou sistema híbrido, somente apreensível por advogados e juízes, de teor fortemente argumentativo, no rumo do que é apresentado por Perelman.

A discussão jurídico-metodológica mais técnica não apenas entende a proposição de Siches como avessa a qualquer idéia de lógica dedutiva animando as decisões judiciais, como reconhece de forma inequívoca aproximações consideráveis entre suas idéias e as de Perelman. Ambos fazem um ataque feroz ao método dedutivo como o método por excelência das decisões judiciais, e com base em muitos argumentos semelhantes, conforme foi visto ao longo do presente trabalho.

Perelman propõe uma teoria da argumentação, tributária da Lógica Dialética discutida por Aristóteles, para a qual se mostram importantes as oportunidades do convencimento a partir de questões abertas e que exigem

interpretação e construção de raciocínio, em oposição às demonstrações lógicas ou matemáticas. Embora enfatize em seus escritos a construção do *argumento*, o que serve mais ao advogado que ao juiz, reserva escritos centrados na discussão de como o ordenamento jurídico *decide* questões a ele propostas, o que se evidencia especialmente no caso do livro *Lógica Jurídica*, em razão do que se vislumbra mais a atividade de decisão do juiz do que do advogado na construção do argumento a ser apreciado no mundo jurídico. Não obstante as inúmeras reflexões que o autor permite fazer em relação ao modo ideal ou possível de ser no debate no processo, inclusive levando-se em conta seu conceito de auditório, cuja especificação constitui contribuição específica a uma moderna lógica dialética, não tem como foco a questão do justo e da justiça. Siches, ao contrário, não está preocupado com uma teoria geral da argumentação, mas a questão do método jurídico que pode melhor promover as finalidades do direito.

Há em Siches um momento negativo da discussão metodológica. Discute o que o método jurídico não é e conclui que, não obstante sua aparência de método dedutivo e não obstante a comum defesa da lógica que preside as decisões judiciais como sendo lógica dedutiva, a lógica do Direito em nada se aproxima desta. A contribuição negativa da discussão metodológica perpassa seu livro intitulado *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* e costuma associar a defesa de inexistência da lógica dedutiva como central às decisões judiciais acompanhada da mistificação da lógica jurídica porque pensada como dedução. Curiosamente, esse momento negativo é discutido com base em antigas críticas, de várias correntes de direito, à lógica dedutiva como método jurídico. Portanto, nesse momento negativo, sua importância também reside na recuperação e síntese histórica de idéias a respeito, em detrimento de sua contribuição original. Sua contribuição mais original referir-se-á ao seu momento positivo da discussão metodológica, que veremos mais adiante.

Em relação à incompletude do Direito, presumida inafastabilidade de sua obrigação de prestação jurisdicional, afirma Siches:

Cierto que en varios períodos de la historia del Derecho tanto los juristas teóricos, como también los abogados practicantes y los jueces, han pretendido ocultar esa situación real, y han sostenido ficticiamente que el cuerpo del Derecho vigente contenía reglas para resolver todos los conflictos habidos y por haber. El cultivo de ese mito, puro mito y no otra

cosa, ha enturbiado a veces la clara percepción de las cosas tal y como ellas son efectivamente. (SICHES, 1956, p. 22)

Assim, defende a idéia da incompletude do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que revela certa tendência alheia a um conluio tácito pela ocultação desse fato. A incompletude, frente à obrigação de sentenciar, resulta mais do que a inexistência de um sistema formal não adaptado à multiplicidade da vida social, mas também, por suposto, uma inexistência do próprio *sistema de regras* como sistema formal do qual se extraem as conclusões, à semelhança e provavelmente sob a forma de um silogismo lógico. A referência à deficiência da dedução é constante no livro (SICHES, 1956, p. 67), que reforçamos através dessa outra passagem:

La lógica tradicional no le sirve al jurista para comprender e interpretar de modo justo los contenidos de las disposiciones jurídicas; no le sirve para crear la norma individualizada de la sentencia judicial o decisión administrativa; como tampoco le sirve al legislador para su tarea de sentar reglas generales. (SICHES, 1956, p. 167)

