

Os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico pontemirandiana revisitados à luz da Hermenêutica Filosófica gadameriana

Nathalie Kuczura Nedel

Pós-Doutoranda em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutora em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade. Graduada em Direito pela UFSM. *E-mail:* nkuczura@gmail.com

Wilson Engelmann

Pós-Doutor em Direito Público-Direitos Humanos pelo Centro de Estudios de Seguridad (CESEG), da Facultad de Derecho da Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha. Coordenador Executivo, Professor e Pesquisador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios. Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, ambos da UNISINOS. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO, credenciado junto ao CNPq. *E-mail:* wengelmann@unisinis.br

Resumo: Pontes de Miranda desenvolveu a Teoria do Fato Jurídico. Segundo esta, a incidência seria automática, infalível e diversa da aplicação. Ocorre que embora seja esta Teoria imprescindível para a compreensão do Direito Privado, ela se tornou comprovadamente insuficiente em face das novas conflituosidades jurídicas, sendo, pois, imprescindível repensar os seus elementos estruturantes. Diante disso, cumpre perquirir em que medida a Hermenêutica Filosófica pode ser aplicada, a fim de revisar os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico para que esta seja capaz de ser, efetivamente, aplicada diante das novas conflituosidades jurídicas? Para responder ao problema de pesquisa, empregou-se como “método” de abordagem o fenomenológico-hermenêutico e como métodos de procedimento o histórico e o estruturalista. Ainda, o presente artigo foi dividido em três seções. Na primeira seção, explana-se a Teoria do Fato Jurídico como idealizada por Pontes de Miranda. Na segunda seção, aponta-se a insuficiência de referida Teoria tendo como pano de fundo as novas conflituosidades jurídicas. Já a terceira seção aponta a Hermenêutica Filosófica como possível caminho a ser trilhado para revisar a referida Teoria. A partir disso, concluiu-se que a Hermenêutica Filosófica é adequada para repensar os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico.

Palavras-chave: Hermenêutica Filosófica. Novas conflituosidades jurídicas. Teoria do Fato Jurídico.

Sumário: **1** Introdução – **2** A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: a latente cisão entre incidência e aplicação – **3** A insuficiência da teoria pontemirandiana na sua acepção original diante da complexidade das novas conflituosidades jurídicas – **4** A Hermenêutica Filosófica como caminho a ser trilhado para revisar a Teoria do Fato Jurídico diante das novas conflituosidades jurídicas – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

Pontes de Miranda revela-se como sendo um jurista¹ brasileiro, que desenvolveu as suas obras, a partir do início de 1900, tendo influências dos doutrinadores alemães do século anterior. A partir dessas influências, desenvolveu a denominada Teoria do Fato Jurídico, segundo a qual um determinado acontecimento da vida ingressa no mundo jurídico quando verificado o suporte fático. Assim, a incidência seria automática, infalível e diversa da aplicação, que dependeria do não atendimento e, esta, portanto, poderia ou não se operar.

Ocorre que compulsando os manuais mais utilizados pelos cursos de Direito do país, bem como a partir de pesquisa realizada junto aos professores de Direito Civil, parte geral, foi possível constatar que embora a Teoria seja imprescindível para o Direito Privado, esta não mais é devidamente estudada no âmbito acadêmico. Isso porque ela se revela, diante das novas conflituosidades jurídicas, como sendo insuficiente. Nesse norte, considerando a sua importância não apenas histórica, mas também atual, é preciso buscar alternativas para repensar os elementos estruturantes da Teoria Geral do Fato Jurídico.

Diante disso, cumpre perquirir: em que medida a Hermenêutica Filosófica pode ser aplicada, a fim de revisitar os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico para que esta seja capaz de ser, efetivamente, aplicada diante das novas conflituosidades jurídicas? Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo analisar a Hermenêutica Filosófica como meio adequado a revisitar os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico diante das novas conflituosidades jurídicas.

Assim, para responder ao problema de pesquisa e cumprir com o objetivo ora proposto empregou-se como “método” de abordagem o fenomenológico-hermenêutico. A escolha de referido “método” se justifica na medida em que, embora se parta da análise do pensamento pontemirandiano, que não se revela como sendo um hermeneuta, utilizar-se-á para repensar os elementos estruturantes de sua Teoria os ensinamentos de Gadamer. Assim sendo, busca-se desvelar o sentido da Teoria do Fato Jurídico a partir da atual realidade e da linguagem, rompendo-se com o pensamento lógico, mecanicista. Ao lado disso, justifica-se a escolha do “método” em questão, uma vez que se parte da premissa de que “[...] não existe essa formulação de significado único e muito menos uma regra de formulação definitiva, que não revelasse uma nova variante ou um novo modelo de solução, a cada novo caso concreto” (ENGELMANN, 2007, p. 244). Assim, necessário pensar cada situação, a partir do denominado círculo hermenêutico e de seu ingresso neste.

¹ Frise-se que ao caracterizá-lo como jurista não se está esquecendo as suas contribuições em outras searas do conhecimento.

No que tange aos métodos de procedimento conjugar-se-ão dois métodos: o histórico e o estruturalista. A utilização do método de procedimento histórico se justifica na medida em que o estudo em apreço realizará uma digressão histórica no que tange à Teoria do Fato Jurídico elaborada no século XX. Ainda, será manejado o método estruturalista, o qual se revela necessário para que se parta da análise de um fenômeno concreto, qual seja, a situação atual da Teoria do Fato Jurídico, para se elevar a um nível abstrato, a fim de verificar de que forma a partir da Hermenêutica Filosófica pode-se repensar os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico. Feito isso, ao final, retornar-se-á ao caso concreto, para aferir a viabilidade de aplicação do que foi delineado abstratamente.

Já como técnicas de pesquisa utilizar-se-ão a documentação indireta bem como a bibliográfica. Em relação à primeira técnica empregada, cumpre referir que serão analisados os dados obtidos por meio de observação direta extensiva realizada no âmbito do doutorado. Ou seja, os dados ora apresentados foram compilados para a realização da tese, sendo, neste momento, analisados os documentos que advieram da aludida pesquisa.

Ademais, para uma melhor compreensão do tema o presente artigo foi dividido em três seções. Na primeira seção, explana-se a Teoria do Fato Jurídico da forma como idealizada por Pontes de Miranda, enfatizando-se a cisão entre incidência e aplicação. Na segunda seção, aponta-se a insuficiência de referida Teoria tendo como pano de fundo as novas conflituosidades jurídicas. Por fim, a terceira seção aponta a Hermenêutica Filosófica como possível caminho a ser trilhado para revisar a Teoria do Fato Jurídico diante das já mencionadas novas conflituosidades jurídicas.

2 A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: a latente cisão entre incidência e aplicação

Pontes de Miranda foi um dos maiores juristas brasileiros (MOTA, 1981-1982, p. 203), tendo elaborado muitas obras e teorias, dentre as quais merece destaque a Teoria do Fato Jurídico, pois, segundo o próprio jurista, “a noção fundamental do direito é a de fato jurídico; depois a de relação jurídica [...]” (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. XVI). Assim, revela-se a importância de delimitar quais fatos adentram no mundo jurídico e como isso ocorre, provando que entre diversas teorias e figuras, a primeira que deve ser bem delineada é a noção de fato jurídico e o fenômeno que torna os fatos do mundo dos fatos também fatos jurídicos.

Nesse norte, inicialmente, deve-se delinear o conceito de fato ou de fatos. Fatos configuram-se como sendo tudo que ocorreu, que ocorre ou que irá ocorrer no cotidiano dos indivíduos. Assim, tudo que ocorre no mundo é um fato. Em

suma, o mundo se compõe de fatos (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 3-5). Esses fatos que compõe o mundo poderão ser fatos do mundo físico ou do mundo psíquico (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 94-95). A título exemplificativo, tem-se que “tudo que experimento, faço ou suscito é fato” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 44).

Aludidos fatos podem ser apenas “fatos” ou serem também fatos jurídicos. Tudo que ocorre no mundo é um fato, já para ser, igualmente, fato jurídico é preciso que o fato interesse ao Direito. Se o fato interessar ao Direito estará estampado em uma regra jurídica, que determinará o suporte fático em abstrato. Uma vez verificada a ocorrência do fato que está descrito na norma jurídica no mundo dos fatos, este fato ingressará, igualmente, no mundo jurídico. Nas palavras de Pontes de Miranda, “fato jurídico é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico” (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 20). Para que o fato adentre no mundo jurídico é necessário que se opere a incidência. Diante disso, pode-se conceituar, de uma forma mais detalhada o fato jurídico como sendo “[...] o fato ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica [...]” (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 77).

Existem, pois, dois mundos: o mundo dos fatos e o mundo jurídico. Tratam-se, contudo, de mundos não completamente cindidos: os fatos jurídicos, necessariamente também serão fatos, não sendo o inverso, entretanto, uma assertiva verídica, uma vez que existirão fatos que serão apenas fatos.

Assim, importante ter presente o conceito de mundo jurídico, o qual “[...] não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que logram entrar no mundo jurídico. A soma, tecido ou aglomerado de suportes fáticos que passaram à dimensão jurídica, ao jurídico, é o mundo jurídico” (PONTES DE MIRANDA, 1972d, p. 184). Dessa forma, verifica-se que o mundo jurídico é composto por aqueles fatos do mundo dos fatos que se juridicizaram, uma vez que houve a incidência da regra jurídica ou a incidência de mais de uma regra jurídica. Assim, o mundo jurídico é uma parte do mundo dos fatos.

Outro importante conceito é o de regra jurídica.² Segundo Pontes de Miranda, a regra jurídica é a norma com a qual o homem buscou distribuir os bens da vida, a fim de conferir certa ordem e previsibilidade (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 4). Dessa forma, “a finalidade da regra jurídica é manter a situação social existente” (PONTES DE MIRANDA, 1972b, p. 79). A partir da regra jurídica, portanto, realiza-se a esquematização do mundo fático para que dentro de determinados pontos e

² Pontes de Miranda não apenas apresenta o conceito e o objetivo da regra jurídica. Na obra *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, o jurista analisa diversos aspectos técnicos e científicos sobre a regra jurídica, merecendo destaque os pressupostos que aponta para uma boa regra jurídica. Sobre o tema ver: PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 199-200.

limites – previstos na regra jurídica – os fatos se tornem, igualmente, jurídicos. Tal representa o princípio da esquematização do fático (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 21).

