

A INCIDÊNCIA NORMATIVA: ANÁLISE DAS CONCEPÇÕES DE PONTES DE MIRANDA E PAULO DE BARROS CARVALHO SOB O PRISMA DE UMA TEORIA PRAGMÁTICA DA LINGUAGEM

THE NORMATIVE INCIDENCE: ANALYSIS OF THE CONCEPTS OF PONTES DE MIRANDA E PAULO DE BARROS CARVALHO UNDER THE PRISM OF A PRAGMATIC OF LANGUAGE THEORY

Bruno Emanuel Tavares de Moura

RESUMO

Adotando-se as reflexões de Ludwig Wittgenstein acerca da pragmática da linguagem, o presente artigo pretende analisar as concepções de Pontes de Miranda e Paulo de Barros Carvalho acerca da incidência normativa. Nesse contexto, busca-se verificar os conceitos e funcionalidades de ambas as concepções, para definir a possibilidade de encaixá-las dentro do sistema de referência acolhido. Levando-se em consideração que as correntes ponteana e carvalhiana não rompem, efetivamente, com a metafísica, acredita-se que nenhuma das concepções se coaduna com o paradigma da reviravolta lingüístico-pragmática. Nesses termos, procura-se construir uma nova funcionalidade para a incidência, de modo a retirar desta o aspecto representativo de uma essência.

PALAVRAS-CHAVE: reviravolta lingüístico-pragmática; essência; verdade; norma jurídica, incidência.

ABSTRACT

Adopting Ludwig Wittgenstein's reflections about the pragmatics of language, this article analyzes the concepts of Pontes de Miranda and Paulo de Barros Carvalho about the normative incidence. In this context, we try to check the concepts and features of both concepts, to define the possibility to fit them within the frame of reference accepted. Taking into account that theories carvalhiana and ponteana did not break effectively with metaphysics, it is believed that none of the concepts is in line with the paradigm of linguistic-pragmatic turn. In these terms, we seek to build a new functionality to the incidence and to remove the representative of the essence appearance.

KEYWORDS: Linguistic-pragmatic turn; essence; truth; legal norm; incidence.

I. INTRODUÇÃO

A transformação da hermenêutica jurídica proporcionada pelo giro lingüístico-pragmático levou, atualmente, à inadmissibilidade da abordagem do processo de decisão judicial como mero instrumento de subsunção das normas vigentes no ordenamento jurídico. Neste contexto, a norma passou a ter um caráter construído de sentido, não sendo mais possível tratar o processo interpretativo como mera descoberta ou revelação de uma verdade intrínseca.

Desta forma, restou como obstáculo, aos operadores do direito, o fato de que a linguagem na qual são vertidos os textos normativos se reveste, muitas vezes, de ambigüidade e vagueza, sobretudo quando utilizada em contextos fáticos diversos. Disto decorre, naturalmente, uma abertura semântica das normas vigentes no ordenamento jurídico, a qual tende a gerar obscuridades a serem sanadas pelo aplicador do Direito.

Estas obscuridades, lacunas e imprecisões inerentes aos textos normativos tendem a ampliar o âmbito de discricionariedade do julgador, culminando em um cenário de insegurança jurídica para os jurisdicionados, dos quais o Estado tolheu, em regra, a iniciativa de dirimir conflitos segundo sua autotutela.

O presente artigo está inserido dentro do contexto dessa nova hermenêutica, marcada pelo giro lingüístico-pragmático, para o qual a indagação pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, que caracterizou toda a filosofia moderna, transformou-se na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo. Nesse diapasão, o processo de significação deixou de ser, simplesmente, um ato de revelação de sentido para uma verdadeira construção deste, de modo a se considerar não só o texto, mas o interlocutor e sua forma de vida – o contexto e os “jogos de linguagem”, na expressão instituída por Ludwig Wittgenstein em sua segunda fase acadêmica.

Na seara jurídica, disto decorre a idéia de que as decisões judiciais não se caracterizam como mera subsunção, obtidas através de um processo automático de aplicação baseado, tão-somente, na incidência da norma jurídica (“automática e infalível”), segundo a corrente clássica. De modo diverso, ocorre em um processo complexo de conferência de significado tendo como base o texto legal, o qual, por si só, não produz efeitos além de direcionar o julgador e oferecer-lhe diversas opções dentre as quais pode escolher.

Desta feita, acredita-se que os conceitos de incidência instituídos pelas Teorias ponteanas e carvalhianas não se encaixam no contexto de um discurso jurídico desprovido de concepções metafísicas. No cenário posto, faz-se necessário, pois, construir um novo conceito para o instituto e, quiçá, uma nova funcionalidade.

Em suma, o trabalho buscará analisar a viabilidade da utilização da incidência normativa sob a perspectiva de uma teoria do direito estruturada sob os ditames de uma teoria pragmática do direito. Partindo-se desse pressuposto, várias serão as vertentes que deverão ser analisadas. Levando-se em consideração o que Richard Rorty sustenta sobre a verdade, pretende-se averiguar a possibilidade de se deflacionar a incidência em um contexto no qual a decisão jurídica deve ser construída, sobretudo, à luz do caso concreto (jogos lingüísticos), traçando-se uma análise consequencialista como forma de preencher o vazio deixado pelo rechaço à incidência automática e infalível.

Ao final, indaga-se se jaz morta a incidência ou se ainda lhe resta uma função: a de mero instrumento retórico a fim de encobrir um ato de vontade, dissimulando o poder da violência simbólica - a máscara de um "eu sei" na face de um "eu quero".

1. A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO CONTEXTO DA REVIRAVOLTA LINGÜÍSTICO-PRAGMÁTICA.

O que a literatura jurídica costuma denominar “reviravolta lingüístico-pragmática” ou “giro lingüístico pragmático” consiste numa revolução paradigmática decorrente da mudança de posicionamento de Ludwig Wittgenstein em suas reflexões sobre a linguagem.

Ludwig Wittgenstein nasceu em Viena e seus estudos costumam ser divididos em duas fases. Muito embora os dois estágios de sua filosofia sejam marcadas pela profunda diferença, é possível dizer que há uma continuidade temática em seus estudos, haja vista que, entre suas preocupações, sempre estiveram presentes questões da linguagem e do pensamento.¹

Num primeiro momento, Wittgenstein se mostrava ligado à corrente denominada empirismo lógico ou neopositivismo do Círculo de Viena. Nesse estágio de sua filosofia, marcada pela publicação da obra *Tractatus Logico-philosophicus*, o autor admitia que o pensamento tinha uma estrutura de composição analógica com o mundo. Tratar-se-ia de

¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª Ed. São Paulo: Loyola, 2006. P. 95.

duas realidades distintas: de um lado, estaria o mundo e a realidade de coisas que acontecem e, do outro, estaria o sujeito com sua consciência e sua forma de ver o mundo.²

Para Ludwig Wittgenstein do *Tractatus*, a linguagem ainda é um instrumento secundário de comunicação do conhecimento humano do mundo. Já na segunda fase de sua filosofia, o autor rompe com essa concepção ao demonstrar que a linguagem, além de descrever o mundo, tem inúmeras outras funções. Nesse contexto, a linguagem ideal proposta seria apenas um dos papéis da linguagem, útil apenas ao jogo lingüístico no qual ela está inserida.

