

# A incidência da norma jurídica e o fato jurídico

MARCELO DA COSTA PINTO NEVES

Professor auxiliar da Faculdade de Direito de Recife (Universidade Federal de Pernambuco).

## SUMARIO

1. A estrutura da norma jurídica
2. A incidência da norma jurídica
3. O suporte fático
4. O fato jurídico
  - 4.1. Conceito e composição do fato jurídico
  - 4.2. Classificação dos fatos jurídicos
    - 4.2.1. Conforme as suas inter-relações (SCHREIER)
      - a) Fatos jurídicos parciais ou dependentes e fatos jurídicos totais ou independentes
      - b) Fatos jurídicos compatíveis e incompatíveis
    - 4.2.2. Conforme os elementos constitutivos do suporte fático
    - 4.2.3. Conforme os efeitos

## Bibliografia

### 1. *A estrutura da norma jurídica*

A norma jurídica tem a estrutura de um juízo. Aos juízos entitativos (ou enunciativos), cuja proposição <sup>(1)</sup> é composta de dois termos, o *sujeito* e o *predicado*, unidos pelo verbo *ser* (a cópula), exprimindo que algo é, tem sido

(1) "A proposição é o enunciado de um juízo" (LOUIS LIARD, *Lógica*. Trad. de GODFREDO RANGEL. 9ª ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1979, p. 27). "La envoltura verbal del juicio se llama *proposición*" (EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Lógica del Juicio Jurídico*. México, Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 14).

ou será de certa maneira (2), contrapõem-se os juízos imputativos (ou prescritivos, ou atributivos) — dentre os quais se inclui o juízo jurídico —, cuja função é prescrever condutas aos destinatários do ordenamento normativo. Enquanto os juízos enunciativos indicam relações de causalidade, os juízos normativos apontam relações de imputabilidade (3). Portanto, a *pretensão de verdade* é própria dos juízos enunciativos, ao passo que a *pretensão de validade* identifica os juízos normativos (4).

Discute-se qual a estrutura relacional do juízo implicado na norma jurídica (5). Considerando a norma jurídica geral (abstrata), HANS Kelsen caracterizou-a logicamente como juízo hipotético. Para ele, só a norma primária, que imputa a uma conduta ilícita uma sanção, apresenta um autêntico valor ontológico. Conforme a teoria pura do direito, a norma secundária — reguladora da conduta lícita — “resulta seguramente supérflua em uma exposição estrita do direito”, estando contida na norma primária, “que é a única norma jurídica genuína” (6). Na norma jurídica estaria implicado apenas um juízo hipotético, dado que a norma secundária seria apenas uma *variável nominal*. Afastando-se, neste particular, do pensamento de Kelsen, escreve LOURIVAL VILANOVA: “Como reduziu a norma à proposição primária (norma sancionadora), deixou de perceber, cremos, que havia, na estrutura formal da proposição jurídica integral, uma *disjunção de duas implicações, isto é, duas estruturas hipotéticas relacionadas disjuntivamente*” (7).

Coube à teoria egológica, considerando o fenômeno jurídico em sua integridade, isto é, tendo em vista ambas as possibilidades da conduta humana juridicizada, restabelecer a norma jurídica em sua completude, atribuindo-lhe a estrutura de um juízo disjuntivo. Segundo CARLOS COSSIO, “la norma jurídica completa, que en cuanto concepto adecuado al objeto ha de ser disyuntiva para referirse a la posibilidad de posibilidades y no sólo a la posibilidad que se da,

(2) Cf. ABELARDO TORRÉ. *Introducción al Derecho*. 7ª ed. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1975, p. 142.

(3) Sobre as diferenças entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação, v. HANS KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. Trad. port. de JOAO BAPTISTA MACHADO. 3ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1974, pp. 137-139.

(4) V. EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Lógica del Juicio Jurídico*, ob. cit., pp. 58-81; LOURIVAL VILANOVA. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo, R.T. — EDUC, 1977, pp. 99 e 100.

(5) V. ABELARDO TORRÉ, *op. cit.*, pp. 144-146; ENRIQUE R. AFTALIÓN, FERNANDO GARCÍA OLANO e JOSÉ VILANOVA. *Introducción al Derecho*. 11ª ed., Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980, pp. 100-105.

(6) HANS KELSEN. *Teoria General del Derecho y del Estado*. Trad. esp. de EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. México, UNAM, 1979, p. 71. Neste mesmo sentido, manifesta-se este jurista, in *Compendio de Teoria General del Estado*. Trad. esp. de Luiz Recaséns Siches e JUSTINO DE AZCARATE. 2ª ed., México, Editora Nacional, 1980, pp. 52 e 124-127; *Teoria General del Estado*. Trad. esp. de LUIS LEGAZ LACAMBRA. 15ª ed., México, Editora Nacional, 1979, pp. 66-68. “No habría así en la norma secundaria ningún nuevo objeto de conocimiento jurídico” (AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA, *op. cit.*, p. 103).

(7) *Op. cit.*, p. 90.

tiene dos miembros, a los que proponemos llamarlos endonorma (conceptuación de la prestación) y perinorma (conceptuación de la sanción), no sólo para terminar con el caos de las designaciones de normas primaria y secundaria que los diferentes autores usan con sentido opuesto, sino para subrayar que se trata de una norma única y no de dos normas, punto indispensable para entender el concepto de la norma jurídica como un juicio disyuntivo. (...) Si la conducta está conforme con el primer miembro de la norma (la endonorma), la conducta es monovalente: siempre es lícita; si está conforme con el segundo miembro (la perinorma), la conducta es bivalente: primero es ilícita y después deviene lícita" (8).

O juízo disjuntivo é um juízo complexo, sendo composto de *dois* juízos hipotéticos, cuja conexão proposicional é expressa pela conjunção *ou*. Isto infere-se da maneira como o próprio Cossio formula literalmente a estrutura da norma jurídica: "Dada una situación coexistencial como el hecho inicial de una totalidad sucesiva (H), debe ser la prestación de alguien (P) como alguien obligado (Ao), ante alguien titular (At); o dado el entuerto como no prestación (no-P), debe ser la sanción del responsable (S) impuesta por un funcionario obligado a ello (Fo) gracias a la pretensión de la Comunidad (pC)" (9).

LOURIVAL VILANOVA, embora concordando com a disjuntividade do juízo implicado na norma jurídica, conforme Cossio, não adota a terminologia do jusfilósofo argentino, denominando a endonorma de *norma primária* e a perinorma de *norma secundária*, em sentido inverso do da teoria kelseniana. Justifica a sua terminologia, salientando "não ser possível considerar a norma que não sanciona como supérflua" e explicando que "as denominações adjetivas 'primária' e 'secundária' não exprimem relações de ordem temporal ou causal, mas de antecedente lógico para conseqüente lógico" (10).

