

O FIM DA DISCUSSÃO SOBRE A INCIDÊNCIA DA NORMA JURÍDICA

Fábio Augusto Carvalho Peixoto

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2014). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Atualmente exerce o cargo de Secretário Adjunto da Secretaria de Estado da Fazenda de Alagoas. fabioacpeixoto@outlook.com

Filipe Lôbo

Professor de Direito Administrativo e Econômico na Universidade Federal de Alagoas - UFAL e no Centro de Estudos Superiores de Maceió - CESMAC, Coordenador do Grupo de Pesquisa Bases Jurídicas para o aperfeiçoamento da Gestão fiscal no Estado de Alagoas, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas - FAPEAL, Pesquisador do Grupo Direito, contemporaneidade e transformações sociais junto ao CNPq no Centro Universitário CESMAC-FEJAL e Procurador Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo confrontar as duas grandes teorias acerca da incidência das normas jurídicas e, finalmente, por um ponto final neste debate que existe há décadas. O presente estudo poderá infirmar ou confirmar a ideia de se tratam de teorias opostas. Para tanto, será realizada uma pesquisa de viés explicativo através da análise das teorias desenvolvidas pelos juristas Francisco Pontes de Miranda e Paulo de Barros Carvalho. A conclusão almeja esclarecer qual destes está correto em suas afirmações sobre a incidência.

Palavras-chaves: Incidência. Pontes de Miranda. Paulo de Barros Carvalho.

THE END OF THE DISCUSSION ON THE INCIDENCE OF THE LEGAL NORM

ABSTRACT

The present work aims to confront two great theories about the incidence of legal norms and, finally, to put an end to this debate that has existed for some decades. The present study can weaken or confirm the idea that are opposite theories. For this purpose, an explanatory opinion survey will be carried out through the analysis of the theories presented by jurists Francisco Pontes de Miranda and Paulo de Barros Carvalho. The conclusion aims to clarify which of these is correct in the incidence statements.

Keywords: Incidence. Pontes de Miranda. Paulo de Barros Carvalho.

1 INTRODUÇÃO

O estudo da incidência da norma jurídica foi, e ainda é, foco de grandes debates que, apesar de amplamente discutidos, parecem não chegar a uma conclusão plenamente satisfatória, capaz de acalmar as mentes que se dedicam ao estudo do tema.

Podemos afirmar que o cerne da discussão travada entre aqueles que estudam a fundo, ou mesmo aqueles que se utilizam da incidência para solução de questões forenses práticas, é a dúvida acerca de sua incondicionalidade e infalibilidade.

Há de se reconhecer que o tema “incidência normativa” não é de todo controvertido, há um certo consenso acerca do que se entende por incidência. Neste sentido, a incidência pode ser conceituada como o fenômeno de juridicização de um fato social concretizado, em virtude de sua previsão abstrata em uma norma jurídica. Pode-se dizer que incidência é o que torna jurídico, um fato social.

Ocorre que o mesmo consenso acerca do que “é” a incidência, não se estende a “como” se concretiza este fenômeno.

Há duas teorias, amplamente difundidas, que tratam do assunto, dividindo grandes nomes da ciência jurídica até os dias de hoje. São elas: a teoria desenvolvida pelo jurista alagoano Francisco Pontes de Miranda e a teoria desenvolvida pelo jurista paulistano, Paulo de Barros Carvalho.

As citadas teorias tratam de maneira diversa, talvez até inconciliável, a questão acerca de como a incidência ocorre. Enquanto o autor alagoano defende a ideia de incidência automática e infalível quando da concretização do suporte fático previsto no antecedente normativo, o segundo admite a incidência como fruto da atividade humana, e forma que a incidência só ocorreria por meio da atuação de um sujeito competente.

Apesar de parecer singela, a diferença entre as duas teorias pode gerar consequências práticas relevantes. A opção pela utilização de uma em detrimento da outra, quando de sua utilização para solução de problemas, pode conduzir o intérprete à conclusões diversas.