A preocupação de Siches, entretanto, conforme delineado anteriormente, não é somente lógica, mas com os efeitos prejudiciais à administração da justiça a se tomar a lógica dedutiva como método apropriado das decisões judiciais:

Pero hay también muchos juristas, desde luego ilustres por su inteligencia y su saber, y honestos por sus buenas intenciones, pero timoratos, cohibidos por un erróneo adoctrinamiento de fetichismo legalista, seducidos por la brillantez de la razón matemática, y acaso también asustados por ciertas expresiones del Poder Legislativo, quienes prestaron servil acatamiento a dos métodos de la jurisprudencia conceptualista, lo cual les impuso el dolor de dictar sentencias de acuerdo con tales métodos. Las cuales resultaban notoriamente injustas. (SICHES, 1956, p. 168)

Uma outra hipótese, muito comum, do juiz lidar com o método dedutivo que leve a uma decisão injusta é não observá-lo para decidir, mas apenas para explicitar sua decisão. Trata-se de melhor caminho que o precedente, pois não conduz à injustiça, mas mistifica o debate, dificulta a discussão franca e pode levar a certas incredulidades e desconfianças. Tal procedimento é o que eu chamaria de

conclusão dedutiva *ad hoc*! Referindo-se ao movimento norte americano denominado “realismo jurídico” escreve:

Uno de esos dos tipos de estudios realistas comprende aquellos trabajos en los que se manifiesta escepticismo respecto de las normas jurídicas formuladas o bien previamente – en leyes, reglamentos y precedentes jurisprudenciales –, o bien declaradas en la misma sentencia, como supuesto fundamento de ésta: y tratan de poner de manifiesto cuáles son las reglas efectivas – aunque tal vez ocultas – conforme a las cuales el juez falla. (SICHES, 1956, p. 104)

Mas seu papel é explicitar essa situação de mistificação. Cita esse papel cumprido pelo “realismo jurídico” (SICHES, 1956, 105), ao mesmo tempo que defende um outro método, com admissão explícita. Mais do que isso, Siches almeja constituir nova lógica, por ele denominada de *lógica do razoável*, que anuncia nas primeiras páginas de seu livro:

Por una parte, tales aclaraciones se obtendrán gracias al descubrimiento de que la lógica material del Derecho, es decir, la lógica diferente de la lógica tradicional; es el logos de lo humano, la lógica de lo *razonable*, a diferencia de la lógica de lo *racional*, de tipo matemático. (SICHES, 1956, p. 29)

Assim, o próprio anúncio da nova lógica se faz ainda mais como negação da lógica dedutiva do que sua própria afirmação. Mas irá especificá-la, em alguns momentos, mais adiante:

Desde hace muchos años he venido tocando, aunque fuese nada más que tangencialmente este tema, en los términos siguientes. No sólo la Ciencia Jurídica, como ya lo había hecho patente Schreier, sino tampoco la Filosofía del Derecho pueden establecer ni un criterio para elegir un método, ni una tabla de propiedades entre los varios métodos de interpretación que han sido propuestos. Lo único que se puede formular con validez universas y necesaria es la regla siguiente. En cada caso el juez debe interpretar la ley de aquel modo y según el método que lleve a la solución más justa entre todas las posibles, incluso cuando el legislador impertinente hubiese ordenado un determinado método de interpretación. (SICHES, 1956, p. 172)

Não parece haver um método específico, antes a recomendação para não se fixar em nenhum método específico, para poder se alcançar a solução mais justa possível. Isso constituiria, em termos sintéticos, a lógica do razoável para Siches. Mas, nesse caso, não há uma lógica propriamente dita, no sentido de um

método, mas apenas um *telos*, uma finalidade a ser alcançada. Se método é o caminho, Siches não privilegia nenhum deles em particular, mas apenas o ponto de chegada, a conclusão da atividade jurídica no sentido de maior alcance possível de justiça. Não há aqui sequer paralelo com a denominada Lógica Dialética: embora esta também não seguisse os preceitos da lógica analítica, dedutiva, ainda assim representava um conjunto possível de técnicas ou estratégias de convencimento, mas nunca o convencimento para o alcance de um resultado específico, como o justo, conforme pretende Siches.

