

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

DIEGO GHENO

TEORIA DO FATO JURÍDICO: UTILIDADE E LIMITAÇÕES

Porto Alegre

2012

DIEGO GHENO

TEORIA DO FATO JURÍDICO: UTILIDADE E LIMITAÇÕES

Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito obrigatório para obtenção de grau de Bacharel do curso de Ciências Jurídicas e Sociais – Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Orientador: Prof. Cesar Santolim

Porto Alegre

2012

DIEGO GHENO

TEORIA DO FATO JURÍDICO: UTILIDADE E LIMITAÇÕES

Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito obrigatório para obtenção de grau de Bacharel do curso de Ciências Jurídicas e Sociais – Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

\

Aprovado em _____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Cesar Santolim - UFRGS

Prof. Luiz Renato Ferreira da Silva- UFRGS

Prof. Gerson Branco- UFRGS

Dedico este trabalho a todas as pessoas que
me auxiliam direta ou indiretamente em minha
busca de conhecimento.

AGRADECIMENTOS

À Vida, que nos é comunicada gratuitamente, e a todas as tradições culturais que cultivam nosso desejo primordial de conhecê-la, e que nos conduzem ao mistério e à beleza reveladas a cada tentativa de apreensão do Real -para o deleite de quem tem olhos para ver;

À minha família, por todo aprendizado que somente as relações íntimas oportunizam;

Ao meu professor orientador, pelo apoio;

Ao professor Luis Fernando Barzotto, pelas fundamentais lições de filosofia, as quais me ensinaram a pensar de forma mais profunda e também a me relacionar melhor com a dúvida;

À professora Maria Nazaré Cavalcanti, pelas contínuas lições de sabedoria que se revelam em nossa relação;

À amiga Loeci Maria Pagano Gali, por me ensinar que conduzir a vida por valores *a priori*, introjetados e inconscientes, representa uma vida sem criatividade;

Ao colega Daniel Báril, pelos grupos de estudo nos semestres iniciais da faculdade, essenciais para a construção deste trabalho;

Ao amigo José Gabriel da Costa, por me auxiliar a atravessar com sabedoria um momento de crise em minha graduação;

Aos colegas das turmas pelas quais passei, por todo o auxílio aos estudos.

Como libertar nosso psiquismo da
idolatria?

Jean-Ives Leloup

RESUMO

O presente trabalho tem como proposta abordar a Teoria do Fato Jurídico, concebida pelo ilustre e ainda pouco compreendido Pontes de Miranda. As reflexões que podem surgir a partir dessa importante teoria são pouco exploradas pelos operadores e doutrinadores das Ciências Jurídicas, e sustentamos que seu conhecimento será de grande valia na busca interminável pela correta aplicação do Direito, principalmente no tocante à eficácia da comunicação. A segunda parte do título, “utilidade e limitações”, nasce do pressuposto filosófico de que não haverá teoria alguma que consiga encapsular, detalhar e explicar todo o fenômeno jurídico, pois faz parte de sua natureza intrínseca a constante mutação. E mesmo que fosse possível “congelar” a realidade das relações sociais por um momento, mesmo assim ela seria irreduzível à nossa razão, a qual está sempre limitada a um contexto cultural específico e à sua constituição biológica. Sendo assim, sustentamos que, ao adotarmos uma teoria, devemos ter cuidado para não nos esquecermos do que de fato ela é: apenas uma teoria, precaução essa que nos livra da ignorância de assumi-la como “a” realidade. Cabe a nós, no âmbito do Direito, compreendê-la como apenas um instrumento, fruto de um ponto de vista particulare, que pode (ou não) solucionar os intermináveis conflitos e impasses que surgem devido às constantes transformações das relações sociais. O trabalho será desenvolvido em duas partes: a primeira dedicada à compreensão de como a Teoria do Fato Jurídico entende o fenômeno jurídico (fazendo uma reflexão inicial a respeito do paradigma onde está assentada, e a seguir uma análise dos elementos que a compõem); a segunda dedicaremos à apresentação de situações jurídicas que demonstram a utilidade de tal teoria, e também de outras que escapam às suas previsões, delineando, assim, os limites de sua aplicação. Para tanto, utilizaremos do método dialético intra e interdisciplinar, e revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Civil. Teoria Geral do Direito. Filosofia do Direito. Teoria do Fato Jurídico.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1 Visão ponteana do Fato Jurídico.....	10
1.1 Alguns Pressupostos da teoria ponteana.....	11
1.1.1. Divisão entre dois mundos.....	20
1.1.2. O Acender da Lâmpada: juridicização dos fatos no mundo.....	22
1.2 Os Planos do Fato Jurídico.....	25
1.2.1. Plano da Existência.....	26
1.2.2. Suporte Fático.....	26
1.2.3. Plano da Validade.....	30
1.2.4. Plano da Eficácia.....	34
2 Utilidade e Limitações da Teoria do Fato Jurídico.....	37
2.1 Distinção entre Regras e Princípios.....	43
2.2 Utilidade da Teoria do Fato Jurídico.....	45
2.3 Limitação da Teoria do Fato Jurídico.....	48
Considerações finais	53
Referências bibliográficas	57

INTRODUÇÃO

A prática nas atividades jurídicas, seja de advocacia, consultoria, magistratura, etc., é, em regra, a fase mais esperada pelos estudantes de Direito. Visando o bom desempenho de tais atividades, é essencial o aprofundamento do estudo propedêutico do objeto a que se dedicarão em suas funções: o fato jurídico. Infelizmente, nem sempre esse tema é bem explorado na etapa de graduação.

Sustentamos essa hipótese não porque acreditamos ser a teoria ponteana uma resposta final no tocante à compreensão das relações jurídicas, mas principalmente porque acreditamos que o domínio de seus conceitos nos auxilia no refinamento de nossa linguagem e serve também como um estímulo à constante reflexão que a excelência jurídica demanda. E, conforme galgamos níveis mais elevados de precisão em nossa comunicação, ampliamos nossa capacidade de discernir realidades sutilmente parecidas, as quais podem conduzir a consequências muito diferentes.

No campo do Direito, portanto, uma linguagem grosseira, incapaz de diferenciar o sutil, cedo ou tarde resultará em soluções injustas. Uma linguagem refinada, em contrapartida, apresentará maior coerência e facilitará a análise de raciocínios que fundamentam sustentações e decisões, fato esse que nos garante um maior controle intersubjetivo de argumentação.

Isaac Newton, para citar um cientista que, em seu tempo, refinou profundamente a linguagem da Ciência a que se dedicava, certa vez foi questionado a respeito de sua genialidade. Respondeu ele: “Se eu vi mais longe, foi por estar de pé sobre ombros de gigantes”. Compreendemos essa resposta no seguinte sentido: uma nova teoria, ainda que radicalmente diferente em qualidade de teorias anteriores, sempre as utiliza como um suporte, um “trampolim para um novo salto”. Talvez essa seja a diferença entre aquilo que nos aproxima da genialidade, da criatividade, e aquilo que nos aproxima da idolatria, do fanatismo. No primeiro caso encaramos as teorias como suportes para a compreensão da realidade, enquanto que na segunda hipótese a confundimos com a realidade em si.

Isso se passa igualmente no âmbito jurídico. Ou seja, se estivermos “montados nos ombros” de ilustres juristas, com nossos “olhos abertos para podermos ver mais longe” (em vez de ficarmos “hipnotizados” por suas teorias) certamente aumentarão nossas chances de trazermos benefícios a todos os destinatários do Direito.

Na busca de excelência na estruturação das carreiras jurídicas, portanto, faz-se necessária a ampliação destes conhecimentos. Sob essa ótica, o presente trabalho será desenvolvido em duas partes, as quais terão por função esclarecer o tema.

Na primeira, serão apresentados os pressupostos e os elementos centrais da Teoria do Fato Jurídico, como elaborada por Pontes de Miranda e também ensinada por Marcos Bernardes de Mello. Assim, compreenderemos a importância dos três planos que compõem o fato jurídico: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia.

A segunda parte, por sua vez, será dedicada a demonstrar tanto sua utilidade quanto suas limitações. Estas últimas serão sustentadas através da apresentação de fenômenos jurídicos que escapam às suas definições, os princípios jurídicos, os quais demandam outros modelos jurídicos teóricos –sustentados por diferentes paradigmas- para sua compreensão clara e precisa. Apresentaremos um desses modelos, a chamada Teoria dos Princípios, como ensinada pelo professor Humberto Ávila. Com isso, ficará mais claro a limitação dos pressupostos epistemológicos da Teoria do Fato Jurídico.

1 VISÃO PONTEANA DO FATO JURÍDICO

O presente capítulo se encarregará da apresentação da Teoria do Fato Jurídico, analisando primeiramente seus pressupostos. A seguir, serão apresentados seus elementos e os planos que cada um deles irá constituir, e como estão interconectados para originar uma fenomenologia da juridicidade específica.

Além disso, ainda que não faça parte do escopo desse estudo discorrer a respeito da origem histórica da expressão “fato jurídico”, desejamos ao menos mencionar o jurista que provavelmente primeiro a cunhou: M. F. C. Von Savigny¹. Definiu-o assim: “Chamo fato jurídico os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam”. A esse respeito, nos ensina Marcos Bernardes de Mello,

A definição de Savigny, naturalmente, sofreu a crítica da doutrina pela razão de se haver limitado a referir o nascimento e a extinção das relações jurídicas, sem mencionar as transformações por que elas passam e outros efeitos que se verificam, também, em virtude dos fatos jurídicos.²

No entanto, ainda que a definição de Savigny seja bastante limitada frente à teoria elaborada por Pontes de Miranda, citamos o autor também como uma forma de expressar nosso respeito pelo fato de provavelmente ter sido o primeiro jurista a nos convidar para essa reflexão em busca de refinamento de nosso entendimento acerca desse fenômeno jurídico.

1.1 ALGUNS PRESSUPOSTOS DA TEORIA PONTEANA

O primeiro passo para entendermos como foi construído o conceito “fato jurídico” é compreendermos qual é o paradigma em que está assentada a teoria ponteana. Pela leitura de seus textos, depreende-se que faz parte da corrente de pensamento cujas origens surgem na Revolução Científica, e cujo impacto deu nascimento ao que chamamos historicamente de Idade Moderna.

¹ A expressão fato jurídico *-juristische Tatsache-* aparece em seu livro *Sistema del derecho romano actual*, v. II, p. 142

² MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 105.

Um dos padrões recorrentes assumidos pelas mais diversas teorias sociais concebidas neste período é o fato do indivíduo ocupar sempre um papel central³. Não sem uma razão baseada em certos valores, no entanto, ainda que isso possa passar por vezes despercebido. Basta lembrar que esse período todo é marcado pela luta de uma burguesia emergente contra o poder das classes então dominantes (clero e nobreza) que faziam obstáculo à sua expansão⁴.

Ou seja, para o crescimento de um mercado que sustentasse o novo sistema econômico, era necessário colocar o indivíduo no “centro” do poder (ainda que isso tenha sido mera formalidade, já que a dominação entre diferentes classes sociais continuou a existir, ocorrendo apenas uma substituição dos “protagonistas”, os quais passaram a vender, até hoje, uma ilusão de liberdade).

E a teoria ponteana, sustentamos, é um rebento desse tronco paradigmático. Ela assume o ser humano como uma entidade -mônada- isolada, a qual é naturalmente inadaptada ao ambiente cultural em que vive. Entretanto, pelo fato do ambiente social ser o *habitat* mais favorável ao desenvolvimento de suas aptidões, o homem tenderia a escolher essa condição. Poderíamos comparar essa fundação ao “mito da criação” de certos sistemas religiosos, elemento esse necessário para justificar inúmeras regras morais.

³ Essa visão de mundo, cujo status possa ainda não ser percebido como tal, é muito diferente, por exemplo, do paradigma grego ensinada por Aristóteles. Em seu livro “A Política” o filósofo nos ensina que é a família, não o indivíduo, o núcleo de suas investigações, já que o homem é por natureza social (oposto da compreensão moderna). Ensina o filósofo: “Una vez que está claro de qué partes consta la ciudad, es necesario hablar, en primer lugar, de la administración de la casa, pues toda ciudad se compone de casas.” “De todo esto es evidente que la ciudad es una de las cosas naturales, y que el hombre es por naturaleza un animal social, y que el insocial por naturaleza y no por azar es o un ser inferior o un ser superior al hombre.” ARISTÓTELES, **A Política**, (1 ed., Madri: Editorial Gredos S/A, 1988 p. 50-51).

⁴ “Entre os séculos XV e XVIII, estruturou-se uma nova ordem socioeconômica, denominada *capitalismo comercial*. Durante esse período, a nobreza, cuja posição social era ainda garantida por suas propriedades rurais e títulos –mas que não raro enfrentava dificuldades financeiras-, passou a buscar ansiosamente meios para se impor segundo os novos padrões econômicos. Por seu lado, a burguesia, mesmo prosperando nos negócios, estava longe de ser a classe dominante, com prestígio junto à aristocracia. Como desejasse exercer a supremacia de que se julgava merecedora por seu poder econômico, frequentemente incorreu no paradoxo de assumir valores decadentes, como a compra de títulos de nobreza. Apenas no final da Idade Moderna, a classe burguesa reuniu meios para edificar uma ordem social, política e econômica à sua própria imagem, embora somente os acontecimentos da segunda metade do século XVIII, como a Revolução Industrial, a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, consolidassem definitivamente a posição da burguesia, inaugurando a Idade Contemporânea.” VICENTINO, CLÁUDIO. **História Geral**. São Paulo: Scipione, 1997.p. 172).