Preferimos a terminologia da teoria egológica, tendo em vista que as expressões *norma primária* e *norma secundária* conduzem a entender tratar-se de duas normas, enquanto as expressões *endonorma* e *perinorma* melhor designam os seus objetos, isto é, melhor indicam as partes (membros) interdependentes de uma mesma norma.

Embora a norma jurídica geral (abstrata) tenha sempre a estrutura de um juízo disjuntivo, a norma jurídica individual pode apresentar a forma de um juízo categórico. Disto bem se apercebeu Kelsen:

"Apenas as normas individuais podem ser categóricas, no sentido de que prescrevem, autorizam ou positivamente permitem uma dada

(8) *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, pp. 661-662. Enfatiza o jurista argentino: "La norma jurídica mienta la libertad de la conducta en la totalidad de sus posibilidades, pues considera lo que ocurriere como deber y también lo que ocurriere, no ocurriere como deber (es decir, lo que ocurriere como transgresión), captando así plenamente el hecho de la libertad, que consiste en ser posibilidad" (*op. cit.*, p. 338).

(9) *Op. cit.*, p. 686.

(10) *Op. cit.*, pp. 64-65. A terminologia do jurista pernambucano coincide com a de FRITZ SCHREIER (cf. *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*. Trad. esp. de EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ. México, Editora Nacional, 1975, pp. 154 e 240-241).

conduta de determinado indivíduo sem a vincular a determinado pressuposto". Contudo, ele adverte que "as normas individuais também podem ser hipotéticas, quer dizer, fixar apenas como condicionalmente devida a especificada conduta de um determinado indivíduo" (11).

Vale salientar que, apenas antes de sua concretização mediante o fenômeno da incidência, a norma jurídica geral apresenta a estrutura de um juízo disjuntivo, compondo-se de dois juízos hipotéticos interconexos. Com a incidência da endonorma ou da perinorma, a norma jurídica geral, concretizando-se, assume a estrutura de um juízo categórico. Não é outro o ponto de vista de GARCÍA MÁYNEZ:

"Aun cuando parezca paradójico, antes de la realización de sus supuestos toda norma es hipotética y, cuando aquéllos se producen, deviene categórica" (12).

Tanto a endonorma como a perinorma compõem-se, sob o prisma lógico, de um suposto (ou pressuposto, ou antecedente, ou hipótese de incidência, ou descriptor) e de uma disposição (ou preceito, ou consequência, ou prescriptor), unidos pela cópula imputativa (deve ser). O suposto da endonorma pode referir-se a fatos que não a conduta (humana), embora a disposição, seja endonormática ou perinormática, dirija-se sempre à conduta (humana). Daí salientar Kelsen:

"Na verdade, a consequência não é imputada apenas a uma conduta humana, ou — expresso na terminologia usual — a consequência não é somente imputada a uma pessoa, mas também a fatos ou circunstâncias exteriores. Mas é sempre e apenas a conduta humana que é imputada" (13).

Todavia, há de ressaltar-se que o suposto da perinorma descreve, necessariamente, uma conduta (humana) ilícita, seja comissiva ou omissiva.

Dado o fenômeno da consecutividade normativa, muito bem analisado por CARLOS COSSIO (14), é possível que a endonorma de uma norma coincida, concorde ou se superponha com a perinorma de outra. Isto ocorre, por exemplo, entre a perinorma que imputa uma sanção pelo inadimplemento de uma obrigação tributária e a endonorma que impõe ao fiscal de tributos a expedição do auto de infração.

## 2. A incidência da norma jurídica

O suposto da norma jurídica descreve hipoteticamente os fatos naturais ou sócio-culturais que, ocorrendo concretamente, irradiam os efeitos que a disposição prescreve abstratamente.

(11) *Teoria Pura do Direito*, ed. cit., pp. 154-155. No mesmo sentido, v. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES. *Lançamento Tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 111.

(12) *Introducción al Estudio del Derecho*. 31ª ed., México, Porrúa, 1980, p. 14.

(13) *Teoria Pura do Direito*, ed. cit., p. 152. A respeito, afirma ainda este autor: "En este sentido, hechos que no representan un comportamiento humano pueden entrar en el contenido de una norma de derecho" (*Teoría General del Derecho y del Estado*, ed. cit., pp. 3 e 4).

(14) Cf. *op. cit.*, pp. 663-673.

A concretização dos fatos previstos no suposto constitui o fenômeno da incidência da norma jurídica, o qual faz surgir, necessariamente, o fato jurídico. No suposto está representado abstratamente o suporte fático, que, ao realizar-se, conduz infalivelmente à incidência da norma jurídica. A norma incidente, qualificando-o juridicamente, transforma-o em fato jurídico. “A regra jurídica” — afirma PONTES DE MIRANDA — “é objetiva e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico” (15). E esclarece: “se aquilo que a regra jurídica prevê se compõe, no mundo dos fatos, incide ela, qualificando como fato jurídico aquilo que foi previsto e se compôs” (16). Daí denominar-se, precedentemente, de hipótese de incidência (17) o suposto jurídico.

A incidência da endonorma antecede, lógica e cronologicamente, à incidência da perinorma. A perinorma incide quando descumpridos os deveres jurídicos decorrentes da incidência da endonorma.

A incidência caracteriza-se pela *infalibilidade* e pela *inesgotabilidade*.

A infalibilidade (18) decorre do fato de que, composto o suporte fático, a norma jurídica incide necessariamente, imputando determinada (s) conduta (s) a um ou mais membros da comunidade jurídica. No caso de normas jurídicas *não-cogentes*, embora a sua incidência esteja condicionada à vontade do destinatário (19), não se pode negar a infalibilidade da mesma. Na hipótese, por exemplo, de normas dispositivas, o núcleo do suporte fático é integrado pelo fato da não-manifestação de vontade em sentido diverso do que estatui a norma. Ocorrendo esta manifestação, o suporte fático é insuficiente, não incidindo a norma. Não acontecendo esta manifestação, o suporte fático torna-se suficiente, dando-se a incidência da norma (20).

A infalibilidade da incidência importa que ela independe da observância ou aplicação da norma (21). Malgrado a eficácia (sentido kelseniano) — que se realiza mediante a observância e a aplicação das normas incidentes — constitua ideal de toda ordem jurídica, em muitos casos, seja por inexistir obser-

(15) *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, t. V (1955), § 599, nº 2, p. 225.

(16) *Incidência e Aplicação da Lei*. *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*, a. 1, n. 1. Recife, 1956, p. 52. Dentro desta orientação, escreve MARCOS BERNARDES DE MELLO: “A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico” (*Contribuição à Teoria do Fato Jurídico*, Maceió, 1980, p. 33).