Dada a relevância de sua aplicação, justifica-se o grande esforço da dogmática jurídica no sentido de estudar a matéria com objetivo de estabelecer qual das teorias se mostra mais adequada para explicar o fenômeno da incidência.

Levando em consideração que tal discussão, mesmo após tantos anos de embate entre ponteanos e carvalhianos, permanece sem um ponto final, resolvemos, de uma vez por todas, através do presente trabalho, definir qual dos dois juristas tem razão acerca do fenômeno da incidência.

2 A INCIDÊNCIA DA REGRA JURÍDICA PARA PONTES DE MIRANDA

Inicialmente, se faz necessário esclarecer como cada uma das duas teorias que serão abordadas (Pontes de Miranda e Paulo de Barros Carvalho) entendem o fenômeno da incidência da norma jurídica (regra jurídica, para Pontes).

O modelo científico desenvolvido por Pontes de Miranda admite sete principais processos de adaptação social: Religião, Moral, Arte, Economia, Política, Ciência e Direito. O Direito, segundo Pontes, é o processo de adaptação social com maior aptidão para conferir estabilidade às relações sociais, tendo em vista que suas regras, jurídicas, são as únicas dotadas de força de incidência, em razão da coercitividade que lhes é inerente (ARAÚJO, 2001).

Na concepção do grande jurista alagoano, Pontes de Miranda, o fenômeno da incidência ocorre no mundo social, mundo composto também por pensamentos e outros fatos psíquicos, mas deixa claro que o referido mundo dos pensamentos em nada se relaciona com os pensamentos subjetivos de cada sujeito cognoscente (MIRANDA, 1964).

Pontes considera como mundo do pensamento, uma realidade que ultrapassa a subjetividade, situada nessa dimensão simbólica do homem, que transcende e possui realidade própria, metapessoal (COSTA, 2003).

A incidência, por sua vez, seguindo a concepção ponteana, é o efeito da norma jurídica que transforma o fato em fato jurídico, juridiciza-o. Para que ocorra, basta que se concretize no mundo, o suporte fático previsto normativamente, considerado pelo Direito relevante para adentrar no mundo jurídico (MELLO, 2010).

Esclarece ainda, o ilustre jurista, que a incidência não dependeria de sua aplicação (MIRANDA, 1954), não haveria, de acordo com sua teoria, problemas em afirmar que uma norma incidiu e não foi aplicada, ou mesmo que uma norma X incidiu, muito embora o aplicador, de forma equivocada, aplicou a norma Y. Tais inconsistências seriam problemas de aplicação e não de incidência.

Desta forma, a incidência não estaria sujeita ao ato de aplicação do ser humano, em qualquer situação que o suporte fático normativo se materialize no mundo dos fatos, a norma irá incidir.

Na teoria desenvolvida por Pontes de Miranda a incidência da norma não estaria sujeita a falhas, somente a aplicação do Direito pelo intérprete é que seria possivelmente falha.

Sua infalibilidade seria uma decorrência lógica em virtude de que a incidência ocorre no plano dos pensamentos, não estando condicionada a qualquer atuação do ser humano. Independentemente da vontade dos interessados, ocorridos os fatos que constituem o suporte fático, a norma jurídica incide.

Por diversas vezes o jurista compara o fenômeno da incidência à ação de uma prancha de impressão, que deixa sua imagem em cada folha. Tal comparação nos revela a adoção de um paradigma mecanicista na teoria ponteana. Utilizar a prancha de impressão como metáfora para explicar a incidência da regra jurídica é uma característica típica da influência que a física exerce sobre os estudos de Pontes (ARAÚJO, 2011).

Enquanto a aplicação se dá no mundo da realidade fática (plano sociológico), a incidência ocorre na dimensão normativa do direito, em um plano de valência, de natureza lógica. Ao aplicar o Direito, a autoridade torna efetiva (no plano sociológico) a incidência da norma jurídica. Todavia, sua aplicação não constitui ato necessário à sua ocorrência, esta se dá independentemente de qualquer ato humano (MELLO, 2010).

Apesar de podermos palpar as consequências da incidência da norma jurídica no mundo, ela ocorre no plano da psique, motivo que justifica sua incondicionalidade, fatalidade e infalibilidade à quando do momento da simples concretização do suporte fático (MELLO, 2010).