Para justificar a lógica de funcionamento das normas jurídicas, portanto, a Teoria do Fato Jurídico assume essa “ficção” de um homem adulto livre, neutro em seus valores, que surge no mundo e que percebe ser mais vantajoso viver em sociedade. A partir daí esse homem deixa de ser “natural”, e passa a assumir os valores da comunidade onde decide habitar, transformando-se em homem “social” (alguns autores modernos chegam até mesmo a dizer que essa transformação do homem ocorre no momento em que ele constitui um contrato social com a comunidade⁵). Assume-se que viver em conjunto acaba se tornando um condicionamento milenar deste homem. A comunidade, então, formula o Direito como um meio de proteger os homens diante de suas irracionalidades e dos conflitos entre seus interesses egoísticos. Assim, ficam estabelecidas normas cogentes de conduta com a finalidade de uma certa coexistência pacífica. Como assume Marcos Bernardes de Mello:

O direito –como, de resto, todos os processos de adaptação social-, conquanto seja essencial à sociedade, não no é ao *homo naturalis*, ou seja, ao homem em estado de natureza. O direito é essencial ao homem enquanto *homo socialis*, isto é, ao homem considerado integrante da sociedade. O homem sozinho não necessita de direito ou de qualquer outra norma de conduta. Por isso, o direito *não está na natureza* do ser humano, sendo-lhe estranho e dispensável. Somente quando o homem se vê diante de outro homem ou da comunidade e condutas interferem entre si é que surge a

⁵ Eduardo C. B. Bittar (**Curso de Filosofia do Direito**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 237-240) nos ensina que esse conceito foi concebido pelo famoso filósofo Jean-Jacques Rousseau, conceito esse imbuído da ideologia que impulsionou a Revolução Francesa: “é fruto da efervescência de seu tempo”. A influência do pensamento romântico do séc. XVII o fez conceber a crença de que a bondade é intrínseca à natureza humana, sendo o estado cívico um estado degenerado da convivência humana, em que o desgoverno, o destempero, a corrupção dominam. Assim concebeu Rousseau a seguinte solução para neutralizar essa “degeneração”: o Contrato Social. Somente sob a égide de um convencionalismo estaria garantida ao homem a manutenção de seu estado de natureza, que é o estado de liberdade. Trata-se de um acordo que constrói um senso de justiça que lhe é próprio. Sendo assim, a justiça está no fato da pactuação, no fato da existência de uma deliberação conjunta, baseada no princípio da igualdade (ainda que seja meramente formal). Ou seja, ela independe dos fins que serão pactuados. E aí encontramos novamente a tentativa de “cientificizar” o Direito, pois, para se falar da importância de uma finalidade que compõe a justiça, deveria se fazer mão de valores (condição essa incogitável pelos pensadores “sedentos” de pureza científica, a qual prometia acabar com o pensamento baseado em crenças, mitos, autoridades, etc.). O fruto desse contrato social será a “vontade geral”, os fins a serem perseguidos. A união das forças dos pactuantes destinar-se-á a realização de uma utilidade geral. E, se o homem não ficasse satisfeito com o objeto da dita “vontade geral”, ele poderia “optar” por continuar em sua situação inicial, ou seja, em seu “estado de natureza”, seja lá o que se pensava ser isso de fato.

indispensabilidade das normas jurídicas, diante da indefectível possibilidade dos entrecosques de interesses que conduzem a inevitáveis conflitos.⁶

Em seu célebre Tratado das Ações, Pontes de Miranda claramente nos apresenta essa ficção de um homem “em estado de natureza”, similar ao do “bom selvagem” rousseauiano, que “escolhe” dar certa previsibilidade aos fatos. Senão vejamos:

Quando, em vez de colher os frutos das árvores, pescar, caçar, apanhar água, resinas e sucos vegetais, pensou êle em dar certa *ordem* e certa *previsibilidade* aos fatos em tórno, criou, a princípio inconscientemente, *regras jurídicas*.⁷

Ou seja, apesar de que o objeto de nossa análise se aterá no campo dogmático do Direito, é importante termos presente que suas bases estão imbuídas de uma compreensão específica da realidade, a qual inevitavelmente condiciona o objeto a ser analisado⁸. Como mencionamos anteriormente, são frutos de pilares apriorísticos estabelecidos no período da Idade Moderna. Cabe agora destacar também que esse paradigma teve grande adesão devido aos avanços tecnológicos decorrentes da primeira Revolução Científica, a qual presenteou a humanidade com uma promissora técnica de obtenção de conhecimento: o método científico.

⁶ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das Ações, tomo I**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 5.

⁸ Essa compreensão é validada não somente pelas correntes de vanguarda das ciências humanas, como também pelas ciências naturais. Numa de suas comparações entre modelos de computadores e modelos de cognição de seres vivos, Fritjof Capra (**Web of Life: a new synthesis of mind and matter**, Galliard: Flamingo, 1997 , p. 267 e 287) nos ensina que “O sistema nervoso de um organismo vivo trabalha de um modo bem diferente. Como vimos, ele interage com o seu ambiente continuamente através da contínua modulação de sua estrutura, no sentido de que, em um dado momento, sua estrutura física é uma rejeição de alterações estruturais anteriores. O sistema nervoso não processa informações de um mundo externo, mas, ao contrário, dá origem a um mundo em seu processo de cognição”. Tradução livre do seguinte trecho: “*The nervous system of a living organism works very differently. As we have seen, it interacts with its environment by continually modulating its structure, so that at any given moment, its physical structure is a record of previous structural changes. The nervous system does not process information from the outside world but, on the contrary, brings forth a world in the process of cognition*”.

Utilizado primeiramente nas ciências exatas e naturais, esse método visava a obtenção de conhecimentos universais (os quais assim seriam denominados científicos propriamente ditos). Tal método foi construído em cima da crença da possibilidade da observação/medição neutra que o cientista poderia fazer dos fenômenos objetos de seu estudo. A partir disso, ele faria certas medições e elaboraria teorias, as quais, para serem erigidas ao patamar de Ciência, deveriam ser capazes de serem replicadas por outras pessoas. Essa metodologia de obter conhecimento, como mencionamos previamente, teve grande adesão por parte dos estudiosos da época pois as descobertas das áreas exatas e naturais proporcionaram avanços tecnológicos antes inimagináveis. A respeito da “ardente” busca por critérios universais, nos ensina o professor e filósofo do Direito Cláudio F. Michelon Jr.:

Na verdade a mensurabilidade parece ser o critério mais importante. No modelo das ciências elaboradas por Descartes, todas as verdadeiras qualidades deveriam ser traduzidas em termos de quantidade. O apelo da mensurabilidade em Descartes é tão forte que, para admitir a “posição” como uma qualidade primária, foi necessário criar um modo de medir a posição (os planos cartesianos). A idéia cartesiana de que a análise em termos quantitativos é superior a qualquer outra análise não é uma novidade filosófica.⁹

Hoje em dia, felizmente, as ciências de vanguarda já sabem muito bem as limitações das crenças em que tal método estava assentado¹⁰. Entre elas, a da

⁹ MICHELON JR., CLÁUDIO FORTUNATO. **Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p 48, nota 16).

¹⁰ O biólogo Humberto Maturana, cientista dedicado ao estudo do processo de cognição de sistemas vivos, autor que concebeu o famoso conceito de *autopoiesis*, nos ensina que “Se não nos fazemos a pergunta pela origem das capacidades do observador, nos comportamos, na verdade, como se tivéssemos a capacidade de fazer referência a entes independentes de nós, a verdades cuja validade é independente de nós, porque não dependem do que fazemos. Este caminho explicativo, que afirma explícita ou implicitamente que nossas capacidades cognitivas são constitutivas do nosso ser eu chamo de *o caminho da objetividade-sem-parenteses*. Escutar uma resposta explicativa quando não assumimos a pergunta pela origem das habilidades do observador equivale a escutar esperando ouvir uma referência a uma realidade independente de nós, para aceitar como explicação a reformulação apresentada como resposta a uma pergunta que pede uma explicação. A resposta pode implicar em uma referência à matéria, à energia, à Deus, a uma revelação, ao que se queira, como referência a algo independente do que

possibilidade de neutralizar a influência do sujeito na observação de um objeto, e a de compreender os fenômenos a partir da análise de suas partes (ignorando o fato de que as relações entre as partes também fazem parte do fundamento que as constitui). Isso já não se sustenta mais, já que foram descritos inúmeros fenômenos, nos mais diversos âmbitos científicos, incapazes de serem explicados dessa forma reducionista.

E a Ciência Jurídica, como veremos mais adiante, não foge desse curso natural de amdurescimento das ciências. As teorias baseadas em crenças mecanicistas ultrapassadas são insuficientes para explicar a natureza dos princípios jurídicos. Também, a título ilustrativo, poderíamos citar a impossibilidade de se justificar a própria legitimidade de uma dada ordem jurídica, ainda que autores positivistas como Hans Kelsen tenham se esforçado em adotar a ficção de uma *norma fundamental*¹¹. A esse respeito, esclarece-nos Luís Fernando Barzotto, professor filósofo que defende que uma das razões do fracasso da tentativa de

o observador faz e que constitui, implícita ou explicitamente, o fundamento do critério que usamos para aceitar essa reformulação da experiência como reformulação da experiência, e portanto, como sua explicação.[...] Mas quando se aceita perguntar-se pela origem das habilidades do observador, o que de fato se aceita é perguntar-se: Como é que posso, como observador, fazer as afirmações que faço? Como é que posso fazer observações? Como é que posso dar-me conta, se é que me dou conta, do que realmente é, e também equivocar-me? Como opera meu operar como observador? Mais ainda, ao aceitar essas perguntas, a biologia adquire presença, porque, ao admitir a explicabilidade das capacidades cognitivas do observador, não se pode deixar de reconhecer que *quando se altera a biologia se altera a capacidade cognitiva*. [...] No caminho da *objetividade-sem-parênteses*, dizemos que certa explicação, num assunto qualquer da Física, por exemplo, é a princípio aceitável se faz referência à matéria ou à energia, tratando-as como entidades objetivas independentemente do observador e distinguíveis através de uma medição instrumental. No entanto, ao fazer isso, tratamos o instrumento como uma ampliação da capacidade do observador de fazer referência, ainda que apenas de maneira indireta ou incompleta, à realidade que existe independentemente dele ou dela. [...] No caminho da *objetividade-entre-parênteses* dizemos que uma certa explicação, numa área qualquer da Física, por exemplo, é válida porque satisfaz o critério de validação que constitui a Física como um domínio explicativo da experiência com elementos da experiência. Neste caminho explicativo, a matéria e a energia são explicações da experiência que são usadas como tais na formulação de outras explicações da experiência, na explicação da experiência com elementos da experiência que constitui a Física. [...] Finalmente, a partir deste caminho explicativo é possível entender que a noção de realidade, tanto num quanto noutro caminho explicativo é, de fato, uma proposição explicativa. (**Emoções e Linguagem na Educação e na Política**, 1 ed. Belo Horizonte: Ed UFMG, 1998, p. 42-48).

¹¹ Abstração essa que revelou suas limitações e contradições, por exemplo, nos julgamentos de oficiais nazistas após a segunda guerra mundial. Como julgar alguém que apenas cumpria regras ditas “válidas” pelo ordenamento, o qual, por sua vez, também era “válido” devido à existência de uma norma fundamental (*Grundnorm*, como nomeou Kelsen)?

“cientificização” do fenômeno jurídico foi justamente propor um conceito unidimensional do Direito, tentando reduzi-lo apenas à esfera normativa:

[...] quanto ao papel que a norma suprema deve exercer como fundamento de validade, foi visto que ela padece de uma espécie de ‘circularidade’. A pergunta pela existência do direito enquanto norma é sempre uma pergunta intra-sistêmica. Só dentro de uma ordem social que já é reconhecida como direito é que se pode fazer essa pergunta, formulada em termos de validade. O direito autoproduz-se e, ao se autoproduzir-se, define ele mesmo o que é jurídico e, desse modo, autofundamenta-se. Essa autofundamentação culmina na norma suprema, uma norma jurídica. Esta, como fundamento de validade, é o critério último de juridicidade. Mas, se é a partir dela que definimos o jurídico, do ponto de vista lógico, a norma suprema é *a priori* em relação ao ordenamento. Mas não é isso que ocorre nas construções positivistas. É necessário que o ordenamento já esteja identificado como jurídico, para então supor uma norma suprema. Há uma circularidade na construção: um conjunto de normas forma um sistema jurídico na medida em que possui uma norma suprema, mas a norma suprema só existe face a um conjunto de normas identificado como jurídico.

[...]