Com base em Adrualdo de Lima Catão, pode-se afirmar que a “viragem pragmática” surgiu com Ludwig Wittgenstein, que, ao rever seu posicionamento do primeiro giro lingüístico, argumentou que a linguagem não seria uma mera representação do mundo, mas sim uma ação humana, ou seja, uma forma de vida inserida num contexto de regras lingüísticas específicas.³

O conhecimento humano acerca do mundo seria algo independente da linguagem. Para o primeiro Wittgenstein, isso seria possível, já para o segundo, só se tem o mundo na linguagem. A linguagem não seria apenas um instrumento para comunicação do conhecimento, mas sim uma condição de possibilidade para constituição do conhecimento.⁴

Para a concepção tradicional, a linguagem seria um instrumento secundário do conhecimento humano, haja vista que sua função era apenas comunicar o mundo, cuja estrutura pode ser descoberta pelo homem independentemente da linguagem. Já para o segundo Wittgenstein, essa era apenas uma das funções da linguagem. Nesse sentido, ressalte-se que, no parágrafo 23 de suas *Investigações filosóficas*, o autor define uma série de funções da linguagem, tais como: descrever um objeto, relatar um acontecimento, ordenar, adivinhar enigmas, contar histórias, dentre outras.⁵

Ludwig Wittgenstein, nas *Investigações Filosóficas*, além de criticar o caráter reducionista da linguagem tradicional, rompe com o dualismo epistemológico/antropológico,

² ALVES, Alaôr Caffé. **Fundamentos dos atos de vontade e práxis lingüístico-social no direito. Kelsen e Wittgenstein II.** In Vilém Flusser e Juristas. Coordenação: Florence Harat e Jerson Carneiro. São Paulo: Noeses, 2009. P. 100.

³ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade.** Maceió: Edufal, 2007. P. 32-33.

⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 3ª Ed. São Paulo: Loyola, 2006. P. 127/128.

⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** Tradução de Marcos G. Nontagnoli. 6ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2009. P. 27

segundo a qual a realidade física produzida por atos corpóreos só se tornam linguagem humana quando acompanhada de certos atos espirituais.⁶

Ao romper com a corrente tradicional da lingüística, esse novo paradigma abandona a idéia de que é o “ter em mente”⁷ que confere significado aos termos. Na verdade, o ser humano, à medida que se diferencia dos outros animais, vive de maneira a tomar parte em jogos de linguagem, ou seja, desde o início se apropria de modos de como utilizar a linguagem no processo de socialização.⁸

Mas se não são os atos espirituais que conferem significação aos signos, o que concede significação às palavras? Para Wittgenstein, é o uso das palavras, nos diversos contextos lingüísticos, nos quais os termos são utilizados. Registre-se que não se trata de negar a existência dos atos espirituais, mas sim de retirar deles a função de doação de significados.⁹

Nesse contexto, diz-se que, para se averiguar o significado de um termo ou de uma expressão, é necessário analisar o contexto em que tais palavras são utilizadas, haja vista que é o seu uso que define o significado. Sobre isso, cite-se Karl Larenz¹⁰:

“O significado de uma palavra, diz-nos WITTGENSTEIN, não se lhe cola como uma propriedade estável, mas resulta em cada caso do seu uso em um determinado ‘jogo de linguagem’”

Na verdade, em sua nova fase, Wittgenstein busca demonstrar que não há uma essência definível vinculada ao vocábulo. Para o autor, isso seria desnecessário para se entender a função das palavras. No caso, basta apenas que haja uma “similitude familiar”

⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª Ed. São Paulo: Loyola, 2006. P. 133.

⁷ O “ter em mente” provém do termo “meinem”. Segundo Werner Spaniol (SPANIOL, Werner. **Filosofia e método no segundo Wittgenstein**. São Paulo: Loyola, 2005. P.11), trata-se de um termo alemão, mais precisamente um verbo, que não possui um equivalente na língua portuguesa. A referida palavra poderá ser traduzida de formas diferentes de acordo com o contexto. Assim, “meinem” poderá designar “querer dizer”, “ter a intenção de”, “pensar” ou “ter em mente”. No entanto, por ser uma expressão mais abstrata, acredita-se que a última significação citada é a que melhor se encaixa nesse trabalho, além de ser a mais encontrada nas obras utilizadas no presente estudo. Basicamente, a corrente tradicional da linguagem dizia que era o “ter em mente” que conferia significado aos signos e tornava a linguagem humana diferenciada.

⁸ APEL, Karl Otto. **Transformação da filosofia I – Filosofia analítica e hermenêutica**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. P. 377.

⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª Ed. São Paulo: Loyola, 2006. P. 134.

¹⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 279.

entre as várias formas de aplicação de uma palavra, sempre levando em consideração o contexto.¹¹

Nesse contexto, o “ter em mente” não confere significação a uma palavra. O fato de alguém compreender um texto, por exemplo, não quer dizer que essa pessoa quis que um certo significado fosse imputado aos termos lidos. Entender algo depende da situação histórica em que a frase é usada. Com efeito, o que define realmente o sentido do texto é o seu uso.

No contexto apresentado, diz-se que a interpretação jurídica não deve ser orientada a busca de uma verdade intrínseca existente no objeto. Na verdade, ao se reconhecer a importância do contexto na formação do significado dos termos, acredita-se que a interpretação jurídica deve ser pautada pela regras dos jogos lingüísticos.

Baseando-se em Ludwig Wittgenstein, percebe-se que a compressão não é fruto de um ato intencional. Compreender significa aprender como se utiliza uma linguagem dentro de um contexto de regras.¹² Ora, partindo-se da premissa estabelecida pelo próprio autor de que não existe um mundo-em-si fora da linguagem, conclui-se que tal contexto de regras também é constituído por meio da linguagem. Daí a expressão “jogo lingüístico” ou “jogo de linguagem”.

Não é fácil definir o que seja um “jogo de linguagem”. O próprio Wittgenstein se recusa a fazer isso, pois, caso fizesse, estaria incorrendo em essencialismo. Nesse sentido, cite-se as palavras do próprio autor:

“[...] ao invés de indicar algo que seja comum a tudo o que chamamos linguagem, digo que não há uma coisa sequer que seja comum a estas manifestações, motivo pelo qual empregamos a mesma palavra para todas, - mas são aparentadas entre si de muitas maneiras diferentes. Por causa deste parentesco, ou destes parentescos, chamamos a todos de linguagens”.¹³

Ao buscar elucidar tal afirmação, Wittgenstein citou, como exemplo, uma lista de jogos, tais como jogos de tabuleiro, de cartas, de bola etc. Perceba-se que não há uma essência ou uma estrutura lógica comum entre eles, mas sim semelhanças ou parentescos, que aparecem e somem na medida em que se comparam diferentes tipos de jogos.

¹¹ APEL, Karl Otto. **Transformação da filosofia I – Filosofia analítica e hermenêutica**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. P. 420.

¹² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª Ed. São Paulo: Loyola, 2006. P. 135.

¹³ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de Marcos G. Nontagnoli. 6ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2009. P. 51, Nº. 65.

Nesse cenário, o intérprete não deve agir de modo a encontrar uma pretensa essência do objeto, mas sim tendente a descobrir as regras de uso daquele texto. Ante a impossibilidade de se chegar a uma verdade absoluta, deverá interpretar de modo a identificar, no uso, o conteúdo dos conceitos utilizados pelos textos normativos.

Em resumo, Wittgenstein argumenta que os conceitos possuem sentidos porque há hábitos determinados de como agir com eles. Trata-se de uma convenção, i.e., de um hábito intersubjetivamente válido. Nesse mesmo sentido, Manfredo Araújo de Oliveira ressalta:

“no jogo, o homem age, mas não simplesmente como indivíduo isolado de acordo com seu próprio arbítrio, e sim de acordo com regras e normas que ele juntamente com outros indivíduos estabeleceu. Essas regras constituem um quadro de referência intersubjetivo que, por um lado, determina as fronteiras das ações possíveis, estabelecidas comunitariamente, e, por outro, deixa ao indivíduo, dentro dele, o espaço para as iniciativas.¹⁴

O fato é que não há uma essência a ser encontrada. A moldura da norma não possui limites fixados eternamente. A linguagem está inserida em uma série de jogos lingüísticos e são as regras de cada contexto que irão determinar os limites da interpretação e o significado da linguagem. Com o surgimento de novos conhecimentos empíricos, as regras dos jogos (*a priori*, em longo prazo) podem ser modificadas.

