

O CONCEITO DE DIREITO EM PONTES DE MIRANDA

Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard

**TESE APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
DOUTOR EM DIREITO**

Orientador: Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Florianópolis

1994

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

A T E S E

O CONCEITO DE DIREITO EM PONTES DE MIRANDA

elaborada por

Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard

**e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a
obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.**

Florianópolis, 22 de agosto de 1994.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin - Presidente

Prof. Dr. José Ribas Vieira - Membro x

Prof. Dr. Mozar Costa de Oliveira - Membro

Prof. Dr. Osvaldo Ferreira de Melo - Membro

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer - Membro

Professor Orientador:

Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Agradecemos à CAPES, ao CNPQ e à UNISC.

Dedicamos esta tese ao Corpo Docente do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC.

RESUMO

Propusemo-nos, na presente tese, investigar o conceito de direito em PONTES DE MIRANDA, procurando resgatar sua memória jusfilosófica, sua contribuição epistemológica para a teoria jurídica contemporânea e mostrar a importância do seu pensamento jurídico na atualidade. A proposta metodológica do trabalho é analisar crítica e reflexivamente o significado do direito pontesiano, a partir das obras produzidas pelo autor tematizado, dedicando especial atenção às de filosofia do direito por se inserirem nas linhas da pesquisa escolhida, que, por sua vez, servirão como uma espécie de âncora, para a indagação de caráter interdisciplinar empreendida; por isso, também tematizamos as obras sociológicas, políticas, jurídicas, literárias e outras. Mas o nosso estudo não se reduz à análise do autor em si mesmo, na reflexão da definição única por ele defendida. Visamos ainda analisar sua concepção do direito em relação a determinados autores contemporâneos, discípulos seus e estudiosos de suas obras. Aspecto que igualmente não descuramos foi o de procurar, sempre que possível e no interesse temático, recuperar suas fontes de influência, residentes principalmente no pensamento jurídico alemão.

Estruturamos a tese em cinco capítulos. No primeiro, examinamos a tematização da ciência em PONTES DE MIRANDA, envolvendo a relatividade do conhecimento jurídico, o problema fundamental do conhecimento e a formulação de princípios sociológicos.

O segundo capítulo dedicamos ao estudo do método na visão de PONTES DE MIRANDA, onde destacamos o método indutivo como o privilegiado pela ciência jurídica na concepção do jurista brasileiro mencionado.

No terceiro capítulo, cuidamos do conceito jurídico em PONTES DE MIRANDA, objeto temático propriamente dito, onde buscamos trabalhar sua natureza sociológica, realçar sua função de coexistência social e sua concepção enquanto fenômeno de paz.

O quarto capítulo destinamos ao estudo do objeto do direito em PONTES DE MIRANDA, em que realçamos sua origem nos círculos sociais e a formação dos sistemas jurídicos, examinando o problema das fontes do direito, a insuficiência da forma tradicional de conflitos sociais, no caso, o silogismo lógico, face ao mito da plenitude lógica da ordem jurídica, destacando a concepção valorativa das regras de direito.

No último capítulo, abordamos o normativismo dogmático e a política jurídica na perspectiva de PONTES DE MIRANDA, chamando a atenção para a missão delicada da política jurídica que é a de prover o justo, dimensão esta compreendida no conceito do direito pontesiano e que pode servir de resposta para a pergunta tantas vezes formulada e com bastante insistência respondida por lidadores do direito de forma tão diversa e até mesmo contraditória: que é direito?

Em síntese, pretendemos refletir sobre o significado do direito em PONTES DE MIRANDA, como condição de possibilidade de repensar a matriz jurídica sob a perspectiva da política jurídica, que pode servir de um novo topos legitimador do direito.