Essa regra jurídica será editada pelo Legislador. Uma vez editada, promulgada e publicada, ela passa a existir. Quando se verificar a ocorrência do que a regra jurídica prevê e regulamenta, ter-se-á a incidência. Nesse viés, tem-se que o que é previsto na regra jurídica e sobre o que ela incide denomina-se de suporte fático (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 3). Assim, primeiramente, tem-se um fato político – elaboração da regra. Após, tem-se a própria regra jurídica, que cria o mundo jurídico. Essa regra jurídica prevê um suporte fático em abstrato (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 20).³ Quando verificado o que está delineado em abstrato no mundo fático, tem-se a incidência e o fato passa a ser, também, fato jurídico. Pontes de Miranda esquematiza a sucessão de fatos, em ordem, da seguinte forma:

a) a elaboração da regra jurídica (fato político); b) a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico); c) o suporte fático (abstrato), a que ela se refere; d) a incidência quando o suporte fático (concreto) ocorre; e) o fato jurídico, que daí resulta; f) a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos. (PONTES DE MIRANDA, 1972b, p. 79)

O suporte fático representa aqueles eventos do mundo dos fatos em relação aos quais a regra jurídica incide (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. XI). Pode-se, pois, conceituar o suporte fático da regra jurídica como sendo “[...] aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 18). Frise-se que, embora o jurista determine o conceito de suporte fático no cerne da obra *Tratado de Direito Privado*, não se trata de um conceito adstrito ao Direito Civil, mas, sim, um conceito universal no âmbito da Ciência Jurídica (MELLO, 2014, p. 82). Ou seja, o fenômeno do suporte fático é utilizado, também, em outros ramos do Direito que não apenas o Direito Civil, em que pese este seja o cerne do seu surgimento e, portanto, o recorte do presente estudo.

A regra jurídica irá delinear o suporte fático em abstrato. Uma vez se verificando a ocorrência do que está descrito na regra – suporte fático – no mundo dos

³ Essa sucessão de fatos, segundo Pontes de Miranda, baseia-se no Direito alemão. Referida doutrina empregou o termo “gültigkeit” para referir-se a quatro situações diversas: existir, incidir, aplicar e valer. Assim, no Direito alemão, o referido termo apresenta quatro significados distintos, o que levou muitas traduções a erro, não fazendo as distinções apropriadas entre incidir e existir; entre incidir e aplicar ou entre incidir e valer. Assim, ao se analisar obras alemãs traduzidas, que tratem da temática ora em apreço é imprescindível levar em consideração os aportes pontemirandianos, a fim de que não se recaia em equívocos e ambiguidades (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 13).

fatos, esse fato passará a compor, também, o mundo jurídico.⁴ Isso se opera por meio do fenômeno da incidência. Ocorrendo a incidência, haverá o surgimento do fato jurídico. Dessa forma, “os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte” (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 04).

Frise-se que a regra jurídica apenas incidirá se o suporte fático verificado em concreto for suficiente. Assim, sendo insuficiente o suporte fático, a regra jurídica não incidirá ou poderá existir outra regra jurídica para a qual ele seja suficiente (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 26).

Dessa maneira, as regras jurídicas delineiam determinadas situações que, quando se operam, são consideradas jurídicas. Por exclusão, aqueles eventos não abarcados pela regra jurídica manter-se-ão apenas no mundo dos fatos, não adentrando ao mundo jurídico, uma vez que irrelevantes para este (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. XV). Em suma, “os atos humanos se alguma regra jurídica incide sobre eles, dizendo suficiente o suporte fático, fazem-se jurídicos; quer dizer relevantes para o direito” (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 79). De outra sorte, aquele ato humano que apenas importa em ato de cortesia, que apenas interessa à vida política, religiosa ou econômica, não será jurídico (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 79).

Há, dessa maneira, o mundo, em que existem fatos, os quais, em virtude da sua relevância poderão adentrar no mundo jurídico e, portanto, pertencer ao mundo fático e jurídico concomitantemente e outros fatos que, por serem tidos como irrelevantes juridicamente, permanecerão tão somente no mundo dos fatos (PONTES DE MIRANDA, 1972b, p. 270). Àqueles fatos do mundo dos fatos, que não adentram ao mundo jurídico, confere-se o nome de fatos ajurídicos (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 19). Essa função de separar o que deve ser marcado como jurídico ou não cabe, pois, à regra jurídica.

Existem, pois, fatos que estarão apenas no mundo dos fatos, os quais são denominados de fatos ajurídicos e alguns fatos que passaram a compor, igualmente, o mundo jurídico, que é denominado de fato jurídico. Essa entrada no mundo jurídico se opera quando se dá o fenômeno da juridicização, que ocorre quando a regra jurídica incide. Ademais, importante ressaltar que o fato, ao adentrar no mundo jurídico, segue pertencendo ao mundo dos fatos, ou seja, faz parte concomitantemente de ambos os mundos. Ao lado disso, o mundo jurídico está inserido no interior do mundo dos fatos, ou seja, tem-se o mundo dos fatos e o mundo jurídico “[...] que é parte dele” (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 3).

⁴ Ressalte-se que o fato vai compor tanto o mundo dos fatos quanto o mundo jurídico. Conforme preceitua Pontes de Miranda: “Tudo nos leva a tratar do problema do direito como físico: vendo-os no mundo dos fatos, mundo seguido do mundo jurídico, que é parte dele” (PONTES DE MIRANDA, 1972b, p. 268).

O que se verifica, portanto, é que as regras jurídicas dizem para quem está no mundo “[...] o que há de se considerar jurídico e, por exclusão, o que se não há de considerar jurídico. [...] o que entra e o que não entra no mundo jurídico” (PONTES DE MIRANDA, 1954), podendo um fato localizado no mundo dos fatos adentrar mais de uma vez no mundo jurídico. Em síntese, as regras jurídicas determinam o que é juridicamente relevante e o que não o é.

A regra jurídica, portanto, descreve quais os elementos do mundo fático, que uma vez verificados, adentram no mundo jurídico,⁵ o que apenas se torna possível com a verificação do suporte fático, que faz com que a regra *incida*.⁶ “Incidir é bater, golpear (caedere), gravar, cair sobre, de modo que, no mundo do pensamento humano, o fato ou os fatos recebem o carimbo da regra jurídica e se tornam jurídicos” (PONTES DE MIRANDA, 1972b, p. 271).

A incidência da regra jurídica não falha, o que pode falhar é o atendimento a ela. Dessa forma, o que se vislumbra é que não se deixa ao arbítrio de alguém a incidência da regra jurídica (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 12). Em suma, verificada, no mundo dos fatos, a correspondência com o previsto no suporte fático, esses fatos serão coloridos, adentrando ao mundo jurídico, independentemente de qualquer ação ou novo fato por exemplo (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 36). Posteriormente, se não houver o atendimento, poderá se operar a aplicação, a qual “[...] apenas confirma que houve a coloração, que há ou que tem que haver” (PONTES DE MIRANDA, 1972c, p. 332).

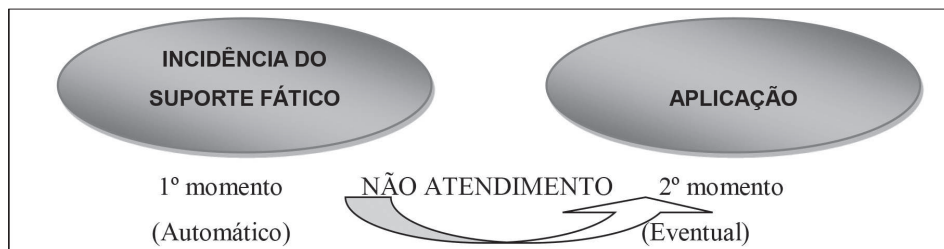
Verifica-se, assim, que realização da regra jurídica não é sempre puramente mecânica, sendo necessária, em razão disso, a figura do fenômeno da *aplicação*. Dessa forma, “[...] não foi nem é possível a regra jurídica de realização puramente mecânica: se ela coincidissem com os fatos, não precisaria de eventual aplicação; nem seria possível a cisão lógica e política ‘incidência-aplicação’” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 09). Desde já, verifica-se que a incidência da regra não depende, segundo Pontes de Miranda, de sua aplicação (PONTES DE MIRANDA, 1972b,

⁵ Em contrapartida, a regra jurídica pode determinar, igualmente, quais fatos que pertencem ao mundo jurídico deixam de fazer parte deste mundo. Trata-se de uma regra jurídica desjuridizante (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 28). Entretanto, é imperioso ter presente que sempre antes de uma regra jurídica desjuridizante, haverá uma regra jurídica juridizante, que fez com que aquele determinado fato, em momento anterior, passasse a fazer parte do mundo jurídico. Ademais, “tornado *jurídico* o fato, somente outro fato pode, tornando-se fato jurídico, eliminá-lo. [...] Por exemplo: se há retirada de declaração ou manifestação, *vox*, quer na regra jurídica, quer no suporte fático, fala-se de *revogação* (revogação da oferta, ou da aceitação; revogação da lei). A revogação é rara, tratando-se de negócios jurídicos máxime bilaterais; porém, ainda quando se permita, o *princípio de determinação* está respeitado, porque é preciso o suporte fático da *re-vocatio*, para que, com a incidência da regra jurídica, se dê a eliminação do que está no mundo jurídico” (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 99).