Ante esse processo de deflacionamento da verdade, pergunta-se: qual a função da incidência jurídica?

2. A CONCEPÇÃO DE PONTES DE MIRANDA ACERCA DA INCIDÊNCIA NORMATIVA

“O Direito é”. Com essa frase simplória, é possível resumir muito daquilo que Pontes de Miranda pensa sobre o Direito. Ao contrário de muitos que seguem a corrente capitaneada por Paulo de Barros Carvalho, o jurista alagoano sustenta que o Direito é uma realidade e a medida do seu ser é conferida pela sua realização. Nesse contexto, o autor aduz que o direito é inerente à sociedade humana e que o ordenamento jurídico e as relações oriundas dele são tão reais quanto os fatos físicos e outras regras sociais.¹⁵

¹⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª Ed. São Paulo: Loyola, 2006. P. 143.

¹⁵ MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 30-31. A frase citada no início do capítulo serve para confirmar o que Lourival Vilanova dizia a respeito de Pontes de Miranda. Para o autor caruaruense, a frase do jurista alagoano era “curta e incisiva” o que denotava objetividade, características obtidas graças à sua formação de lógico-matemático e ao exercício da magistratura

Pode-se dizer que Pontes de Miranda era um adepto da teoria monista, segundo a qual o “[...] direito já começa no mundo inorgânico, como relacionismo social, que provinha por sucessivos graus de evolução por meio do orgânico, do físico, do psíquico”¹⁶, i.e., para o autor, o Direito seria uma realidade tal qual os objetos das ciências naturais. Segundo Torquato Castro Jr, [...] “suas reflexões assentam-se num monismo metodológico no qual o mundo físico, o biológico e o mental remetem a uma mesma ordem de coisas”.¹⁷

Assim, diz-se que o Direito não seria “[...] uma pura criação do espírito humano”. Segundo tal concepção, acredita-se que não é possível focar o direito como um mero instrumento. Mais do que isso, o Direito deveria ser visto como um processo de adaptação social, por meio do qual, são estabelecidas regras de condutas, cuja incidência independe da adesão daqueles que estejam previstos nela.¹⁸

A atividade dos homens sempre se exterioriza através de suas relações com outros seres humanos. É por meio dessas conexões que o indivíduo encontra os meios para sua conservação e desenvolvimento. Nesse contexto, diz-se que o direito tem em vista a proteção e o aperfeiçoamento do homem, considerando-o em “estado de comunhão com seus semelhantes”.¹⁹

O ambiente social representa o *habitat* do homem. O ser humano nasce no seio da família (grupo social básico) e, à medida que vai se desenvolvendo, tende a expandir o seu círculo social e, conseqüentemente, sofrer influência cada vez maior do grupamento social do qual faz parte na sua formação.²⁰

Desse modo, o indivíduo perceberia que, para se viver em sociedade, faz-se necessário adquirir aptidões e se adaptar ao contexto em que vive. Nesse diapasão, o homem passaria a ser regido por processos de adaptação social que, nas palavras do Professor Marcos Bernardes de Mello, podem ser definidos como, “*in verbis*”:

[...] “instrumentos de que se vale a comunidade para agir sobre o homem, instilando em sua personalidade os valores, as concepções e os sentimentos

por décadas (VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos. Volume 1.** São Paulo: Asis Mundi IBET, 2003. p. 399).

¹⁶ VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos. Volume 1.** São Paulo: Asis Mundi IBET, 2003. p. 406.

¹⁷ CASTRO JR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente.** São Paulo: Noeses: 2009. p. 38.

¹⁸ CASTRO JR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente.** São Paulo: Noeses: 2009. p. 31.

¹⁹ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos.** 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 51.

²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência.** 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3.

que integram e representam a própria cultura da sociedade em que se encontra inserido”.²¹

Vários são os processos de adaptação social existentes na sociedade. Dentre eles, cite-se: a religião, a moral, a etiqueta, a ciência, a economia e o direito. Partindo-se do pressuposto de que a vida social é inerente à sobrevivência humana, conclui-se que a adaptação humana ao grupamento em que se vive é essencial à vida em sociedade.²² E é assim que nasce o Direito, cuja origem, segundo Vicente Ráo, [...] “está na própria natureza do homem, havido como ser social”.²³

Partindo-se do pressuposto da variabilidade de processos de adaptação social presentes na sociedade. Muito embora todos sejam endereçados à moldagem da conduta humana, não se pode afirmar que todos são semelhantes quanto ao poder vinculante sobre o comportamento humano. Dentre esses processos, diz-se que somente as normas jurídicas são dotadas de “obrigatoriedade, que se escuda na coercibilidade (= possibilidade de coerção para efetivar as normas jurídicas)”.²⁴

Para Pontes de Miranda, [...] “não só é, no mundo, o que se palpa, ouve vê, cheira, ou gosta”. No início do Tomo I do Tratado de Direito Privado, o autor afirma categoricamente que os “Sistemas jurídicos são sistemas lógicos, composto por situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos”.²⁵ Aduz ainda que o Direito é composto por proposições, na espécie de regras jurídicas. Desse modo, pode-se definir a norma jurídica como sendo: “uma proposição através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (= suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas conseqüências (= efeitos jurídicos)”.²⁶

Assim, pode-se dizer que a norma jurídica prevê fatos sobre os quais serão imputadas certas conseqüências. Nesse diapasão, uma indagação se faz importante: como nasce a obrigatoriedade? É através da incidência jurídica que surge a obrigação *in concreto*.

²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.

²² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 6.

²³ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 53.

²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11.

²⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: Tomo I**. 2ª Ed. São Paulo: Bookseller, 2000. p. 13.

²⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 20.

Ou seja, é por meio da incidência normativa que um fato se torna fato jurídico e passa a gerar efeitos. Antes desse fenômeno, o que existiria seria apenas a obrigatoriedade *in potentia*.²⁷

Havendo configuração, no mundo concreto, daquilo que foi previsto no suporte fático *in abstracto*, tem-se a incidência da norma jurídica, cujo efeito é a juridicização do fato. Segundo Marcos Bernardes de Mello, a incidência seria “[...] o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico.”²⁸ Após a juridicização do fato, i.e., ingresso do mesmo no mundo jurídico, é que se pode falar nas categorias de efeitos jurídicos. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello ressalta que não existe eficácia jurídica sem a incidência, ou seja, não há como se atribuir efeitos à norma sozinha ou ao fato não juridicizado.²⁹

Lourival Vilanova, sobre o assunto, afirmava:

“um dos conceitos fundamentais da teoria geral do direito é o de incidência. A regra incide sobre o dado-de-fato. Esse dado-de-fato é o suporte fático. A incidência nem sempre toma-o em sua complexidade compositiva. Recorta-o, simplificando. O suporte fático que entra no campo-de-incidência é o fato jurídico (o ‘fattispecie’, o ‘tatbestand’, o ‘state of affairs’). [...] por faltar uma teoria da estrutura da norma, Pontes fala assim em incidência de regra de direito. Creio que o que tem incidência é a hipótese fática (o pressuposto): é ela que tem função juridicizadora (ou a simétrica, desjuridicizadora) dos fatos.”³⁰

Nesses termos, pode-se dizer que a norma jurídica seria produto das incidências, i.e., seria fato resultante dos atos humanos.³¹ Ocorrendo os fatos descritos no suporte fático, a norma jurídica incide automática e infalivelmente sobre o mundo fenomênico, fazendo com que o fato passe a irradiar efeitos.

Vale ressaltar que a metáfora da incidência automática e infalível criada por Pontes de Miranda não afasta a importância da interpretação no Direito. Sobre o assunto, o autor afirma que [...] “para que se saiba qual a regra jurídica que incidiu, que incide ou que incidirá, é preciso que se saiba o que é que se diz nela”. Ou seja, para se identificar a incidência, faz-se necessário que o aplicador da regra identifique o conteúdo do suporte fático através da interpretação.³²

²⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11.