(17) Expressão que foi adotada pela grande maioria dos tributaristas brasileiros, destacando-se GERALDO ATALIBA, com o seu valioso trabalho *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo, R.T., 1973.

(18) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, t. 1 (1954), § 5º, nº 1, p. 16.

(19) Cf. MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Contribuição à Teoria do Fato Jurídico*. Maceió, 1980, p. 36.

(20) Neste sentido, v. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, t. 3 (1954), § 250, nº 3, p. 10.

(21) Sobre a distinção entre observância e aplicação, v. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, ed. cit., p. 327; JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Lançamento Tributário*, ed. cit., pp. 92-94.

vância ou aplicação, seja por não haver coincidência entre incidência e aplicação, a norma incidente torna-se ineficaz (não é cumprida espontânea ou coativamente).

A incidência é inesgotável, isto é, toda vez que o suporte fático realiza-se, a norma jurídica incide. Mesmo quando a norma jurídica se refira a uma única situação, estará caracterizada a inesgotabilidade da incidência, significando que, "sempre que o seu suporte fático se tornar concreto e suficiente, ela incidirá" (22).

Não basta que a lei exista para que possa incidir. A incidência da norma jurídica pressupõe a sua vigência. Embora existente, a norma jurídica, não estando em vigor — como, por exemplo, a lei no período da *vacatio legis* e as normas constitucionais suspensas durante o estado de sítio (arts. 156 e 157 da Constituição federal) —, não incidirá.

Daí conceituar-se a vigência como a possibilidade de a norma incidir. "Estar em vigor a lei" — salienta PONTES DE MIRANDA — "não significa que a lei já incida. Significa, apenas, que a lei já pode incidir" (23). Em suma, a vigência é a incidibilidade da norma jurídica.

A incidência só é possível dentro do âmbito de validade da norma. O âmbito de validade, conforme Kelsen (24), abrange quatro esferas: a espacial, a temporal, a pessoal e a material (25). A norma não incide fora de qualquer destas esferas de validade. Uma lei municipal só incide nos limites territoriais do Município. As normas revogadas, ou cujo prazo de validade tenha-se esgotado, não mais incidem. O Estatuto dos Funcionários Públicos Federais não incide em relação aos empregados da União. As normas de direito civil reguladoras do contrato de prestação de serviço não incidem sobre as relações trabalhistas. Assim sendo, constata-se que o âmbito de validade (KELSEN) da norma jurídica confunde-se com o seu âmbito de incidência (PONTES DE MIRANDA).

O efeito imediato da incidência da norma jurídica é a juridicização do suporte fático, isto é, a constituição do fato jurídico. Carece de rigor científico a distinção entre normas jurídicas juridicizantes, desjuridicizantes e pré-juridicizantes (ou pré-excludentes de juridicidade) (26). Para que um determinado fato jurídico seja desjuridicizado, é imprescindível a constituição de um outro fato jurídico que tenha o efeito de expulsá-lo do "mundo" jurídico. Ou seja, a desjuridicização de um fato jurídico está condicionada à ocorrência

(22) MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, p. 37.

(23) *Incidência e aplicação da lei*, in rev. e vol. cit., p. 52. A respeito, v. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Lei Complementar Tributária*, São Paulo, R.T. — EDUC, 1975, pp. 39-40; MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, pp. 37-39.

(24) Cf. *Teoría General del Derecho y del Estado*, ed. cit., pp. 49-51; *Teoría Pura do Direito*, ed. cit., pp. 32-35.

(25) Sobre a classificação das normas jurídicas desde o ponto de vista dos seus diversos âmbitos de validade, v. LUIS RECASENS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*. 5ª ed., México, Editorial Porrúa, 1979, pp. 179-181; EDUARDO GARCIA MAYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, ed. cit., pp. 80-83; ABELARDO TORRE, *op. cit.*, pp. 147-148 e 150-151.

(26) Distinção formulada por PONTES DE MIRANDA (cf. *Tratado de Direito Privado*, ed. cit., t. 1, pp. 28 e 75) e adotada por MARCOS BERNARDES DE MELLO (cf. *op. cit.*, pp. 46-48).

de uma situação fática hipoteticamente prevista na norma jurídica. Só com a incidência da norma sobre esta situação fática (suporte fático), juridicizando-a (= transformando-a em fato jurídico), é que haverá a expulsão de um fato jurídico do sistema. Por isso, o exemplo dado por MARCOS BERNARDES DE MELLO, apontando o art. 1.151 do Código Civil como norma jurídica desjuridicizante (27), é falho.

No caso, se houve ingratidão do donatário, o contrato de doação é revogável pelo doador. Para que o negócio jurídico da doação seja desjuridicizado, é indispensável que se realize um determinado suporte fático, composto dos seguintes elementos: 1) ingratidão do donatário; 2) manifestação de vontade revogatória do doador. Desta maneira, com a incidência do mencionado artigo 1.151 sobre este suporte fático, constitui-se o fato jurídico de revogação da doação.

Também a pré-exclusão da juridicidade de um suporte fático está condicionada à juridicização de um outro suporte fático. Aqui igualmente, o exemplo do prof. MARCOS BERNARDES DE MELLO, ao indicar o art. 160 do Código Civil como espécie de norma pré-excludente de juridicidade (28), mostra-se falho. Na hipótese, a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular de um direito são os suportes fáticos sobre os quais incide o art. 160, transformando-se em fatos jurídicos excludentes da incidência do art. 159, ou seja, fatos jurídicos que impedem a constituição do ato ilícito.

Na realidade, portanto, é completamente falso contraporem-se as normas jurídicas cuja incidência provoca a juridicização do suporte fático àquelas cuja incidência importa a desjuridicização de um fato jurídico ou a pré-exclusão de juridicidade de um suporte fático. A incidência da norma jurídica terá sempre o efeito imediato de juridicizar um suporte fático qualquer. O fato jurídico daí resultante é que poderá ser desjuridicizante de outros fatos jurídicos ou pré-excludente da juridicização de outros suportes fáticos, como também apenas invalidante ou deseficacizante de outros fatos jurídicos. Nenhuma dessas conseqüências realizar-se-á sem a intermediação de um fato jurídico.

### 3. O suporte fático

O suporte fático é o fato (ou conjunto de fatos) natural ou sócio-cultural ao qual as normas de direito (positivo) atribuem efeitos jurídicos. Constitui-se dos dados-de-fato previstos abstratamente na hipótese de incidência normativa. Sua realização concreta implica a incidência da norma jurídica, que o transforma em fato jurídico. Apresenta-se, pois, como o substrato do fato jurídico, embora nele possam estar incluídos fatos já juridicizados (29).

(27) Cf. *op. cit.*, p. 47.