É inegável que o justo parece ser a finalidade da justiça, acompanhada, evidentemente, da segurança jurídica. Sobre isso se pronunciou Radbruch (2004, p. 161), bem como Siches (1956, p. 286). Não é equivocada a idéia de que o justo possa condicionar a decisão judicial, mas opera como causa finalística, e, nesse sentido, interfere mais na decisão do que método.

Em síntese, o momento negativo da construção de uma lógica jurídica se perfaz na exaustiva crítica à possibilidade de ser a dedução o método por excelência das decisões judiciais. Mas Siches não tem êxito no momento positivo de sua empreitada, a de constituir uma lógica jurídica própria em sentido estrito.

Mesmo que esta estimativa sobre a contribuição de Siches esteja correta – a de que a lógica do razoável não é uma lógica em nenhum sentido, nem formalizada e nem não-formalizada, não é pequena a sua contribuição, pois contribui de forma definitiva para desfetichizar a lógica dedutiva como o método das decisões judiciais, afirma a pluralidade de procedimentos interpretativos e decisórios e estabelece a prioridade de um *telos* em relação a qualquer método específico como orientador da própria interpretação e de procedimentos metodológicos específicos para a resolução da lide – em oposição a um único método, válido a priori, de forma inexorável e universal no âmbito de toda e qualquer decisão judicial. Além disso, desloca a questão da metodologia para a finalidade do direito e o quanto esta pode ensejar formas diversas de se proceder na direção da produção de uma sentença judicial.

Se o que Siches propõe não é um método, ou existe ainda um método das decisões judiciais a ser descoberto, ou não existe um método que possa unificar o campo do Direito. Para alguns, o método que constitui a ciência do Direito é tributário das correntes teóricas com base na qual o direito se constitui. Talvez, mas é bom lembrar alguns pontos:

1. Dentro da área das ciências humanas, é possível que o Direito não tenha sido constituído através de totalidades teóricas tão marcantes como ocorre no caso da Sociologia e da Psicologia, portanto, a distinção das vertentes teóricas e epistemológicas próprias da constituição do campo pode ser algo bem mais difícil de ser constituído, dada a fragmentação típica da forma de constituição do campo, não obstante algumas tendências bem pronunciadas, como a da *Escola da exegese*, aqui tratada.

2. Parte dessa construção se fez a partir de interações e trocas com o ordenamento jurídico em seu funcionamento, que não costuma ter intrinsecamente grande preocupação com lógica e epistemologia.

3. Por último, se é pertinente a distinção feita no início desse trabalho entre, de um lado, Direito enquanto Ciência e, de outro, Direito enquanto práxis social e ordenamento jurídico, então não devemos cair na tentação de atribuímos o que é método específico da constituição do Direito-Ciência a um método hipotético com base no qual decorrem as decisões judiciais.

Talvez a razão esteja mais próxima de Perelman. Se existir lógica jurídica, está em linha direta de continuidade da denominada Lógica Dialética de que trata Aristóteles. Seria uma lógica do convencimento, não encerrando necessidade, em oposição à lógica dedutiva e aos sistemas formalizados derivados estes da outra classe de lógica, a denominada Lógica Analítica ou Dedutiva, bastante discutida no presente trabalho. Não há, nesse caso um *telos* próprio da lógica, e nem esta lógica é exclusiva ao Direito, antes constitui uma base fundamental, mas não fechada ou formalizada, evidentemente, de toda discussão cujo desfecho alcança fundamentalmente conclusões não demonstráveis, no máximo relevantes e pertinentes em graus diversos.

Nessa hipótese, o *telos* não é dado pela lógica que subsidia o direito, mas pelo próprio Direito enquanto práxis social.

7 A LÓGICA DEDUTIVA RETORNA AO PROCESSO

Não há o que transigir. Por todo o exposto, a lógica dedutiva e o silogismo não constituem a base fundamental das decisões judiciais. Mesmo na hipótese defendida na seção precedente de não constituir a *lógica jurídica* denominada e defendida por Siches uma lógica em sentido estrito, ainda assim, a natureza da decisão judicial segue muito mais um caminho de decisão baseada na busca do razoável como *telos* e alcançável pela valoração, interpretação e arbítrio no sentido de discutido por Perelman em seu livro *Teoria da argumentação* e cujos reflexos no campo jurídico são especialmente pensados em sua também denominada *Lógica Jurídica*.