²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência.** 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 71.

²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência.** 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 71-72.

³⁰ VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos. Volume 1.** São Paulo: Asis Mundi IBET, 2003. p. 407.

³¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.** 2ª Ed. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 55.

³² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.** 2ª Ed. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 13.

Nesse contexto, Pontes de Miranda busca diferenciar incidência e aplicação. Para o autor, os sistemas jurídicos são sistemas lógicos compostos de normas jurídicas, as quais incidem automática e infalivelmente sobre os suportes fáticos previstos em sua parte antecedente. Ao se conceber o direito como um sistema lógico, Pontes de Miranda argumenta que o homem não teria organizado a [...] “vida social deixando margem à não-incidência, porque teria sido o ordenamento alógico, em sistema de regra jurídica em que essas poderiam não ser”.³³

Para Pontes, a incidência independe da aplicação. Nesse contexto, diz-se que [...] “A incidência da regra jurídica não falha; o que falha é o atendimento a ela”³⁴, haja vista que [...] “a incidência é como a da prancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha.”³⁵ Com efeito, [...] “as regras jurídicas são de conteúdo determinado, e não se poderia deixar ao arbítrio de alguém a incidência delas, ou não.”³⁶

3. DA CONCEPÇÃO DE INCIDÊNCIA NORMATIVA CONSTRUÍDA POR PAULO DE BARROS CARVALHO

Para os adeptos da teoria carvalhiana, o direito também é uma realidade, entretanto, sua finalidade não é alcançá-la ou descrevê-la. Esse papel cabe à ciência. Ao direito, compete a função de modificar o mundo dos fatos, i.e., de agir como um instrumento.³⁷ Cuida-se de dois níveis diferentes de linguagem: a primeira é a linguagem objetual, cuja função é se referir ao objeto (conduta humana) buscando moldá-la aos ditames do ordenamento; a segunda é a metalinguagem, que tem a primeira como objeto de pesquisa. Com efeito, enquanto a primeira prescreve condutas, a segunda faz descrições acerca do conteúdo da primeira.

A propósito, o Professor Gabriel Ivo afirma que [...] “o direito é posto pelo homem e tem como missão modificar o comportamento do próprio homem”. De fato, não poderia ser o direito um mero sistema descritivo, haja vista que, assim sendo, sua função não seria moldar ou modificar a realidade, mas sim duplicá-la. Com efeito, se assim fosse, o direito seria um “sem sentido deôntico”, porquanto se confundiria com a realidade.³⁸

³³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.** 2ª Ed. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 50.

³⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.** 2ª Ed. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 58.

³⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.** 2ª Ed. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 57

³⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.** 2ª Ed. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 58.

³⁷ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário.** 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2007. p. 46-47.

³⁸ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle.** São Paulo: Noeses, 2006. p. 47.

Em complemento ao que foi dito acima, pode-se afirmar, com base em Paulo de Barros Carvalho³⁹, que o direito positivo se apresenta como uma camada lingüística, consubstanciada em termos prescritivos, com um vetor dirigido ao comportamento social nas relações de intersubjetividade. Sob essa ótica, o direito se exprime, pois, através de uma linguagem, *i.e.*, por meio de signos, significados e significantes.

Sobre as normas jurídicas, Eduardo Bittar aduz que a grande ilusão do Legislador é pensar que a norma jurídica é um “preceito estéril e imune ao movimento”. O sentido que os criadores do texto normativo pretendiam conferir ao enunciado prescritivo nada mais é que um projeto. Após a promulgação dos textos normativos, os enunciados ganham vida própria e passam a pertencer à coletividade.⁴⁰

A interpretação é um processo mental que acompanha a aplicação e a criação do direito. Nesses termos, levando-se em consideração que o direito positivo é um sistema formado por enunciados prescritivos dispostos numa ordem hierárquica, na qual as normas superiores definem como devem ser produzidas as normas inferiores, conclui-se que a interpretação sempre está presente no direito, seja nos atos de aplicação, seja nos atos de criação, como procedimento essencial à definição do conteúdo das normas jurídicas.⁴¹

O fato é que, para a corrente capitaneada por Paulo de Barros Carvalho, não se deve confundir texto e norma. Cuida-se de entes diferentes. Na verdade, a norma jurídica é o juízo deôntico formado a partir da leitura dos textos, ou seja, é a significação obtida por meio da interpretação que o indivíduo produz em sua mente ao realizar a leitura dos símbolos conjugados nos dispositivos do direito positivo⁴². Com efeito, é a partir da leitura dos enunciados prescritivos que o aplicador do direito poderá preencher o conteúdo da estrutura lógica dúplice que tem em mente, *i.e.*, poderá construir a norma jurídica dentro do seu formato lógico (antecedente-conseqüente) e, assim, instaurar a incidência normativa.

Nesse diapasão, percebe-se que a corrente carvalhiana acolheu premissas diferentes daquelas que foram adotadas por Pontes de Miranda. Segundo o professor paulista, partindo-se do pressuposto de que o direito é um sistema de linguagem, tem-se que o mundo jurídico é constituído num universo de linguagem e assim também o é a incidência. Nesses

³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

⁴⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 125.

⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387.

⁴² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8-9. No mesmo sentido, o autor afirma (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 44) que: [...] “uma coisa são os enunciados prescritivos, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outra, as normas jurídicas, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas”.

termos, pode-se afirmar que é a linguagem que constrói a incidência,⁴³ pois é, por meio dessa, que a norma jurídica e o fato são construídos.

Com relação à estrutura da norma, não se vê muitas discordâncias entre os autores. De fato, a norma jurídica possui uma composição dúplice. Enquanto, no antecedente, é possível encontrar uma descrição de um fato passível de ser juridicizado (na verdade, não há verdadeiramente a descrição de um fato, mas sim das suas notas típicas, que devem estar presentes para que haja a incidência normativa); no conseqüente, há o efeito que a ser gerado a partir do fenômeno da incidência.

Sobre o antecedente, Gabriel Ivo afirma que o “fato bruto é mais rico em propriedades que a hipótese”. Desse modo, o fato não entra no mundo jurídico completamente, mas sim tão somente as propriedades selecionadas pelo antecedente da norma jurídica. O fato jurídico é, portanto, [...] “a parte do suporte fático, desenhada pela hipótese normativa, que entra no mundo do direito por meio da incidência da norma jurídica”.⁴⁴

A incidência, nesse contexto, não seria uma mera declaração de algo que aconteceu, mas sim uma construção, i.e., um processo por meio do qual o fato e a norma jurídica são constituídos. Para se chegar à noção de incidência, a teoria carvalhiana parte da diferenciação entre *evento* e *fato*. Segundo Fabiana Del Padre Tomé, enquanto o primeiro seria os acontecimentos do mundo fenomênico despidos de elementos lingüísticos, o segundo seria a transfiguração dos eventos em linguagem. Nesse contexto, diz-se que o intérprete dificilmente tem contato com o evento, pois este se esvai no tempo e no espaço. Ao direito, resta os vestígios, i.e., as marcas deixadas pelo evento, assim como, v.g., as notas denotativas daquele evento, ou seja, os fatos.⁴⁵

Para se chegar à incidência, faz-se mister que o aplicador da norma, por meio de linguagem competente, transforme o “evento” em “fato” e, por outro lado, construa a norma individual e concreta que deverá reger o caso. Através desse processo é que o aplicador realiza a subsunção do fato à norma e, assim, instaura o fato jurídico. Desse modo é que se dá a incidência.⁴⁶

⁴³ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. 42-43.

⁴⁴ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. 44-46.

⁴⁵ TOMÉ, Fabiana de Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 32-33. No mesmo sentido, Torquato Castro Jr (CASTRO JR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses: 2009. p. 105), com relação à incidência e aplicação, afirma o seguinte: “o ‘evento’ ter-se-á dato antes, mas somente se torna ‘fato’ em virtude do seu revestimento em linguagem. Somente se torna ‘fato jurídico’ se for revestido pela linguagem da autoridade com competência para normatizar a solução do caso.”