(28) Cf. *op. cit.*, pp. 47-48.

(29) Cf. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. 1, ed. cit., § 13, nº 4, pp. 34-35. O Prof. MARCOS BERNARDES DE MELLO (*op. cit.*, p. 26), baseado nos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA, distingue o suporte fático hipotético e o suporte fático concreto. Para manter o rigor terminológico, empregaremos a expressão *suporte fático* apenas nesta última acepção. O que ele denomina *suporte fático hipotético* identifica-se com o conceito de *hipótese de incidência* (ou suposto, ou antecedente, ou pressuposto, ou descritor).

O suporte fático, seja um fato natural ou sócio-cultural, não entra no "mundo" jurídico com sua estrutura e conteúdo originários, como bem enfatiza PONTES DE MIRANDA: "Não entra, sempre, todo ele. Às mais das vezes, despe-se de aparências, de circunstâncias, de que o direito abstraiu; e outras vezes se veste de aparências, de formalismo, ou se reveste de certas circunstâncias, fisicamente estranhas a ele, para poder entrar no mundo jurídico" (30). Daí ressaltar KARL ENGISCH que, "nas regras jurídicas, não é uma situação de fato em si dada que é conceitualmente fixada e tornada objeto de enunciados cognitivos, mas, antes, as situações da vida que são demarcadas e por assim dizer *recriadas* (...) como pressupostos de certas conseqüências jurídicas" (31). Numa linguagem metafórica, pode-se afirmar que a norma incidente "purifica" o suporte fático, elevando-o à categoria dos fatos jurídicos.

O suporte fático pode ser simples ou complexo, conforme seja composto de um único fato ou de um grupo de fatos. Em regra, o suporte fático é complexo (32), nele sobrelevando-se o núcleo. O núcleo (ou *cerne*) é a parte do suporte fático de cuja composição depende a própria "existência" do fato jurídico (33). Distinguem-se, pois, os elementos que integram o núcleo (completantes) e os elementos que apenas o complementam (complementares) (34). Enquanto os primeiros referem-se à "existência" do fato jurídico, os segundos produzem conseqüências tão-só quanto à validade ou à eficácia do mesmo.

Para que a norma jurídica incida, é imprescindível a suficiência do suporte fático: o suporte fático insuficiente não se transforma em fato jurídico. Quando se trata de suporte fático simples, o problema se resume à verificação da ocorrência do fato normativamente previsto. Em se tratando de suporte fático complexo, cabe constatar se todos os seus elementos nucleares se computaram (35).

Quando a vontade é elemento relevante (atos jurídicos *lato sensu*), o suporte fático pode ser eficiente ou deficiente. Ao passo que a insuficiência do suporte fático implica a "inexistência" do fato jurídico, a deficiência importa-lhe tão-somente a invalidade ou a ineficácia. O suporte fático é deficiente por lhe faltar qualquer dos seus elementos complementares (36).

(30) *Tratado...*, I, ed. cit., § 7, nº 1, p. 20. Neste mesmo sentido, v. LOURIVAL VILANOVA, *op. cit.*, pp. 46-47.

(31) *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. port. de J. BAPTISTA MACHADO. 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 20.

(32) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, I, ed. cit., § 8, nº 5, p. 25.

(33) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, I, ed. cit., § 13, nº 2, pp. 33-34; MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, p. 28.

(34) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, III, ed. cit., p. 12; MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, p. 29.

(35) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, I, ed. cit., § 9º e § 10º, nº 6; MARCOS BERNARDES, *op. cit.*, pp. 42-44.

(36) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsol, t. 4 (1954), § 356, nº 1, pp. 3-4; MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, pp. 44-46.



#### 4. O Fato Jurídico

##### 4.1 Conceito e composição do fato jurídico

Quando qualificado pela norma jurídica incidente, o suporte fático transforma-se em fato jurídico. “Fato Jurídico” — define PONTES DE MIRANDA — “é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico” (37).

Conforme afirmamos anteriormente, quando convertido em fato jurídico, o suporte fático perde sua estrutura e seu conteúdo originário. Nem todas as propriedades do fato natural ou sócio-cultural previsto na hipótese de incidência têm relevância jurídica. Como salienta LOURIVAL VILANOVA, “o que determina quais propriedades entram, quais não entram, é o ato-de-valorização que preside à feitura da hipótese da norma” (38). Daí declarar PONTES DE MIRANDA que “o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide” (39). Por outro lado, a norma jurídica incidente acrescenta novas propriedades ao suporte fático.

Vale salientar, igualmente, que nem sempre o desaparecimento ou a transformação do suporte fático implica a extinção ou a modificação do fato jurídico e vice-versa. “La extinción de la situación de hecho natural” — afirma SCHREIER — “no significa necesariamente la desaparición del hecho jurídico. Por otra parte, el hecho natural puede perdurar aún cuando el jurídico haya sido aniquilado” (40). O exemplo dado pelo jurista austríaco é bastante esclarecedor:

“El fallecimiento real del ausente, verbigracia, es jurídicamente irrelevante mientras no existe una declaración de muerte” (41).

Assim como se devem distinguir o suporte fático e o fato jurídico, há de evitar-se também a confusão entre fato jurídico e suposto jurídico (hipótese de incidência). Sem rigor conceitual e terminológico, FRITZ SCHREIER indentificou o fato jurídico e o suposto jurídico, discorrendo:

“Por lo que toca, en primer término, a la palabra hecho jurídico, hay que advertir que consideramos como sinónimos los vocablos hecho jurídico y supuesto jurídico. La expresión hecho jurídico es indudablemente equívoca, ya que también se usa para designar un hecho real, temporalmente localizado. No creemos, sin embargo, que estas dos significaciones puedan ser confundidas y, en consecuencia, preferimos emplear la expresión consagrada por la terminología jurídica tradicional, pero en el sentido de supuesto o hipótesis jurídica” (42).

Em realidade, porém, como observa GARCIA MÁYNEZ (43), o *fato jurídico*, enquanto conceito ontológico-jurídico fundamental, é o correlato, no plano

(37) *Tratado...*, I, § 7, nº 1, p. 20.

(38) *Op. cit.*, p. 46.

(39) *Tratado...*, I, § 23, nº 1, p. 77.

(40) *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*. Trad. esp. de EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ. México, Editora Nacional, 1975, p. 177.

(41) *Op. cit.*, pp. 146-147.

(42) *Op. cit.*, p. 145.

(43) *Cf. Lógica del Concepto Jurídico*. México, Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 175.

da conduta, do *suposto jurídico*, o qual se inclui entre os conceitos lógico-jurídicos fundamentais. Enquanto o suposto é elemento da norma jurídica abstrata, "o fato jurídico não é parte sua, senão realização da hipótese que a norma abstratamente formula" (44).