É justamente por isso, que o conhecimento ou desconhecimento da norma jurídica não influencia em nenhuma medida a incidência. Por ser jurídica, a norma incide independentemente do conhecimento do ser humano. Deste modo, seria falsa toda teoria que condicione à incidência ao conhecimento da norma jurídica ou a sua aplicação. A incidência é indiferente ao que se passa na mente humana (MIRANDA, 1954).

O desrespeito à norma jurídica em nada se relaciona com sua incidência. O cumprimento ou descumprimento da norma é ato de aplicação, que se dá após a incidência, e com esta não se confunde.

Além de infalível, a norma jurídica também é inesgotável, isto é, toda vez que se concretiza no mundo dos fatos o suporte fático a norma incide. Tal característica, no entanto, não é absoluta, em certos casos as normas são criadas para regular um caso único e, portanto, só incidirá diante daquela situação singular.

Apesar desta possibilidade, não podemos olvidar que a generalidade é uma característica comum à maioria das normas, o que nos leva a concluir que a inesgotabilidade da norma jurídica é regra, enquanto sua esgotabilidade, é exceção.

A sistemática da incidência elaborada no âmbito da teoria ponteana não é complexa. Em suma, o legislador seleciona fatos de possível ocorrência no mundo (plano sociológico), considerados relevantes, e os descreve hipoteticamente no antecedente de uma norma jurídica.

Quando o fato descrito no antecedente normativo (suporte fático abstrato) vier a ocorrer concretamente (suporte fático concreto), este fato será atingido pela incidência da norma jurídica, dando origem ao fato jurídico.

Tal representação geométrica mecânica concebida por Pontes foi uma forma que o jurista concebeu para observar a realidade social e jurídica em sua dinâmica, desde a criação dos fatos jurídicos, seus efeitos e a extinção das relações jurídicas ocasionadas (ARAUJO, 2011).

Há de se ressaltar que para que ocorra o fenômeno da incidência, todo o suporte fático necessário deve se concretizar (MIRANDA, 1954). O suporte fático deve ser suficiente e a ausência de

qualquer pressuposto previsto abstratamente no antecedente normativo impossibilita a incidência normativa.

A insuficiência na concretização do suporte fático impede o surgimento do fato jurídico e, portanto, que se possa atribuir-lhe qualquer sentido jurídico (MELLO, 2010).

Sob a ótica ponteana, a norma se projeta sobre os acontecimentos sociais, juridicizando-os. Ela incide sozinha e por conta própria sobre os fatos, assim que estes se concretizam, dando origem às consequências jurídicas (CARVALHO, 2014).

Nas palavras do jurista alagoano:

A incidência das regras jurídicas é infalível; isto é, todos os suportes fáticos, suficientes, que se compuserem, são coloridos por ela, sem exceção. A vontade humana nada pode contra a incidência da regra jurídica, uma vez que ela se passa no plano do pensamento. Não se dá o mesmo com sua realização. A regra jurídica somente se realiza quando, além da coloração, que resulta da incidência, os fatos ficam efetivamente subordinados a ela (MIRANDA, 1954, p. 36).

Esta teoria, desenvolvida por Pontes de Miranda, influenciou e continua a influenciar, até os dias de hoje, grande parte da comunidade jurídica brasileira, ganhando grande destaque principalmente no âmbito do direito privado, em virtude de sua coesão e completude ao explicar o fenômeno jurídico.

Não se pode olvidar, por fim, que outro alagoano, o jurista Marcos Bernardes de Mello, teve fundamental importância na difusão da teoria ponteana, que dedicou parte de sua vida à sintetização e aprimoramento da teoria do fato jurídico, tornando-a mais acessível aos cientistas do direito.

3 O FENÔMENO DA INCIDÊNCIA DA NORMA JURÍDICA PARA PAULO DE BARROS CARVALHO

Em termos gerais, o fenômeno da incidência tem como efeito a transformação do suporte fático, cujo legislador considerou relevante para ingressar no mundo jurídico, em fato jurídico.