Isso não significa, entretanto, que a lógica dedutiva esteja ausente do processo e deva ser reconhecida como espúria. Ao contrário, é um dos instrumentos teóricos importantes e até fundamentais – embora não central - para que a atividade jurisdicional chegue a uma solução justa, e isso por várias razões.

Em primeiro lugar, alguns pontos do processo envolvem fundamentalmente processos cognoscitivos em sentido estrito e, em certos casos, encerram necessidade, como é o caso do estabelecimento de certas controvérsias factuais entre as partes, a verificação de provas conclusivas envolvendo também questões factuais e mesmo certas discussões jurídicas envolvendo questões de direito cuja solução decorre estritamente do desdobramento de forma necessária de determinado conceito a outros conceitos que lhe são, a priori, dependentes. O que dizer, então, quando depende de cálculos e matemática, de natureza estritamente demonstrativa? Portanto, a Lógica dedutiva, bem como a matemática, terá um lugar intrínseco e garantido no processo, mesmo que secundário e ainda que não para toda e qualquer demanda.

Em segundo lugar, algumas normas, idéias ou máximas são consideradas tão centrais e inquestionáveis, que as partes e o juiz sequer lembram de pensar que podem não ser necessárias ou universais, e que, portanto, podem atuar no processo de modo diverso à premissa maior de um raciocínio dedutivo. Podemos até conceber que o advogado de uma das partes, contrariado com a espúria premissa maior, sequer questione essa condição que assume na elucidação da causa, preferindo admiti-la e ter que aceitar a conclusão que encerra, do que

fazer frente a ela, com a convicção de que será vencido na discussão e queimar outros bons argumentos na busca de descredenciá-la, em que pese a possibilidade de alegação, com base no princípio da eventualidade, de teses diversas⁶. Nesse caso, atuará como de fato fosse premissa maior e o método para se alcançar o resultado não é outro que o método dedutivo.

Em terceiro lugar – e isso não é pouco importante – o estudo das falácias lógicas, bem como o entendimento da lógica, permite desmascarar, para o caso que está em disputa no judiciário, o uso de argumentos como se fossem silogismos, quando, de fato não o são, e mesmo de erros, crassos ou não, de lógica dedutiva. Portanto, permite explicitar erros de lógica e apontar a natureza de certos argumentos *quase-lógicos*, pretendidos como lógicos.

Em quarto lugar, mas associado ao ponto anterior, permite limitar o alcance de formulações como a teoria da argumentação, de Perelman, para a qual uma série de expedientes duvidosos seriam admissíveis, embora postule que a admissibilidade de certos argumentos depende do tipo de auditório diante do qual se busca o convencimento. E exatamente porque o poder judiciário, representado pelo juiz singular ou tribunal não é um auditório qualquer, é que se pode questionar de forma mais incisiva alguns expediente estritamente retóricos e condenáveis.

Por fim, não vai ter jeito. O advogado pátrio vai continuar convivendo com uma forma de conceber o convencimento do juiz – em grande parte dos casos correta – como se esse não pudesse ser influenciado senão por uma argumentação dedutiva, ou, mais exatamente, que assume a forma de dedução. Além disso, a idéia de fundamento jurídico do pedido como identificado ou estritamente associado à qualificação e esta, por sua vez, associada à atividade dedutiva ou a um formato dedutivo, irá determinar o convencimento de muitos juízes de que, ou a idéia é demonstrada – em sentido dedutivo – ou ele não tem como lhe ser favorável ao sujeito do processo que falha na demonstração.

⁶ Para quem gosta de teses psicológicas, fica aqui a sugestão: pesquisar sobre o efeito psicológico no juiz do uso e abuso do princípio da eventualidade na inicial e na contestação!