⁶ Pontes de Miranda identificou que a incidência, por vezes, foi trazida como sendo respeitabilidade, porém rechaça essa correspondência, deduzindo que incidência não se confunde com respeitabilidade e, tampouco, com aplicação (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 10-11).

p. 271). Isso porque a incidência é automática, enquanto que a aplicação não o é, podendo-se representar essa relação da seguinte forma:

Figura 1 – Relação entre incidência e aplicação



Fonte: Elaborado pelos autores.

A incidência se opera independentemente da aplicação, a qual se dará em momento posterior e se houver conflito ou alguma situação que exija a interferência de uma terceira pessoa, que poderá ser o Estado. Assim, é a falta de atendimento que dá ensejo à aplicação.

Dessa forma, diferentemente da incidência, a aplicação depende da atividade interpretativa do juiz, que vai além da simples aplicação dos símbolos dispostos no texto. Pontes reconhece que o juiz, ao aplicar a regra jurídica, não exerce uma atividade meramente mecânica de enquadramento do fato no texto legal, não sendo uma atividade meramente matemática, mas, sim, uma situação que depende de outros elementos. Aponta, pois, para a importância da figura do intérprete, bem como demonstra que sempre existem dúvidas a respeito dos fatos que devem se enquadrar ou não em determinada categoria (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. XI). Em outras palavras, tem-se que “não fica o juiz adstrito à letra da lei, nem o único processo dele é a dedução” (PONTES DE MIRANDA, 1972b, p. 113). Nesse sentido, é importante ter presente que para Pontes, “interpretar leis é lê-las, entender-lhes e criticar-lhes o texto e revelar-lhes o conteúdo” (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. XII).

Ademais, o intérprete, segundo Pontes, não busca a vontade do legislador e tampouco a vontade da lei, sendo necessário afastar-se do subjetivismo e do voluntarismo. Para tanto, imperioso observar o elemento histórico (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. XIII). Isso porque “[...] não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi” (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. XV).

Em suma, conforme se extrai dos conceitos de incidência e aplicação, para Pontes de Miranda, a incidência independe da aplicação (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 11). Isso porque “a atividade do Estado é que é hipotética; não a incidência da norma” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 14). Vislumbra-se, portanto, que a incidência está relacionada apenas com a verificação concreta do suporte fático,

enquanto que a aplicação advém da interferência estatal para que a regra jurídica seja observada. Assim, conforme já referido, a incidência se opera independentemente da aplicação. Tem-se, dessa forma, que “se alguém não atende ao que ocorreu e, pois, há incidência, o juiz, ou quem tenha de impor respeito à lei, aplica a regra jurídica. Aplica-se o que incidiu” (PONTES DE MIRANDA, 1972b, p. 237).

Conclui-se, também, que apenas é possível tratar de aplicação após a incidência. Dessa forma, a incidência é condição de possibilidade para que se possa iniciar a falar em aplicação. Ou seja,

Depois de começar a incidência de uma lei é que se pode cogitar da sua aplicabilidade; quer dizer: da possibilidade de ser invocado o poder público do juiz, ou de outra autoridade estatal ou supra-estatal, ou, ainda, interestatal, a fim de aplicá-la àqueles fatos sobre os quais ela incidiu. (PONTES DE MIRANDA, 1972b, p. 293)

O jurista diferencia, ainda, incidência de atendimento, pois apenas este pode não ser observado. Isso quer dizer que “a incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 12). Assim, verificado o suporte fático haverá incidência, independentemente da inobservância ou não da regra jurídica, o que diz respeito ao atendimento.

Por outro lado, é o não atendimento que dá ensejo à aplicação pelo Estado. Em outros termos, “a falta no atendimento é que provoca a não-coincidência entre incidência e aplicação (= auto-aplicação) e a necessidade de aplicação pelo Estado [...]” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 16).⁷

Dessa forma, analisando a incidência, a aplicação e o atendimento, tem-se que

Pontes de Miranda distingue a incidência da aplicação, aquela é infalível, depende da suficiência do suporte fático, bem como ocorre independentemente do conhecimento sobre a existência da regra jurídica. Já a aplicação acontece em momento posterior e, somente se não houver coincidência entre a incidência e o atendimento, é que haverá necessidade de aplicação da regra jurídica pelo Estado. (ALDROVANDI, 2014, p. 220)

Para Pontes de Miranda, portanto, o suporte fático está relacionado aos elementos necessários para que um determinado fato adentre no mundo jurídico, o que se opera por meio da incidência. Assim, a incidência é um evento automático.

⁷ “Para a aplicação da lei, não somente se precisa de Ciência do Direito e do conhecimento dos textos: tem-se de contar com a prática, a que alguns juristas chamam arte de interpretação da lei” (PONTES DE MIRANDA, 1972c, p. 332).

Uma vez ocorrendo o suporte fático no mundo dos fatos, opera-se a incidência, sendo, portanto, infalível. Já a aplicação da regra jurídica se dará em momento posterior, o que ocorre quando não há o atendimento da regra jurídica e, em razão disso, é necessário provocar o Estado para solucionar a questão. Nesse contexto, tem-se que se a regra jurídica incidiu e houve o seu atendimento, não será necessária a aplicação. Ademais, nessa última situação, a regra jurídica cumpriu com o seu objetivo. Dessa forma, a incidência se opera independentemente da aplicação, que depende da atividade interpretativa de quem irá julgar.

Esses, portanto, são os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico elaborada, ainda, no século XX. Ocorre que a visão que imperava em aludido século, modificou-se paulatinamente, assim, como os fatos sociais e jurídicos. Sendo assim, cabe analisar se a Teoria do Fato Jurídico revela-se como sendo suficiente para responder às novas conflituosidades jurídicas.

3 A insuficiência da teoria pontemirandiana na sua acepção original diante da complexidade das novas conflituosidades jurídicas

As relações sociais e jurídicas sofreram diversas transformações no século XXI. Essas modificações se operaram, mormente tendo em vista as novas Tecnologias da Informação e Comunicação e o avanço da globalização econômica. Esses dois fenômenos implicaram em uma modificação de paradigmas e alteraram as relações existentes no mundo. Essas, por sua vez, a partir das mudanças existentes passaram a ser mais complexas. Tanto é assim que é se pode afirmar que “[...] a única chance que o homem tem para conseguir acompanhar o movimento do mundo é adaptar-se à complexidade que os avanços tecnológicos impõe a todos, indistintamente” (KENSKI, 2012, p. 18).

Nesse viés, tem-se que complexidade configura-se como sendo “[...] um estado de incerteza, de embaraço e confusão que caracteriza o pensamento político, jurídico e filosófico” (SANTOS NETO, 2013, p. 35). Edgar Morin (2003, p. 07), igualmente, determina que “a palavra complexidade só pode exprimir o nosso embaraço, a nossa confusão, a nossa incapacidade de definir de maneira simples, de nomear de maneira clara, de pôr em ordem as nossas ideias”. Tem-se, portanto, que “o mundo que se edifica hoje não é ‘perfeito’ no sentido de que não corresponde efetivamente a nenhuma ideia preconcebida. Ele não é tranquilizador nem protetor. Surpreendente, ele está incessantemente no limite do caos e da desorganização” (LÉVY, 2001, p. 10).

Nesse contexto de constantes transformações que tornam o mundo mais complexo é que emergem as novas conflituosidades jurídicas e o próprio cenário

jurídico acabou sendo modificado. Nesse ponto, pode-se citar a constitucionalização do Direito Civil (LÔBO, 1999, p. 102) e a adoção de cláusulas gerais (MARTINS-COSTA, 1998, p. 07-08), por exemplo.

Evidente, pois, que o cenário social e jurídico que existia no momento da elaboração da Teoria do Fato Jurídico alterou-se e, a partir dessas modificações de paradigmas, passou-se a questionar a suficiência do disposto por Pontes de Miranda, mormente tendo em vista que sua teoria baseava-se em uma perspectiva mecanicista. Nesses termos, tem-se que

[...] sabe-se hoje ser uma perspectiva ilusória aquela que considerava a operação de aplicação do direito como atividade puramente mecânica, que se resumiria no trabalho de verificar se os fatos correspondem aos modelos abstratos fixados pelo legislador. A análise do caso concreto, com frequência, enseja prismas diferentes e raramente pode ser resolvida através da simples aplicação de um artigo de lei ou da mera argumentação de lógica formal. (MORAES, 1991)

Assim, partindo da premissa atinente ao afastamento dessa visão mecanicista, que permeava a teoria pontemirandiana e de todas as principais modificações havidas no século XXI passou-se a perquirir: em que medida a Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda que se pautava na incidência automática e cindida da aplicação ainda se revela como sendo suficiente para responder às novas conflituosidades jurídicas? Para responder a tal questionamento, foram aplicados questionários aos professores de Direito Civil de diversas instituições do Brasil, obtendo-se 41 respostas, as quais são representativas de todas as Regiões do país, exceto do Norte.

Da análise das respostas apresentadas, pode-se concluir que a maioria (82,5% dos respondentes) dos professores entendem que não é possível compreender o Direito Privado sem a aludida Teoria. Sendo assim, verifica-se que a Teoria do Fato Jurídico continua sendo relevante no século XXI. Ainda, ratificando a importância de Pontes de Miranda e da Teoria do Fato Jurídico 95,1% dos respondentes afirmaram que a ensinam no âmbito de suas disciplinas e 80,5% também exigem que os alunos tenham conhecimento da Teoria no momento da realização de avaliações. Isso demonstra que a Teoria, ainda, continua sendo importante para a compreensão do Direito Privado, razão pela qual se demonstra necessário apresentar o questionamento acima elencado.

Para se chegar a uma resposta a tal problemática, foram formulados dois questionamentos. Um deles era aberto e perguntava diretamente se o respectivo professor entende que a Teoria do Fato Jurídico, como apresentada por Pontes de Miranda, ainda se revela suficiente para justificar doutrinariamente e explicar as novas conflituosidades jurídicas. Já o outro apresentava alternativas, trazendo

especificamente o ponto atinente aos elementos da incidência, interpretação e aplicação.