As regras de direito juridicizam os fatos sociais, dando origem a relações jurídicas. Daí dizer-se que a incidência da regra faz nascer o vínculo entre os sujeitos de direito, por força da imputação normativa (CARVALHO, 2013).

Ocorre que a maneira como se explica o fenômeno da incidência varia de acordo com a teoria que se utilize para tanto. Cada teoria utiliza-se de premissas próprias que, por sua vez, implicam em consequências diversas. Tudo vai depender de como se entenda este fenômeno.

Além da concepção da juridicização como produto da incidência da norma sobre o suporte fático, de forma automática e infalível, desenvolvida por Pontes de Miranda, e já exposta, outra teoria exerce forte influência na formação dos juristas contemporâneos, qual seja a teoria desenvolvida pelo Professor Paulo de Barros Carvalho.

Segundo o eminente jurista, a incidência da norma sobre o fato por ela previsto e ocorrido no mundo, não se dará se não houver um ser humano responsável pelo ato de subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina (COSTA, 2003).

A norma jurídica é formada por uma proposição descritiva ligada a outra prescritiva por meio de um conectivo “dever-ser”. Toda vez que ocorrem no mundo os fatos previstos em seu descritor, deve haver a incidência, porém de acordo com a concepção carvalhiana, a norma não possui o condão de incidir por força própria. O fenômeno da incidência só poderia se dar por meio da linguagem competente e para tanto, a participação do homem é fundamental.

Desta forma, o fato jurídico só surgiria em decorrência de ato de aplicação que executa a incidência da linguagem normativa sobre a linguagem da realidade social, localizado no antecedente de uma norma concreta (positivada) (MOUSSALLEM, 2016).

A relevância da linguagem para o fenômeno jurídico já havia sido observada por Lourival Vilanova:

Altera-se o mundo físico mediante trabalho e a tecnologia, que o potencializa em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito (VILANOVA, 1977, p. 42).

Gregorio Robles também admite o direito como linguagem, um dos pontos basilares teoria de Paulo de Barros Carvalho:

El derecho es lenguaje en el sentido de que su forma de expresión consustancial es el lenguaje verbalizado susceptible de ser puesto por escrito. Esto es especialmente evidente en el derecho moderno, que nasce ya escrito (ROBLES, 2005, p. 16).

Na mesma trilha, Tarek Moussallem define a aplicação do direito como ato de fala de criação normativa, de realização da incidência da norma, é fazer-ser o direito positivo. Surge a noção do homem como agente produtor do direito (competente) constituído pelo próprio produto do ato: a norma jurídica (MOUSSALLEM, 2018).

Esta ótica justifica a necessidade da presença humana em razão de que o direito positivo é sintaticamente fechado e possui linguagem própria, de forma que os fatos ocorridos no mundo só poderiam ingressar no mundo jurídico quando relatados em sua linguagem.

Não basta que os fatos descritos no antecedente de uma norma se concretizem. Para que estes se tornem jurídicos, devem ingressar no sistema de direito positivo, por meio de linguagem competente e mediante a atuação humana (CARVALHO, 2014).

Somente com a produção de uma linguagem própria, que pressupõe um ato de vontade humana, instauram-se os direitos e deveres. Robles afirma que “Los actos de habla geradores de nuevo texto son las decisiones jurídicas. El derecho se genera a golpe de decisión” (ROBLES, 2005).

Desta forma, deve se concluir que para o ato humano cria direito, sem a atuação do aplicador não há vida jurídica:

Sin decisión no hay norma nin vida jurídica. Por tanto, la decisión, tradicionalmente descuidada pela teoría del derecho, debe ocupar el lugar que le corresponde: nada menos que el de crear el texto jurídico. La decisión es el elemento dinámico del derecho (ROBLES, 2005, p. 17).

O professor paulistano é enfático em rejeitar a ideia da incidência automática e infalível desenvolvida por Pontes:

Agora, é importante dizer que não se dará a incidência se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina. As normas não incidem por força própria (CARVALHO, 2012, p. 27).