8 CONTRADIÇÃO E EVENTUALIDADE NO PROCESSO

Contradições do autor, contradições do réu:

A Parte II da presente monografia tratou até o momento das relações entre contradição e o princípio da eventualidade apenas de forma sugerida: a partir da perspectiva de responder como o sistema jurídico lida com a contradição manifestada também através do princípio da eventualidade, mas não exclusivamente. Neste caso, o princípio da eventualidade torna-se símbolo da contradição, mas não a sua expressão necessária ou essencial. Na gênese da produção desse trabalho, a partir do projeto de monografia, bem como na estrutura fundamental da segunda parte, o princípio da eventualidade cumpre a sua função de provocar indagações e enseja respostas sobre a lógica e a contradição no processo, que acaba por ensejar uma discussão explícita sobre ordenamento jurídico e Lógica.

A presente seção trata de outro aspecto da questão, também anunciada na introdução da presente monografia, referente à existência da contradição como decorrência do princípio da eventualidade e a forma de se lidar com ela. Embora toda a discussão mais específica sobre o princípio da eventualidade tenha ficado alocada na Parte I do presente trabalho, considerou-se que tal investigação, referente aos aspectos lógicos que o princípio da eventualidade diretamente envolve deveria ser melhor entendida a partir da reflexão mais sistemática sobre Direito e Lógica que ele mesmo suscitou. Assim, será retomado o ponto da discussão cuja elucidação ficou postergada, seguindo-se a contribuição pensada para o presente trabalho.

Assumimos, com Teixeira e em razão da investigação precedente, que o princípio da eventualidade incide especialmente sobre às teses centrais do autor e do réu em busca de fazer prevalecer determinado direito. Abrange, portanto, para cada uma das partes, os fatos principais ou essenciais e seus fundamentos jurídicos frente ao que se pleiteia ou contra o que se defende: o pedido do autor.

Ao se discutir eventualidade e contradição, refere-se esta evidentemente às diversas teses apresentadas pela mesma parte, que não apenas não se harmonizam, como parecem negar-se. Não se trata, portanto, a) nem da oposição entre as partes, b) e nem da ausência de lógica entre fatos narrados e solicitação pleiteada, o que configura falácia do argumento irrelevante.

Em relação à oposição, entre as partes insere-se em outra dinâmica: são amplamente admitidas tanto no senso comum como no direito e faz parte da atividade jurisdicional lidar com pretensões distintas e argumentos distintos que a sustentam, para, ao final do processo, decidir a quem cabia a razão e o direito. Uma das partes teria o direito frente aos fatos e ao disposto no ordenamento jurídico, e a atividade jurisdicional apenas a reconheceria. Essa questão parece simples e consensual. Na verdade não é, conforme ficou evidenciado na análise precedente. Nem tudo que as partes apresentam se inserem no formato da contradição e podem ser resolvidas aplicando-se o silogismo, embora, como a defesa tende a ser obrigada a contestar ponto a ponto os argumentos contidos na inicial, essa oposição sistemática tende a se configurar, pelo menos em diversas ocasiões, como contradição lógica, que se resolve pela coleta de provas, decisão dos fatos, e eliminação da hipótese falsa em prol da verdadeira, portanto, tende a assumir a forma de contradição lógica que se resolve pelo silogismo em que a premissa que falta é dirimida por prova. Ocorre que nem sempre a confirmação da tese a ser defendida se dá através de fatos isentos de valor ou de conceituação inequívoca, situação bastante comum que enseja a substituição da demonstração pela argumentação e convencimento, nos termos apresentados por Perelman.

A questão da ausência de lógica – aqui entendida em sentido amplo – entre fatos narrados e as conclusões que suportam a solicitação das partes é questão trivial: se, das alegações da parte não se deduz sua pretensão, não há porque o juiz concluir por ela e deve, de início, desconsiderá-la. Se o autor incorrer nesse vício, será considerada inépta a inicial, por força do inciso II do parágrafo único do artigo 295 do CPC. Essa questão fica apenas pontuada, também não será discutida no presente tópico.

Sobre o assunto tratado na presente seção, podemos distinguir duas questões básicas. A primeira, em linha de continuidade com toda a discussão desenvolvida na parte II do trabalho, seria a seguinte: Como o ordenamento jurídico – do conjunto normativo à decisão judicial – lida com a contradição patente apresentada pela parte?