Em relação ao primeiro questionamento mencionado, cabia ao professor responder diretamente se entendia ser suficiente a Teoria do Fato Jurídico para responder às novas conflituosidades. A partir da análise das respostas obtidas, foi possível agrupá-las em três grupos, aqueles que entendem pela suficiência da Teoria (completamente suficiente), os que defendem a insuficiência da Teoria (completamente insuficiente) e os que entendem que, por vezes, ela é suficiente e, em outras situações, não (parcialmente suficiente).

Nesse sentido, cumpre referir que se obteve 29 respostas. Destas, 12 professores responderam pela completa insuficiência da Teoria; 9 professores afirmaram ser a Teoria como posta completamente insuficiente e 8 professores aduziram ser ela parcialmente suficiente. Nesse norte, importante ter presente que 17 professores entendem que a teoria não é suficiente, ou porque é completamente insuficiente ou porque necessita de ajustes em determinados aspectos. Em suma, 58% dos professores respondentes afirmaram que é preciso repensar esta Teoria, sendo que para alguns, é preciso repensá-la completamente e, para outros, apenas em determinadas situações.

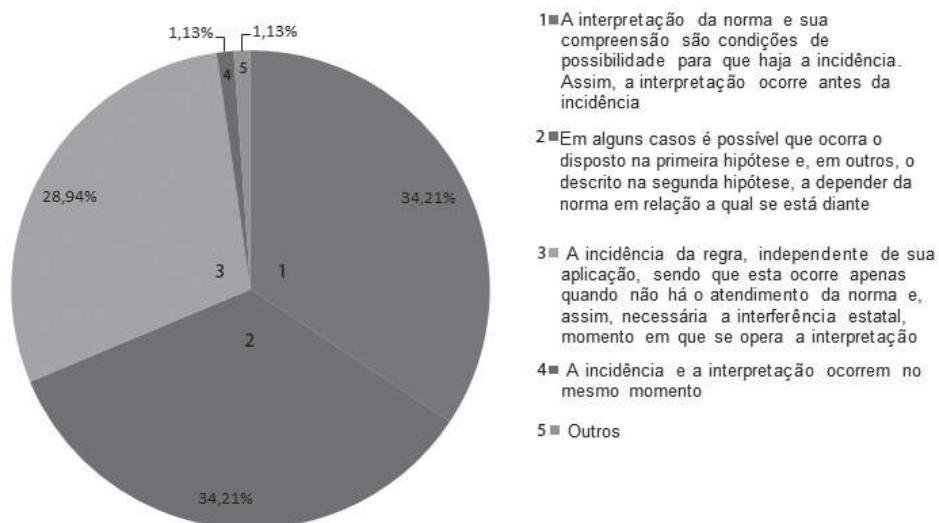
Esse entendimento se consolidou, igualmente, quando da análise da segunda questão posta. Em um segundo momento, os professores responderam ao seguinte questionamento: “Como o(a) senhor(a) entende que devem ser compreendidos os fenômenos da aplicação, interpretação e incidência?” Para esta pergunta foram formuladas as seguintes respostas: a incidência da regra, independente de sua aplicação, sendo que esta ocorre apenas quando não há o atendimento da norma e, assim, necessária a interferência estatal, momento em que se opera a interpretação; a interpretação da norma e sua compreensão são condições de possibilidade para que haja a incidência; em alguns casos é possível que ocorra o disposto na primeira hipótese e em outros o que ocorra na segunda, a depender da norma em relação a qual se está diante. Além destas alternativas fechadas, possibilitou-se que o professor especificasse outra situação que entendesse retratar a relação entre esses elementos.

No que tange às alternativas apresentadas, verifica-se claramente que a primeira retrata o entendimento pontemirandiano acerca da Teoria do Fato Jurídico, pois dissocia os três elementos. Já a segunda opção demonstra a ruptura com o entendimento pontemirandiano quanto ao momento e aos limites dos referidos elementos, denotando que é preciso interpretar para incidir. Por fim, a terceira assertiva demonstra que, por vezes, a teoria pontemirandiana, ainda, seria suficiente, e que, em determinadas situações, tal não seria.

Referido questionamento teve uma aderência de 95,1% da amostra geral e ratificou o entendimento estampado nas respostas conferidas à questão anterior.

Isso porque 11 professores compreendem que a relação entre incidência, aplicação e interpretação apresentada por Pontes de Miranda é a mais adequada; 13 professores entendem que a interpretação ocorre antes da incidência, dependendo daquela para sua configuração ou não; 13 professores compreendem que, por vezes, há a incidência automática e, em outras situações, esta depende de interpretação e 1 professor entende que a incidência e a interpretação ocorrem no mesmo momento.

Gráfico 1 – Entendimento dos professores sobre a relação entre incidência, aplicação e interpretação



Fonte: Elaborado pela coautora.

A maioria dos professores, portanto, compreende que não é mais possível adotar pura e unicamente a Teoria do Fato Jurídico apresentada por Pontes de Miranda. Isso porque 34,21% defendem que a interpretação ocorre antes da incidência e é necessária para esta; outros 34,21% entendem que, por vezes, a teoria pontemirandiana seria suficiente, porém, não sempre e 1,13% compreendem que a incidência e a interpretação ocorrem no mesmo momento. Assim, tem-se que quase 70% dos respondentes entendem que a Teoria em questão não é suficiente para responder a todas as situações existentes na atualidade.

Tem-se, assim, que a Teoria do Fato Jurídico não se revela suficiente para solucionar essas novas conflituosidades jurídicas que emergiram. Isso ocorre porque não se mostra possível traçar um limite divisório rígido entre interpretação, aplicação e incidência. Sendo assim, tem-se que é inegável a importância de Pontes de Miranda na história do pensamento jurídico pátrio. Reconhece-se que a

sua Teoria do Fato Jurídico ainda hoje é aceita e utilizada por parcela significativa de civilistas, porém já se tem percebido a necessidade de um repensar (STRECK; MATOS, 2018, p. 199).

Nessa esteira, emergem duas opções quanto ao repensar a Teoria do Fato Jurídico:

Uma seria o abandono da Teoria do Fato do Jurídico reconhecendo sua finitude histórica. Ou seja, que foi adequada apenas para um determinado período. A outra possibilidade seria a tentativa de operar com as mesmas categorias ou outras equivalentes, sob uma cosmovisão filosófica diferente. (STRECK; MATOS, 2018, p. 200)

A partir da análise dessas teorias, o próximo tópico justificará a adoção da Hermenêutica Filosófica como o melhor caminho a ser trilhado para repensar os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico. É preciso, pois, reestruturar a Teoria diante do novo contexto que se impôs.

4 A Hermenêutica Filosófica como caminho a ser trilhado para revisar a Teoria do Fato Jurídico diante das novas conflituosidades jurídicas

Conforme referido no tópico anterior existem duas posturas que podem ser adotadas quando se está diante da Teoria do Fato Jurídico: 1. Entender que esta Teoria possui apenas relevância histórica; 2. Apontar situações em que se operem com as mesmas categorias ou outras equivalentes, sob uma cosmovisão filosófica diferente (STRECK; MATOS, 2018).

A primeira corrente que se apresenta defende que a Teoria do Fato Jurídico não subsiste na atualidade, devendo ser analisada apenas a partir da perspectiva histórica. Em suma, este posicionamento possui um ponto nevrálgico e positivo, pois reconhece a importância da perspectiva histórica. Isso se coaduna com o entendimento de que a doutrina não se constrói do nada, “[...] antes reaproveita, recombina, reexamina, o material que recava no sistema e no experimentar da realidade” (MARTINS-COSTA, 2014, p. 26). Embora tal aspecto positivo, este viés pretende romper com os elementos estruturados pela Teoria do Fato Jurídico, não mais se falando em mundo dos fatos, mundo jurídico, incidência, interpretação, aplicação etc. Devendo-se, pois, formular uma outra teoria, capaz de demonstrar de que forma os fatos que ocorrem cotidianamente são vislumbrados pelo Direito.

Este, entretanto, não parece ser o caminho mais adequado. Isso porque, embora seja suscitada a possibilidade de superação da Teoria pontemirandiana do Fato Jurídico a partir de sua consideração apenas histórica, não se apresenta

nenhuma estruturação nesse sentido, o que demonstra a falibilidade desta primeira corrente. Ademais, tendo em vista os dados apresentados no tópico anterior, tem-se que a Teoria do Fato Jurídico é imprescindível para compreender o Direito Privado, bem como que 27,5% dos professores afirmaram que a Teoria é parcialmente suficiente, não sendo necessária a sua completa reformulação e substituição. Nesse cenário, tem-se que não é o caso de considerar a finitude da Teoria, mas, sim, de repensá-la a partir de outra visão filosófica, conforme chancelado pela segunda corrente.

