



Questão de fato e de direito: por que estamos presos a esse paradigma?



O positivismo jurídico nasce da necessidade de transformar o estudo do

Direito em uma ciência, ou seja, uma teoria capaz de distinguir juízos de fato e juízos de valor.

Norberto Bobbio propõe assim uma separação entre juízo de fato e juízo de valor, justificando que a ciência deve se importar exclusivamente com juízo de fato, desprezando a abordagem valorativa[1].

É importante destacar que, nos casos dos precedentes[2], segundo nosso *sensu comum teórico*[3], o qual sustenta ainda que a separação entre questão de fato e questões de direito se aplicam somente aos pontos ou questões de direito, ainda que em alguns casos a questão de direito esteja diretamente inter-relacionada com os fatos.

O princípio no qual se baseia um precedente deve ser essencial para a decisão a tomar. Essa parcela substancial do princípio legal é denominada de *ratio decidendi* do caso.

Lenio Luiz Streck, forte nas lições de Carlos Jauregui, afirma que a ideia principal é que a aplicação da lei a determinado conjunto de fatos sempre é baseada em um princípio legal que dá suporte à decisão. Esse princípio constitui o elemento vinculante. Isso não significa necessariamente que a *ratio* pode ser encontrada sempre no que está estabelecido na regra que aparece na sentença da corte que se aplica ao caso particular, uma vez que é também um princípio estabelecido que os casos são unicamente vinculantes em relação a outros casos quando estes são precisamente similares (*precisely similar*)[4].

A propósito, não existe a mínima hipótese de cisão entre *questão de fato* e *questão de direito*[5], como hodiernamente insistimos em sustentar, construindo e incentivando reformas processuais cujos textos reconhecem como padrão decisório unicamente *questões de direito*, desgarradas do conjunto fático da qual emerge. Sustentar essa cisão é ignorar que toda *questão jurídica*[6] compreende, necessariamente, questão de *fato* e de *direito* que se entrelaçam em um todo. Portanto, é inimaginável a pretendida dissensão.

Com efeito, concluímos que o direito não pode prescindir do fato e que o fato não pode prescindir do direito.

Na verdade, se por um lado não há validade que não seja “validade de algo”, e de algo que relativamente a essa intenção fundamentante se ofereça na contingência da faticidade, também a validade jurídica não poderá deixar de ter um contingente e material sujeito-objeto a predicar, e no qual se cumpra — o



predicado não prescinde do sujeito e terá nele justamente de se afirmar predicado, uma *quaestio juris* é sempre a *quaestio juris* de uma certa *quaestio facti*. Por outro lado, sendo os fatos de um problema concreto de direito o objeto intencional da respectiva questão de fato, e por estar determinados, não é menos certo que também eles não têm sentido sem referência à questão de direito, pois uma *questio facti* e necessariamente a *quaestio facti* de uma certa *quaestio juris*.

Castanheira Neves é categórico em afirmar que, da questão de direito não é possível prescindir-se da solidária influência da questão de fato. Ou numa formulação bem mais expressiva para dizer a verdade, o “puro fato” e o “puro direito” não se encontram nunca na vida jurídica: “O facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto”^[7].

O jurista de Coimbra conclui arrematando que "o direito não é elemento, mas síntese; não é premissa de validade, mas validade cumprida; não é prius, mas posterius; não é dado, mas solução; não é ponto de partida, mas resultado; não está no princípio, mas no fim. Pelo que o sem-sentido metodológico do esquema normativista-subsumtivo é agora uma evidência. Não é ‘o direito’ que se distingue de ‘o fato’, pois o direito é a síntese normativo-material em que o ‘facto’ é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção problemática criticamente prepara e fundamenta. E se quisermos referir o direito às suas já conseguidas objectivações (as normas, as instituições, os precedentes), então há que ter em conta que só o podemos pensar juridicamente se restabelecemos aí, no seio dessas objectivações do direito constituído, aquela mesma problemática (e aquela mesma distinção) constituinte”^[8].

Dessa equivocada cisão herdamos, sem qualquer reflexão mais profunda, tanto textos legislativos que expressam a distinção (*basta para tanto dar uma passada de olhos no CPC — artigos 928, parágrafo único, 947, 976, 983, 985, 1.036 entre outros*) quanto enunciados doutrinários produzidos antecipadamente e verbetes sumulados, notadamente do STF e do STJ.

Rapidamente, como exemplos disso, podemos citar a aplicação das malsinadas súmulas 7 do Superior Tribunal de Justiça e 279/456 do Supremo Tribunal Federal, por meio de uma atuação absolutamente discricionária dos ministros relatores e turmas dessas cortes, ora as aplicam sem qualquer cerimônia, ora ultrapassam tais óbices “intransponíveis”, apreciando casos por vezes idênticos.