Os positivistas partiram da idéia de que o direito positivo é um produto acabado, e como tal poderia ser identificado e fundamentado com o auxílio das categorias de validade e norma suprema. A positividade se constitui, ao contrário, em um processo contínuo, que envolve juízos de valor e atos de poder, não se esgotando nas atividades do legislador ou do juiz, mas ocorrendo mesmo na práxis do cidadão que utiliza o direito. A positividade não é, portanto, uma qualidade de um objeto dado, que por estar “pronto” possui uma autonomia que permite sua perfeita delimitação. [...] Com essa concepção de positividade, o direito positivo vem a ser devolvido ao âmbito das “coisas humanas”. Nesse âmbito, não há lugar para a certeza pretendida pelo positivismo.¹²

Ou seja, é importante destacarmos que muitos juristas do passado fizeram inúmeras tentativas de tornar científico o conhecimento jurídico, dando surgimento a diversos rebentos de um mesmo tronco (como, por exemplo o jusnaturalismo, o positivismo, o funcionalismo, etc.). Buscaram, portanto, elaborar novas teorias que cumprissem com os requisitos essenciais do método científico emergente. Agindo assim, buscavam chegar a uma descrição dos fenômenos jurídicos coerente o suficiente para sustentar a existência de uma ciência jurídica. Dessa forma,

¹² (O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p 145-147).

inúmeras teorias foram elaboradas na tentativa de compreender o fenômeno jurídico “em si”, isto é, livre de qualquer “contaminação valorativa”.

Além disso, nessa nova tentativa de racionalização dos fenômenos jurídicos muitos esqueceram, ou sequer perceberam, que suas teorias estavam todas alicerçadas em crenças não científicas¹³, porque elas mesmas não eram submetidas ao crivo do método científico tão preconizado¹⁴. Ensina-nos o professor Eduardo Bittar:

¹³ Como ensina o brilhante físico contemporâneo Stephen W. Hawking (**Uma breve história do Tempo: do big bang aos buracos negros** Rio de Janeiro: Rocco, 1988. p. 17), “Um famoso cientista -alguns dizem que foi Bertrand Russel-, fazendo uma conferência sobre astronomia, descreveu como a Terra gira em torno do Sol e como o Sol, por sua vez, gira em torno do centro de uma vasta coleção de estrelas chamada galáxia. No final da conferência, uma senhora baixinha e idosa levantou-se ao fundo da sala e falou:

-O que o senhor acaba de nos dizer é tolice. O mundo, na verdade, é um objeto achatado, apoiado nas costas de uma tartaruga gigante.

O cientista riu com superioridade antes de replicar:

-E sobre o que se apoia a tartaruga?

-Você é muito esperto, rapaz, muito esperto -disse a velhinha- mas existem tartarugas marinhas por toda a extensão embaixo dela.

Muitas pessoas poderiam julgar essa imagem de nosso universo como uma torre infinita de tartarugas absolutamente ridícula, mas por que pensar que sabemos mais? O que sabemos sobre o universo e como o sabemos? De onde surge e para onde ele vai? Existe um começo do universo e, se existe, o que acontecia antes dele?”

Cito essa reflexão de Hawking, pois sustentamos que poderíamos transpor esses mesmos questionamentos às pessoas que sustentam determinadas teorias jurídicas de cunho científico, uma vez que o fenômeno jurídico é também parte da “realidade do universo”.

¹⁴ Assumir inconscientemente certas experiências como referências absolutas e inquestionáveis (ou seja, não como experiências, mas como “a” realidade, pois independem de um observador) é uma tendência tão forte que a encontramos mesmo em argumentos de filósofos do Direito que criticam os pilares do Direito moderno. É a tal da “objetividade-sem-parênteses” da qual nos fala Humberto Maturana (citada na nota de rodapé nº11). Um exemplo dessa assunção é trazida pelo professor Cláudio F. Michelin Junior (**Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p 39 e 43.). Nos ensina o autor que “O projeto moderno para a Ciência (e para a Ciência do Direito, especificamente) pode ser compreendido como uma tendência de resolver um problema clássico da Filosofia: quais as relações entre aparência e realidade ou, em termos mais gerais, quais as relações entre o mundo conforme nós o percebemos e o mundo como ele realmente é (independente de nossa forma de percebê-lo)”. Em seguida, no subcapítulo denominado “A Ciência Moderna entre a subjetividade e objetividade” ele escreve: “Procure-se imaginar o modo como um físico descreveria minha mesa de trabalho, cujo tampo tem superfície contínua, textura lisa e cor marrom. [...] Para o físico não há lugar no mundo para a cor marrom ou a textura lisa, ‘a natureza é algo insípido, sem cheiro ou cor; apenas agitação da matéria, interminável e sem sentido’”. Fica claro pelo exposto que os conceitos como o de “matéria” e de “natureza” são assumidos como algo externo e independente, ainda que tais conceitos, na verdade, sejam todos rebentos de uma visão

Os métodos em ciências humanas, para lidar com os mais variados temas (o dialético, o positivista, o sistematista, o estruturalista, o funcionalista), não podem mascarar a assunção de tendências e muito menos ideologias; essa é uma situação incontornável para todas as ciências, sobretudo aquelas intituladas ciências sociais ou humanas. A neutralidade, nesse sentido, é utopia.¹⁵

Não são muitos os operadores e doutrinadores no campo jurídico que alcançam a compreensão de que as teorias de que se utilizam estão sempre alicerçadas em bases filosóficas contextuais, fato esse que sustenta, em maior ou menor grau, um padrão imaturo de idolatria, o qual confunde a realidade com o modelo através do qual se busca compreendê-la. Uma das consequências desse comportamento, como já citamos, é a incapacidade de manter os “olhos abertos” para perceber e compreender novos fenômenos jurídicos, ignorância essa que nos distancia do objetivo de promover a justiça. Citando novamente o professor filósofo:

Durante um longo período, entravada a reflexão jurídica pela névoa positivista, pregou-se a possibilidade de um parentesco entre o método das ciências naturais com as ciências humanas, nestas últimas incluídas as ciências jurídicas. Esse prejudicial raciocínio tornou viável a sustentação de que o raciocínio e a lógica jurídica obedece o mesmo grau de certeza dos saberes naturais, que se estruturam a partir de categorias de causa e efeito. Passou-se a estabelecer semelhanças que retiraram das ciências jurídicas seu caráter de ciência valorativa, desnaturando sua principal característica, a saber, a de estar constantemente assolada pela possibilidade de revisão de suas conclusões, a de ser dependente da moralidade social e dos hábitos costumeiros de uma sociedade, a de vaguear conforme as peculiaridades dos casos concretos imprevisíveis *a priori*”¹⁶

de mundo particular, alicerçadas em suas particulares experiências, de modo geral inconscientemente assumidas como a realidade em si.

¹⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**, 3 ed., São Paulo: Altas, 2004. p. 45.

¹⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**, 3 ed., São Paulo: Altas, 2004. p. 44.

1.1.1 DISTINÇÃO ENTRE DOIS MUNDOS

Nossa análise da teoria ponteana inicia pela seguinte compreensão: segundo essa teoria, o mundo é composto de fatos, e todo fato é considerado uma mudança no mundo¹⁷. Eles podem ou não envolver condutas humanas, as quais podem ou não ser consideradas em seu aspecto volitivo. Senão vejamos:

Há fatos -inclusive puros eventos da natureza- que possuem para os homens, em suas relações intersubjetivas, significado fundamental [...] Quando, no entanto, o fato interfere direta ou indiretamente no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens, a comunidade jurídica sobre ele edita norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano de convivência social.¹⁸

O essencial, portanto, é percebermos que há uma divisão valorativa feita entre os fatos que interessam ao Direito e aqueles que não interessam. Esses integrarão apenas o mundo dos fatos, enquanto que aqueles farão parte, além do mundo dos fatos (pois “são”), também do mundo jurídico. Pontes de Miranda é claro a esse respeito:

Os fatos do mundo ou interessam ao direito, ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam.¹⁹

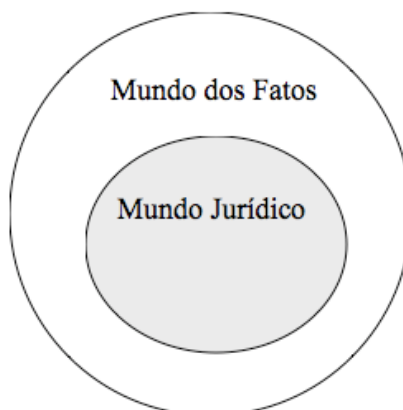
Segundo o ilustre autor, a falta de discernimento para diferenciar os dois mundos é causa de grande confusão entre os operadores e doutrinadores de direito, fato esse que gera não só muitos equívocos mas também “priva a inteligência

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, tomo I**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 52

¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, tomo I**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 52.

humana de entender, intuir e dominar o direito”²⁰. A imagem a seguir ilustra a distinção entre os dois mundos:



Aqueles fatos que a comunidade jurídica entende como relevantes para as relações entre os indivíduos, destarte, passam a integrar normas jurídicas, as quais darão nascimento aos fatos jurídicos. Ao conjunto total desses fatos, dá-se o nome de mundo jurídico²¹. A esse respeito, Marcos Bernardes nos diz que:

A norma jurídica, desse modo, adjetiva os fatos do mundo conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos -o ser fato jurídico.²²

Importante também destacar que um mesmo fato jurídico pode vir a se tornar um elemento para outro fato jurídico, ou um mesmo fato do mundo pode se tornar mais de um fato jurídico. Conforme ensina Pontes:

Alguns entram duas ou mais vezes, de modo que a um fato do mundo correspondem dois ou mais fatos jurídicos. A razão disso está em que o fato do mundo continua lá, com sua determinação no espaço e no tempo, a despeito de sua entrada ou de suas entradas no mundo jurídico: a morte de A abre a sucessão de A, dissolve a comunhão de bens entre A e B, dissolve a sociedade A & e

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, tomo I**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 49.

²¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

²² MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9.

Companhia, exclui A da lista de sócios do Jockey Club e de professor do Instituto de Biologia ou de membro do corpo diplomático.²³

Por fim, vale lembrar que o conceito de um mundo jurídico, em conjunto com os demais “mundos” (tanto pertencentes ao campo da psiquê como ao campo dos objetos perceptíveis pelos sentidos), carrega também um pouco do “perfume” das teorias metafísicas modernas que compreendem o universo como um imenso relógio, cujas engrenagens (em nosso caso os “mundos”) podem ser separados, estudados, e compreendidos integralmente independentemente da compreensão das interrelações entre as “peças”²⁴. Esse postulado pode ser também apreendido da seguinte colocação de Pontes.

Se bem meditarmos, teremos de admitir que a incidência é no mundo social, feito de pensamentos e outros fatos psíquicos, porém nada tem com o que se passa dentro de cada um, no tocante à adesão à regra jurídica, nem se identifica com a atual intervenção da coerção estatal.²⁵

1.1.2 O “ACENDER DA LÂMPADA”: A JURIDICIZAÇÃO DOS FATOS DO MUNDO

Compreendida a distinção entre mundo dos fatos e mundo jurídico, cabe-nos agora detalhar o processo artificial de juridicização dos fatos em decorrência da incidência das normas jurídicas. Como bem ensina Marcos Bernardes de Mello:

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, tomo I**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 52.

²⁴ Assim como esse paradigma moderno do universo como um grande relógio newtoniano já foi superada no âmbito das ciências naturais e exatas, ele também o foi no campo do Direito, ainda que muitos operadores e doutrinadores não estejam atualizados. Para citar a limitação dessa metáfora do “grande relógio”, a qual é parte, como vimos, de toda uma linguagem que dá origem a uma visão particular de mundo, Fritjof Capra (**Web of Life: a new synthesis of mind and matter**, Galliard: Flamingo, 1997 , p. 267 e 287) nos ensina: “A origem do nosso dilema repousa em nossa tendência de criar a abstração de objetos separados, incluindo um sujeito (*self*) separado, e então acreditar que eles pertencem a uma realidade objetiva e existente em si. Para superar nossa ansiedade cartesiana, precisamos pensar sistematicamente, mudando nosso foco conceitual de objetos para relações”. Tradução livre do seguinte trecho: “*The origin of our dilemma lies in the tendency to create the abstraction of separate objects, including a separate self, and then to believe that they belonged to an objective , independently existing reality. To overcome our Cartesian anxiety, we need to think systemically, shifting our conceptual focus from objects to relationships*”.

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, tomo I**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 57.

Enquanto com os demais fatos [não jurídicos] seu agrupamento em classes tem por elemento referencial dado que lhe é natural (a morte é fato biológico porque se refere à vida), os fatos jurídicos o são pela vontade humana, que, através das normas jurídicas, imputa caráter jurídico aos simples fatos da vida, integrantes naturais de outros mundos. O fato geográfico da avulsão, por exemplo, em face da repercussão que pode ter na ordem do relacionamento humano, com a transferência de propriedade sobre porção de terra, *é também fato jurídico pela imputação que a norma jurídica lhe faz.*²⁶

Portanto, fica claro que o mundo jurídico é uma artificialidade, construído pela imputação arbitrária de consequências específicas a determinados fatos. É questão relativa ao plano lógico de valência²⁷, de *dever-ser*, operação essa que se diz passar somente no campo do pensamento humano²⁸; distinta, pois, do que vai se chamar “campo da causalidade física”, do plano do *ser*, o qual não está, segundo sustenta a teoria, condicionado pelo pensamento humano.