ABSTRACT

The purpose of the present thesis is to investigate the concept of law in PONTES DE MIRANDA, trying to restore his jusphilosophical memory, his epistemological contribution to the contemporaneous juridical theory, and point out the importance of his juridical opinion now days. The methodological proposal of the present work is a critical and philosophical analyses of the meaning of pontesianian law in Miranda's work taking special attention to the ones on philosophy of law once it's in the lines of research chosen, which will be as some kind of anchor, to inquire the interdisciplinary character undertaken, reason for thematizing the sociological, political, juridical, literary, and other works. But our study is not only an analyses of the author itself, but the reflection of the unique definition defended by him. Our aim is also to analyze its conception of law connected to some contemporaneous authors. his followers and studios of his works. Aspects we didn't neglect were the searching, whenever possible and in the interest of the theme, recover his sources of influence mainly in the German juridical thought.

The present thesis is structured in five chapters. The first one examines the thematazation of science in PONTES DE MIRANDA, involving the relativity of juridical knowledge, the fundamental problem of knowledge, and the formulation of sociological principals.

The second chapter is dedicated to the study of the method under PONTES DE MIRANDA view, were we emphasize the inductive method as the one privileged by the juridical science according to the Brazilian lawyer mentioned.

In the third chapter we looked after the juridical concept in PONTES DE MIRANDA, thematic object, where we seek to work its sociological nature emphasizing its social coexistence function, and its concept as a phenomenon of peace.

The fourth chapter is assigned to the study of the object of law in PONTES DE MIRANDA, where we emphasize its origins in social circles and the formation of juridical systems, examining the problems of sources of law, insufficiency of traditional formula facing social conflicts i.e. logical syllogism, due to the myth of logical plenitude in the juridical order, stressing the valueble conceptions of rules of law.

facing social conflicts i.e. logical syllogism, due to the myth of logical plenitude in the juridical order, stressing the valueble conceptions of rules of law.

In the last chapter we approached the dogmatic normativism and the juridical policy in the perspective of PONTES DE MIRANDA, calling special attention to the delicate mission of the juridical policy, which is to provide the fair, such dimension is understood from the concept of pontesianian law, which may serve as an answer to the question so many times formulated and extensively answered by those who deal with law in such different and even contradictory forms: just as it is law?

We intend to ponder upon the meaning of law in PONTES DE MIRANDA, as a possibility of thinking over the dominant juridical matrix under the perspective of juridical policy, which can serve as a new topos legitimator of law.

RESUMEN

Propusémosnos en la presente tesis investigar el concepto de derecho en PONTES DE MIRANDA, procurando resgatar su memoria jusfilosófica, su contribución epistemológica para la teoría jurídica contemporánea y mostrar la importancia de su pensamiento jurídico en la actualidad. La propuesta metodológica del trabajo es analizar crítica y reflejivamente el significado del derecho pontesiano, a partir de las obras producidas por el autor tematizado, dedicando especial atención a las de filosofía del derecho por inserirse en las líneas de la pesquisa elegida, que por su vez servirón como una especie de áncora para la indagación de carácter interdisciplinar emprendida, por eso que también tematizamos las obras sociológicas, políticas, jurídicas, literarias y otras. Pero nuestro estudio no se reduce al análisis del autor en si mismo, en la reflexión de la definición única por él defendida. Visamos aún analizar su concepción del derecho en relación con determinados autores contemporáneos, discípulos suyos y estudiosos de sus obras. Aspecto que igualmente no descuramos fue de procurar, siempre que posible y en el interés temático, recuperar sus fuentes de influencia, residentes principalmente en el pensamiento jurídico alemán.

Estructuramos la tesis en cinco capítulos. En el primero capítulo examinamos la tematización de la ciencia en PONTES DE MIRANDA, envolviendo la relatividad del conocimiento jurídico, el problema fundamental del conocimiento y la formulación de principios sociológicos.

El según capítulo dedicamos al estudio del método en la visión de PONTES DE MIRANDA, donde destacamos el método inductivo como método privilegiado por la ciencia jurídica en la concepción del jurista brasileño mencionado.

El tercer capítulo cuidamos del concepto jurídico en PONTES DE MIRANDA, objeto temático propiamente dicho, donde buscamos trabajar su naturaleza sociológica, realazar su función de coexistencia social y su concepción en cuanto fenómeno de paz.