Do exposto, infere-se que o fato jurídico não é um objeto puramente *ideal*, tampouco um objeto simplesmente *real*.

O fato jurídico é composto do suporte fático, que é o seu substrato, *mais* o sentido ou significado que a este atribui a norma jurídica incidente.

O suporte fático é o seu componente *real, existencial*; a norma jurídica incidente confere-lhe o componente *ideal* (o sentido ou significado jurídico). Mesmo quando o suporte fático é composto de outro fato jurídico, este incorpora ao novo fato jurídico o seu substrato real.

Diante de tudo isto, constata-se que não foi bem formulada por SCHREIER a chamada *lei da causalidade jurídica*: "No hay consecuencias de derecho sin supuesto jurídico" (45). Conforme sustenta GARCÍA MÁYNEZ, "lo que produce las consecuencias de derecho no es el supuesto de la norma, sino su *realización*, y aquéllas no fungen como elementos de un juicio, sino de una *relación jurídica*" (46). O suposto jurídico e a disposição normativa apenas prevêem abstratamente os fatos e efeitos jurídicos, respectivamente. Os efeitos jurídicos só são produzidos quando, incidindo a norma jurídica sobre o suporte fático, constitui-se o fato jurídico. Portanto, com rigor conceitual e terminológico, propomos a seguinte formulação da denominada *lei da causalidade jurídica*: "Não há efeito jurídico sem fato jurídico" (47).

## 4.2 Classificação dos fatos jurídicos

### 4.2.1 Conforme as suas inter-relações (SCHREIER)

#### a) Fatos jurídicos parciais ou dependentes e fatos jurídicos totais ou independentes

Segundo FRITZ SCHREIER (48), ao fato jurídico que é condição necessária e suficiente da consequência de direito, ou seja, que produz por si só, independentemente de qualquer outro fato jurídico, os efeitos jurídicos previstos na disposição normativa, dá-se a denominação de *fato jurídico total ou independente*; ao fato jurídico cujos efeitos jurídicos só se irradiam quando da *existência* de um ou mais outros fatos jurídicos, dá-se a de *fato jurídico parcial*

(44) GARCÍA MÁYNEZ. *Filosofía del Derecho*. México, Porrúa, 1974, p. 348. Refutando diretamente Schreier, escreve este autor: "El hecho jurídico no es supuesto de las normas atributivas y prescriptivas, sino realización de la hipótesis que cada una de ellas formula" (*Lógica del Concepto Jurídico*, ed. cit., p. 176).

(45) *Op. cit.*, p. 146.

(46) *Lógica del Concepto Jurídico*, ed. cit., p. 166. "No terreno jurídico, regra jurídica e suporte fático devem concorrer como causas do fato jurídico, ou das relações jurídicas" (PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, I, § 23, nº 2, p. 77).

(47) Sobre a *causalidade jurídica*, v. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, I, § 6, pp. 18-19.

(48) *Cf. op. cit.*, pp. 147-148.

*ou dependente*. Os fatos jurídicos parciais podem ser absoluta ou relativamente dependentes:

“Absolutamente dependientes son los hechos jurídicos que por sí mismos no engendran ninguna consecuencia, es decir, aquellos que sólo producen consecuencias de derecho cuando forman parte de un hecho jurídico total. (...) Relativamente dependientes son los hechos jurídicos que pueden producir por sí determinadas consecuencias de derecho, pero no otras, que solamente engendran cuando se hallan unidos a nuevos hechos jurídicos relativa o absolutamente dependientes” (49).

Criticando a classificação do jurista austríaco, GARCÍA MÁYNEZ sustenta que “los llamados por él *absolutamente dependientes* en rigor *no son hechos jurídicos*, ya que no pueden, por sí, esto es, independientes de los demás que fungen como *elementos* del hecho jurídico total, producir efectos jurídicos” (50). Entretanto, há situações em que a norma jurídica incide sobre o seu suporte fático, transformando-o em fato jurídico, mas este não produz imediatamente os efeitos previstos na disposição normativa, os quais só se irradiarão quando da ocorrência de um fato jurídico futuro (51). Exemplificando: os efeitos jurídicos específicos do testamento estão condicionados à morte do testador; nem por isso pode negar-se que o ato de testamento seja um fato jurídico. Portanto, malgrado a definição de SCHREIER ter sido mal formulada, podendo levar a equívocos, não se confundem os fatos jurídicos absolutamente dependentes e os simples elementos do suporte fático de um fato jurídico.

Com base na classificação acima considerada, SCHREIER distinguiu a fusão unilateral e recíproca dos fatos jurídicos:

“En el caso de la fusión unilateral, la consecuencia del hecho jurídico fundante puede producirse aún cuando el supuesto jurídico fundado no se realice. (...) Entre los *hechos jurídicos recíprocamente fusionados* se encuentran aquellos relativamente a los cuales *la consecuencia del hecho jurídico fundante se halla condicionada por la realización del hecho jurídico fundado*. La relación de fusión es, pues, reversible, porque cada hecho parcial ... es, al mismo tiempo, fundante e fundado. Ocurre esto en el caso de los hechos absolutamente dependientes” (52).

Contudo, também em se tratando de fatos jurídicos relativamente dependentes, encontram-se casos nos quais há relação de fusão recíproca, sendo necessário, nestas hipóteses, que o fato jurídico seja “qualificado em uma forma específica” (53).

(49) FRITZ SCHREIER, *op. cit.*, pp. 149-150.

(50) *Filosofía del Derecho*, ed. cit., pp. 353-354.

(51) Nestas hipóteses, segundo a terminologia de PONTES DE MIRANDA (cf. *Tratado...*, I, § 5º, nº 2, pp. 16-17), há a *eficácia da regra jurídica* ou *nomológica*, mas *ainda não há a eficácia jurídica*.

(52) *Op. cit.*, pp. 151-153.

(53) FRITZ SCHREIER, *op. cit.*, p. 153.

## b) *Fatos jurídicos compatíveis e incompatíveis*

Os fatos jurídicos compatíveis somam suas conseqüências ou, ao constituírem um fato jurídico total, produzem unitariamente novos efeitos. Como bem define GARCÍA MÁYNEZ, expressando o pensamento de SCHREIER, “un hecho jurídico es incompatible con otro si, al enlazarse con él, aniquila sus efectos” (54). O exemplo mais sensível desta categoria está constituído pela condição resolutoria: “sua realização produz o efeito de aniquilar o fato jurídico sujeito à tal condição” (55).

SCHREIER classifica os fatos jurídicos incompatíveis em duas espécies: os absoluta e os relativamente incompatíveis.