Esse pensamento dominante no Brasil do século XXI reipristina o positivismo mais arcaico do século XVIII e XIX, sob o pálio do qual estamos fortemente inseridos. Em uma palavra final: o método procedimentalista-matemático está por vencer a hermenêutica-filosófica, traduzida no Brasil na e pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck.

^[1] “A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente subjetivo (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade. O fato novo que assinala a ruptura do mundo moderno diante das épocas precedentes é exatamente representado pelo comportamento diverso que o homem assumiu perante a natureza: o cientista moderno renuncia a se pôr diante da realidade com uma atitude moralista ou metafísica, abandona a concepção teleológica (finalista) da natureza (segundo a qual a natureza deve ser compreendida como pré-ordenada



por Deus a um certo fim) e aceita a realidade assim como é, procurando compreendê-la com base numa concepção puramente experimental. [...] o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mal, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; [...] Essa atitude contrapõe o positivismo jurídico ao jusnaturalismo, que sustenta que deve fazer parte do estudo do direito real também a sua valoração com base no direito ideal, pelo que na definição do direito se deve introduzir uma qualificação, que discrimine o direito tal qual é segundo um critério estabelecido do ponto de vista do direito tal qual deve ser” (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Comp. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. *Elementos de Direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p.135-136).

[2] Utilizei-me do exemplo dos precedentes, mas na compreensão-aplicação de qualquer fenômeno jurídico ocorre o mesmo. A razão disso é que não ultrapassamos o silogismo e a subsunção. Fardos esses que carregamos desde os primeiros anos da Faculdade de Direito. Não enfrentamos a complexidade e intercambialidade do Direito com outras ciências, notadamente a Filosofia, mas apenas somos treinados para montar “lego”, encaixar texto ao “fato”, subsumir a lei ao caso concreto, o “precedente” ao dito caso semelhante ou idêntico etc.

[3] *Senso comum teórico dos juristas*, expressão cunhada por Luis Alberto Warat e por tantos citada e referida significa, em apertada síntese, “[...] os argumentos apenas resultam persuasivos, entre os juristas, quando não contradizem a ideologia dominante e as condições políticas que a sustentam. Isto muitas vezes encontra-se totalmente encoberto pela própria teoria da argumentação, favorecendo, desta forma, o valor dos argumentos jurídicos como estratégias de normatização. A argumentação jurídica, em seus aspectos legitimadores, é simultaneamente uma instância reprodutora de valores tuteladora do politicamente produto-desejante [...]” (WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p.88-89). Ver a propósito: ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015, p.283, nota 71.

[4] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3.ed. São Paulo: RT, 2013, p.359.

[5] “E isto pode tanto significar que o conceito de facto e o conceito de direito enunciados nesses institutos são ambos conceitos jurídicos, em tudo equiparáveis, intencional e metodologicamente, a todos os outros conceitos jurídicos definidores dos elementos integrantes das hipóteses legais, dos tipos objectivados pelas normas positivas – tão jurídicos, portanto, como os conceitos de promessas, de subtração, de coisa, de prestação, de dolo, etc, os quais, qualquer que seja o substrato metajurídico assimilado, possuem, como elementos que são de um positivo pensamento normativo, um sentido e um conteúdo especificamente jurídicos. Como pode significar ainda que eles são tão estritamente jurídicos como as determinações normativo-conceituais em que o pensamento jurídico oferece elaboradas as sínteses da sua apreensão e integração do direito positivo — tão dogmático-jurídico como os conceitos de facto delituoso e ilicitude criminal, de facto ou acto jurídico e validade negocial, etc, distinções todas elas a enunciarem não algo de lógica e epistemologicamente absoluto, mas algo de normativa e juridicamente particular. O fato e o direito, a matéria de facto e a matéria de direito, a questão de facto e a questão de direito, são, pois, nesta perspectiva, conceitos cujos conteúdos significativo e objetivo-



intencional — p. ex., aqueles que respectivamente lhes correspondem nos problemas do erro, do recurso de revista e da competência do tribunal colectivo – têm o seu fundamento e critério decisivos nas diretas intenções normativas do direito positivo, e unicamente nelas. São conceitos determinados juridicamente – no seio do direito e pelo direito” (NEVES, Antonio Castanheira. *A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista*. In: *Digesta*. v.1: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 2011, p.498-499).

[6] NEVES, Antonio Castanheira. Op. cit., p.511.

[7] NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto e questão-de-direito*. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967, p. 586.

[8] NEVES, Antonio Castanheira. Op. cit., p. 587.

Date Created

24/03/2018