Para entendermos a juridicização dos fatos do mundo, devemos compreender que o fenômeno jurídico surge a partir da concretização de diversos momentos interdependentes.²⁹ O primeiro deles é que exista uma norma jurídica (seja positivada ou não) a qual abarque hipóteses fáticas (o chamado *suporte fático*), e impute a esses fatos determinada consequência jurídica; a seguir é necessária a concretização desses fatos no mundo, fator esse que faz com que a norma incida sobre os fatos e os juridicize. Essa derradeira etapa é o que metaforicamente chamamos de o “acender a lâmpada”³⁰. Como ensina Pontes de Miranda:

²⁶ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10.

²⁷ Valência é expressão que Marcos Bernardes de Mello utiliza para evitar confusão com a palavra *validade*, a qual, na teoria ponteaniana, concerne à análise de um plano específico, chamado de *plano da validade*.

²⁸ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10.

²⁹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11.

³⁰ Mais uma vez nos deparamos com o postulado de que exista uma realidade objetiva que independa de algum observador. A lâmpada é acesa independente de qualquer ser humano a observar. Essa crença é compreensível, pois, assim como a função de um mito. Ela serve para justificar alguma coisa; nesse caso, justificar o princípio da inalegabilidade da *ignorantia iuris*: ninguém pode afastar a eficácia do direito (efetiva

Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas -isto é, normas abstratas- *incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os jurídicos. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre o fato que se passa no mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceptuais.[...] A incidência da regra jurídica ocorre como fato que cria ou continua de criar o mundo jurídico; é fato dentro do mundo dos nossos pensamentos -perceptível, porém, em consequência de acontecerem *dentro* do mundo total.³¹

Por trás dessa compreensão está a crença de que o mundo jurídico, apesar de ser uma criação puramente psíquica, é uma realidade objetiva independente da subjetividade do ser humano. Voltamos ao tema da busca da neutralidade, pois³². Interessante perceber que essa mesma crença em neutralidade encontra ressonância na ficção da passagem do *homo naturalis* para o *homo socialis*. Nesse caso, o cientista jurídico crê ser possível observar o fenômeno jurídico a partir de uma posição similar a do *homo naturalis*, ou seja, livre de qualquer valoração (pois ainda não ingressou numa comunidade). Sustenta o ilustre jurista:

À incidência da regra jurídica é indiferente o que se passa nas pessoas e até mesmo ao que diz respeito aos seus atos de infringência. Essas descidas ao plano psicológico, quando se está a expor teoria geral do direito, são extremamente perigosas, por estranhas ao âmbito do direito.[...] A incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela. Se se escreve, por exemplo, que “se há infração da regra jurídica, a incidência da regra falha em *realidade*”, está-se a falar em atendimento do plano do

realização da norma jurídica no meio social) através da escusa de não conhecer as normas que regem o meio social onde vive. Marcos Bernardes de Mello (**Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**, pg. 8 – nota 17) cita Pontes de Miranda: “esse caráter de infalibilidade (que implica automaticidade) da incidência quando ocorrem os suportes fáticos da norma jurídica é admitido por grande parte dos juristas que trataram do assunto [...] que procuram explicar comparando-a a uma descarga eletromagnética” [...].

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, tomo I**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 52-53.

³² “Quando as ciências sociais levantam pretensão de se tornarem não ideológicas, objetivas, evidentes, caem no ridículo mais penoso de sua própria construção histórica, porque acabam apenas encobrendo uma farsa. Estão apenas fazendo autodefesa, disfarçando novas formas de convencionalismo do público, camuflando imposições que se desejam inquestionáveis.” Nota de rodapé n° 2 do “**Curso de Filosofia do Direito**, 3 ed., São Paulo: Altas, 2004. p. 45” de Eduardo C. B. Bittar.

atendimento (aí dito da realidade), com os olhos fitos no plano das incidências, que é o mundo jurídico, o mundo do pensamento.³³

Destarte, a incidência da norma jurídica (também classificada como eficácia normativa ou eficácia legal) é uma etapa anterior à existência do fato jurídico³⁴, a qual ocorre independente da vontade humana, uma vez que o suporte fático da regra em questão encontre correspondente no mundo dos fatos. Ela é o pressuposto fundamental que, uma vez realizada, cria o fato jurídico.

1.2 OS PLANOS DO FATO JURÍDICO

Neste subcapítulo tentaremos nos restringir a uma análise preponderantemente dogmática da teoria ponteana. Discorreremos a respeito dos três distintos planos que podem³⁵ formar o fato jurídico -da existência, da validade e da eficácia-, e também quais são os elementos que constituem e diferenciam cada um deles. Como mencionamos na introdução do presente trabalho, não é raro, no dia-a-dia das atividades ligadas às Ciências Jurídicas, depararmos-nos com imprecisões de linguagem, as quais podem conduzir a injustiças no tocante à resolução de litígios.

Essa falta de um discernimento mais amplo é perceptível também em inúmeros manuais de direito civil. Senão vejamos:

Empregamos os vocábulos ineficaz e ineficácia com sentido genérico, reservando as palavras *nulidade* e *nulo*, *anulabilidade* e *anulável*, *inexistência* e *inexistente*, para a designação de tipos específicos de ineficácia. A nosso ver, ineficácia é gênero, de que são espécies a nulidade, a anulabilidade e a ineficácia.³⁶

³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, tomo I**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58.

³⁴ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.

³⁵ Usei o verbo “poder”, pois, como veremos mais adiante, nem sempre o fato jurídico passa pelo plano da validade.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 374, nota 1.

Uma análise com o rigor científico ponteano nos mostra, por sua vez, distinções importantes a se fazer no tocante aos fatos jurídicos, os quais podem (1) existirem, serem válidos e eficazes, (2) existirem, serem válidos e ineficazes, (3) existirem, serem inválidos e eficazes, (4) existirem, serem inválidos e ineficazes, e (5) existirem e serem eficazes³⁷.

1.2.1 PLANO DA EXISTÊNCIA

Neste plano, onde não são cogitadas questões relativas à validade ou eficácia, o fato jurídico é qualificado como existente, passa a “ser”, uma vez que ocorra a incidência normativa devido ao fato de que os elementos necessário do suporte fático da norma correspondente foram preenchidos. A passagem de um fato ao plano da existência é o pressuposto básico a partir do qual se poderá cogitar todas as demais operações do mundo jurídico. Neste plano serão incluídos os fatos jurídicos lícitos e ilícitos (distinção essa analisada na sequência). No entanto, é importante destacar que, caso algum elemento nuclear não falte, o fato não terá entrada no plano da existência e, conseqüentemente, não há que se falar em fato jurídico, mas apenas a fato do mundo.³⁸

1.2.1.1 SUPORTE FÁTICO

O suporte fático é a hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico³⁹. Em outras palavras, é o fato ou grupo de fatos sobre os quais a comunidade jurídica decidiu imputar determinado efeito por meio da incidência da

³⁷ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 95.

³⁸ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 96.

³⁹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 38.

norma jurídica. E, uma vez concretizado o suporte fático, sobre ele incide a regra jurídica que o “colore”. A partir disso passa a integrar o “mundo jurídico”⁴⁰. Nos ensina Marcos Bernardes:

Suporte fático, assim, é conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (=ocorram) no mundo seus elementos é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, poder-se-á falar em conceitos jurídicos.

O fato ou o grupo de fatos que compõem o suporte fático de uma norma podem ter a mais variada natureza. Sua escolha está na contingência da sua maior ou menor afetação pelas necessidades do homem⁴¹.

Buscando ilustrar essa incalculável variedade, podemos pensar que podem integrar o suporte fático os mais diversos atos humanos (como estacionar o carro em determinado local), fatos da natureza (simples queda de um fruto), dados psíquicos (intenção na prática de determinados atos), estimações valorativas (negligência, imprudência), probabilidades (lucros cessantes, prole eventual), fatos do mundo jurídico (a existência de um casamento como condição para a existência de um divórcio), causalidade física (quando se fala em agente causador na esfera penal), o transcurso do tempo (usucapião, prescrição), elementos negativos (omissões, abstenções, silêncio)⁴².

Contemplando essa variedade de fatos que podem integrar um suporte fático, percebemos que existem determinados elementos presentes em todos eles, os quais delineiam padrões que nos auxiliarão à posterior classificação dos fatos jurídicos. De acordo com sua relevância, podemos enquadrá-los em elementos (1) nucleares e completantes, (2) complementares, e (3) integrativos.

Num primeiro momento é necessário entendermos que existem fatos considerados como essenciais para que a regra jurídica incida e assim exista o fato

⁴⁰ Vide o gráfico apresentado no subcapítulo “Distinção entre dois mundos”.

⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 40.

⁴² MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 41-46.

jurídico –são os elementos nucleares, os quais se dividem em “cerne” e “completantes”.

Os elementos cernes vão variar em cada suporte fático e serão os responsáveis pela posterior classificação dos fatos jurídicos (como veremos no subcapítulo seguinte). O acordo entre vontades, por exemplo, é cerne dos negócios jurídicos; a queda de uma fruta de uma árvore no terreno do vizinho, é a dos fatos jurídicos *strictu sensu*; a compra de uma bala no supermercado por parte de uma criança, a dos atos-fatos jurídicos; etc.

Os elementos completantes do núcleo são classificados como subjetivos e objetivos. Os subjetivos são os sujeitos de direitos (sejam pessoas físicas, jurídicas) ou também conjuntos patrimoniais a que o ordenamento jurídico outorga a capacidade de direito. Essa constatação parece óbvia, pois a única razão pela qual o legislador escolhe imputar consequências artificiais a determinados fatos é justamente para afetar a vida humana numa certa direção. Esse elemento é considerado como completante do núcleo.

Em seguida temos os elementos objetivos, que são todos os “bens da vida” aos quais o suporte fático pode fazer referência. Isso significa também que nem todo o suporte fático possuirá esse elemento (mas quando o fizer, ele será elemento completante do núcleo). Nos alerta Marcos Bernardes de uma importante distinção:

É preciso não confundir o bem, que é parte objetiva de suporte fático, com o objeto de direito, que definimos como *todo o bem da vida que possa constituir elemento de suporte fático de norma jurídica, porque seja por ele regulado, de algum modo, para atribuí-lo a alguém.*[...] Logicamente, somente pode-se falar em *objeto de direito* quando já existe o direito, portanto, quando já se está no plano da eficácia, porque direito é categoria de *eficácia jurídica*.⁴³

A seguir temos os elementos complementares e os integrativos do suporte fático. A concretização deles não altera o caráter da existência ou não do fato jurídico (como no caso dos nucleares), mas apenas possibilitará que ele ingresse nos planos seguintes: plano da validade e plano da eficácia.

⁴³ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49.

Quanto aos complementares, eles dizem respeito ao plano da validade. Nos ensina Marcos Bernardes que eles aparecem nos suportes fáticos de atos jurídicos para perfectibilizá-los. Senão vejamos:

Diferentemente dos *elementos completantes*, os *complementares* não integram o núcleo do suporte fático, apenas o complementam (não completam) e se referem, exclusivamente, à perfeição de seus elementos.⁴⁴

Assim eles se referem, como veremos mais detalhadamente adiante, ao sujeito (capacidade de agir, legitimação, ausência de erro, dolo, coação, etc.), ao objeto (ilicitude, moralidade, determinabilidade, etc.), e ao atendimento da forma da manifestação das vontades, quando prescrita ou não defesa em lei.

Os elementos integrativos correspondem a fatos (em geral atos jurídicos praticados por terceiros) que se referem à passagem do fato jurídico pelo plano da eficácia, no sentido de que neste plano se irradie determinado efeito jurídico. Conforme ensina Marcos Bernardes:

Esses atos integrativos, como denominamos, não compõem o suporte fático do negócio jurídico e, portanto, não interferem quanto à sua existência, validade ou eficácia própria, mas atuam no sentido de que se irradie certo efeito que se adiciona à eficácia normal do negócio jurídico.⁴⁵

1.2.1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS SEGUNDO SEU SUPORTE FÁTICO

Como vimos anteriormente, os elementos “cernes” variam em cada suporte fático, sendo eles os responsáveis pela posterior classificação dos fatos jurídicos. Nos ensina Pontes de Miranda:

⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 52.

⁴⁵ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53.

A classificação principal dos fatos jurídicos é em relação à origem do elemento fático (origem extra-humana e origem humana, origem humana que se apaga porque o direito, na espécie somente vê o fato como extra-humano). Após, vem a classificação binária conforme a atitude da lei, isto é, conforme à licitude e a ilicitude.⁴⁶

Explorando essa definição de Pontes, vale então destacar que existem elementos nucleares irão servir para duas grandes categorias de fatos jurídicos *latu sensu* (fatos jurídicos conforme a direito e fatos jurídicos contrários a direito) a partir das quais se diferenciarão espécies e subespécies.