⁴⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 151-152.

Nesse contexto, percebe-se, no processo de desenvolvimento do direito, como bem denota o Professor Gabriel Ivo que a presença humana é imprescindível. Ora, mais do que indispensável, acredita-se que a vontade humana é inevitável. Não há como dissociar o ser humano do processo de incidência, pois as normas não incidem por força própria, visto que não há uma resposta objetiva, i.e., uma essência vinculada ao texto normativo. Em suma, seja no ato de aplicação, seja na interpretação dos textos normativos, o ser humano sempre se fará presente construindo uma proposição (jurídica ou científica).⁴⁷

Nesse diapasão, a importância da incidência não seria definir qual a decisão seria correta. Com efeito, o aplicador não erra, haja vista que sua linguagem não deverá ser analisada sob os critérios de correção, mas sim de validade.⁴⁸ Na verdade, o aplicador não declara algo, mas sim prescreve condutas que só poderão ser invalidadas por intermédio de outras normas do sistema. Ante esse contexto, a função da incidência não será identificar a decisão certa, mas sim estabelecer os marcos temporal e espacial do fato jurídico e da produção de efeitos.⁴⁹

Sobre isso, o Professor Torquato Castro Jr. afirma que ambos os modelos poderiam ser reconstruídos como representações de metáforas temporais. Desta feita, enquanto o arquétipo ponteano teria uma linha temporal correndo “positivamente” (do suporte fático/incidência para aplicação), no modelo carvalhiano, essa linha do tempo só correria “negativamente” (da incidência/aplicação para o suporte fático), isto é, construindo linguisticamente o “‘fato’, ao tempo do ‘evento’”.⁵⁰

Outrossim, frise-se também que, ao contrário do que os adeptos de Pontes de Miranda sustentam, para os carvalhianos, não é a incidência que determina a respeitabilidade ao direito antes de sua aplicação.⁵¹ Na verdade, a incidência é um fenômeno lingüístico construído por uma autoridade competente. Trata-se de conceito do mundo do *dever-ser*. Ao ser falar em respeitabilidade, [...] “rompe-se com o fio do *dever-ser* e passa-se a lidar com as contingências do *ser*”. Certamente, além da função profilática, a norma jurídica também tem

⁴⁷ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. 61.

⁴⁸ O sistema de direito positivo não segue critérios de verdade/falsidade. A lógica que rege suas relações não seria apofântica, mas sim deontica. Não se poderia, pois, afirmar quem uma norma é verdadeira, mas sim que é válida ou inválida. (VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses, 2005. p. 179-180).

⁴⁹ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. 55.

⁵⁰ CASTRO JR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses: 2009. p. 107. Segundo o autor: “Ambos os modelos, como se vê, são igualmente metafóricos em relação á continuidade do tempo, apesar de ambos preocuparam-se tão enfaticamente com a ‘objetividade’ de suas considerações.

⁵¹ Nesse sentido: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo I**. 2ª Ed. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 13.

um objetivo ostensivo, razão pela qual, ao editar enunciados prescritivos, o legislador deve analisar ao máximo as crenças e estimativas do destinatário. Desse modo, a respeitabilidade diz respeito a uma conduta tendente a evitar sanção, não havendo, pois, uma necessária ligação com a incidência.⁵²

Partindo-se daquilo que ficou consignado linhas atrás acerca dos paradigmas, conclui-se que não há como se determinar qual a concepção de incidência é correta. O que se pode dizer aqui é que, levando-se em consideração os respectivos modelos teóricos, tanto Pontes de Miranda como Paulo de Barros Carvalho foram coerentes.

De fato, a linguagem não é mais um instrumento que busca uma essência, mas sim um elemento que tenta criar uma “verdade” própria. Em outras palavras, diz-se que a verdade não é descoberta, mas sim construída, porquanto, adotando-se o giro lingüístico como paradigma, a linguagem não buscaria mais uma essência da coisa, mas sim construir o objeto.⁵³

Nesse contexto, Paulo de Barros Carvalho afirma, portanto, que não é o texto normativo que incide sobre o fato, mas sim o ser humano que, ao construir o fato e a norma jurídica individual e concreta (mediante linguagem competente) institui a incidência e instaura o fato jurídico.⁵⁴

4. ANÁLISE CRÍTICA DAS CONCEPÇÕES ACERCA DA INCIDÊNCIA NORMATIVA SOB O PRISMA DE UMA TEORIA PRAGMÁTICA DA LINGUAGEM

Retornando para o marco teórico do artigo, crê que as teorias ponteana e carvalhiana acerca da incidência não se coadunam com o paradigma da pragmática da linguagem ou da reviravolta lingüístico-pragmática.

Pontes de Miranda, muito embora não olvide da importância da interpretação, confere importância ao estudo de uma verdade intrínseca ao texto normativo, como uma verdadeira essência. Tanto é que, nos seus estudos sobre o direito, afirma que a incidência independe da aplicação.

⁵² CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34-36.

⁵³ TOMÉ, Fabiana de Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 16-17.

⁵⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 588.

Nesse contexto, o jurista alagoano afirma que [...] “A incidência da regra jurídica não falha; o que falha é o atendimento a ela”⁵⁵, haja vista que [...] “a incidência é como a da prancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha.”⁵⁶ Com efeito, [...] “as regras jurídicas são de conteúdo determinado, e não se poderia deixar ao arbítrio de alguém a incidência delas, ou não.”⁵⁷

Outro ponto que tendente a provar que a concepção ponteana é essencialista é que, segundo Pontes de Miranda, uma das características da incidência é a sua infalibilidade. A incidência, para o autor, “[...] se passa no mundo dos pensamentos e nele tem de ser atendidas.”⁵⁸ Marcos Bernardes de Mello chama tal característica de incondicionabilidade, segundo a qual, ocorrido o suporte fático, a regra incide independente do querer das pessoas. Para o autor, a incidência das regras jurídicas é o que diferencia o direito dos outros processos de adaptação social, haja vista que, enquanto, v.g., na moral e na religião, a adoção ao sistema e à conduta “ideal” é livre aos usuários, no direito há obrigatoriedade em acatá-lo, i.e., em face da incidência que ocorre independentemente da aceitação dos indivíduos.⁵⁹

Nesse contexto, percebe-se que a concepção ponteana acerca da incidência normativa não se coaduna com o marco teórico do presente artigo, haja vista que o giro lingüístico-pragmático busca, dentre outras questões, romper com concepções essencialistas.

Nesse cenário, reafirma-se que o conhecimento humano acerca do mundo era algo independente da linguagem. Para o primeiro Wittgenstein, isso seria possível, já para o segundo, só se tem o mundo na linguagem. Com efeito, a linguagem não seria apenas um instrumento para comunicação de uma verdade existente no objeto, mas sim uma condição de possibilidade para constituição do conhecimento.⁶⁰

Já ao se analisar a concepção de Paulo de Barros Carvalho acerca da incidência, percebe-se uma certa evolução no que se refere à tentativa de se romper com paradigmas essencialistas. Todavia, não há como afirmar que sua teoria é compatível com o marco teórico do trabalho, haja vista que o autor paulista ainda se vale da metafísica na construção do discurso jurídico.

Ao construir o alicerce para sua teoria do direito, Paulo de Barros Carvalho explicitou claramente o acolhimento do pressuposto do giro lingüístico como marco teórico

⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.** 2ª Ed. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 58.

⁵⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.** 2ª Ed. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 57

⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.** 2ª Ed. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 58.

⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.** 2ª Ed. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 62.

⁵⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência.** 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 72-73.

⁶⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 3ª Ed. São Paulo: Loyola, 2006. P. 127/128.

do seu trabalho. Isso significaria dizer, segundo o próprio autor, que o direito positivo seria um sistema instituído sobre bases lingüísticas que construiriam sua própria realidade.