“En primer lugar” — afirma ele —, “tenemos hechos jurídicos absolutamente incompatibles (negativos), que no pueden desempeñar más función, al encontrarse con otros hechos de determinada especie, que la de aniquilar a estos últimos. (...) Ejemplos: desistimiento, revocación, renuncia, rescisión. En segundo lugar, hay hechos jurídicos relativamente incompatibles, que tienen significación jurídica propia, ya sea como hechos jurídicos dependientes o independientes; pero que, al encontrarse con otros hechos jurídicos de determinada especie, los aniquilan. La muerte de un hombre, por ejemplo, es supuesto jurídico del derecho hereditario, pero al mismo tiempo destruye determinados hechos jurídicos. Así, por ejemplo, la pena desaparece con la muerte del condenado” (56).

Salienta SCHREIER que a distinção entre fusão unilateral e recíproca também é aplicável aos fatos jurídicos incompatíveis.

“Existe fusión recíproca” — discorre ele — “cuando la incompatibilidad es reversible, es decir, cuando los hechos jurídicos se destruyen recíprocamente, de tal suerte que todas las consecuencias jurídicas existentes desaparecen. (...) También existe la posibilidad de una fusión unilateral, la cual ocurre cuando la consecuencia jurídica del hecho fundante resulta aniquilada, en tanto que el hecho jurídico fundado tiene una nueva consecuencia de derecho. Es claro que esta figura sólo es posible cuando el hecho fundado es relativamente incompatible, porque a un hecho jurídico absolutamente incompatible no se le puede imputar ninguna consecuencia de derecho” (57).

Retificando o mestre austríaco, é de afirmar-se que, em se tratando de fusão unilateral, o fato fundado jamais será absolutamente incompatível, porque, em caso contrário, ele não produziria nenhum outro efeito que o de aniquilar o fato fundante.

(54) *Introducción al Estudio del Derecho*, ed. cit., p. 179.

(55) FRITZ SCHREIER, *op. cit.*, p. 176.

(56) *Op. cit.*, p. 178. v., a respeito, GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del Derecho*, ed. cit., pp. 355-356.

(57) *Op. cit.*, pp. 178-179.

#### 4.2.2. Conforme os elementos constitutivos do suporte fático

São fatos jurídicos todos os fatos naturais ou sócio-culturais a que o ordenamento jurídico imputa determinados efeitos. Neste sentido lato, a expressão *fato jurídico* é empregada para designar “todo acontecimento, dependente, ou não, da vontade humana, a que o direito atribui efeito”<sup>(58)</sup>. Conforme os elementos que a norma jurídica considera relevantes à *entrada* do fato no mundo jurídico, isto é, tendo em vista os elementos nucleares do suporte fático, os fatos jurídicos *lato sensu* incluem-se em uma das seguintes categorias: a) fatos jurídicos *stricto sensu*; b) atos-fatos jurídicos lícitos; c) atos jurídicos lícitos; d) atos-fatos jurídicos ilícitos; e) atos jurídicos ilícitos.

PONTES DE MIRANDA acrescenta a categoria dos fatos jurídicos ilícitos:

“Sempre que alguém responde pela força maior, ou pelo caso fortuito, responde pelo fato ilícito; com ela, lesado foi direito absoluto (fato ilícito absoluto), ou direito relativo (fato ilícito relativo). Houve fato ilícito. Não houve ato humano”<sup>(59)</sup>.

Em realidade, entretanto, a ilicitude decorre do descumprimento dos deveres (*lato sensu*) impostos a determinada pessoa pelo dispositivo (= preceito ou prescritor) de uma endonorma, ou seja, a ilicitude é o resultado da não realização da conduta (comissiva ou omissiva) imputada pelo dispositivo de uma endonorma a determinado sujeito de direito. Como dissemos anteriormente (v. item 1), embora a hipótese de incidência da endonorma possa referir-se a fatos que não a conduta (humana), seu preceito sempre prescreve uma conduta. Daí por que a incidência da perinorma pressupõe a ocorrência de uma ação ou omissão que contrarie a conduta estabelecida no preceito da endonorma incidente. Tão-somente a conduta (humana) é qualificável em lícita ou ilícita. Aos demais fatos jurídicos não é aplicável esta distinção: eles não representam o cumprimento ou o descumprimento de deveres imputados pelas normas jurídicas; apenas criam efeitos jurídicos. Assim compreendendo, incluímos na categoria dos fatos jurídicos *stricto sensu* os pretensos “fatos jurídicos ilícitos” (o caso fortuito e a força maior que importam a responsabilização de um sujeito de direito).

Fato jurídico *stricto sensu* é todo aquele em cujos elementos essenciais do suporte fático não se encontra qualquer ato humano. Escreve PONTES DE MIRANDA: “Fatos jurídicos *stricto sensu* são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição deles, ato humano, ainda que, antes da entrada deles no mundo jurídico, o tenha havido; e.g., nascimento, morte, idade, adjunção, mistura, confusão, produção de frutos, aluvião, aparição de ilha”<sup>(60)</sup>.

(58) ORLANDO GOMES. *Introdução ao Direito Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 225.

(59) *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, t. 2 (1954), § 162, nº 1, p. 193.

(60) *Tratado...*, II, § 160, nº 1, p. 187. “Todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, denomina-se fato jurídico *stricto sensu*. O nascimento, a morte, o implemento de idade, a confusão, a produção de frutos, o aluvião, a avulsão, são exemplos de fatos jurídicos *stricto sensu*” (MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, p. 70).

Eventualmente, ao suporte fático do fato jurídico *stricto sensu* estão ligados atos humanos, como, por exemplo, no caso de morte provocada por assassinio ou suicídio. Isto, todavia, em nada atinge a classificação do fato jurídico, dado que, conforme bem observa MARCOS BERNARDES DE MELLO, "se o fato, em si, prescinde de ato humano para existir, a presença de um ato, eventualmente, em sua concreção, não o desfigura nem o faz mudar de categoria" (61).

Quando, embora se encontrem atos humanos entre os elementos essenciais do suporte fático, a vontade não lhe é elemento relevante, estamos diante de um ato-fato jurídico. Nesta hipótese, apenas interessa o resultado do ato humano, sendo indiferente se o agente o quis ou não. Abstrai-se do ato humano, portanto, qualquer elemento volitivo (62).

O ato-fato jurídico pode ser lícito ou ilícito, conforme haja observância ou inobservância do que prescrevem as normas jurídicas incidentes. Não há por que empregar-se a terminologia *ato-fato jurídico* e *ato-fato ilícito*, eis que o *ato-fato ilícito* é um fato juridicamente qualificado e, conseqüentemente, também é um ato-fato jurídico. Entre os atos-fatos jurídicos lícitos destacam-se os seguintes: tradição da posse; tomada de posse; ocupação; especificação; feitura de livro, de quadro, de estátua; descoberta científica; habitação; invenção; abandono da posse; abandono da propriedade imobiliária; imposição de nome ou de pseudônimo; auto-imposição de nome e de pseudônimo; pagamento (63). Dentre os atos-fatos jurídicos ilícitos sobressaem-se o mau uso da propriedade, a tomada de posse com violação da posse de outrem e a gestão de negócios contra a vontade presumível ou manifestada do dono (64).