Sendo assim, os fatos jurídicos lícitos e ilícitos, respectivamente, irão se caracterizar pela conformidade ou não-conformidade a direito mais imputabilidade. Os (1) atos jurídicos *latu sensu*, (2) atos-fatos jurídicos e (2) fatos jurídicos *stricto sensu* se caracterizam, respectivamente, pela (1) conduta humana com vontade relevante, pela (2) conduta humana sem vontade ou com vontade irrelevante, e pela (3) ausência de conduta humana. Os (1.1) negócios jurídicos e os (1.2) atos jurídicos *stricto sensu*, subespécies do ato jurídico *latu senso*, se qualificam, por sua vez, pela (1.1) manifestação consciente da vontade com poder de auto-regramento do conteúdo eficaz dentro dos limites prescritos pelo ordenamento jurídico, e pela (1.2) manifestação consciente da vontade sem o poder de auto-regrar tal conteúdo eficaz, o qual resta predisposto pelas normas jurídicas do ordenamento.⁴⁷

1.2.2 PLANO DA VALIDADE

Se, após verificada da passagem de um fato ao plano da existência, percebermos que a volição humana é um elemento nuclear do suporte fático que deu nascimento ao fato jurídico, devemos proceder à análise de sua passagem pelo plano da validade. Aqui verificaremos sua perfectibilidade ou não pela constatação, respectivamente, da ausência ou da existência de qualquer vício invalidante⁴⁸. Surgirão dois graus de invalidade específicos -a nulidade e a anulabilidade-, como

⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Fransisco Cavalcante. **Tratado das Ações, tomo I**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 7.

⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53.

⁴⁸ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 97.

formas de sanção que o Direito atribui para punir determinadas condutas que sejam contrárias a direito⁴⁹. Como ensina Marcos Bernardes de Mello,

Os atos que importam infrações das normas jurídicas a que o direito imputa a sanção da invalidade não têm a mesma natureza nem o mesmo significado. Há deles (a) que afetam a própria ordem pública, porque implicam violação de normas jurídicas cogentes (ato com objeto ilícito ou impossível, por exemplo); outros (b) que prejudicam diretamente as pessoas em seus interesses particulares, privados, mas que, pelas suas consequências jurídicas, não podem ser admitidos no mundo jurídico como se fossem perfeitos⁵⁰.

Nesse sentido a nulidade é classificada como a sanção mais grave, cuja consequência usual é a ineficácia *erga omnes* de seus efeitos jurídicos, e a impossibilidade de sanar os vícios que a deram causa. A anulabilidade, por sua vez, decorre de algum vício relativo à manifestação da vontade das partes, o qual pode ser sanado pela confirmação da pessoa que agiu ou pelo decurso do tempo (quando é dito que o ato foi convalidado). Diferentemente do caso de atos nulos, os anuláveis produzirão seus efeitos até que a sejam impugnados por ação própria⁵¹.

Quanto à definição do que seriam as causas de nulidade, não há um critério lógico ou universal que o legislador alça mão para diferenciar tais atos inválidos, os quais deseja punir com maior rigor. No entanto, como ensina Marcos Bernardes, os sistemas jurídicos de inspiração romanística adoram orientações muito similares⁵². Para ilustrar, o autor nos apresenta as causas de nulidade dos negócios jurídicos em nosso Código Civil, que são:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
IV - não revestir a forma prescrita em lei;
V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. 3 ed. , tomo IV.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 191.

⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade.** São Paulo: Saraiva, 2004. p. 60.

⁵¹ *idem*

⁵² MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade.** São Paulo: Saraiva, 2004. p. 81.

- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Colacionamos também causas de nulidades de outro ramo jurídico, o direito administrativo. No tocante aos atos administrativos, a principal fonte para qualificar determinado ato como nulo encontra-se na Lei da Ação Popular. Senão vejamos:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

[...]

Esse maior grau de invalidade traduz-se pelo fato de seus vícios serem insanáveis, poderem ser reconhecidos de ofício, e de que a desconstituição de seu conteúdo eficaz retroagirá (ou ao menos tentará ao máximo fazê-lo) à data da constituição do ato jurídico, salvo exceções muito específicas em que se conservarão determinados efeitos⁵³.

A anulabilidade, por seu turno, é o outro grau de invalidade, menos grave do que a nulidade porque, como vimos, não afeta diretamente a ordem pública, mas somente indiretamente, através de prejuízo de interesses particulares. E, pelo fato de ter um menor impacto social, poderíamos pensar que o princípio da segurança jurídica orientou a concepção do instituto da anulabilidade. Isso porque os atos que se enquadram nessa categoria, caso não anulados por requerimento de alguém legitimamente interessado, possuem eficácia relativa e podem posteriormente serem sanados (inclusive pelo decurso do tempo). Marcos Bernerdes nos ensina:

[...] *anulabilidade*, cujos efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz sua eficácia

⁵³ Como é o caso do casamento putativo, o qual, apesar de nulo, ainda assim surtirá determinados efeitos para aquele(s) que estiveram de boa fé. Como nos ensina Caio Mário da Silva Pereira (**Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. 8ª ed. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1991.), tal casamento é "evado de vício que o inquina de nulidade, mas que produz os efeitos de válido, em atenção à boa fé de ambos ou de um dos contraentes. É aquele consórcio na realidade atingido de nulidade, mas que os dois cônjuges, ou um deles, acreditam válido ao contraí-lo".

específica integralmente, até que sejam desconstituídos, o ato e seus efeitos, mediante impugnação em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo decurso do tempo.

Temos inúmeros exemplos de atos anuláveis em nosso ordenamento pátrio. Para ilustrar, colacionamos os casos de negócios jurídicos “imperfeitos”, temos uma descrição básica no art 171 do Código Civil. Senão vejamos:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
I - por incapacidade relativa do agente;
II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Marcos Bernardes critica a incompletude de tal artigo, entendendo que ele ficaria mais completo se mencionasse como causas de anulabilidade⁵⁴ (1) a falta de assentimento dos pais, tutor ou curador quando a lei o exigir, (2) os casos de incapacidade relativa do agente e de terceiro, (4) o erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, e (5) as expressas imposições de lei.

Além de compreendermos a importante distinção entre os dois graus de invalidade – nulidade e anulabilidade- é mister ressaltarmos também, ao falarmos de condutas punidas pelo ordenamento, a relação entre invalidade e ilicitude. Podemos compreendê-las como gênero e espécie; ilicitude é gênero da qual a invalidade é espécie.

Sendo assim, atos inválidos são também atos ilícitos. A diferença entre atos inválidos e os demais atos ilícitos é que, quando falamos naqueles, nos referimos a sanções que atingem os fins colimados a que se prestam regularmente os atos jurídicos. Nos demais casos de ilicitude, a sanção recairá sobre pessoas, impondo-lhes ônus e/ou obrigações reparativas.

⁵⁴ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 139.

1.2.3 PLANO DA EFICÁCIA

Após o surgimento do fato jurídico, seu nascimento no plano da existência, podemos cogitar a hipótese de sua entrada no chamado plano da eficácia, de onde surgem as relações jurídicas com seus conteúdos eficaciais específicos.

A passagem dos fatos pelo plano da eficácia pressupõe sua anterior passagem pelo plano da existência (a qual os qualifica como “jurídicos” uma vez tendo incidido suas normas correspondentes), mas não necessariamente pelo plano da validade.⁵⁵ Para entendermos isso, basta lembrarmos que o plano da validade é o “local” onde se verifica a perfectibilização do fato jurídico, apenas quando a vontade é um elemento complementar do suporte fático. Quando a vontade não existe, ou é irrelevante, não há que se falar em análise de validade, e passa-se direito ao plano da eficácia.

Com isso temos que fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos e fatos ilícitos *latu sensu* basta que existam (basta que tenham surgimento no plano da existência) para que surjam seus efeitos. Quanto aos atos jurídicos *latu sensu* (que incluem negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*) existem diferentes situações a serem analisadas. Citando o professor Marcos Bernardes:

(a) atos jurídicos válidos tem entrada imediata no plano da eficácia, mesmo quando pendentes termos ou condições suspensivos.⁵⁶

Um exemplo disso é negócio jurídico pelo qual se determina o pagamento de certa quantia para se receber determinado bem numa data futura. No momento em que é paga a quantia, imediatamente surge o conteúdo eficaz do dever da outra parte em entregar tal bem (dever esse que, para ser transformado em obrigação, necessitará do decurso do tempo até a data futura pactuada). Esse mesmo dever, vale ressaltar, poderá também ser objeto de venda num outro negócio jurídico. Prossegue o professor:

⁵⁵ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 98.

⁵⁶ *Idem*.

É preciso ressaltar, porém que há hipóteses em que o ato jurídico, mesmo válido, é ineficaz. Exemplificamos.

[...]

Há situações em que o fato jurídico depende da ocorrência de um outro fato para que irradie seus efeitos. O testamento, por exemplo, depende da morte do testador para que produza sua eficácia. A morte não é elemento do núcleo do suporte fático do testamento, porque ele existe como negócio jurídico independentemente dela, mas se constitui em dado integrativo de sua eficácia. Nessas situações o ato jurídico existe, é válido, porém, ineficaz.⁵⁷

Quanto à expressão “dado integrativo” que o professor usou, ela está se referindo aos elementos (fatos) integrativos do suporte fático mencionados anteriormente.⁵⁸ Prossegue o professor:

(b) os atos anuláveis entram, de logo, no plano da eficácia e irradiam seus efeitos, mas *interimisticamente* [adjetivo criado por Pontes de Miranda para designar que, em geral, são provisórios, mas que podem se tornar definitivos], pois poderão ser desconstituídos caso sobrevenha a decretação da sua anulabilidade. Os efeitos jurídicos dos atos anuláveis, no entanto, podem tornar-se definitivos pela sanção da anulabilidade, inclusive pela decadência da pretensão anulatória.

(c) Os atos nulos, de regra, não produzem sua plena eficácia. Precisamente por coincidirem, quase sempre, o nulo e o ineficaz é que se costumam confundir as duas espécies. Acontece, no entanto, que há casos, embora poucos, em que o ato jurídico nulo produz, plena e definitivamente, efeitos jurídicos que lhes são atribuídos (o casamento putativo, por exemplo), donde a necessidade de se distinguir o nulo e o ineficaz.

Cabe-nos agora diferenciar diferentes fenômenos do Direito que frequentemente são confundidos, devido à falta de discernimento jurídico e refinamento de linguagem. O professor Marcos Bernardes utilizará expressões diferentes das de Pontes de Miranda. No tocante ao presente trabalho, utilizaremos a linguagem do primeiro.

Trata-se de distinguir a natureza de três situações: (1) a criação de um fato jurídico, (2) a irradiação das consequências que a norma jurídica o -objeto de estudo do plano da eficácia-, e (3) a efetivação dessas consequências no plano social⁵⁹.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Ver subcapítulo 1.2.1.1 , chamado “Suporte Fático”.

A primeira situação denominaremos “eficácia normativa”, e diz respeito ao “ascender da lâmpada”, ou, como diz Pontes de Miranda, a “prancha da máquina de impressão, incidindo sobre o fato que se passa no mundo”⁶⁰. A partir daí surgirão os fatos jurídicos. A segunda situação, denominada “eficácia jurídica”, por sua vez, se refere ao conjunto de consequências imputadas pela norma jurídica ao fato jurídico, das mais simples às mais complexas, as quais são objeto de análise pertencente ao plano da eficácia.

Importante ressaltar que essas duas primeiras situações se passam apenas no plano dogmático, na dimensão normativa do Direito (ou também, como qualifica Marcos Bernardes⁶¹, no plano de valência). Diferentemente é o caso, por sua vez, da terceira situação, nomeada de “eficácia do direito”, a qual se refere ao efetivo cumprimento das disposições das normas jurídicas no meio social a que se destina, campo de estudo da sociologia jurídica.⁶²

Feitas tais distinções, passamos agora ao que se denomina “categorias eficaciais”, as quais pertencem ao campo da eficácia jurídica (ou seja, que se passam no plano da eficácia). Por esse termo, como nos ensina Marcos Bernardes, compreendem-se:

i) as situações jurídicas: i.a.) básicas; i.b) simples ou unissubjetivas; i.c) complexas ou intersubjetivas: i.c.a) multilaterais, que consubstanciam as relações jurídicas e seu conteúdo de direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e situações de acionado, exceções e situações de excetuado; ii) as sanções, civis e penais; iii) as premiações; iv) os ônus.⁶³

Além disso, esse conteúdo eficaz pode encontrar uma série de limites e condicionantes dependendo da espécie do fato jurídico *latu sensu* que estivermos analisando. Assim, teremos inicialmente limites pessoais, os quais se referem a sua

⁵⁹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.

⁶⁰ Ver nota nº 31.

⁶¹ Ver nota nº 27.

⁶² MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 2.

⁶³ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 31.

designação a um sujeito de direito específico, e também limites temporais, espaciais e de conteúdo. Ou seja, a eficácia pode ser: plena ou apenas limitadamente; imediatamente protraída ou para o futuro; de modo definitivo ou provisório; limitada a determinado espaço territorial; ou mesmo inexistente (nos casos de ineficácia em sentido estrito).⁶⁴

Essas limitações podem ocorrer devido à vontade dos figurantes (como nos casos de negócios jurídicos, pelos quais os participantes têm liberdade de condicionar o conteúdo eficaz), de expressa disposição de lei (ressalvado atos jurídicos perfeitos, direitos adquiridos, e coisa julgada), da natureza do próprio fato (como nos atos jurídicos dependentes de elemento integrativo) e do âmbito de valência do próprio sistema jurídico (que corresponde, via de regra, ao território da respectiva comunidade jurídica)⁶⁵.