Aparentemente, Paulo de Barros Carvalho buscava romper com a metafísica. Nesse diapasão, a linguagem, pois, não se apresentaria mais apenas como um instrumento secundário entre a realidade e o conhecimento, i.e., não seria apenas um elemento que apenas declara uma essência, mas sim um utensílio que constrói conhecimento. Com efeito, a partir do sistema de referência construído pelo autor, a linguagem teria trocado de papel: deixaria de ser coadjuvante para se tornar ator principal.

Transportando para o mundo jurídico, diz-se que a incidência não seria mais um fenômeno independente da atuação humana, mas sim uma construção lingüística do aplicador do direito. A aplicação não teria o papel de declarar uma incidência, mas sim de construí-la, de maneira simultânea, ao seu exercício. Aparentemente, Paulo de Barros Carvalho, ao construir sua teoria do direito, teria rompido com concepções metafísicas. Mas será que isso, de fato, aconteceu?

Ocorre que o giro lingüístico se deu em duas fases. Sobre isso, Manfredo Araújo de Oliveira afirma que, mesmo com a mudança de paradigma proporcionada pelo primeiro giro lingüístico (adotado pela teoria carvalhiana), a linguagem continuou figurando como um instrumento secundário em relação à realidade.⁶¹ Na verdade, o que muitos autores costumam falar como uma mudança radical de paradigma, consistiu em apenas uma fase de um “giro” muito maior.⁶²

Prova disso parece ser a distinção que Paulo de Barros Carvalho faz entre *eventos* e *fatos*. Ora, afirma o autor que a linguagem jurídica constrói a sua própria realidade. Para tanto, a função do intérprete não seria mais buscar uma *essência*, i.e., uma verdade absoluta, mas sim construí-la. Ocorre que, ao traçar sua concepção de incidência e aplicação, Paulo de Barros preleciona que, ao aplicador, caberá, além de construir a norma individual de concreta, transfigurar os *eventos* em *fatos* por meio da linguagem competente.

Partindo-se do pressuposto de que Paulo de Barros Carvalho adota expressamente o primeiro giro lingüístico como paradigma, a distinção entre eventos e fatos prova que o referido marco teórico consistiu num movimento filosófico que buscava a construção de linguagens ideais. De fato, o rigor discursivo passou a ser o paradigma das

⁶¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª Ed. São Paulo: Loyola, 2006. P. 119.

⁶² Sobre o Assunto, o Professor Adrualdo de Lima Catão (CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007. p. 32) afirma o seguinte: “o giro lingüístico, [...] teve um momento inicial no qual ainda se deixava levar pelos dualismos gregos, apegando-se a uma tentativa de se encontrar, através da linguagem, a essência do conhecimento, ou das coisas do mundo”.

ciências nessa fase, todavia, não há como negar que a filosofia “ainda se deixava levar pelos dualismos gregos, apegando-se a uma tentativa de se encontrar, através da linguagem, a essência do conhecimento”⁶³

Desta forma, muito embora Paulo de Barros Carvalho afirme que a linguagem é independente e constrói sua própria realidade, esta continua a representar o papel de ator coadjuvante, haja vista que, conquanto o que entre para o mundo jurídico seja o fato, o evento continua a exercer papel importante – afinal, buscá-lo continua sendo o papel da linguagem jurídica.⁶⁴

Nesse contexto, percebe-se que, embora a linguagem, de fato, tenha importância para o arquétipo construído por Paulo de Barros Carvalho, haja vista que é o fato jurídico (como elemento lingüístico) que aufere validade no direito, não há como afirmar que o autor rompeu completamente com os dualismos metafísicos da filosofia essencialista anterior ao giro lingüístico, visto que o *evento*, nesse caso, parece exercer o papel antes representado pela *essência*.⁶⁵ A linguagem, ainda que construa uma “verdade” para o direito,

⁶³ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007. P. 32.

⁶⁴ Conforme ensinamentos do Professor Torquato Castro Jr., a diferença entre “fato” e “evento” é originada do ponto de vista pragmático (CASTRO JR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses: 2009. p. 105). No entanto, *data máxima vênia*, esse trabalho acredita que Paulo de Barros Carvalho, a despeito de inserir o homem dentro do processo de construção da incidência, não parece ser um pragmatista, mas sim um formalista. Nesse sentido, acredita-se que, para se tornar, de fato, um pragmático, Paulo de Barros Carvalho deveria ter seguido a esteira de autores como o segundo Wittgenstein, o qual entende que o uso da linguagem e, sobretudo, as limitações necessárias para evitar disparates não podem ser descobertos através da busca da essência (eventos) ou de análises comparativas entre estruturas lógicas do mundo e da linguagem. Isso, para o referido filósofo, seria uma ilusão. Na verdade, o que determina e o que limita a linguagem e sua significação é o seu uso dentro do contexto, ou seja, são as regras definidas pelos jogos de linguagem. (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de Marcos G. Nontagnoli. 6ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 72). Vale citar ainda que, ao contrário do pensava na primeira fase de sua filosofia, Wittgenstein II acreditava, nesses termos, que o mundo só existe na linguagem, i.e., a linguagem não seria apenas um instrumento para comunicação do conhecimento, mas sim uma condição de possibilidade para constituição do conhecimento (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª Ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 127-128). Nesses termos, tornar-se-ia impossível afirmar a existência de eventos puros, sem linguagem.

⁶⁵ Nesse sentido, Fabiana Del Padre Tomé (TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2008. p.1), adepta da corrente carvalhiana, afirma que, após o advento do giro lingüístico (cujo marco teórico teria sido, para autora, a obra *Tractatus logico-philosophicus* de Ludwig Wittgenstein), passou-se a considerar a linguagem como algo independente do mundo da experiência e, até mesmo, a ela sobreposta” [...]. Esse trabalho não concorda, *data vênia*, com os dizeres da autora. Ludwig Wittgenstein nasceu em Viena e seus estudos costumam ser divididos em duas fases. Muito embora os dois estágios de sua filosofia sejam marcadas pela profunda diferença, é possível dizer que há uma continuidade temática em seus estudos, haja vista que, entre suas preocupações, sempre estiveram presentes questões da linguagem e do pensamento. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª Ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 95) Num primeiro momento, Wittgenstein se mostrava ligado à corrente denominada empirismo lógico ou neopositivismo do Círculo de Viena. Nesse estágio de sua filosofia, marcada pela publicação da obra *Tractatus Logico-philosophicus*, o autor admitia que o pensamento tinha uma estrutura de composição analógica com o mundo. Tratar-se-ia de duas realidades distintas: de um lado, estaria o mundo e a realidade de coisas que acontecem e, do outro, estaria o sujeito com sua consciência e sua forma de ver o mundo. (ALVES, Alaôr Caffé. **Fundamentos dos atos de vontade e práxis lingüístico-social no direito. Kelsen e Wittgenstein II**. In Vilém Flusser e Juristas. Coordenação: Florence Harat e Jerson Carneiro. São Paulo: Noeses,

ainda aparenta ser um instrumento secundário, visto que ela ainda exerce função predominantemente representacionista.

Além disso, Paulo de Barros Carvalho, ainda que tenha adotado a teoria pura do direito como uma de suas premissas, não abandona certas metáforas jurídicas, tais como as provenientes da teoria do fato jurídico. É provável que isso seja decorrência do fato de que, ao construir sua teoria, tenha sido bastante influenciado por Lourival Vilanova, que, por sua vez, tentava, em seus estudos, compatibilizar as visões jurídicas de Hans Kelsen e Pontes de Miranda.⁶⁶

Em resumo, conquanto Paulo de Barros Carvalho argumente que a importância da incidência não é definir qual a decisão correta, a linguagem ainda continua a figurar como um terceiro elemento, cuja função não deixaria de ser representativa de um conhecimento (evento) que existe fora desta linguagem (fato).