O ato jurídico lícito é espécie de fato jurídico cuja vontade é elemento nuclear do suporte fático. Se a vontade for irrelevante, o ato humano entrará para o mundo jurídico como *ato-fato jurídico*.

Na categoria dos atos jurídicos lícitos, a maioria dos autores distinguem o grupo dos atos jurídicos *stricto sensu* e o dos negócios jurídicos. No entanto, não há unidade doutrinária quanto aos elementos diferenciadores. Para grande parte da doutrina, o que diferencia o ato jurídico *stricto sensu* do negócio jurídico são os seus efeitos jurídicos: quando estes são livremente escolhidos pela vontade, o ato jurídico chama-se *negócio jurídico*; se prefixados pela norma jurídica incidente, denomina-se *ato jurídico stricto sensu* (65). Este critério classificatório carece de rigor científico, tendo em vista que a predeterminação *legal* dos efeitos jurídicos é uma simples questão de grau, de quantidade: há sempre certos efeitos jurídicos normativamente prefixados, inafastáveis pela vontade.

(61) *Op. cit.*, p. 71.

(62) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. 1, § 26, p. 83, nº 2, e t. 2, § 209, pp. 372-373; MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, p. 71.

(63) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, II, pp. 186 e 373-394.

(64) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, II, pp. 186 e 193.

(65) Nesta orientação, v. M.M. DE SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, v. 1, 1954, nº 243, p. 400; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, v. 1, nº 82, p. 233.

Dáí alguns autores terem procurado critérios classificatórios mais rigorosos. Segundo PONTES DE MIRANDA, “no ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação de escolha a escolhido” (66). O negócio jurídico dele diferencia-se por implicar escolha de certa categoria jurídica. A prefixação legal dos efeitos a serem produzidos pela categoria jurídica escolhida não descaracteriza os negócios jurídicos. “No negócio jurídico” — afirma MARCOS BERNARDES DE MELLO — “a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados livremente a cada um” (67). Rigorosamente, pois, o que o distingue do ato jurídico *stricto sensu* é a faculdade de escolha da categoria jurídica. “Em ambas as situações” — conclui MARCOS BERNARDES DE MELLO — “temos, em comum, a circunstância de que a vontade é elemento nuclear do suporte fático e, portanto, a sua manifestação serve à atuação (incidência) da norma jurídica correspondente, e como dado diferencial, o poder de escolha da categoria jurídica” (68). No ato jurídico *stricto sensu*, a manifestação de vontade limita-se a compor o suporte fático, ao passo que, no negócio jurídico, ela importa opção entre as categorias juridicamente permitidas. São exemplos de atos jurídicos *stricto sensu* a constituição de domicílio, o perdão, a quitação e a confissão. Dentre os negócios jurídicos, sobressaem-se as promessas unilaterais e os contratos.

Aos atos jurídicos lícitos contrapõem-se os atos jurídicos ilícitos. Estes são atos humanos (comissivos ou omissivos) que se opõem à conduta imputada positiva ou negativamente pelo sistema jurídico. A composição do seu suporte fático — constituído por conduta que descumpra a endonorma incidente — é *causa* da incidência da perinorma e, portanto, condição da aplicação de uma ou mais sanções. Dele diferencia-se o ato-fato jurídico ilícito. A culpa (*culpa stricto sensu* ou dolo) não é elemento relevante do suporte fático do ato-fato ilícito, interessando apenas o resultado do ato humano, mas ela apresenta-se como elemento essencial do suporte fático do ato ilícito (69).

O ato ilícito pode ser relativo ou absoluto. O ilícito relativo pressupõe a existência de uma relação jurídica de direito pessoal entre o lesante e o lesado (por exemplo: o inadimplemento de débitos e o descumprimento de deveres conjugais). O ilícito absoluto independe da existência de qualquer relação jurídica relativa entre o autor e a vítima (por exemplo: o furto e o homicídio).

#### 4.2.3. Conforme os efeitos

Exceto o ato constituinte originário, todo fato jurídico é o resultado da incidência de uma norma jurídica *positiva*. Neste sentido, todo ele é fato nor-

(66) *Tratado...*, II, § 227, nº 2, p. 447.

(67) *Op. cit.*, p. 73.

(68) *Op. cit.*, p. 72.

(69) Em sentido contrário, PONTES DE MIRANDA admite atos ilícitos *lato sensu* sem culpa (*lato sensu*), não os incluindo na categoria dos atos-fatos ilícitos (cf. *Tratado de Direito Privado*, t. 1, § 28, nº 1, p. 88, e t. 2, § 165, nºs 1 e 2). Entretanto, dado que nestas hipóteses apenas o resultado danoso do ato humano é juridicamente relevante, infere-se que se trata de espécies de atos-fatos ilícitos.

mativo-positivamente pré-qualificado. Todavia, quanto aos seus efeitos, distinguem-se os fatos jurídicos normativos e os fatos jurídicos não-normativos. Os fatos jurídicos normativos são aqueles que criam normas jurídicas gerais ou individuais. Os não-normativos não as criam.

Dentre os fatos jurídicos criadores de normas jurídicas gerais, destacam-se o ato legislativo e o costume jurídico. O ato legislativo resulta da incidência das normas constitucionais. Estas prescrevem o procedimento de elaboração das normas legais e, em regra, determina parcialmente — direta ou indiretamente — o seu conteúdo<sup>(70)</sup>. A norma geral (lei) criada pelo ato legislativo pode ter vigência (incidência) imediata (a partir da data da publicação) ou diferida (há o período da *vacatio legis*.)

A validade jurídico-normativa do fato costumeiro pode decorrer de normas constitucionais ou legais, mas há também os costumes constitucionais, cujo fundamento imediato de validade é, na concepção kelseniana, a *norma fundamental*<sup>(71)</sup>. A respeito da norma jurídica costumeira escreveu AUSTIN:

“La costumbre se convierte en derecho positivo quando es adoptada como tal por los tribunales, y cuando las decisiones judiciales inspiradas en ella son hechas valer por el poder del Estado. Pero antes de ser adoptadas por los tribunales y revestidas con la sanción jurídica, son simplemente una regla de moralidad positiva, una regla generalmente observada por los ciudadanos e súbditos, regla que adquiere la única fuerza que puede atribuirsele en virtud de la desaprobadación general que recae sobre aquél que la viola”<sup>(72)</sup>.