2 UTILIDADE E LIMITAÇÕES DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Dedicaremos este capítulo para sustentar que a teoria ponteana apresenta limites, delineados pelo próprio paradigma a partir da qual foi concebida. Dentro desses limites, acreditamos que ela nos seja muito útil, conforme exposto na introdução, para tornar mais refinada e precisa nossa linguagem jurídica e nos fazer compreender mais profundamente a lógica de funcionamentos das normas conhecidas como regras⁶⁶. Citando novamente o famoso físico Stephen Hawking:

[...] é preciso ter clareza do que é uma teoria científica. Numa visão mais simplista, a teoria é apenas um modelo do universo, ou uma parte restrita de seu todo; um conjunto de regras que referem quantidades do modelo a observações que possamos fazer. Ela existe apenas em nosso raciocínio e não apresenta qualquer outra realidade (seja lá o que isso signifique). Uma teoria é considerada

⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32-33.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ A seguir apresentaremos melhor a definição de regras e princípios como espécies do gênero norma.

boa quando satisfaz dois requisitos: descrever com precisão uma grande categoria de observações, com base num modelo que contenha apenas poucos elementos arbitrários; e fazer previsões quanto aos resultados de futuras observações⁶⁷.

No entanto, os próprios limites desse modelo também impedem nossa visão de perceber a existência e a lógica de funcionamento diversa de diferentes fenômenos jurídicos. É o que passaremos a ver nos subcapítulos seguintes, trazendo à baila uma teoria fundamentada pertencente a um paradigma mais amplo, o qual consegue manter o rigor científico tão exaltado pelos pensadores modernos e, ao mesmo tempo, integrar o papel da constante construção e reconstrução de significado que todo o operador jurídico faz, ainda que não o perceba⁶⁸. É a chamada “Teoria dos Princípios”, como ensinada pelo professor Humberto Ávila.

Para compreendermos o que o autor qualificará como princípio, diferente de regra, sustentamos que será necessário deixarmos de lado a visão de mundo ponteana. Isso porque, dentro da lógica do fato jurídico apresentada por Pontes de Miranda, há apenas lugar para um tipo de norma, como passaremos a analisar.

Quer a chamemos de regra ou de princípio, de acordo com a teoria ponteana todas elas tem a mesma natureza. Todas são normas que descrevem um fato, ou conjunto de fatos, sobre os quais, uma vez concretizados, incidirá uma norma jurídica a partir da qual surgirão determinados efeitos. Ou seja, chamá-la de regra ou princípio não refere a uma norma que opera com uma lógica diferenciada.

Não é difícil entender a impossibilidade da Teoria do Fato Jurídico em compreender a natureza dos princípios e sua diferença com relação às regras. Isso porque, reiterando o exposto anteriormente, ela nasce de um paradigma específico, o qual buscou construir uma Ciência do Direito baseada em crenças mecanicistas advindas da Revolução Científica. O mais notório que destacamos é a ficção da possibilidade de neutralidade na observação dos fenômenos, uma vez adotados determinados critérios. E, no caso da Ciência Jurídica, uma das medidas que

⁶⁷ HAWKING, Stephen W. **Uma Breve História do Tempo: do big bang aos buracos negros**. Rio de Janeiro: Rocco, 1988. p. 28-29.

⁶⁸ Em outras palavras, é uma teoria que compreende o inafastável papel do paradigma onde o observador está assentado, quando faz suas observações e elabora seus conceitos e teorias, argumentos, ou toma decisões.

permitiria tal neutralidade seria o afastamento da dimensão axiológica e interpretativa de seu objeto.

A título ilustrativo, ao ignorarmos essas dimensões, seria como termos somente a capacidade visual de enxergar em duas dimensões, e estarmos diante de um quadrado amarelo e um cubo azul. A única possibilidade, devido ao alcance de nossa visão, é considerar as duas figuras como dois quadrados de cores diferentes. Ou seja, somente quando adicionamos uma nova dimensão ao observador (no caso da geometria, o plano da profundidade) poderemos perceber a grande diferença dos fenômenos que antes considerávamos semelhantes.

Em suma, para compreender a distinção entre regras e princípios faz-se também necessário “adicionarmos novas dimensões ao observador”. No caso da teoria do professor Humberto Ávila, a integração da dimensão da interpretação na Ciência do Direito, a qual fará com que o próprio conceito de norma se altere. Senão vejamos:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma haverá um dispositivo que lhe sirva de suporte.⁶⁹

Essa distinção que o autor apresenta como preliminar para a compreensão de sua teoria, entre texto e norma, é entendida por nós como uma verdadeira “revolução copernicana”⁷⁰ no âmbito da Ciência do Direito. Isso porque ela

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 22.

⁷⁰ Usamos esse termo como uma analogia emprestada do campo da física. Ele foi cunhado para designar as descobertas científicas de Nicolau Copérnico (1473-1543). “A revolução copernicana demonstrou que o sistema geocêntrico era falso e que: (1) o mundo não é finito, mas é um Universo infinito; (2) os astros não estão presos em esferas, mas fazem um movimento (como demonstrará Kepler, depois de Copérnico), cuja forma é uma elipse; (3) o centro do Universo não é a Terra; (4) o Sol (como já demonstrados por outros astrônomos) não é um planeta, mas uma estrela, e a Terra,

“transfere” a interpretação, de um papel periférico para um papel central na compreensão do que é a norma jurídica, seu objeto principal. Metaforicamente falando, não é mais o Sol que gira em torno da Terra, mas a Terra em torno do Sol; a interpretação não está mais a serviço dos dispositivos⁷¹, mas esses em função dela.

No entanto, para darmos o “salto” para o paradigma apresentado pelo professor Humberto devemos abandonar o peso das crenças que nos impedem de “sair do chão”. Entre elas, destacamos a crença de identificar dispositivo como norma, e também a de crer que a Ciência do Direito seja uma mera descrição de significados previamente existentes nos dispositivos, como sustentado por brilhantes juristas do passado.⁷²

No entanto, isso não significa ficar a mercê do “leviatã hobbesiano”, como foi o medo dos pensadores modernos, preocupados em trazer racionalidade para as instituições corruptas e arbitrárias de seu tempo. Nada disso. Citando o professor Humberto:

Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística em geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que

como os outros planetas, gira em torno do Sol. (CHAUI, MARILENA. **Convite à Filosofia**. 12 ed., São Paulo: Editora Ágape, 2002. p. 77)

⁷¹ Esse fato é notório no célebre tratado de Hans Kelsen (**Teoria Pura do Direito**. 4 ed., Coimbra: Armênio Amado Editor-Sucessor, 1979. p. 463.), em que é dedicado apenas um breve capítulo final, diríamos periférico, para tratar do tema. Senão vejamos: “A interpretação é um processo mental que *acompanha* o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.” (grifo nosso).

⁷² Citando novamente o eminente jurista “E, finalmente, também a ciência jurídica, quando descreve um Direito positivo, tem de interpretar as suas normas.” (KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. 4 ed., Coimbra: Armênio Amado Editor-Sucessor, 1979. p. 464). Ou seja, pressupõe o doutrinador que as normas preexistem e que a Ciência do Direito apenas descreve o direito positivado.

permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem.⁷³

O autor logo em seguida traz alguns exemplos de conceitos dos quais surgem significados mínimos para que se possa estabelecer uma comunicação. Por exemplo, a palavra “mãe”, “morte”, “antes”, “provisório”, “ampla defesa”, entre outros.⁷⁴ Porém, será que podemos dizer o mesmo a respeito de conceitos, como, por exemplo, o de “mulher honesta”, o qual fazia parte do Código Penal até 2005⁷⁵? Para a visão de mundo que incorporavam a antiga moral burguesa e conservadora, entendia-se por mulher honesta:

[...] não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes.⁷⁶

Essa definição está escrita num manual de direito penal da década de oitenta. Será que resistiu intacta até o início do século XXI, depois de tantas transformações sociais ao longo desse período (principalmente tendo em vista o papel de destaque que a mulher vem conquistando em nossa sociedade)? Provavelmente não, caso contrário não teria havido razão para a revogação de tal dispositivo.

Com esse exemplo, buscamos apenas ilustrar ainda mais a linha de argumentação que nos direciona à compreensão do paradigma da “Teoria dos Princípios”. Ainda que o professor doutrine que na interpretação estamos sempre contruindo ou reconstruindo sentidos, afirma também a existência de núcleos mínimos de significado. De acordo com esse paradigma:

⁷³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 24.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 25.

⁷⁵ Art. 215 e art. 216 do Código Penal, revogados pela lei 11.106 de 2005.

⁷⁶ HUNGRIA, NELSON. **Comentários ao Código Penal**, v.8, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.139.

[...] interpretar é sempre construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentido; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.⁷⁷

O texto normativo é, destarte, um suporte simbólico a partir do qual podem ser construídos/reconstruídos sentidos, significados, de acordo com a visão de mundo adotada pelo intérprete. Mudando o paradigma, altera-se o sentido; alterando-se o sujeito, altera-se o objeto, ainda que haja um suporte preexistente que servirá como um elo para que se estabeleça a comunicação entre os interlocutores⁷⁸.

Tendo isso em mente, o professor Humberto então apresentará uma importante crítica ao paradigma em que a teoria ponteana está assentada: a crença de que o papel da Ciência Jurídica é meramente descrever seu objeto (preexistente ao ato da observação, num “mundo paralelo”). E isso de forma neutra, pois crê ter adotado um método científico que a torna “livre de contaminação axiológica”. Senão vejamos:

[...] é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 25.

⁷⁸ Interessante notar a ressonância entre essa linha argumentativa do professor Humberto Ávila e a do biólogo Humberto Maturana, quando este fala de *objetividade-entre-parênteses*. Senão vejamos: “[...] me dou conta de que no caminho explicativo da *objetividade-entre-parênteses* existem muitos domínios de realidades diferentes, mas igualmente legítimas, ainda que não igualmente desejáveis, cada um constituído como um domínio de coerências operacionais na experiência do observador. Também me dou conta no caminho explicativo da *objetividade-entre-parênteses* uma afirmação cognitiva é um *convite* feito ao outro para entrar num certo domínio de coerências operacionais, e de que aquele que a faz sabe que existem outras afirmações cognitivas igualmente legítimas, em outrod domínios de realidade, que o outro pode preferir.” (MATURANA, Humberto. **Emoções e Linguagem na Educação e na Política**, 1 ed. Belo Horizonte: Ed UFMG, 1998. p. 58).

exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.⁷⁹

2.1 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Compreendida a natureza que a norma adquire ao se integrar a dimensão hermenêutica na Ciência do Direito, a de ser um constructo de sentidos a partir de dispositivos, faz-se necessário diferenciar dois tipos⁸⁰ de norma: regras e princípios.

Como mencionado anteriormente, sustentamos que a teoria ponteana é incapaz de compreender a natureza dos princípios pelo fato de estar fixada em certas crenças. Ainda que possa utilizar a palavra princípios em seus textos, qualificando-os por vezes como “normas implícitas”⁸¹ está se referindo a mesma operação lógica. Senão vejamos:

Atualmente, por força mesmo da investigação científica empregada no trato do direito, a melhor doutrina está de acordo em afirmar a impossibilidade de que a realização do direito no ambiente social possa prescindir da *revelação* de normas jurídicas que preencham os vazios deixados pela legislação. Essa atividade reveladora de normas jurídicas com a finalidade de integrar as lacunas do ordenamento jurídico não é nem pode ser considerada, em face dos dogmas do positivismo, uma atuação legislativa. O que ocorre, na verdade, é que o intérprete (geralmente o juiz) na solução dos casos, tomando como fundamento os princípios que norteiam o sistema jurídico, extrai norma que torna específico aquele princípio. Assim, não há criação de norma nova, mas, apenas, revelação de norma que existe de modo não expresso, implícito, no sistema jurídico.⁸²

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 25-26.

⁸⁰ Mencionei “dois tipos” porque, na verdade, a “Teoria dos Princípios” nos apresenta três tipos de norma. Além de princípios e regras, também os chamados postulados normativos, sobre os quais decidimos não comentar pois a descrição da natureza dos princípios já satisfaz nossa busca de compreender a limitação da teoria ponteana.

⁸¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 25.

⁸² MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 26.

Esse pequeno trecho deixa mais claro a crença do poder de “revelação” de uma realidade independente e preexistente do intérprete. Em outras palavras, é como se o suporte fático já estivesse todo detalhado num “mundo paralelo” e a incidência da norma “implícita” tivesse ocorrido no passado; aos operadores, assumindo critérios “neutros” advindos da Ciência Jurídica, cabe o papel de tirar o véu que nos impedia de perceber essa realidade objetiva e independente.

Visto isso, passamos então brevemente a diferenciar aquilo que a Teoria dos Princípios chama de regra daquilo que ela chama de princípio. Para seu autor, ambas as normas possuem quatro elementos em comum cujo conteúdo irá diferenciá-los: (1) dever imediato, (2) dever mediato, (3) justificação e (3) pretensão de decidibilidade⁸³.