A incidência normativa se daria através de um processo de positivação, no qual as normas jurídicas gerais e abstratas seriam conduzidas até a individualidade e concretude, por meio da atuação humana para, enfim, regular a conduta humana, conforme explica o mesmo autor:

Em rigor, não é o texto jurídico que incide sobre o fato social, tornando-o jurídico. É o ser humano que, buscando fundamento de validade em uma norma geral e abstrata, constrói a norma jurídica individual e concreta, na sua bimembridade constitutiva, empregando, para tanto, a linguagem que

o sistema estabelece como adequada, vale dizer, a linguagem competente (CARVALHO, 2013, p. 152).

Percebe-se que de forma diversa daquela que Pontes tratou a incidência, Paulo de Barros Carvalho condiciona este fenômeno à atuação humana.

Numa visão antropocêntrica, requerem o homem, como elemento intercalar, movimentando as estruturas do imprimindo positividade ao sistema, quer dizer, impulsionando-o das normas superiores às regras de inferior hierarquia, até atingir o nível máximo de motivação das consciências e, dessa forma, tentando mexer na direção axiológica do comportamento intersubjetivo: quando a norma terminal fere a conduta, então o direito se realiza, cumprindo seu objetivo primordial, qual seja, regular os procedimentos interpessoais, para que se torne possível a vida em sociedade (. . .) (CARVALHO, 2012, p.29).

Essa participação humana no processo de positivação normativa se dá por meio da linguagem, que certifica os acontecimentos factuais e expede novos comandos normativos sempre com a mesma compostura formal: um antecedente de cunho descritivo e um conseqüente de teor prescritivo (CARVALHO, 2012).

O autor não aceita o fenômeno da incidência como sendo algo automático e infalível. Para os adeptos desta teoria, a ocorrência de um acontecimento descrito em um antecedente normativo no mundo dos fatos não passaria de mero evento, esvaindo-se no tempo e espaço.

O evento só se transformaria em fato jurídico quando relatado através de linguagem competente. Antes disso não haveria de se falar em incidência, mas tão somente mero acontecimento, desprovido de juridicidade.

Esta forma de enxergar o direito retira qualquer relevância dos eventos ocorridos no mundo, haja vista que estes só serão levados ao mundo jurídico se pudermos relatá-los em linguagem jurídica, isto é, que venhamos a descrevê-los consoante as provas em direito admitidas. Se não pudermos fazê-lo, por mais evidente que tenha sido o acontecimento, não desencadeará os efeitos jurídicos a ele atribuídos (CARVALHO, 2012).

Esta é uma situação de difícil compreensão para aqueles ligados à teoria desenvolvida por Pontes de Miranda, visto que, mesmo quando um suporte fático vier a ser concretizado, ele pode nunca vir a sofrer os efeitos da incidência, pois esta estaria condicionada a atuação humana.

Neste contexto, o homem ganha papel de destaque no fenômeno da incidência. Dizer que ocorrendo o evento, a norma incide automaticamente sobre ele, sem qualquer interferência humana coloca o homem à margem do fenômeno jurídico (SANTI, 2000).

A incidência sem atuação humana não pode ser admitida pelos seguidores do professor paulistano, pois não admitem o funcionamento autônomo do Direito, mas tão somente por meio da atuação de juízes, agentes administrativos, legisladores e demais agentes competentes.

Conclui-se que a norma não incide. Na verdade, ela é incidida sobre o evento, dando origem ao fato jurídico, através de uma atuação humana. Esta atuação, por sua vez, dá-se por meio da interpretação, definido por Kelsen como uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior (KELSEN; MACHADO, 1998).

É o que também defende o professor Gabriel Ivo, quando afirma que para a norma jurídica incida, necessita-se da construção humana, que se dá por intermédio da interpretação (IVO, 2015).

De acordo com esta teoria, qualquer alteração no mundo jurídico, tais como criação, transformação e extinção de direitos, só pode ocorrer mediante linguagem. O Direito não funciona de forma automática, motivo pelo qual a incidência normativa necessita de um sujeito para concretizá-la.