A segunda corrente acima identificada refere que é possível pensar os mesmos elementos que compuseram a Teoria do Fato Jurídico, porém sob uma nova visão filosófica. Isso porque

[...] o Direito somente conseguirá acompanhar o 'novo mundo' que está sendo construído pelo conhecimento científico [...] se tiver iniciativa de revisar os seus postulados, a exemplo da Teoria do Fato Jurídico, abrindo-os para novos desafios e proposições, nem sempre enquadráveis nos moldes jurídicos manejados até o momento. (ENGELMANN, 2010, p. 306)

Assim, esta segunda visão é a que deve prevalecer, uma vez que permite um repensar a Teoria a partir de outros pressupostos filosóficos, sem olvidar a sua importância também histórica. Nesse ponto, cumpre referir que o repensar da Teoria do Fato Jurídico já foi abordado sob diversos vieses, sendo que este artigo pretende revigorar a Teoria a partir do pensamento gadameriano. Essa escolha metodológica se operou, uma vez que a Filosofia da Linguagem recebeu, a partir do giro linguístico, a influência de diversos filósofos, conferindo-se, a partir disso, abertura à intersubjetividade e à historicidade. Essa postura apenas se consolidou com a Hermenêutica Continental de matiz heideggeriana (STRECK; MATOS, 2018, p. 197). Trata-se da matriz teórica em relação à qual Gadamer encontra-se ancorado e deita as raízes de sua Hermenêutica Filosófica. Nesse sentido, tem-se que

quando Pontes de Miranda desenvolveu a Teoria do Fato Jurídico, suas ideias eram contemporâneas. No entanto, após todo o avanço conquistado pela filosofia analítico-pragmática e pela hermenêutica filosófica na teoria do conhecimento, continua-se, injustificadamente, a aceitar a monossêmia da linguagem na teoria geral do Direito. Há muito a filosofia deixou o neopositivismo no passado, como uma parte da evolução epistemológica, que deixou sua contribuição, mas está superada. O Direito precisa fazer o mesmo. É necessário abandonar definitivamente visões reducionistas do fenômeno jurídico. (SANTOS, 2017, p. 207-208)

Nesse contexto, tem-se que a Teoria do Fato Jurídico como elaborada por Pontes de Miranda, embora seja imprescindível para a compreensão do Direito

Privado, não é completamente suficiente para retratar as novas conflituosidades jurídicas. Esse descompasso que se operou é fruto da própria tradição, pois “[...] em tempos diversos ou a partir de pontos de vista diferentes também a coisa se apresenta historicamente sob aspectos diversos” (GADAMER, 2015, p. 377). O que se verifica, pois, é que o mundo muda, as leis, a jurisprudência, igualmente, sendo necessário que a doutrina, também, se altere (MARTINS-COSTA, 2015, p. 7). O próprio Pontes de Miranda reconheceu que se houver uma modificação radical e decisiva da situação em que se erigiu o Direito, surgindo, novas tradições, o Direito deverá acompanhar essas mudanças, assumindo novas vestes (PONTES DE MIRANDA, 2002, p. 22). Para tanto, como nova matriz teórica capaz de tratar dos mesmos elementos da Teoria do Fato Jurídico, porém sob uma nova roupagem, tem-se a Hermenêutica Filosófica, que se afasta da visão mecanicista, que é incompatível com a complexidade atual.⁸

Tem-se, assim, que a concreção do Direito se opera por meio da Hermenêutica. Tal função da Hermenêutica opera-se, uma vez constatada a deficiência das regras e dos costumes para a ordenação geral da vida em sociedade (GADAMER, 2015, p. 79). Ademais, delimita que não é possível pré-determinar os sentidos das situações definidas pelas fontes do Direito. Isso porque “nosso saber acerca do direito e dos costumes sempre será complementado e até determinado produtivamente a partir do caso concreto” (GADAMER, 2015, p. 79). Verifica-se, pois, que “o significado de um texto não pode se comparar com um ponto de vista fixo, inflexível e obstinado” (GADAMER, 2015, p. 502). Até mesmo porque deve-se ter presente que toda reprodução necessita de uma certa compreensão do texto original, não existindo uma objetividade absoluta (GADAMER, 2006, p. 10). Diante disso, pode-se afirmar que “a cada novo caso, o texto poderá ser interpretado de maneira diferente, mais adequada, visto que ele se apresenta de forma diferente” (ALDROVANDI, 2014, p. 229).

Nesse sentido, Gadamer determina que a significação apenas pode ser compreendida a partir do contexto em que se está inserido (GADAMER, 2007, p. 122). Em outras palavras, é o contexto em que se insere o caso concreto com suas respectivas características e o intérprete, que determinam as respostas, bem como delimitam novos questionamentos (GADAMER, 2007, p. 123). É somente a partir do momento em que o intérprete for interpelado, que começará a compreensão (GADAMER, 2015, p. 395).

⁸ Nesse sentido, tem-se que a ciência jurídica não é uma ciência apenas descritiva, igual às ciências naturais, mas uma ciência cultural de matiz compreensivo-normativa, que compartilha (como já mostrou Gadamer) com as outras ciências do espírito justamente a base metodológica comum da hermenêutica (KRELL, 2010, p. 87).

O contexto não é formado apenas pelo que está imbuído no presente, mas também pelos elementos do passado. Nesse sentido, imprescindível que se tenha consciência histórico-efetual, a qual se configura quando se está diante de um “[...] processo de confronto que permite que o novo venha à luz pela mediação do antigo, constituindo assim um processo de comunicação cuja estrutura corresponde ao modelo de diálogo” (GADAMER, 2006, p. 14). Deve-se, ainda, ter presente que a compreensão advém sempre de uma pré-compreensão, que é determinada por uma tradição em que se situa o intérprete e que molda os seus preconceitos. Ademais, esses preconceitos precisam ser legitimados (GADAMER, 2006, p. 13). Além disso, o encontro entre o intérprete e o texto, opera-se no bojo do denominado círculo hermenêutico, que determina um vai e volta do todo para a parte e da parte para o todo.

Essa imprescindibilidade do compreender no bojo do círculo hermenêutico e da consciência histórico-efetual demonstra que não é possível tratar de incidência automática e infalível, pois para se verificar a relevância de um fato para o mundo jurídico é imprescindível compreender e interpretar. Ademais, esse compreender e interpretar demonstram que não existe sentido zero e que os preconceitos dos intérpretes devem ser levados em consideração, não se vinculando o texto à vontade do legislador. (GADAMER, 2015, p. 507). Ademais, não se pode olvidar que inexistente qualquer compreensão completamente livre de preconceitos, em que pese sempre se deva buscar ter consciência destes (GADAMER, 2015, p. 631). Ainda, deve-se ter presente que

[...] uma lei é sempre geral e não pode conter todas a complexidade concreta de um caso particular (Diga-se, de passagem, que esse é o problema próprio da hermenêutica jurídica.). Uma lei é sempre insuficiente; não em razão de qualquer falha intrínseca, mas porque o mundo, como campo de nossas ações, é sempre imperfeito com relação à ordem ideal projetada pelas leis. (GADAMER, 2006, p. 53)

Evidente, pois, que é necessário rever dois pontos nos quais está ancorada a Teoria do Fato Jurídico. De um lado, se reconhece que não é possível pré-estabelecer o sentido dos vocábulos constantes nas regras jurídicas. De outro, resta latente que a lei não é capaz de prever todas as situações do mundo fático que necessitam ser, também, consideradas jurídicas. Em razão disso, é necessário determinar que para se verificar a ocorrência do previsto na regra jurídica é imprescindível a interpretação dos elementos, não havendo um sentido pré-dado, bem como é imprescindível compreender que para determinar a incidência, ou seja, o preenchimento do suporte fático, deve-se levar em consideração não apenas a lei, mas, sim, todas as fontes do Direito analisadas conjuntamente.

Essa modificação de paradigmas é possível, tendo em vista as próprias mudanças havidas no século XXI. Ao lado disso, a Hermenêutica Filosófica reconhece que é possível observar uma Teoria de formas diversas a depender da consciência histórica (GADAMER, 2006, p. 15). Dessa forma, considerando-se o cenário diverso que vigia no momento da elaboração da teoria pontemirandiana e a atual conjuntura, tem-se que a Teoria do Fato Jurídico, igualmente, necessita ser repensada a partir de novos arranjos que foram sendo formatados. Em suma, pode-se afirmar que “[...] o acontecer hermenêutico da revisão da Teoria do Fato Jurídico se projeta na experiência histórica produzida no/pelo contexto onde se verifica o contínuo processo de modificação do Direito Privado” (ENGELMANN, 2010, p. 300-301).

Não há, pois, que se falar em eliminação do mundo jurídico e do mundo fático, ambos seguirão existindo, sendo aquele, na verdade, um submundo deste, conforme já determinava Pontes de Miranda. Nesse ponto, não havia e, portanto, não se mantém um dualismo, apenas existem submundos dentro do mundo dos fatos, sendo que um deles é o mundo jurídico.

Além disso, para que um determinado fato entre no mundo jurídico necessário verificar a correspondência entre o que está descrito na norma jurídica – aqui compreendida como sendo qualquer fonte do Direito, não se restringindo apenas à Lei – e o fato concreto. Em síntese, é necessário que se verifique a ocorrência do disposto no suporte fático – o qual é formado por todas as fontes do Direito conjuntamente – para que uma determinada situação passe a fazer parte do mundo jurídico.

O suporte fático, contudo, não deve ser visto como uma determinação pré-dada com um sentido pré-fixado, como uma resposta como estatuído por Pontes de Miranda. O suporte fático deve ser considerado, em razão do exposto acima, como sendo um rastro, um caminho, que está sempre permeado de interrogações. Assim, identificado o rastro, que, no caso, seriam as possíveis fontes do Direito aplicáveis à situação concreta, cabe questionar por onde aquele caminho conduz (GADAMER, 2007, p. 118) e quais são os outros rastros, que com este se interconectam, merecendo, nesse ponto, relevância os chamados vetores interpretativos.

Nesse aspecto, demonstra-se a importância da constância da interrogação. Ou seja, o sentido conferido ao que está disposto na regra jurídica dependerá da interpretação do agente que está em uma situação hermenêutica e que para formar a compreensão acerca do evento partirá de questionamentos quanto aos seus próprios preconceitos e sua legitimidade (GADAMER, 2006, p. 69-70), para, então poder questionar sobre o sentido do objeto mesmo – leia-se aqui tanto a situação concreta quanto o sentido da respectiva ou das respectivas fontes do Direito conjugadas.

Este perguntar, bem como as respectivas respostas serão estipulados através do diálogo com o outro. Nesse caso, o texto aparece como um outro e o intérprete busca se aproximar dele (GADAMER, 2007, p. 119), levando em conta a historicidade, bem como os preconceitos autênticos. Nesse dialogar, portanto, não existe nada pré-dado, pré-definido, apenas se busca dar uma direção. “Nós formulamos uma questão. Talvez compreendamos na resposta aquilo que o outro compreendeu ou pensou. Somente se o compreendemos até esse ponto, podemos efetivamente responder” (GADAMER, 2007, p. 120). Frise-se que a resposta do outro pode ser algo surpreendente para o intérprete, abrindo-se novos questionamentos. Ademais, várias respostas são possíveis, até mesmo porque não se segue um único rastro, estes podem se cruzar, terminar etc.