As regras são normas cujo dever imediato é a adoção de conduta previamente definida; os princípios são normas cujo dever imediato é a promoção de um estado ideal de coisas. As regras têm o dever mediato de de manter fidelidade aos fins que lhe dão razão de existência e aos princípios hierarquicamente superiores; os princípios, por sua vez, apresentam o dever mediato da adoção de condutas necessárias (não previamente descritas, pois inúmeras podem ser as condutas que alcancem suas finalidades). A justificação das regras se dá quando há correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato (concepção essa mais ampla que do a crença no “acender de uma lâmpada”); a justificação dos princípios se dá quando há correlação dos efeitos da conduta tida como necessária e o estado ideal de coisas. A pretensão de decidibilidade, no caso das regras é exclusividade e abarcância; no caso dos princípios, é concorrência e parcialidade.⁸⁴

Conforme sintetiza o professor Humberto:

Essas ponderações têm por finalidade demonstrar que a diferença entre princípios e regras está no fato de que as regras devam ser aplicadas *no todo* e os princípios *na medida máxima*. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Tanto as regras

⁸³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 70.

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 70.

quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto a determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativos relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação em casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma.⁸⁵

Ou seja, tanto princípios quanto regras possuem conteúdo de “dever-ser”. Isso significa que ambas são normas, ambas têm a capacidade de incidir sobre determinado suporte fático fazendo surgir fatos jurídicos. A diferença principal é que esse suporte fático não é entendido como algo independente da construção narrativa de um interlocutor, e a incidência da norma não se dá num plano abstrato independente do pensamento humano.

2.2 UTILIDADE DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Conforme sustentamos na introdução do presente trabalho, o domínio dos conceitos da Teoria do Fato Jurídico é de fundamental importância e seu estudo deveria ser mais enfatizado nas disciplinas de graduação das faculdades de Direito. Compreender tal teoria à luz dos avanços que a Ciência Jurídica tem feito a partir da segunda metade do séc. XX certamente auxiliará o estudante de graduação a desempenhar suas futuras atribuições profissionais de forma mais adequada e eficaz.

Passamos agora a uma rápida ilustração jurisprudencial, com o intuito de apresentar as confusões conceituais presentes em decisões de magistrados. Primeiramente, um julgado do Superior Tribunal de Justiça, o qual mistura nulidade com inexistência, confusão essa tão rechaçada por Marcos Bernardes. Senão vejamos:

⁸⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 109-110.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. JULGAMENTO. NULIDADE. DEFENSOR CONSTITUÍDO. INTIMAÇÃO EXCLUSIVA. NÃO OBSERVÂNCIA. SUBSTABELECIMENTO COM RESERVA DE PODERES. REITERAÇÃO. DESNECESSIDADE. NULIDADE ABSOLUTA. PREJUÍZO PRESUMIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, havendo substabelecimento com reserva de poderes, é válida a intimação de qualquer dos causídicos - substabelecete ou substabelecido -, desde que não haja pedido expresso de intimação exclusiva.

[...]

5. O erro na intimação da defesa torna o **ato inexistente**, constituindo nulidade absoluta, na qual o prejuízo é presumido.

[...]

(Habeas Corpus 2009/0033903-5, Ministro relator Sebastião Reis Júnior)

(grifo nosso)

A esse respeito, o professor Marcos Bernardes é incisivo:

Como se vê, o tratamento indistinto dessas situações pode conduzir a equívocos. É evidente que se pode falar de uma ineficácia em sentido amplo, que abranja todas as situações em que o fato jurídico não produza efeito, inclusive durante a pendência de condições suspensivas e de termos iniciais. Nesse sentido estariam compreendidas a nulidade (salvo quando a lei atribui algum efeito ao ato jurídico) e a ineficácia em sentido estrito. Mas, aqui, a boa ciência impõe a necessidade de se precisar o sentido em que o termo é empregado, evitando-se assim ambiguidades e equívocos. O que não é possível, absolutamente, é incluir no âmbito da ineficácia ou da invalidade os chamados atos inexistentes, porque constitui uma contradição falar de *ato* (portanto, de dado da realidade empírica) *inexistente* (que significa *não ser*) Também não tem razão quem relaciona a nulidade e a ineficácia à inexistência, fazendo afirmativas como as de que o *ato nulo* e o *ato ineficaz* são *juridicamente inexistentes*, ou dizendo que atos inexistentes, nulos e anuláveis são categorias de ineficácia do ato jurídico.⁸⁶

Outro exemplo de confusão conceitual é não compreender bem o mecanismo de funcionamento das regras, cuja lógica é bem explicada, ainda que contenha limites, pela teoria ponteano, e tratar determinadas normas como princípios, talvez pelo fato de sua grande relevância no meio jurídico. É o caso dos que usam a

⁸⁶ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 102.

expressão “princípio da função social”, quando na verdade se tratam de uma série de regras.

Mesmo se fizéssemos mão apenas da teoria ponteana, essa definição não seria satisfatória, pois para ela a função social é um conjunto de normas explícitas (diferente dos princípios, os quais são normas implícitas⁸⁷). E, com mais razão ainda abandonaríamos tal expressão, se utilizarmos a teoria do professor Humberto, segundo a qual, como vimos, as regras apresentam uma descrição prévia de comportamento específico, diferente dos princípios. Segundo a carta magna:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo **critérios e graus de exigência estabelecidos em lei**, aos seguintes requisitos:

I- aproveitamento racional e adequado;

II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

(grifo nosso)

Encontramos esse tipo de confusão em ementas jurisprudenciais. Senão vejamos:

Ementa: PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO PROCEDENTE COM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. [...]. SITUAÇÃO ATUAL QUE RETRATA O ASSENTAMENTO DE CERCA DE 50 FAMÍLIAS NO LOCAL. DECRETO MUNICIPAL QUE DECLAROU O IMÓVEL COMO DE INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE **DESAPROPRIAÇÃO**. SITUAÇÃO QUE REVELA A IMPOSSIBILIDADE DE SE CONCEDER A TUTELA ESPECÍFICA REQUERIDA PELA PARTE. NÃO SE TRATANDO DE LEGITIMAR A TEORIA DA OCUPAÇÃO, COMO SE A COISA NÃO TIVESSE DONO, MAS DE FAZER PREVALECER O **PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL** DA PROPRIEDADE, TENDO PRESENTE O DISPOSTO NO ART. 1228, § 3º E 4º DO CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL DA LEI A INDICAR QUE, NESTA SITUAÇÃO, OS PODERES ASSEGURADOS AO PROPRIETÁRIO CEDEM ANTE OUTROS DIREITOS MAIS PREPONDERANTES E VITAIS, COMO O DIREITO À MORADIA E À DIGNIDADE DE VIDA. SUSPENSÃO DA REINTEGRAÇÃO QUE VAI MANTIDA, SINALIZANDO-SE PARA A EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO PELA

⁸⁷ Ver nota nº 81.

PERDA DO SEU OBJETO EM FACE DO EVIDENTE INTERESSE PÚBLICO NA COISA, CONVERTENDO-SE A OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70029765658, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flores de Camargo, Julgado em 14/10/2009)

2.3 LIMITAÇÃO DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

A Teoria do Fato Jurídico, que tão bem nos auxilia na compreensão do funcionamento de regras, é incapaz de descrever adequadamente os fatos jurídicos decorrentes da incidência nas normas conhecidas como princípios. A causa fundamental dessa condição, como vimos anteriormente, é o fato dela ter sido construída a partir de uma visão de mundo específica, rebento do pensamento moderno, que ignorava o papel contrutor da interpretação, bem como visava afastar do objeto da Ciência do Direito as categorias de justiça, política e moral (todas imbuídas de pressupostos valorativos). Por isso, reiterando, a teoria ponteano somente é capaz de “enxergar” as normas conhecidas como “regras”. Diante de um princípio, buscará “entortá-lo”, ou criar uma ficção para reduzi-lo ao patamar das regras, pois não é capaz de compreendê-lo em sua inteireza.

Como vimos, essa incapacidade se dá também devido à falta de integração, principalmente, da hermenêutica jurídica em seu objeto de estudo, a qual é necessária para bem compreendermos o inafastável papel do sujeito que interpreta um texto normativo⁸⁸. Essa inafastável situação, contrariamente talvez às expectativas de muitos juristas, não significa soltar-se no abismo dos caprichos de qualquer um. Na verdade, pelo contrário: o estudo sério e profundo da hermenêutica

⁸⁸ Ensina Eduardo C. B. Bittar (**Curso de Filosofia do Direito**, 3 ed., São Paulo: Altas, 2004. p. 44): “Enfim, onde há cultura há valor, e onde há valor abre-se uma dimensão incontornável de perspectivas axiológicas para o cientista. É certo que nas ciências naturais ou exatas o juízo de valor tem importância, mas não se pode equiparar sua importância lateral para essas ciências com o papel que desempenha nas ciências humanas ou sociais. Nessas há a consciência e a adoção do valor, ou, ainda, nestas o valor é estudado, comentado, criticado, valorado e valorizado.”

nos auxilia a termos um controle interpretativo e argumentativo⁸⁹. Isto é, uma limitação dos sentidos que podem ser depreendidos de um texto.

Sendo assim, pelo fato da teoria ponteana estar assentada num paradigma que acredita num “mundo da psiquê” independente, ela é incapaz de admitir que existam normas cujo suporte fático será construído *a posteriori*, pois dependentes de um sentido interpretativo, como ocorre com os princípios jurídicos. Ou seja, quando deparadas com o funcionamento de uma norma dessa espécie, fazem mão das velhas ficções ideológicas para tentar “encaixar cubos dentro de pirâmides”, usando a metáfora da geometria. Citando Pontes de Miranda:

A técnica que tem o direito, mero processo social de adaptação, para chamar a si o fato que antes não lhe importava, é a *regra jurídica*. A regra jurídica é sempre uma proposição escrita ou não escrita, em que se diz: “Se ocorre *a*, *b* e *c* (ou se ocorre *b* e *c*, ou se ocorre *a* e *b*, ou se ocorre *a*, ou se ocorre *b*), acontece *d*.”⁹⁰

Assumindo essas premissas, a teoria ponteana é incapaz de explicar a existência de julgados em que é somente diante do caso concreto que se pode verificar qual norma, qual princípio, prevalecerá. Nos dias de hoje, esses chamados *hard cases*⁹¹ estão se tornando cada vez mais presentes, devido ao aumento da complexidade das relações jurídicas. Como exemplo ilustrativo, colacionamos um julgado que nos apresenta um conflito entre dois princípios igualmente aptos a incidirem e criarem fatos jurídicos específicos. O primeiro é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a partir do qual pode surgir uma fato jurídico em cujo plano da eficácia encontramos o direito à saúde. O segundo, o da obediência

⁸⁹ “Uma análise científica vai caracterizar-se precisamente pelo compromisso metodológico de controle da ideologia, buscando o tratamento mais argumentado possível da realidade.” Nota n 1 do **Curso de Filosofia do Direito**, 3 ed., São Paulo: Altas, 2004. p. 237-240, de Eduardo C. B. Bitar.

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das Ações, tomo I**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 3-4.

⁹¹ Expressão usada pelo filósofo do direito Ronald Dworkin, a qual se refere a casos em que há colisão de princípios. Casos esses que fogem completamente da crença do juiz como “boca da lei”, no sentido de operar apenas por uma lógica de subsunção entre os fatos previamente narrados em lei e os fatos acontecidos. Diante desses casos difíceis, haverá colisão entre duas normas que teoricamente poderiam ser aplicadas, e somente se resolverá a questão através do trabalho da argumentação diante de casos concretos.

ao protocolo do serviço de saúde como forma de se universalizar o acesso aos serviços públicos médico-hospitalares. Senão vejamos:

[...]

Essa questão é uma das mais tormentosas das submetidas a julgamento na Seção de Direito Público desta Corte por versar **colisão de princípios constitucionais da maior relevância**: o da dignidade da pessoa humana, com direito ao tratamento da saúde e o da obediência ao protocolo do serviço de saúde como forma de se universalizar o acesso aos serviços públicos médico-hospitalares.

[...]

Nada obstante, tem-se igualmente **ponderado** que o direito à vida e, por conseguinte, ao tratamento da saúde, tem valor superlativo na tábua de valores consagrados pela Constituição Federal, de modo que a imperiosidade de sua significância autoriza o intérprete a relevar o rigor formal da postulação de tutela jurisdicional, quer, às vezes, pela falta de afinidade do patrono da causa à natureza jurídica da tutela provisória de urgência, e, outras tantas, pela notória morosidade dos processos ordinários, notadamente, pelo descompasso absoluto entre o elevado e crescente número de novos feitos judiciais e a infra-estrutura do Judiciário.

Tem-se ressalvado a **imperiosa ponderação dos riscos para a saúde, decorrentes da gravidade de moléstia** diagnosticada e da urgência do tratamento com o medicamento, equipamento ou insumo prescrito, por dizerem respeito à dignidade da pessoa humana, valor superlativo consagrado na Constituição Federal, como fundamento do Estado (CR, art. 1º, III).

[...]