Sob esta ótica, não há diferença entre incidência e aplicação. Para incidir, a norma deve ser aplicada, de modo que aplicação e incidência se confundem. A incidência ocorre quando o evento é relatado em linguagem competente (CARVALHO, 2014).

Em suma, esta é a ideia desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho. Atualmente, a teoria do professor paulistano é amplamente difundida e possui contribuição inegável no âmbito da Ciência do Direito, sendo encampada por uma grande quantidade de juristas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de responder à questão que dá nome ao presente capítulo, se faz necessário ressaltar que as teorias citadas ainda exercem forte influência na dogmática jurídica contemporânea.

Como observamos ao longo do trabalho, Pontes desenvolveu uma teoria que facilitou a compreensão do fenômeno jurídico de maneira ímpar, tendo obtido destaque, ainda hoje conservado, no âmbito do direito privado.

Paulo de Barros, por outro lado, falou da incidência com intuito de explicar este fenômeno no âmbito tributário e, até hoje, sua contribuição é considerada por muitos um marco para este ramo do Direito.

Todos aqueles que possuem sua conduta regulada pelo Direito e, principalmente aqueles que trabalham diretamente com este, têm interesse em saber como a incidência funciona, a fim de antever as consequências jurídicas que suas ações podem desencadear.

A escolha acerca de qual teoria deve ser utilizada para explicar o fenômeno da incidência é algo cuja relevância vai além do mundo acadêmico. A utilização uma teoria em detrimento da outra, como já dito, pode desencadear consequências de ordem prática.

Um exemplo emblemático das implicações que decorrem do uso de tais teorias é o nascimento. Se entendermos que a incidência ocorre de forma automática e infalível, seguindo os ensinamentos de Pontes de Miranda, no momento exato do nascimento com vida de um recém-nascido a incidência ocorrerá, conforme o art. 2º do Código Civil brasileiro.

Por outro lado, se utilizarmos a teoria carvalhiana, o nascimento com vida só poderia se tornar um fato jurídico quando fosse conhecido e vertido em linguagem adequada pelo sujeito competente. Antes disso, o nascimento ocorrido no mundo não passaria de mero evento, incapaz de produzir efeitos jurídicos.

Conclui-se, portanto, que os efeitos práticos da aplicação de uma ou de outra teoria são diversos, com consequências jurídicas também diversas. Mas, afinal, qual das duas teorias pode ser considerada correta?

Pois bem, sinto em desapontar aquele leitor que esperava a eleição de uma das teorias em detrimento da outra ao final deste trabalho, mas, a conclusão não poderia ser outra, senão responder que ambas estão corretas!

Mesmo inconciliáveis e antagônicas, é possível admitir a manutenção das duas teorias para explicar o fenômeno da incidência sem incorrer em uma antinomia fatal das mesmas.

Isso ocorre pelo fato de que tais teorias se encontram no plano da ciência jurídica e não no plano de seu objeto, o Direito.

Por ser um objeto cultural, de criação humana e de impossível constatação empírica, as teorias sobre a incidência da norma jurídica não se submetem a juízos de valor na ordem verdadeiro/falso de forma absoluta. A verdade ou falsidade de uma teoria só poderá ser avaliada em seu próprio âmbito, levando em consideração suas próprias premissas.

Desta forma, se mostra impossível analisá-las sob o prisma da verdade absoluta. Devemos nos restringir à análise de sua coerência, clareza e aptidão para explicar a compreensão do fenômeno jurídico, levando sempre em consideração o paradigma estabelecido pelas próprias teorias.

Aqueles que chegam a uma resposta “correta” acerca de como ocorre a incidência estão equivocados, pois pautam suas análises levando em consideração paradigmas diversos dos estabelecidos pela teoria analisada.

Enquanto a teoria de Pontes parte de determinadas premissas para chegar a sua conclusão correta, a teoria de Paulo de Barros Carvalho parte de outras premissas para alcançar suas próprias conclusões, de forma igualmente correta.