Sobre o assunto, o Professor Torquato Castro Jr. afirma que ambos os modelos poderiam ser reconstruídos como representações de metáforas temporais. Desta feita, enquanto o arquétipo ponteano teria uma linha temporal correndo “positivamente” (do suporte

2009. p. 100). Para o primeiro Ludwig Wittgenstein (do *Tractatus*) a linguagem ainda é um instrumento secundário de comunicação do conhecimento humano do mundo. Somente na segunda fase de sua filosofia, o autor rompeu com essa concepção, ao demonstrar que a linguagem, além de descrever o mundo, tem inúmeras outras funções. Nesse contexto, a linguagem ideal proposta seria apenas uma dos papéis da linguagem, útil apenas ao jogo lingüístico no qual ela está inserida. Com efeito, ao contrário do que Fabiana Del Padré Tomé afirma, segundo o primeiro Wittgenstein, a linguagem ainda seria um reflexo, i.e., uma cópia do mundo. Para essa concepção, existiria um mundo em si independente da linguagem. Esta teria por função descrever o mundo (fatos), sendo uma imagem fiel do real (eventos).

⁶⁶ Nesses termos, seria possível dizer que Lourival Vilanova tentou, pois, construir uma tese jurídica consubstanciada em uma teoria sintática e uma semântica? Sobre a classificação das teorias do direito com base em critérios semióticos, Torquato Castro Jr. (CASTRO JR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses: 2009. p. 32) afirma que a Charles Morris, apoiado em Peirce, teria delimitado a esfera de estudos de cada uma das disciplinas semióticas. Em cada uma delas, haveria um corte metodológico do signo. Assim, ao se falar de aspectos sintáticos, o estudioso estaria analisando a relação do signo com outros e suas estruturas; no aspecto semântico, seria estudado o relacionamento do signo com o objeto para o qual ele aponta; e na esfera pragmática, a relação entre os signos e os seus utilizadores. Nesse diapasão, com base em Bernard Jackson, poder-se-ia comparar as teorias do direito (ou classificá-las) com base nos critérios utilizados por Morris para constituir a tríade semiótica. Dessa forma, dir-se-ia que, enquanto as teorias positivistas do direito buscariam enfatizar a proposição jurídica em seu aspecto formal (teoria sintática), as perspectivas jusnaturalistas teria por função delimitar o direito de acordo com o seu conteúdo (teoria semântica). Assim, enquanto a teoria pura do direito de Hans Kelsen seria uma teoria sintática, poder-se-ia afirmar que a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda faria parte da classificação semântica. Nesses termos, seria possível uma teoria compatibilizá-las de modo coerente? Sobre isso, muito embora Lourival Vilanova adote o conceito ponteano de incidência, ao se referir à estrutura lógica da norma jurídica, entende que o nexos lógico de implicação que liga as proposições antecedentes e conseqüentes da norma jurídica é deôntico. Para o autor, tal característica é que diferencia a causalidade jurídica da causalidade natural. De fato, pode-se dizer que é o modal deôntico que diferencia a implicação jurídica das implicações naturais. Todavia, como argumentar que a incidência é automática e infalível nesse contexto? Esse trabalho acredita que não seria compatibilizar a concepção ponteana de incidência com a tese de Lourival Vilanova acerca do modal deôntico que liga as proposições antecedente e conseqüente da estrutura lógica da norma jurídica. Ao afirmar que o functor que liga as proposições não é apofântico, Vilanova se afasta da idéia naturalista de direito (ponteana) que consubstancia a incidência automática e infalível.

fático/incidência para aplicação), no modelo carvalhiano, essa linha do tempo só correria “negativamente” (da incidência/aplicação para o suporte fático), isto é, construindo linguisticamente o “‘fato’, ao tempo do ‘evento’”.⁶⁷

Comparando os dois modelos (ponteano e carvalhiano), acredita-se que não como afirmar qual seria correto, haja vista que se tratam de discursos paradigmáticos.

Preleciona Villém Flusser, em seus escritos sobre língua e realidade, que o ser humano, ao tentar compreender, controlar e modificar o mundo, sempre busca uma ordem. Para o autor, um mundo caótico seria incompreensível e impossível de ser dominado, sendo o próprio ser humano apenas um dos elementos desse caos.⁶⁸ Nesse contexto, o espírito humano, diante das manifestações comunicacionais, sempre procura identificar uma [...] “certa porção de coerência em relação ao mundo circundante”, que lhe permita retornar à comunicação em si para entender a mensagem. Cuida-se de um impulso natural, tendente a diminuir o sentimento humano de insegurança.⁶⁹

Ao buscar uma ordem, o indivíduo procurar identificar, no fundo das aparências caóticas, uma estrutura que seja capaz de explicar e sistematizar o mundo complicado que lhe foi apresentado. Nesses termos, Villém Flusser afirmava que tal ordem deve funcionar de dois modos: servindo como sistema de referência, i.e., alocando as aparências dentro de uma estrutura geral; e permitindo a coordenação das aparências, ou seja, constituindo um sistema de regras. Em suma, primeiramente o mundo é catalogado; posteriormente os seus elementos são hierarquizados.⁷⁰

Tal sistema de referência, denominado por Thomas Kuhn de “ciência normal”, representaria a pesquisa seguramente baseada em realizações passadas, conhecidas por uma comunidade científica específica em um certo período de tempo. Tais concretizações seriam expostas em livros que buscariam demonstrar os seus fundamentos, suas aplicações e os métodos legítimos para se adentrar ao referido campo de pesquisa.⁷¹

Nesses termos, conclui-se que não há como se determinar qual a concepção de incidência é correta. O que se pode dizer aqui é que, levando-se em consideração os

⁶⁷ CASTRO JR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses: 2009. p. 107. Segundo o autor: “Ambos os modelos, como se vê, são igualmente metafóricos em relação á continuidade do tempo, apesar de ambos preocuparam-se tão enfaticamente com a ‘objetividade’ de suas considerações.

⁶⁸ FLUSSER, Villem. **Língua e Realidade**. 3ª Ed. São Paulo: Annablume, 2007. p. 31.

⁶⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21

⁷⁰ FLUSSER, Villem. **Língua e Realidade**. 3ª Ed. São Paulo: Annablume, 2007. p. 31.

⁷¹ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 29

respectivos modelos teóricos, tanto Pontes de Miranda como Paulo de Barros Carvalho foram coerentes com seus pressupostos; entretanto, suas ideias ainda estão imbuídas de um essencialismo incompatível com a análise pragmática do direito.

O fato é que, ao contrário dos marcos teóricos de Pontes de Miranda e Paulo de Barros Carvalho, o paradigma estabelecido no trabalho acredita que, em vez de se perguntar acerca da verdade ou da essência, o intérprete deve partir de diferentes questionamentos acerca das descrições da realidade. Para Richard Rorty, não importaria saber se “[...] a natureza intrínseca da realidade ainda está à vista”, mas sim se os relatos feitos acerca desta são os melhores que se podem imaginar para os fins que pretende realizar.⁷²

O fato é que os textos normativos, de um modo geral, são dotados de vagueza e ambigüidade. Assim, identificado o campo de abrangência dos significados dos enunciados normativos, nota-se que, na maioria dos casos, não existe um acordo ou enfoque universal sobre a delimitação do sentido do conteúdo dos conceitos utilizados pelo direito.

Interpretar as regras dos jogos lingüísticos seria uma forma de se chegar ao sentido do texto e, desta forma, à decisão que regerà o caso concreto. Nesse diapasão, indaga-se acerca de qual a viabilidade da utilização da incidência normativa sob a perspectiva de uma teoria do direito estruturada sob os ditames da pragmática da linguagem, uma vez que as propostas de Pontes de Miranda e Paulo de Barros Carvalhos não se encaixam no contexto de um discurso jurídico desprovido de concepções metafísicas.