Contestando este ponto de vista, discorre corretamente KELSEN:

“AUSTIN passa por alto el hecho de que la regla creada consuetudinariamente puede establecer sanciones — y tiene que ser de tal especie para poseer carácter jurídico —, de tal manera que la ‘costumbre se encuentra ‘revestida’ con la sanción jurídica antes de ser ‘adoptada por los tribunales’. (...) La afirmación de que los tribunales tienen

(70) “Nel passaggio della norma costituzionale a quella ordinaria sono frequenti ed evidenti sia i limiti materiali che quelli formali” (NORBERTO BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Torino, G. Giappichelli, 1960, p. 47).

(71) Sobre a norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental, v. HANS KELSEN: *Teoria Pura do Direito*, ed. cit., pp. 277-285; *Teoria General del Derecho y del Estado*, ed. cit., pp. 136-137. Em realidade, a “norma fundamental”, que não é propriamente uma norma e muito menos uma norma de direito positivo, constitui a utilização do *principio ordenador* da teoria kantiana no campo da dogmática jurídica, como adverte RECASÈNS SICHES: “No es difícil darse cuenta de que la *norma fundamental* de KELSEN significa para el derecho (y para la teoría jurídica), lo mismo que el *yo trascendental* kantiano para el conocimiento de la realidad, esto es, para la física. La norma fundamental es el principio ideal que reduce a unidad absoluta todos los elementos jurídicos y que, por tanto, crea, posibilita, condiciona o explica el objeto de conocimiento, es decir, el derecho” (In HANS KELSEN, *Compendio de Teoria General del Estado*, ed. cit., *Estudio Preliminar*, p. 71).

(72) Apud HANS KELSEN, *Teoria General del Derecho y del Estado*, ed. cit., pp. 150, nota 57.



que aplicar la regla creada por medio de la costumbre, necesariamente implica la de que la Constitución, escrita o no escrita, instituye a la costumbre como procedimiento de creación jurídica, y ello implica a su vez que los individuos que a través de su conducta forman la costumbre, son órganos del orden jurídico..." (73).

Assim compreendido, conclui-se que é diretamente do fato jurídico do costume que nasce a norma costumeira, sendo função dos tribunais aplicá-la ao caso concreto, criando norma individual.

Os fatos jurídicos criadores de norma geral não atingem diretamente as relações jurídicas (situações jurídicas e relações jurídicas *stricto sensu*). Entretanto, as normas jurídicas por eles criadas prevêm abstratamente, em suas hipóteses de incidência, os fatos aos quais as suas disposições imputam o efeito de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Estes fatos, que se juridicizam com a incidência das normas gerais, são os atos jurídicos criadores de normas individuais e concretas, ou os fatos jurídicos não-normativos. Em ambas as categorias, distinguem-se os fatos de *eficácia* (efeito jurídico) imediata e os de *eficácia* (efeito jurídico) diferida. Os fatos de *eficácia* diferida estão subordinados a termos ou condições *suspensivas*.

"Cuando la eficacia (constitutiva, modificativa o resolutoria) se encuentra sujeta al advenimiento o realización de un suceso *cierto*, nos hallamos en presencia de un *hecho jurídico sujeto a término*. Si, por el contrario, el acontecimiento venidero es contingente o incierto, la eficacia del hecho resulta *condicional*" (74).

Dentre os fatos jurídicos criadores de norma individual e os fatos jurídicos não-normativos, encontrar-se-ão fatos dos quais resultarão, cumulativa e concomitantemente, efeitos constitutivos, modificativos e extintivos de relações jurídicas, como, por exemplo, o fato jurídico da morte.

Entre os fatos jurídicos criadores de norma individual destaca-se o ato sentencial. Este é o produto da incidência das normas jurídicas gerais — substantivas e adjetivas — pertinentes ao caso em julgamento, implicando, pois, limites materiais e formais ao órgão que o põe. Também se incluem nesta categoria o ato jurídico administrativo e o ato jurídico negocial.

São incontáveis as espécies de fato jurídico não normativo: todo fenômeno natural ou sócio-cultural qualificado por normas jurídicas transforma-se em fato jurídico. Constituem espécies de fato jurídico não-normativo, entre outras, o nascimento, a morte, o acidente de trabalho, a gestão de negócios, o aluvião, a avulsão e o delito.

(73) *Teoría General del Derecho y del Estado*, ed. cit., nota 57, pp. 150-151. Como bem observa este autor, "la costumbre es procedimiento de creación jurídica en el mismo sentido que la legislación" (*op. cit.*, p. 151).

(74) EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, ed. cit., p. 178. Ao contrário do que pensa este autor (cf. *op. cit.*, pp. 178-179), o fato jurídico sujeito a termo final ou a condição resolutoria não é fato de *eficácia* diferida. O implemento do termo final ou da condição resolutoria importa o aniquilamento dos efeitos jurídicos que o fato anterior *vinha produzindo*.

## BIBLIOGRAFIA

- AFTALION, Enrique R., OLANO, Fernando García e VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 11ª ed., Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales 1980.
- ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino, G. Giappichelli, 1960.
- BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo, R.T./EDUC, 1975.
- *Lançamento Tributário*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. port. de J. BAPTISTA MACHADO. 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. port. de João Baptista Machado. 3ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1974.
- *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. esp. de EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. 2ª ed., 2ª reimp., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- *Teoría General del Estado*. Trad. esp. de LUIZ LEGAZ LACAMBRA, 15ª ed. México, Editora Nacional, 1979.
- *Compendio de Teoría General del Estado*. Trad. de LUIS RECASÉNS SICHES e JUSTINO DE AZCARATE. 2ª ed., México, Editora Nacional, 1980.
- LIARD, Louis. *Lógica*. Trad. de Godofredo Rangel. 9ª ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1979.
- MAYNEZ, Eduardo García. *Lógica del Juicio Jurídico*. México, Fondo de Cultura Económica, 1955.
- *Lógica del Concepto Jurídico*. México, Fondo de Cultura Económica, 1959.
- *Filosofía del Derecho*. México, Porrúa, 1974.
- *Incidência e Aplicação da Lei*. *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*, Recife, a. 1, n. 1, 1956.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoli, 1954-1955, t. 1-5.
- *Incidência e Aplicação da Lei*. *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*. Recife, a. 1, n. 1, 1956.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, v. 1.
- SCHREIER, Fritz. *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*. Trad. esp. de Eduardo García Máynez. México, Editora Nacional, 1975.
- SERPA LOPES, M. M. de. *Curso de Direito Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, v. 1.
- SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*. 5ª ed., México, Porrúa, 1979.
- TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. 7ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1975.
- VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo, R.T./EDUC, 1977.