O primeiro aspecto a que se deve deter o intérprete, portanto, é o questionamento. Isso porque a pergunta efetuada colocará o agente frente a algumas possibilidades, afastando outras. Por isso, deve-se ter o cuidado ao serem formulados os questionamentos, demonstrando-se que o ato de questionar é mais difícil do que o próprio responder (GADAMER, 2007, p. 120-121). Quando se está diante, pois, de uma situação concreta, em que se busca aferir se existem elementos suficientes que a tragam também para o mundo jurídico, é preciso, antes de mais nada, formular os questionamentos, que levarão ao diálogo e delimitarão o(s) rastro(s) a ser(em) seguido(s).

“Assim, a dialética de pergunta e resposta sempre precedeu a dialética da interpretação. É aquela que determina a compreensão como um acontecer” (GADAMER, 2015, p. 609). Dessa forma, a compreensão e, a sua exposição, que se opera pela interpretação, estarão balizadas pelos denominados rastros, que permitem que seja conferida uma unidade de sentido ao que se busca interpretar.

Essa delimitação do poder do intérprete se coaduna com a lição pontemirandiana, pois Pontes de Miranda “[...] entendia que não deveria existir discricionariedade do intérprete-juiz na fixação da norma individual para o caso concreto” (ALDROVANDI; SIMIONI, 2015, p. 22). Situação também rechaçada por Gadamer (2015). Assim, quando da realização da interpretação existem balizas. As balizas são os rastros que, conforme definido anteriormente, são caminhos que podem ser trilhados. Existem, pois, vários rastros, sendo que para repensar a Teoria em questão dois deles devem se entrelaçar, quais sejam: o suporte fático e os vetores interpretativos.

As balizas apresentadas pelo suporte fático são mais específicas em relação ao fato concreto propriamente dito. Isso porque se direcionarão a este e às possíveis fontes do Direito, que carreguem no seu âmago a possibilidade de incidência-aplicação. Já os vetores interpretativos são mais amplos. Assim, tratam-se de balizadores gerais, que deverão ser observados em relação a todos os casos

concretos. Porém, não se pode olvidar que é imperioso que o intérprete vá do todo para a parte e vice-versa, assim, o suporte fático e os vetores interpretativos precisam dialogar.

A título exemplificativo, diante de uma suposta publicidade irregular, no âmbito do Instagram, como balizas específicas ter-se-ão, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal, o Código Civil, os elementos peculiares do caso concreto. Esse conjunto comporá o suporte fático, que irá, a partir da compreensão e da interpretação, ficando, cada vez mais específico, pois se delimitarão, por exemplo, quais os dispositivos que possuem correlação com o caso. Ao lado disso, nesse caso, dever-se-ão observar também os vetores interpretativos previstos na Teoria Geral da Interpretação.

Já quando um indivíduo é demitido em razão de postagens que efetuou no âmbito da rede social acima referida, os vetores interpretativos serão os mesmos, contudo, compreendidos e interpretados de acordo com o caso concreto. Porém, o suporte fático, âmbito mais específico de balizamento, será diverso, isso porque, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, já não será mais uma opção de rastro, porém, sim, a Consolidação das Leis do Trabalho.

Demonstrado, pois, que os vetores interpretativos partem de uma análise de todo o sistema jurídico e serão balizadores de todos os casos existentes, cumpre referir que os mesmos encontram-se previstos nos elementos da Teoria Geral da Interpretação (STRECK, 2018, p. 73), que possui preceitos imbuídos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas principalmente na Constituição Federal. Assim, o intérprete levando em consideração o fato concreto, o disposto nas mais variadas fontes do Direito, a partir da sua interpretação balizada – pela Teoria Geral da Interpretação – poderá determinar se houve a incidência-aplicação ou não, ou seja, se o fato tornou-se também jurídico. Verificando a incidência-aplicação, o fato comporá tanto o mundo dos fatos quanto o submundo jurídico, sendo, pois, relevante para o Direito.

No que tange aos balizamentos previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, esta sofreu alterações em 2018, através da Lei nº 13.655 (BRASIL, 1942), que incluiu dispositivos atinentes à forma como o intérprete deve elaborar as suas decisões quanto à verificação de um fato tornar-se relevante para o Direito. Nesse aspecto, merecem destaque os artigos 20 e 23 da referida Lei (BRASIL, 1942).

Inicialmente, o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que ao se verificar a ocorrência do suporte fático e, portanto, a ocorrência da incidência-aplicação, em casos em que se está diante de “valores jurídicos abertos” – que nada mais são do que as já mencionadas cláusulas gerais – não será possível proceder à compreensão dessas situações desconsiderando as consequências práticas. Ou seja, o intérprete deverá, no momento, da compreensão

sopesar as consequências que podem advir do fato e aferir se haverá proporcionalidade para, então, determinar a relevância ou o enquadramento jurídico da situação concreta (BRASIL, 1942). Complementando o exposto no artigo 20, o artigo 23 da aludida Lei dispõe que quando for delineada uma interpretação ou orientação nova sobre norma, que contenha cláusula geral e isso implique novo dever ou novo condicionamento de direito, caberá ao intérprete prever regime de transição quando este for indispensável.

A Constituição apresenta elementos orientadores, ainda, mais visíveis ao intérprete. Isso porque ela é a responsável pela ligação entre Direito e Política, bem como a que deverá resguardar a democracia. Diante disso, é imprescindível que sempre, diante de qualquer situação, se busque concretizar a Constituição. Para tanto, caberá ao intérprete também recorrer a outras fontes do Direito. Dessa forma, tem-se que

a construção dos marcos que sustentam a construção do suporte fático encontra no texto constitucional o seu ponto fixo. Portanto, desta forma será reduzida a margem de discricionariedade do magistrado, pois a estruturação da resposta não terá o seu foco apenas na lei, mas na pluralidade levantada pelas diversas fontes do Direito. (ENGELMANN, 2010, p. 299)

Nesse norte, é imprescindível que se aponte um conjunto de padrões aplicativos, que nada mais são do que os vetores interpretativos, que se encontram ancorados constitucionalmente, que deverão guiar o intérprete, ou seja, que servirão como rastros, caminhos a serem trilhados. Desde já, é imprescindível frisar que não se trata de estipular regras de interpretação ou princípios taxativos, mas alguns rastros, que devem ser observados pelo intérprete (STRECK, 2018, p. 87-88).

O primeiro balizamento que se encontra é a necessária preservação da autonomia do Direito. Esta é a condição de possibilidade do próprio Direito. A autonomia entende-se como “ordem de validade, representada pela força normativa de um Direito produzido democraticamente” (STRECK, 2018, p. 77). E é a partir dessa autonomia, que se ancora na Constituição, que deve ser abordado o intercâmbio do Direito com os outros campos do saber (STRECK, 2018, p. 77).

Nesse aspecto, tem-se, pois, que a Constituição é o fio condutor, que intermedeia o papel do legislador e do juiz, que deverá proceder a interpretações balizadas hermeneuticamente (STRECK, 2018, p. 77). Ademais, a importância da análise dos casos concretos verifica-se a partir dessa intermediação, que apenas será efetuada na prática e não em abstrato (STRECK, 2018, p. 77-78).

A partir disso, tem-se que o intérprete não pode livremente atribuir sentido aos textos normativos. Deve-se ter em mente que as palavras da Lei dizem algo e não o contrário. “Há, pois, um processo de objetivação que funciona como

interdição e anteparo às tentativas de atribuição de sentido a partir de ‘graus zero’ (STRECK, 2018, p. 79).

Assim, é clarividente que outra baliza que precisa ser observada é o afastamento de discricionariedades. Quando há discricionariedade “[...] o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no ordenamento ou ultrapassa os limites semânticos e ingressa na arbitrariedade, coisa que ocorre frequentemente” (STRECK, 2018, p. 79). Para evitar isso é necessário que a questão da compreensão e interpretação seja o cerne da problemática jurídica (STRECK, 2018, p. 81) estando o intérprete sempre balizado pelo caso concreto, pelas diretrizes constitucionais e pelo próprio texto.

Quando se estiver diante do Poder Judiciário essa verificação será possível a partir da justificação da decisão do julgador.⁹ Isso porque os argumentos utilizados deverão levar em consideração o conjunto do Direito, ou seja, é necessário que haja integridade ou espiral (STRECK, 2018, p. 84). Ao lado disso, necessário, em razão da coerência, observar decisões anteriores que tenham sido proferidas em casos similares (STRECK, 2018, p. 81-82). Isso, contudo, não significa que as decisões não possam se alterar, até mesmo porque o mundo é dinâmico, mas para tanto, necessário que existam mudanças que justifiquem essa outra compreensão.

Da mesma forma que se encontram balizas nos vetores interpretativos, esses elementos orientadores também se encontram no suporte fático, que tem sua concepção alterada, pois este deixa de aparecer como sendo uma resposta definitiva, na qual o caso concreto se encaixa ou não. O suporte fático é, ao lado dos vetores interpretativos, um rastro, que depende do caso concreto e da interpretação devidamente balizada para sua configuração. Assim, a incidência apenas ocorrerá se preenchido o suporte fático, ou seja, se o intérprete, a partir da interpretação, chegar à conclusão que se trata de caso de concretizar a lei no caso concreto (GADAMER, 2015, p. 432). A realização do suporte fático, por sua vez, depende da interpretação. Dessa forma, afastada também está a incidência infalível e desprendida da atividade interpretativa, apreçada por Pontes de Miranda. Esse entendimento, igualmente, se coaduna com a resposta de 34,1% dos docentes que responderam ao questionário aplicado. Estes afirmaram que a incidência sempre depende da interpretação, ou seja, é preciso levar em consideração a compreensão e a pré-compreensão do agente no que tange à norma jurídica e ao contexto fático. A interpretação, portanto, deve se operar para que se verifique a incidência. Porém, tendo em vista que a atribuição de sentido apenas se opera diante de um

⁹ Isso significa que o juiz deve explicitar as razões pelas quais compreendeu, revelando-se como uma blindagem contra historicismos e a-historicidade. Assim, tem-se que justificar a decisão é mais do que motivá-la (STRECK, 2018, p. 83).

caso concreto, a interpretação apenas ocorrerá se for aventada a possibilidade de incidência. Ademais, a interpretação não cessa com a verificação da entrada de um fato no mundo jurídico, ela seguirá ocorrendo dentro do círculo hermenêutico.