Notório o conflito entre aquele princípio fundamental, de atenção individual à pessoa humana, com o da solidariedade, que norteia o “acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde”, notadamente pela imprescindibilidade de se ater à realidade social, de finitude dos recursos públicos, o que certa doutrina trata pela dicção “reserva do possível”, na esteira da jurisprudência constitucional alemã.

[...]

Em outras palavras: a faculdade de se exigir do Poder Público a dispensação de medicamento, equipamento ou insumo necessário ao tratamento de moléstia, especialmente quando diagnosticada por médico particular, ou quando o tratamento prescrito não é padronizado pelos programas oficiais, só se legitima na exata medida em que tal exigência não conflite com o dever do Estado de “assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

(Apelação 0011177-80.2010.8.26.0625, 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: João Carlos Garcia, Julgado em 13/06/2012)

(grifo nosso)

Ou seja, sustentamos que casos como esse somente podem ser solucionados diante da concretude da situação. Não há uma norma jurídica “implícita” que será revelada pelo juiz. O que ocorre, na verdade, é um trabalho de ponderação entre diferentes argumentos (igualmente válidos, em teoria) e de construção de sentidos, com a finalidade de justificar-se a não aplicação de um determinado princípio em detrimento de outro. E será justamente nesse trabalho de argumentação que criaremos o suporte fático em que o princípio prevalente incidirá e produzirá seus efeitos.

Essa visão, reiterando, é diversa da visão da Teoria do Fato Jurídico. Citando novamente Pontes de Miranda:

Interpretar leis é lê-las, entender-lhes e criticar-lhes o texto e revelar-lhes o conteúdo. Pode ela chocar-se com outras leis, ou consigo mesma. Tais choques tem de ser reduzidos, eliminados; nenhuma contradição há de conter a lei. O sistema jurídico, que é sistema lógico, há de ser entendido em toda a sua pureza.

[...]

Atualmente, por força mesmo da investigação científica empregada no trato do direito, a melhor doutrina está de acordo em afirmar a impossibilidade de que a realização do direito no ambiente social possa prescindir da *revelação* de normas jurídicas que preencham os vazios deixados pela legislação. Essa atividade reveladora de normas jurídicas com a finalidade de integrar as lacunas do ordenamento jurídico não é nem pode ser considerada atuação legislativa. O que ocorre, na verdade, é que o interprete (geralmente o juiz) na solução dos casos, tomando como fundamentos os princípios que norteiam o sistema jurídico, extrai norma que torna específico aquele princípio. Assim, não há criação de norma nova, mas, apenas, revelação de norma que existe de modo não expresso, implícito, no sistema jurídico.⁹²

Colacionando esse trecho da doutrina ponteana convido o leitor a refletir se não estaria o seu autor, utilizando novamente a metáfora da geometria, “encaixar um cubo dentro de um polígono em forma de pirâmide”, assumindo o cubo como um princípio e uma regra como uma pirâmide. Incorrer nesta inadequação é assumir que uma teoria capaz de explicar razoavelmente o funcionamento de regras (ainda

⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, tomo I**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 16.

que limitada) é necessariamente capaz de explicar o funcionamento de princípios, fazendo mão para isso de verdadeiros “contorcionismos” conceituais.

Imaginar que, das inúmeras possibilidade de sentidos que podem dar nascimento a diferentes normas, existe na verdade apenas uma, “a reveladora”, é estar ainda fixado em concepções científicas ultrapassadas. É estar ainda preso ao mito da neutralidade, que buscou convencer uma geração de pensadores a acreditar que podemos operar métodos científicos que dividem mundo objetivo e mundo subjetivo, mantendo-os incomunicáveis. Dentro da ideia da infalibilidade da incidência da norma jurídica, metaforicamente afirmamos que, somente uma das lâmpadas foi acesa, diante de um caso que envolva princípios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como intuito convidar o leitor a uma reflexão. Em primeiro lugar, a uma meditação a respeito da Teoria do Fato Jurídico. Assumimos a hipótese de que ela, apesar de ter uma grande utilidade para o refinamento da linguagem e, conseqüentemente, para o avanço na excelência jurídica da qual nossa sociedade é ainda infelizmente carente, possui limitações e precisa ser reavaliada, principalmente em seu conceito principal.

Sendo assim, passamos a dissecar brevemente suas “raízes”, seus “corpos” e seus “frutos”. Para isso, foram utilizados argumentos da própria teoria ponteana e de outros estudiosos de diversos âmbitos do conhecimento como um suporte para compreender qual é o paradigma onde está assentado nosso objeto de estudo.

Compreender melhor suas raízes nos auxiliou a ter mais clareza a respeito da origem de sua incapacidade em aceitar e compreender o fato jurídico operando através de uma outra forma.

Essa nova lógica supera a necessidade de sustentarmos ficções do “acender da lâmpada” num “mundo da psiquê” completamente alheio às “descidas ao plano psicológico”, entendidas, pelos seus adeptos ponteanos, como “extremamente perigosas, por estranhas ao âmbito do Direito”⁹³. Podemos dizer que essa compreensão “liberta” os fatos jurídicos, pois seus suportes fáticos não estarão mais “presos” às letras de textos normativos; será reconhecido que seu nascimento se dá a partir dos sentidos que o operador do Direito constrói/reconstrói quando interpreta um dispositivo.

Dedicamos então uma parte do trabalho a apresentar um desses fenômenos jurídicos por ela “invisíveis”: os princípios. Para tal empreendimento assumimos a Teoria dos Princípios ensinada pelo professor Humberto Ávila como um suporte para confirmar nossa hipótese.

⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, tomo I**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58.

Secundariamente, podemos dizer também que o presente trabalho foi também um convite à reflexão no sentido de compreendermos que o fenômeno jurídico é um objeto de estudo que exige constante revisão e alteração das teorias que elaboramos, assim como todos os fenômenos estudados por qualquer Ciência digna desse nome. Nos dias de hoje tornou-se evidente que o objeto de estudo de qualquer Ciência acompanha intimamente as transformações sociais de cada época. Como nos ensina o brilhante físico Stephen Hawking:

Para falar sobre a natureza do universo e discutir questões tais como se ele tem um começo ou um fim, é preciso ter clareza do que é uma teoria científica. Numa visão mais simplista, a teoria é apenas um modelo do universo, ou uma parte restrita de seu todo; um conjunto de regras que referem quantidades do modelo a observações que possamos fazer. Ela existe apenas em nosso raciocínio e não apresenta qualquer outra realidade (seja lá o que isso signifique). Uma teoria é considerada boa quando satisfaz dois requisitos: descrever com precisão uma grande categoria de observações, com base num modelo que contenha apenas poucos elementos arbitrários; e fazer previsões quanto aos resultados de futuras observações.⁹⁴

E o aprendizado jurídico a que chegamos nos dias de hoje, graças à superação de teorias passadas em que nos apoiamos para chegar nesses novos paradigmas, é que não podemos mais ignorar elementos fundamentais para uma compreensão mais ampla e precisa do fato jurídico. Elementos esses principalmente relacionados ao estudo da construção contínua de significados e sentidos de que nos ensina o professor Humberto Ávila. Relegar essa riqueza ao âmbito da política, da moral, da filosofia ou da sociologia, e continuar a “reprimir” a verdade, alçando mão de ficções ou crenças injustificadas, é, a nosso ver, continuar a propagar inconscientemente o medo dos pensadores modernos, cuja intensidade é diretamente proporcional à sua busca por certeza, segurança e neutralidade. Como nos ensina o professor Barzotto:

Um dos traços fundamentais do fenômeno conhecido como “modernidade” é a crise de fundamentos. São postos em questão

⁹⁴ HAWKING, STEPHEN. **Uma breve história do Tempo: do big ban aos buracos negros**. Rio de Janeiro: Rocco, 1988. p. 28

fundamentos da política, da crença religiosa, do conhecimento, da moral e do direito. A angústia provocada no homem moderno por essa situação leva-o a uma busca desesperada por segurança e certeza. Perelmann diagnostica essa situação denunciando a busca pela evidência, no mundo moderno, como fruto da hegemonia do “pensamento burguês”, “o qual generalizou o papel da evidência, trata-se da evidência pessoal do protestantismo, da evidência racional do cartesianismo ou da evidência sensível do empirismo”.⁹⁵

E isso é aplicável ao pensarmos o conceito de fato jurídico, brilhantemente elaborado por Pontes de Miranda. Ainda que seja importante dominar seus conceitos para refinarmos nossa linguagem e compreendermos melhor o funcionamento de certos fenômenos jurídicos, é fundamental não ficarmos presos em suas molduras, inconscientemente confundindo-as com a própria realidade. Citando novamente o famoso físico:

Qualquer teoria física é sempre provisória, no sentido de que não passa de uma hipótese: não pode ser comprovada jamais. Não importa quantas vezes os resultados de experiências concordem com uma teoria, não se pode ter certeza de que, da próxima vez, o resultado vá contradizê-la. Por outro lado, pode-se rejeitar qualquer teoria ao se descobrir uma única observação que contrarie suas previsões. Como o filósofo da ciência Karl Popper enfatizou, uma boa teoria é caracterizada pelo fato de ser capaz de um número de previsões que possam, em princípio ser rejeitadas ou frustradas pela observação. Cada vez que novos experimentos comprovam as previsões, a teoria se mantém e nosso nível de confiança nela aumenta; mas se uma nova observação a contradizer, é necessário que seja abandonada ou modificada⁹⁶

E, para ampliar e enriquecer a noção de fato jurídico, precisamos de teorias que satisfaçam às exigências das relações sociais do nosso tempo, teorias que abarquem, além da busca por certeza e segurança, estudos interdisciplinares de hermenêutica, política, moral e outras ciências -tanto humanas quanto naturais. Diante das novas e complexas demandas jurídicas que se apresentam em nossa sociedade, é fundamental compreendermos que as relações entre diferentes disciplinas de conhecimento tem um papel fundamental na própria constituição de

⁹⁵ BARZOTTO, LÚIS FERNANDO. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 137.

⁹⁶ HAWKING, Stephen W.. **Uma breve história do Tempo: do big bang aos buracos negros** Rio de Janeiro: Rocco, 1988. p. 29)

cada uma delas. Repetindo a citação anteriormente exposta na nota de rodapé nº 24, a respeito de um paradigma científico mais amplo:

“A origem do nosso dilema repousa em nossa tendência de criar a abstração de objetos separados, incluindo um sujeito (*self*) separado, e então acreditar que eles pertencem a uma realidade objetiva e existente em si. Para superar nossa ansiedade cartesiana, precisamos pensar sistematicamente, ***mudando nosso foco conceitual de objetos para relações.***⁹⁷” (grifo nosso)

Além disso, podemos entender também que a intenção do trabalho foi convidar o leitor para um diálogo entre teorias assentadas em paradigmas diferentes, tentando aprender o que cada uma delas tem de melhor. Ou seja, não se tratou de descartar a teoria ponteana pelo fato dela estar alicerçada num paradigma superado, mas sim de apresentar o importante fenômeno jurídico que Pontes denominou de “fato jurídico”, e auxiliá-lo a transcender seu paradigma original. Com isso, nossa noção desse conceito não ficará limitada à moldura da própria teoria ponteana, mas poderá ser aplicada e refinada, acompanhando a constante mutação dos fenômenos jurídicos.

Em suma, ao agirmos dessa forma acreditamos estarmos continuamente usando as novas teorias como um suporte para continuarmos fazendo aquilo que há de mais essencial, caso estejamos verdadeiramente ocupados em dar respostas adequadas aos conflitos jurídicos que constantemente surgem a partir do convívio social: buscar sempre dar um passo a mais.

⁹⁷ CAPRA, FRITJOF. **Web of Life: a new synthesis of mind and matter**, Galliard: Flamingo, 1997 , p. 267 e 287.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES, **A Política**, 1 ed., Madri: Editorial Gredos S/A, 1988

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA DE. **Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia**, 4 ed, Saraiva Editora, 2010.

BARZOTTO, LÚIS FERNANDO. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**, 3 ed., São Paulo: Altas, 2004.

CAPRA, Fritjof. **Web of Life: a new synthesis of mind and matter**, Galliard: Flamingo, 1997.

CHAUI, MARILENA. **Convite à Filosofia**. 12 ed., São Paulo: Editora Ágape, 2002.

DIDIER JUNIOR, FREDIE e EHRHARDT JR, MARCOS. **Revisitando a Teoria do Fato Jurídico**, 1 ed, Saraiva Editora, 2010.

HAWKING, Stephen W. **Uma Breve História do Tempo: do big bang aos buracos negros**. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

HUNGRIA, NELSON. **Comentários ao Código Penal**, v.8, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. 4 ed., Coimbra: Armênio Amado Editor-Sucessor, 1979

MATURANA, Humberto. **Emoções e Linguagem na Educação e na Política**, 1 ed. Belo Horizonte: Ed UFMG, 1998.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico - Plano da Existência**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do Fato Jurídico - Plano da Validade**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. 8ª ed. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1991.

PONTES DE MIRANDA, Fransisco Cavalcante. **Tratado das Ações, tomo I**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Tratado de Direito Privado, tomo IV**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

_____. **Tratado de Direito Privado, tomo I**, 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

VICENTINO, CLÁUDIO. **História Geral**. São Paulo: Scipione, 1997.