Do ponto de vista legal, a contradição está admitida, embora de forma não explícita, pela própria admissão do princípio da eventualidade. Foi já discutido que a contradição patente entre teses do autor poderia resultar em algum prejuízo processual do autor, que iria da perda da confiabilidade das afirmações do autor,

passando pela confissão (uma defesa poderia conter em seu conteúdo a admissão do que foi negado em defesa anterior: 1. nunca fiz a dívida, 2. já paguei a dívida, 3. a dívida já prescreveu) e podendo configurar até litigância de má fé. Embora Teixeira apresente autores que defendem essa linha de raciocínio, com pouca tolerância em relação à apresentação de teses contraditórias pela mesma parte, faz a ressalva de que o princípio da ampla defesa é direito constitucional cuja limitação é no mínimo, contestável.

Afinal, como resolver tal situação? O conjunto normativo não é taxativo em relação a essa questão.

A situação é decidida caso a caso. Dependerá da orientação do juiz, de seu apreço, por um lado, das garantias constitucionais e da abstração de cada uma das teses de defesa frente às demais, e, por outro, da coerência lógica presente nas peças.

Vimos em Perelman que o juiz tolera até de si uma flagrante incoerência e mesmo contradição lógica – como esquecer da condenação por roubo estimado no valor de 39 xelins envolvendo numerário de 200 xelins, apenas com o propósito de evitar a possibilidade processual de pena de morte do acusado?

Se pode produzir tais contradições lógicas no ato de sentenciar – denominadas por Perelman de ficção jurídica, e às vezes usa dessa prerrogativa, ainda que, em geral, o faça como se isso de fato não ocorresse e tudo derivasse de uma lógica dedutiva perfeita, por que não admitiria isso da parte?

Em muitos casos, a parte não conseguindo provar por fatos verdadeiros sua inocência, alega fatos falsos que a parte contrária não conseguirá refutar. O juiz, mesmo sabendo dessa artimanha, pode sentenciar tranqüilo se intuir que, embora seja falso esse motivo, o outro, que era suficiente para a defesa do direito da parte é verdadeiro, ainda que indemonstrável.

A contradição no processo, produzida pela própria parte, em torno de suas teses contraditórias pode ser admitida pelo juiz uma vez que a sentença, mesmo que estritamente dependente das teses em tela, não se refere a um enunciado de *verdade*, mas uma providência envolvendo justiça, ainda que em respeito às leis. Mesmo esse respeito às leis, conforme vimos, é bastante restrito e Siches e Radbruch só o admitem na medida que continuam expressando a defesa de certa providência justa e não ferindo demasiadamente a própria segurança jurídica.

Parte, aliás, dessa segurança jurídica reside na crença da sociedade de que o direito se efetiva pelo Estado na medida em que segue estritamente as normas por ele criadas. A norma universal e a lógica podem ser substituídas por medidas de justiça e jogo, em que as regras são quebradas – *nunca existiram*, diria alguns –, desde que isso ocorra de forma discreta e disfarçada, como se tal transformação na decisão do caso concreto nunca tivesse ocorrido.

É evidente que o afrouxamento das chamadas regras trará menor desconforto se for sutil e em nome da justiça, e não sob a argumentação de que as regras, enquanto universais, não existem, ainda que seja exatamente isso que os principais autores estudados afirmam.

Sobre isso Siches escreve uma passagem muito curiosa em seu livro: É comum que o juiz primeiro julgue, em conformidade com o que considera justo, para depois escolher o método de interpretação que melhor ajuste os fatos a sua decisão, tomada, portanto, na anterioridade e independência deles! Se isso é verdade, se a busca do justo antecede o método e a técnica que leva ao conhecimento, porque haveria tais juízes de se preocupar com a coerência das teses do autor ou do réu. Entretanto, não deixa de ser um risco à parte teses escancaradamente contraditórias, uma podendo remeter, conforme sugestão dada a mim por meu orientador, a um entendimento de confissão por parte do juiz. O trecho de Siches é o seguinte:

Ahora bien, lo que en verdad deberíamos desechar de una vez y para siempre es el referirnos a una pluralidad de diversos métodos de interpretación (literal, subjetivo, subjetivo-objetivo, objetivo, consuetudinario, histórico, analógico, equidad, etc.). Solía hacerse referencia a esos métodos, cuando el jurista se sentía obligado a legitimar la solución que estimaba como justa, usando para ello artificios de lógica que la presentasen como de estricto acuerdo con la ley, cuando no resaltaba a primera vista como evidente. Entonces se pensaba en cual sería la decisión justa; después se probaba cuál de los métodos tradicionalmente registrados y admitidos podría ser presentado, en la *mise en scène* de la sentencia, como habiendo llevado a esa conclusión. Había que ir ensayando uno por uno aquellos métodos para ver cuál entre ellos podía ser presentado como el camino que condujo a la solución satisfactoria. (SICHES, 1956, p. 174 – 175)

A segunda questão dessa seção refere-se aos lugares e às formas sob as quais podem aparecer contradições internas, seja para o autor, seja para o réu.

O autor inicia a ação, portanto, delimita os termos da demanda. A exigência de que deve alegar tudo que de essencial contribua para fazer prevalecer no juiz a convicção de que o direito lhe cabe pode, sob pena de preclusão, resultar na hipótese de que apresente teses contraditórias entre si. No que consistiria a contradição entre as teses do autor? Pode-se destacar três tipos de contradição ou aparente contradição, a serem examinados: a) contradição entre os fatos, b) contradição entre as qualificações dos fatos, c) contradições entre os argumentos ou seus fundamentos.

A defesa do réu pode, em tese, apresentar essas três classes de contradição. Há, entretanto, que se destacar que a defesa pode ser direta, negando os fatos ou o direito afirmado pelo autor, ou indireta, reconhecendo, a princípio, o direito do autor, mas alegando fato modificativo, impeditivo ou extintivo do mesmo, mediante o qual busca atenuar ou negar completamente o direito subsistente do autor. Assim, pode haver contradição pela mera coexistência de negação direta e negação indireta por parte do réu. Também deve ser investigada a possibilidade de haver contradição entre defesas indiretas e, por fim, se pode ou não haver contradição entre qualificações distintas que propõe para os fatos jurídicos em tela, embora a parte, conforme tendência atual tratada por mim na Parte I do presente trabalho, não seja obrigada a se referir a qualquer tipo de qualificação.

Vamos percorrer sucintamente cada uma dessas hipóteses de contradição presentes tanto para o autor como para o réu e analisar sua efetiva incidência no processo e sua condição de real contradição ou não.

A idéia de fundamento jurídico do pedido atrelada à idéia de qualificação do fato principal a um tipo previamente regulado pelo direito dispõe os elementos da ação no formato próprio do silogismo. Não há, entretanto, consenso entre todos os autores em relação à idéia de que o fundamento jurídico do pedido fique atrelado à alguma qualificação: tratam-no, por vezes, simplesmente como consequência jurídica do pedido, conforme se observa em Barbosa Moreira, tema já discutido neste trabalho em mais de uma oportunidade.

a) Contradição entre os fatos

Fatos podem ser contraditórios, mesmo que o enunciado dos fatos não seja, em si, sob o formato de contradição. Se alguém viajou, não pode estar

simultaneamente em casa, etc. Esse tipo de contradição é fácil de ser percebido, embora não esteja disposto no processo sob o formato de silogismo. Mas é fácil, se bem que inútil, dada sua evidência, compor do entimema um silogismo não só válido, mas com premissas verdadeiras – e, portanto – conclusão verdadeira. Um fato pode ser a negação direta de outro, estar associado a outro que é contraditório a um terceiro ou ainda compor uma cadeia de premissas cuja conclusão se torna contraditória a outro fato. Enfim, há possibilidades diversas de configuração de contradição entre fatos.