Assim, verifica-se que a compreensão ocorre antes da interpretação, mas está intimamente associada a esta. Já ambas ocorrem antes, durante e até mesmo após a incidência, mas apenas se operará se houver a possibilidade de ocorrência desta, uma vez que a atribuição de sentido não se opera em abstrato, é necessário, pois, que exista um caso concreto.

Ao lado disso, Pontes de Miranda cindia a incidência da aplicação. Segundo ele, aquela era infalível e se operava automaticamente e esta apenas ocorria eventualmente, se verificado o não atendimento. Já restou afastada a possibilidade de incidência infalível e automática, independente da atividade interpretativa. Da mesma forma, considerando a perspectiva do círculo hermenêutico, não há que se falar em cisão entre incidência e aplicação, tem-se, pois, uma incidência-aplicação, ou seja, une-se a incidência e a aplicação, passando-se a tratar, portanto, de ambos os momentos conjuntamente, no constante movimento do círculo hermenêutico.

Nesse ponto, cumpre referir que, segundo Gadamer (2015, p. 251), “a aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós”. Tal, contudo, é diverso da incidência-aplicação. Isso porque esta ocorrerá quando apreciados conjuntamente a situação concreta e as fontes do Direito – aplicação – no movimento entre o todo e a parte, compreenda-se que a situação é relevante para o Direito. Isso porque no momento em que se operar a compreensão e a interpretação e, portanto, a aplicação nos moldes gadamerianos, poder-se-á chegar à conclusão de que aquele fato concreto não está abarcado por nenhuma norma e, portanto, é irrelevante para o Direito, não se tornando, pois, também, parte do mundo jurídico.

Ademais, é necessário ter presente também que a determinação da incidência-aplicação não é estanque. Isso porque a sua ocorrência se opera no bojo do círculo hermenêutico, o qual “[...] está sempre se ampliando, já que o conceito do todo é relativo e a integração em contextos cada vez maiores afeta sempre também a compreensão do individual” (GADAMER, 2015, p. 261). O não exaurimento da compreensão e da interpretação e, portanto, impossibilidade de incidência infalível é corroborada, ainda, pela ausência de dissolução do círculo hermenêutico quando da ocorrência da compreensão.

Ao lado disso, é imperioso também considerar a existência da historicidade. Tal reconhecimento nada mais é do que a adoção do entendimento de que uma única e mesma mensagem transmitida pela tradição pode ser sempre apreendida

de maneira diferente a depender da situação histórica concreta daquele que recebe (GADAMER, 2006, p. 47). Isso, contudo, não implica em discricionariedades que, conforme delineado anteriormente, são refutadas. Dessa forma, reconhece-se que não há uma e nem várias respostas corretas, existe “[...] apenas ‘a’ resposta, que se dá na coisa mesma” (STRECK, 2012, p. 118).

Evidente, pois, que diante dessa nova matriz teórica não se pode mais partir da visão mecanicista, em que se buscava uma mera subsunção, o incidir-aplicar parte de outra perspectiva que não a simples aplicação do geral ao particular. É necessário, para tanto, um constante compreender, interpretar,

Tem-se, assim que, inicialmente, o suporte fático, assim como os fatos estarão inseridos sempre em um contexto, no qual é importante o elemento histórico, mas em relação aos quais também é preciso visualizar o presente. Além disso, é necessário compreendê-los e interpretá-los, o que deverá ser balizado pelos vetores interpretativos. Frise-se, outrossim, que o suporte fático aparecerá como um rastro, que, por meio de perguntas, conduzirá o intérprete diante de um fato concreto, a verificar se tal fato é relevante ou não para o Direito. Verificando-se a relevância jurídica, operar-se-á a incidência-aplicação e o fato que antes estava apenas no mundo dos fatos passará a fazer parte também do mundo jurídico, que é um submundo dentro daquele. Nesse momento, contudo, o círculo não se dissolve, a compreensão e interpretação continuam ocorrendo.

Diante disso, tem-se que com o repensar dos elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico “[...] não se propõe a sua substituição, mas um realinhamento criativo para conferir à teoria pontesiana mais flexibilidade e abertura, potencializando a produção de efeitos jurídicos a partir de novos direitos” (ENGELMANN, 2010, p. 290). Ou seja, a partir dessa nova configuração é possível afinar a Teoria do Fato Jurídico às novas conflituosidades jurídicas.

5 Conclusão

A Teoria do Fato Jurídico carrega consigo a noção fundamental de Direito, em razão disso, é que, ainda, até os dias atuais, é considerada primordial para a compreensão deste. A referida Teoria foi desenvolvida por Pontes de Miranda, principalmente nas obras *Tratado de Direito Privado* e na segunda edição do *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, as quais foram publicadas, respectivamente, em 1954 e 1972. Verifica-se, pois, que a Teoria foi desenvolvida sob a égide do Código Civil de 1916, o qual era tipicamente oitocentista, ou seja, buscava reunir toda a matéria atinente ao Direito Civil de forma apreensível e sistemática, buscando-se uma perfeição quantitativa e qualitativa. Outro ponto que é relevante é que a Teoria foi elaborada antes do advento da Constituição Federal de 1988. Ademais, nessa

época, na seara social, as modificações não eram tantas e tão velozes como as que se experimentaram no final do século XX e início do século XXI..

Referida Teoria, em sua primeira parte, também denominada de parte geral, preocupa-se em delimitar de que forma um fato, que ocorre no mundo dos fatos, pode passar a ser relevante para o Direito e, portanto, ingressar, também, no mundo jurídico. Ao mesmo passo, determina, fatos que ocorrem no mundo dos fatos, mas que são irrelevantes para o Direito.

Inicialmente, tem-se regras jurídicas, as quais estampam fatos que interessam ao Direito. Previsto, assim, o suporte fático em abstrato. Quando um fato ocorrer no mundo dos fatos e equivaler ao previsto na regra jurídica, o suporte fático estará colorido e a regra jurídica terá incidido. Assim, com a incidência, o fato passará também a ser fato jurídico, operando-se, a chamada juridicização. Frise-se que essa incidência é automática e infalível, ou seja, independe de qualquer compreensão ou interpretação ou até mesmo do conhecimento do agente acerca da sua existência. Posteriormente, se não houver o atendimento, poderá se operar a aplicação, a qual tão somente ratifica que houve a coloração, que há ou que tem que haver. A aplicação, portanto, é eventual.

Na Teoria do Fato Jurídico há a cisão entre a incidência e a aplicação. Aquela se opera independentemente de qualquer atividade, bastando para tanto que se verifique a ocorrência do desenhado no suporte fático em abstrato no mundo dos fatos. Quando não atendida a regra jurídica e, somente, se não atendida, haverá a interferência de alguém ou algum ente, que poderá ser o Poder Judiciário, momento em que se opera a denominada aplicação. Dessa forma, é apenas, nesse momento, que se terá a compreensão e atividade interpretativa. Quando da realização da interpretação, Pontes de Miranda deixa claro que é preciso evitar discricionariedades, bem como que o elemento histórico deve ser levado em consideração.

Pode-se, assim, concluir que: 1. Para que se opere a incidência não há qualquer compreensão e interpretação; 2. A compreensão e interpretação apenas se operam quando e se houver a aplicação; 3. Apenas é possível se cogitar a aplicação quando houver incidência, ou seja, esta é condição de possibilidade daquela; 4. A incidência e a aplicação estão dissociadas, assim, pode ser operada a incidência e não se operar a aplicação.

Essa Teoria apresentada por Pontes de Miranda recebeu e ainda recebe um grande reconhecimento, porém, conforme os próprios professores dos cursos de Direito afirmaram, a Teoria revela-se insuficiente diante das novas conflituosidades jurídicas. Nesse sentido, mais de 80% dos professores responderam que entendem ser o estudo da Teoria imprescindível para o Direito e 58% dos professores que responderam ao questionário afirmando que é necessário repensar a Teoria

do Fato Jurídico, pois como apresentada originariamente ela é insuficiente. Esse repensar foi, portanto, estruturado tendo como pano de fundo a Hermenêutica Filosófica gadameriana.

Assim, partindo-se de Gadamer, entendeu-se, inicialmente, que não é possível considerar a finitude da Teoria do Fato Jurídico, reconhecendo apenas a sua importância histórica. Nesse norte, tem-se que é preciso, diante da complexidade do mundo atual, repensar os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico, conferindo-lhes uma nova roupagem.

Referido repensar parte da Teoria como estruturada por Pontes de Miranda. Isso porque é imprescindível que se observe a consciência histórica-efetual, a qual não tem como condão adotar o modelo original, porém de conhecê-lo como um fenômeno histórico, que apenas pode ser compreendido a partir de sua própria época. Lembrando que a isso sempre será agregado um algo mais, que permitirá a copertença da Teoria no mundo presente.

É nesse sentido que se verifica que não é possível pré-determinar os sentidos das situações determinadas pelas fontes do Direito, conforme apregoava a Teoria do Fato Jurídico. Isso porque o sentido apenas poderá ser atribuído frente ao caso concreto, o qual é composto tanto pelo presente quanto pelo passado. Assim, há uma intrínseca relação entre o mundo jurídico e o mundo dos fatos, sendo que um apenas pode ser compreendido a partir do outro. Isso porque a significação apenas pode ser compreendida a partir do contexto em que se está inserido. É, pois, o contexto em que se insere o caso concreto com suas respectivas características e o intérprete, que determinam as respostas, bem como delimitam novos questionamentos.