O equívoco daqueles que afirmam que uma ou outra teoria está “correta”, reside no fato de que baseiam seus estudos em proposições diversas daquelas estabelecidas pela teoria analisada. São sistemas de referência diversos, que não se confundem, embora muitos autores se utilizem das proposições de um para criticar e tecer considerações a respeito do outro (CARVALHO, 2014).

Quando utilizamos as premissas de Pontes para extrair conclusões sobre a teoria de Paulo de Barros Carvalho, temos a falsa impressão de que a teoria deste é falsa e o mesmo ocorre quando tentamos fazer o inverso.

Não podemos negar a coerência que a teoria ponteana apresenta quando utilizada para responder questões no âmbito do direito privado, nem olvidar os avanços alcançados no direito tributário em razão da aplicação da teoria carvalhiana.

Como enfatiza Eurico de Santi, a teoria do paulistano surpreende pela capacidade de aplicação à prática do Direito (SANTI, 2000). Ademais, ela explica de forma coesa questões relacionadas ao nascimento do crédito tributário pelo lançamento.

Nada obstante, não queremos aqui afirmar que ambas as teorias estão livres de qualquer contestação. Muito pelo contrário, elas possuem diversos pontos passíveis de crítica, muito embora estes “pontos fracos” não possuam o condão de inviabilizar sua aplicação.

Na verdade, as duas teorias cumpriram e ainda cumprem seu objetivo maior, qual seja, facilitar a compreensão do fenômeno jurídico e permitir a solução de problemas jurídicos práticos.

As teorias sobre a incidência, como qualquer outra teoria, têm como objetivo fornecer bases sólidas para compreensão de determinado fenômeno, facilitando a resolução de questões de ordem prática.

Interessante a forma de assimilar o fenômeno da incidência como fez Torquato Castro Jr., onde se refere a mesma como uma metáfora, desenvolvida para demarcar o tempo da juridicização do fato pela norma.

Enquanto no modelo de Pontes, o marco temporal da juridicização é o evento no momento de sua ocorrência, Barros Carvalho toma a “linha do tempo” de forma negativa, ou seja, somente corre como uma abstração que regressa, pela construção linguística do fato ao tempo do evento, por meio do ser humano, que cria norma através de linguagem.

O Professor segue esclarecendo sua visão: “ambos os modelos, como se vê, são igualmente metafóricos em relação à continuidade do tempo, apesar de ambos preocuparem-se tão enfaticamente com a “objetividade” de suas considerações.” (CASTRO JR, 2009).

Esta ótica peculiar de explicar o fenômeno da incidência também é compartilhada por Bruno Tavares, que afirma que ambos os modelos de incidência representariam construções do tempo no direito, efetuadas em razão da necessidade de se construir objetivamente esse elemento no discurso jurídico (MOURA, 2016).

Segundo o autor, a incidência não teria o condão de revelar a verdade no direito, seria, na verdade, um instrumento cuja função é a identificação dos marcos temporal e espacial da relação jurídica.

Afigura-se preferível entender o fenômeno da incidência como uma metáfora ou uma ficção criada pela doutrina para facilitar a compreensão do fenômeno jurídico. A incidência, nada mais é, do que um conceito ou uma construção auxiliar, tal como sugere Kelsen:

En este sentido existen auténticas ficciones (es decir, ficciones propias de la teoría del conocimiento) de la ciencia jurídica - ficciones del pensamiento dirigido hacia el conocimiento del derecho, hacia el dominio mental del orden jurídico; ficciones de la teoría del derecho. Una ficción de este tipo, un concepto auxiliar, una construcción auxiliar, lo constituye, por ejemplo, el concepto de sujeto de derecho o el concepto de derecho subjetivo (KELSEN, 2003, p. 27).

O filósofo Hans Vaihinger já havia destacado não só a existência, mas também importância das ficções para compreensão do fenômeno jurídico:

A SPECIAL form of the foregoing is presented by the legal fiction. (. . .) Anyone conversant with the method of jurisprudence will easily understand how important this artifice is for legal practice. It is just as essential for law as for mathematics (VAIHINGER, 1933, p. 33).