Trata-se da mais importante classe de contradições e, para o senso comum, parece resolver o litígio, como se o autor em contradição tivesse como pena a perda da ação por falta grave e um dos objetivos do processo fosse mostrar contradições internas das partes. Mas sabemos que as decisões judiciais não funcionam necessariamente dessa forma.

b) Contradição entre os qualificações

Qualificações diversas podem estar em contradição no sentido de que a admissão de um tipo pode implicar certas elementares ou circunstâncias necessariamente excluídas em outro tipo legal. No entanto, o ato de qualificar o mesmo fato de duas formas não encerra contradição para a parte, até porque, o juiz julga os fatos, não a qualificação. Mas tenderá a decidir por uma qualificação, talvez até não suposta pela parte.

c) Contradição entre teses

Também é bastante comum a contradição entre teses. Às vezes é mais comprometedora que a contradição entre fatos, pois pode favorecer a consolidação de determinada tese por parte do juiz, se estiver em dúvida de como julgar o caso.

d) Exclusivamente para o réu temos a coexistência de negação direta e indireta.

Há quem afirme que se trata de caso que não se vê comumente. Talvez. Mas, teoricamente é possível. Não tenho idéia de como os juízes tendem a ver tal tipo de situação.

9 LÓGICA E BARBÁRIE NO PROCESSO

Por fim, tanto a mistificação do método, como a defesa de uma decisão que escapa completamente à lógica e a qualquer *telos* e ganha contornos mágicos, pode ser fundamento de um livre-arbítrio do julgador que caminha não em direção à justiça, mas à arbitrariedade e ao não-jurídico, e tudo em nome do método e de sua diligente aplicação.

Em um país cuja demora na prestação jurisdicional é a tônica – processos simples do procedimento comum ordinário duram décadas, gerações de advogados e partes se sucedem ao longo da causa em decorrência de morte natural e aposentadoria – a própria atividade jurisdicional opera, por esse motivo, a transformação da meta de pacificação social em eternização dos conflitos. A prestação jurisdicional bem intencionada passa a ser a forma como conflitos banais ou sérios se eternizam e ganham força. Se associado a isso e à possibilidade de perda de um importante prazo fatal pelo advogado ao longo dessas décadas junta-se decisões cujas características, independentemente do método, mas justificadas no método, em nada se aproximam da busca da justiça e é antes animada por conduta displicente ou intenções inconfessáveis, estaríamos bastante próximos ao desamparo pelo Estado e à barbárie.

Mas pensemos isso ainda como ilusão, e que, em tese, a investigação metodológica seja para o Direito – em consonância com a esperança de Siches – de maior valia do que foram as reflexões do *senhor K* em relação ao seu próprio processo.

[...] A lógica, na verdade, é inabalável, mas ela não resiste a uma pessoa que quer viver. Onde estava o juiz que ele nunca tinha visto? Onde estava o alto tribunal ao qual ele nunca havia chegado? Ergueu as mãos e esticou todos os dedos. Mas na garganta de K. colocavam-se as mãos de um dos senhores, enquanto o outro cravava a faca profundamente no seu coração e a virava duas vezes. Com olhos que se apagavam, K. ainda viu os senhores perto de seu rosto, apoiados um no outro, as faces coladas, observando o momento da decisão.

— Como um cão – disse K.

Era como se a vergonha devesse sobreviver a ele.

KAFKA

(parte final de *O processo*)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 97-109.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. In: _____. **Direito Processual Civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 133-146.

BRASIL. **Código civil**. Organização de Yussef Said Cahali. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DESCARTES, René. Discurso do método. In: **Descartes**. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 25-71. (Os Pensadores. v. 14)

GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada e efeito preclusivo. In: _____. **Estudos de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969. p. 9-34.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: Unesp, 1998.

HUME, David. Investigação sobre o entendimento humano. In: **Berkeley e Hume**. 3ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 129-202. (Os Pensadores. v. 20)

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Modesto Carone. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

KANT, Immanuel. Introdução. In: **Kant I**. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 23-35. (Os Pensadores. v. 29)

LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. In: **Locke**. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 133-344. (Os Pensadores. v. 18)

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: A Nova Retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. Do contrato social. In: **Rousseau**. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 1-145. (Os Pensadores. v. 26)

_____. **Emílio**. Portugal: PEA, 1990. 2 v.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 1956.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil**. São Paulo: RT, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.