Há, portanto, uma constância de interrogações, sendo, inclusive, as perguntas mais importantes que as respostas. Ou seja, o sentido conferido ao que está disposto na regra jurídica dependerá da interpretação do agente que está em uma situação hermenêutica e que para formar a compreensão sobre o evento partirá de questionamentos quanto aos seus próprios preconceitos e sua legitimidade, para, então poder questionar sobre o sentido do objeto mesmo. Essa compreensão e interpretação se operaram no âmago do círculo hermenêutico, o qual afasta qualquer possibilidade de cisão, fragmentação ou fatiamento.¹⁰ No seu interior, constantemente vai-se do todo para a parte e da parte para o todo.

Reconhece-se, nesse norte, que não é possível pré-estabelecer o sentido dos vocábulos constantes nas regras jurídicas, bem como que a lei não é capaz de prever todas as situações do mundo fático que necessitam ser, também,

¹⁰ Isso se opera, pois “a Crítica Hermenêutica do Direito, com base em Gadamer, defende que não é possível aplicar o direito por etapas” (PEREIRA; ZANETI JÚNIOR, 2019, p. 36).

consideradas jurídicas. Em razão disso, é necessário determinar que para se verificar a ocorrência do previsto na regra jurídica é imprescindível a interpretação dos elementos, não havendo um sentido pré-dado.

O suporte fático em abstrato, portanto, não aparece como uma resposta em relação à qual o fato poderá ou não se encaixar de forma automática. Ao revés, ele é um rastro, apresenta o caminho que poderá ser seguido pelo intérprete. Assim, cabe questionar por onde aquele caminho conduz e quais são os outros rastros, que com este se interconectam. Dessa forma, como não é possível falar em sentidos pré-determinados, como se houvessem sentidos sem coisas, não haverá, igualmente, incidência automática e infalível, conforme pretendia Pontes de Miranda.

Ademais, a incidência e a aplicação não se operam em momentos cindidos, passando-se a tratar da incidência-aplicação como sendo o momento único em que o intérprete, partindo da compreensão e interpretação, verificar frente à situação concreta, se aquele fato é relevante para o Direito. Frise-se, contudo, que essa análise não será aleatória ou discricionária, como se existisse grau zero de sentido. Haverá balizadores que nortearão a compreensão e interpretação do intérprete no âmbito do círculo hermenêutico.

Ademais, a interpretação não cessa com a verificação da entrada de um fato no mundo jurídico, ela seguirá ocorrendo dentro do círculo hermenêutico. Isso porque o mundo passa por constantes alterações que, igualmente, acabam por influenciar no próprio processo de compreensão e interpretação. É necessário, portanto, um constante compreender, interpretar.

A compreensão e a interpretação são, pois, condições de possibilidade para que possa se aventar a incidência-aplicação de uma regra jurídica. Não é possível determinar a incidência automática, sem que haja atividade interpretativa, deixando-se esta apenas para um momento posterior e eventual como pretendia Pontes de Miranda.

Sendo assim, tem-se que os textos e todos os fatos da vida necessitam sempre ser interpretados. A interpretação, por sua vez, poderá ser mais simples ou mais complexa, a depender da especialização da respectiva regra, porém sempre existirá. Ou seja, quanto mais especializada a regra jurídica menos complexa será a interpretação que deverá ser realizada. Esse entendimento se compactua com a questão atinente às cláusulas gerais, que acabam afastando a regra da sua especificação, o que exige um trabalho interpretativo mais complexo.

Por fim, cumpre referir que embora Pontes de Miranda tenha pautado a sua Teoria a partir de uma aproximação dos métodos das ciências humanas com as ciências exatas, o certo é que chegou a reconhecer, por vezes, a importância e a necessidade de interpretar. Ao lado disso, indicava a importância da alocação

histórica das Teorias e dos elementos, entendendo que tal poderia sofrer influxos a partir das modificações jurídicas e sociais. É diante disso que nova roupagem aos elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico pode se operar a partir da Hermenêutica Filosófica, pois, embora se trate de uma matriz teórica diversa, apresenta traços já reconhecidos por Pontes de Miranda.

The structuring elements of the pontemirandian Legal Fact Theory revisited in the light of gadamerian Philosophical Hermeneutics

Abstract: Pontes de Miranda developed the Theory of Legal Fact. According to it, the incidence would be automatic, infallible and different from the application. However, although this theory is indispensable for the understanding of Private Law, it has proved to be insufficient in the face of new legal conflicts, and it is therefore essential to rethink its structuring elements. Given this, it must be asked to what extent Philosophical Hermeneutics can be applied in order to revisit the structuring elements of Legal Fact Theory so that it can be effectively applied in the face of new legal conflicts. To answer the research problem, the phenomenological-hermeneutic “method” of approach was used and the historical and the structuralist as methods of procedure. Also, this article has been divided into three sections. In the first section, we explain the Theory of Legal Fact as conceived by Pontes de Miranda. In the second section, the insufficiency of this theory is pointed out against the background of the new legal conflicts. The third section, on the other hand, points to Philosophical Hermeneutics as a possible way forward to revisit the Theory of Legal Fact in the light of the aforementioned new legal conflicts. From this, it was concluded that Philosophical Hermeneutics is adequate to rethink the structuring elements of Legal Fact Theory.

Keywords: Philosophical hermeneutics. New legal conflicts. Legal Fact Theory.

Los elementos estructurantes de la Teoría del Hecho Jurídico pontemirandiana repensada a partir de la Hermenéutica Filosófica gadameriana

Resumen: Pontes de Miranda desarrolló la Teoría del Hecho Jurídico. Según ésta, la incidencia sería automática, infalible y diversa de la aplicación. Ocurre que aunque sea esta Teoría imprescindible para la comprensión del Derecho Privado, ella se tornó comprobadamente insuficiente dadas las nuevas conflictividades jurídicas, siendo, pues, imprescindible repensar sus elementos estructurantes. Frente a ese contexto, cabe investigar en que medida la Hermenéutica Filosófica puede ser aplicada, a fin de repensar los elementos estructurantes de la Teoría del Hecho Jurídico para que ésta sea capaz de ser, efectivamente, aplicada frente a las nuevas conflictividades jurídicas? Para responder al problema de la investigación, se adoptó como “método” de abordaje el fenomenológico hermenéutico y como métodos de procedimiento el histórico y el estructuralista. Aún, el presente artículo fue dividido en tres secciones. En la primera sección, se abordará la Teoría del Hecho Jurídico como idealizada por Pontes de Miranda. En la segunda sección, se apunta la insuficiencia de la referida Teoría teniendo como panorama las nuevas conflictividades jurídicas. Ya, la tercera sección, apunta la Hermenéutica Filosófica como posible camino a ser recorrido para repensar la Teoría del Hecho Jurídico frente a las ya mencionadas nuevas conflictividades jurídicas. A partir de eso, se concluyó que la Hermenéutica Filosófica es adecuada para repensar los elementos estructurantes de la Teoría del Hecho Jurídico.

Palabras claves: Hermenéutica Filosófica. Nuevas conflictividades jurídicas. Teoría del Hecho Jurídico.

Referências

ALDROVANDI, Andréa. *A resignificação hermenêutica da concepção de fato jurídico de Pontes de Miranda como condição de possibilidade para a juridicização do fato nanotecnológico: uma abordagem feita sob o recorte dos possíveis riscos produzidos pelos nanoalimentos com prata*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. In: *Civilística*. a. 4. n. 2. 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Aldrovandi-Simoni-e-Engelmann-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de Setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 31 jan. 2019.

CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. Metáforas na Teoria do Fato Jurídico. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico*: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERREIRA, Pinto. Pontes de Miranda. In: *Revista Informativo Legislativo*. Brasília. a. 18. n. 69. jan./mar. 1981. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181266/000390293.pdf?sequence=2>. Acesso em: 31 jan. 2019.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*: A Virada Hermenêutica. v. II. Petrópolis: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3. ed. Pierre Fruchon (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

KENSKI, Vani Moreira. *Educação e Tecnologias*: o novo ritmo da informação. 8. ed. Campinas: Papyrus, 2012.

KRELL, Andreas J. A Relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do Moderno Direito Constitucional e Administrativo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Coord.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico*: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÉVY, Pierre. *A conexão planetária*: o mercado, o ciberespaço, a consciência. São Paulo: Editora 34, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de informação legislativa*, v. 36. n. 141. jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>. Acesso em: 31 jan. 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação: Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. In: *Revista de informação legislativa*. v. 135. n. 139. 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/383>. Acesso em: 31 jan. 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista Estado, Direito e Sociedade*. v. I, Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, 1991. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/43660693/Direito_Civil_texto.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1537283968&Signature=60KNC8NSHw%2FzVIhweCxBK02ZoaY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_Caminho_de_um_Direito_Civil_Constituci.pdf. Acesso em: 31 jan. 2019.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

MOTA, Lourenço Dantas. *A História Vivida* (III): Documentos Abertos [entrevistas]. São Paulo: O Estado de São Paulo, 1981-1982.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*. Belo Horizonte. a. 17. n. 25. jan./jun. 2019. p. 29-43.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Tomo II. Bens. Fatos jurídicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *À Margem do Direito*. Campinas: Bookseller, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972a.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972b.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972c.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972d.

SANTOS NETO, Francisco Amaral dos. O Direito Civil no paradigma da complexidade. In: CASSETTARI, Cristiano. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Antonio Wilkmer. A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda em face do pragmatismo analítico de Wittgenstein. In: *Cadernos de Direito*. Piracicaba. v. 17. n. 33. jul.-dez. 2017. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/3492/2079>. Acesso em: 31 jan. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Um direito sem faticidade: Uma (des)leitura da Teoria do Fato Jurídico. *In: Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 9. n. 1. 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NEDEL, Nathalie Kuczura; ENGELMANN, Wilson. Os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico pontemirandiana revisitados à luz da Hermenêutica Filosófica gadameriana. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 17, n. 26, p. 55-85, jul./dez. 2019.

Recebido em: 26.07.2019

Aprovado em: 13.12.2019