Penso que enxergar as teorias que tratam a incidência como metáforas ou ficções, elaboradas para explicar o marco temporal da juridicização dos fatos, é algo que permite a convivência de ambas, desprezando a vã tentativa de estabelecer qual delas é a correta.

Percebe-se que a incidência descrita pelas duas teorias em análise são verdadeiramente ficções, metáforas, de grande valia na resolução de questões de ordem prática.

Fuller faz uma interessante relação entre ficções e verdade, que pode facilitar nossa compreensão acerca da incidência:

Una ficción es frecuentemente una manera metafórica de expresar la verdad. La verdad de cualquier enunciado depende únicamente de su adecuación. Ningún enunciado es una expresión completamente adecuada de la realidad, pero nos reservamos la etiqueta de “falso” para ellos enunciados que involucran una inadecuación sobresaliente o inusual (FULLER, s/a, p. 66).

A depender da teoria acolhida, o resultado do discurso jurídico pode ser diferente (MOUR, 2015), em certos momentos uma ou outra pode parecer mais adequada, o que só reforça a impossibilidade de condenar definitivamente qualquer uma delas.

A única exigência que se faz ao intérprete, quando este utilizar as teorias da incidência da norma jurídica, é que seja coerente, de modo a evitar confusões entre elas. Quando se utilizar uma delas, deve-se respeitar suas premissas, sob pena de tornar contraditório e ter sua credibilidade prejudicada pelo mau uso destas teorias.

Impende ressaltar, que antes de se filiar a qualquer corrente deve-se conhecer todas. Quem quiser entender o Direito como um todo, principalmente no que tange à incidência da regra jurídica, deverá investigar ambas as teorias (GONÇALVES, s/a).

Outrossim, afigura-se muito mais produtivo que a dogmática jurídica empenhe seus esforços em outras discussões, capazes de render avanços na ciência jurídica e deixe, definitivamente, que o embate sobre a incidência descanse.

Desta forma, podemos afirmar que o problema da incidência se encontra solucionado desde seu nascimento. Afinal, aquilo que não tem solução, solucionado está.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Clarice Von Oertzen de. **Incidência jurídica teoria e prática**. São Paulo: Noeses, 2011.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2014.

_____. **Curso de teoria geral do direito (o construtivismo lógico-semântico)**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito tributário linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

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

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo-linguístico de paulo de barros carvalho**. Belo Horizonte: Delrey, 2003.

FULLER, Lon L.. ¿Qué es una ficción jurídica? In: _____. **Ficciones Jurídicas**. [S.l.]: Fontamara,

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. Da incidência da regra jurídica: uma análise da teoria de Paulo de Barros Carvalho à luz da teoria clássica. In: ENCONTRO REGIONAL DE ESTUDANTES DE DIREITO E ENCONTRO REGIONAL DE ACESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA “20 ANOS DE CONSTITUIÇÃO. PARABÉNS! POR QUÊ?”. 21. Crato/CE, 2008. **Anais...** Crato/CE, 2008. Disponível em: <http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD6_files/Francysco_GON%C3%87ALVES_1.pdf> Acesso em 05 jan. 2018.

IVO, Gabriel. **O direito e a sua linguagem**. In: IBET, 2015. **XII CONGRESSO**. [S.l.], 2015. KELSEN, Hans. Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas. In: _____. **Ficciones Jurídicas**. [S.l.]: Fontamara, 2003.

KELSEN, Hans.; MACHADO, João Baptista. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armêdio amado, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Parte Geral. Tomo I. **Introdução: pessoas físicas e jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MOURA, Bruno Emanuel Tavares de. **A morte da incidência: Uma análise acerca das concepções construídas por Pontes de Miranda e Paulo de Barros Carvalho à luz de um discurso jurídico pragmático**. 2016. 311 p. Tese (Doutorado em Direito) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2016. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/download/FontesdoDireitoTributario.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2018.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto**. São Paulo: Manole, 2005.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

VAIHINGER, Hans. **The philosophy of “as if”, a system of the theoretical, practical and religious fictions of mankind**. 2. ed. [S.l.: s.n.], 1935.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. [S.l.]: Revista do Tribunais, 1977.