Partindo-se das reflexões do segundo Wittgenstein, acredita-se que a Incidência, muito embora os marcos teóricos nos quais suas concepções foram construídas não sejam condizentes com o paradigma do filósofo mencionado, não está morta. Isso por que, muito embora a linguagem e, assim também a incidência, não possuam mais um papel representacionista, acredita-se que esse instituto poderia continuar a desempenhar um papel útil no discurso jurídico.

Nesse contexto, acredita-se que, partindo-se de uma teoria pragmática da linguagem, a funcionalidade estabelecida por Paulo de Barros Carvalho (incidência como marco temporal e espacial da relação jurídica) é extremamente útil ao discurso jurídico. Desta feita, o ideal seria construir um novo conceito para incidência com a adoção dessa mesma funcionalidade, mas retirando-lhe o aspecto representacionista.

Nesse contexto, “buscar a incidência” não seria um objetivo do intérprete, mas sim uma justificativa. A incidência, pois, não seria uma símbolo de uma essência buscada,

⁷² RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. Tradução: Denise R. Sales. Barueri: São Paulo, 2005. p. XIV.

mas sim um símbolo de que aquele discurso é o melhor que se pode “[...] imaginar para os fins que pretende realizar”.⁷³ Com efeito, a incidência não seria um identificador da verdade, mas sim um elemento para orientar, no tempo e no espaço, os sujeitos de uma relação jurídica.

Dentro daquilo que Torquato Castro Jr afirmou acerca das representações de metáforas temporais⁷⁴, diz-se-ia que o novo modelo de incidência não apontaria para um passado, mas sim para um futuro, porquanto, não teria a função de identificar um “evento” ou uma verdade, mas sim de instrumentalizar as relações jurídicas, servindo como um utensílio orientador dos efeitos jurídicos, cumprindo um papel basicamente pragmático de evitar/solucionar conflitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, o presente artigo chega às seguintes notas conclusivas:

1. Primeiramente, diz-se que não é possível conhecer o mundo independente da linguagem. Essa não seria apenas um instrumento para comunicação do conhecimento, mas sim uma condição de possibilidade para constituí-lo. Desse modo, ao contrário do que se pensava, o que confere significação a um termo não é um ato de espírito (ilusão metafísica), mas sim o uso da linguagem nos diversos contextos lingüísticos nos quais os termos são utilizados.
2. Não há uma essência vinculada à linguagem. Busca-se o significado através da análise do uso da palavra em diversos contextos diferentes. Sendo a linguagem uma forma de ação humana, nota-se que “essa ação se dá sempre em contextos de ação com características próprias e específicas”⁷⁵. Empregar um termo corretamente ou buscar a significação corresponde a analisar o uso da palavra no contexto em que ela foi inserida.
3. O presente trabalho buscou analisar duas prestigiadas concepções acerca da incidência jurídica: de um lado, a corrente ponteano com sua concepção naturalista sobre o direito, cuja a incidência seria automática e infalível e, de outro, a corrente carvalhiana colocando o homem no centro do processo construtor da incidência.
4. Para se chegar à noção de incidência automática e infalível, Pontes de Miranda afirma que o direito seria um processo de adaptação social. Ao contrário do que preleciona Paulo de

⁷³ RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. Tradução: Denise R. Sales. Barueri: São Paulo, 2005. p. XIV.

⁷⁴ CASTRO JR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses: 2009. p. 107. Segundo o autor: “Ambos os modelos, como se vê, são igualmente metafóricos em relação à continuidade do tempo, apesar de ambos preocuparam-se tão enfaticamente com a ‘objetividade’ de suas considerações.

⁷⁵ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007. P. 36.

Barros Carvalho, o jurista alagoano sustentava uma concepção naturalista, segundo a qual o direito já começaria no mundo inorgânico, no relacionismo social. Assim como a física, poder-se-ia dizer, segundo esse sistema de referência, que o direito seria uma realidade tal qual os objetos das ciências naturais.

5. Para Pontes de Miranda, a norma foi a técnica que mais se assemelharia com a mecânica das leis físicas, haja vista que, representando uma força, o produto se desprenderia de si, produzindo efeitos. Nesse contexto, diz-se que a norma jurídica é produto das incidências, ou seja, seria fato resultante de atos humanos. Com efeito, a incidência é o efeito que tem a norma jurídica de juridicizar o fato: ocorrendo o fato descrito na hipótese, a norma incide de forma automática e infalível. Nesse contexto, a incidência parece apontar para uma verdade, i.e., uma essência. Desta feita, a teoria ponteana não seria congruente com o marco teórico adotado pelo trabalho.

6. Já para a teoria carvalhiana, o direito seria um sistema lingüístico cuja função seria reger as condutas humanas nas relações intersubjetivas. Em outras palavras, diz-se que o direito teria por função modificar a realidade e não descrevê-la, haja vista que, assim fosse, seria um sistema que se confundiria com a realidade.

7. Para os carvalhianos, a norma jurídica seria o juízo deôntico formado a partir da leitura dos textos, i.e., seria a significação obtida por meio da interpretação que o indivíduo produz em sua mente ao realizar a leitura dos símbolos conjugados nos dispositivos do direito positivo.

8. Partindo-se desse pressuposto, a incidência não poderia ser automática e infalível, ou seja, o texto normativo, por si só, não poderia incidir para construir fatos jurídicos. De fato, para tal concepção, a incidência não é uma mera declaração de algo que aconteceu, mas sim uma construção, i.e., um processo por meio do qual o fato e a norma jurídica são constituídos.

9. Para se chegar à noção de incidência na teoria carvalhiana, faz-se necessário diferenciar *evento* e *fato*. O primeiro seria os acontecimentos do mundo fenomênico despidos de elementos lingüísticos, já o segundo seria a transfiguração dos eventos em linguagem. Nesse contexto, diz-se que o intérprete dificilmente tem contato com o evento, pois este se esvai no tempo e no espaço. Ao direito, resta os vestígios, i.e., as marcas deixadas pelo evento, assim como, v.g., as notas denotativas daquele evento, ou seja, os fatos.

10. Note-se que, muito embora o autor se dirija a linguagem como um instrumento que constrói uma realidade, esta continua a representar um papel secundário com relação ao conhecimento, haja vista que, não obstante seja o fato que entra para o mundo jurídico, o evento continua a exercer papel importante – afinal, buscá-lo continua sendo o papel da

linguagem jurídica. Nesses termos, a linguagem continua exercendo função representacionista.

11. Assim como a teoria ponteana, a concepção de Paulo de Barros Carvalho acerca da incidência normativa também não se coaduna com o contexto teórico estabelecido inicialmente.

12. Nesses termos, acredita-se que a incidência não deve ser acolhida como uma pressuposto à interpretação, i.e., como uma ideia de verdade a ser buscada. Assim, incidência deve ser tida como uma justificativa, como um símbolo de uma decisão adequada a um determinado fim. A incidência não deve apontar para o passado, mas sim para o futuro, como um instrumento orientador de efeitos na relação jurídica.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. **Fundamentos dos atos de vontade e práxis lingüístico-social no direito. Kelsen e Wittgenstein II.** In Vilém Flusser e Juristas. Coordenação: Florence Harat e Jerson Carneiro. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. **Lógica: pensamento formal e argumentação.** 4ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

APEL, Karl Otto. **Transformação da filosofia I – Filosofia analítica e hermenêutica.** Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário.** 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito tributário,** 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO JR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses: 2009.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007.

FLUSSER, Villem. **Língua e Realidade**. 3ª Ed. São Paulo: Annablume, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Tratado de Direito Privado. Tomo I**. 2ª Ed. São Paulo: Bookseller. 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª Ed. São Paulo: Loyola, 2006.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RORTY, Richard. **Verdade e Progresso**. Tradução: Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005.

SPANIOL, Werner. **Filosofia e método no segundo Wittgenstein**. São Paulo: Loyola, 2005.

TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2008.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos. Volumes I**. São Paulo: Asis Mundi IBET, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: Marcos G. Nontagnoli. 6ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2009.