El cuarto capítulo destinamos al estudio del objeto del derecho en PONTES DE MIRANDA, en que realzamos su origen en los círculos sociales y la formación de los sistemas jurídicos, examinando el problema de las fuentes del derecho, la insuficiencia de la

forma tradicional de conflictos sociales, en el caso el silogismo lógico, face el mito de la plenitud lógica del orden jurídico, destacando la concepción valorativa de las reglas de derecho.

En último capítulo abordamos el normativismo dogmático y la política jurídica en la perspectiva de PONTES DE MIRANDA, llamando la atención para la misión delicada de la política jurídica que es de proveer el justo, dimensión esta comprendida en el concepto del derecho pontesiano y que puede servir de respuesta para la pregunta muchas veces formulada y con mucha insistencia respondida por lidadores del derecho de forma tan diversas y mismo contradictorias: que es el derecho?

En síntesis, intentamos reflectar sobre el significado del derecho en PONTES DE MIRANDA, como condición de posibilidad de repensar la matriz jurídica dominante bajo la perspectiva de la política jurídica, que puede servir de un nuevo topos legitimador del derecho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
I - Aspectos epistemológicos	12
II - Aspectos metodológicos	13
I - CAPÍTULO: A temática ciência em Pontes de Miranda	17
1. Relatividade do conhecimento jurídico	17
2. O problema fundamental do conhecimento	28
3. Princípios lógicos e físico-sociais	39
4. Relatividade das fontes do direito	56
5. Relatividade do valor da expressão legal	67
II - CAPÍTULO: Método na visão de Pontes de Miranda	78
1. Voluntarismo subjetivista e animismo legalista	78
2. Observação, comparação e experimentação	90
3. O método indutivo como solucionador das contradições entre os princípios legais e das lacunas nas fontes jurídicas	101
4. O método científico e a condição de previsibilidade	114
5. O método indutivo e a satisfação do critério de verificabilidade	126
III - CAPÍTULO: O conceito de Direito em Pontes de Miranda	138
1. Os processos sociais de adaptação	138
2. Natureza sociológica do fenômeno jurídico	152
3. O reconhecimento como fundamento das regras jurídicas	163
4. O Direito como fenômeno de paz	174
5. A função adaptante do Direito	185
IV - CAPÍTULO: O objeto do Direito em Pontes de Miranda	194
1. Sistemas sociais e sistemas jurídicos	194

2. O problema das fontes do Direito.....	205
3. O mito da plenitude dos ordenamentos jurídicos	219
4. A insuficiência do silogismo lógico como solucionador de conflitos.....	229
5. A concepção valorativa das regras de Direito	239
V - CAPÍTULO: O normativismo dogmático e a política jurídica na perspectiva de Pontes de Miranda.....	247
1. A política jurídica como critério de correção dos defeitos de adaptação do homem na vida social.....	247
2. O Direito como fenômeno social poliédrico.....	257
3. A política jurídica como solução das lacunas e obscuridades das regras jurídicas	265
4. A política jurídica e o método indutivo	272
5. O Direito é processo social de adaptação e não conjunto de normas.....	279
CONCLUSÕES	291
BIBLIOGRAFIA	298

INTRODUÇÃO

I - Aspectos epistemológicos

Talvez nenhum outro tema tenha se prestado tanto a contestação quanto o conceito de direito. Considerado como fundamental para a teoria jurídica, por outro lado, sempre que se indaga sobre ele, surgem as mais variadas e até mesmo contraditórias respostas. Esta tese pretende estudar o conceito de direito em PONTES DE MIRANDA, recuperando assim a memória jurídica daquele que foi reconhecido por CLÓVIS BEVILÁQUA como o fundador da ciência jurídica brasileira.

Mais do que resgatar o conceito jurídico pontesiano, pretendemos revelar o muito que permaneceu oculto neste conceito, visando a prestar nossa contribuição para a teoria contemporânea.

Para abordá-lo procedemos primeiramente à tematização de sua ciência jurídica, pressuposto epistemológico indispensável para a compreensão do seu significado do direito; o mesmo podemos dizer em relação ao seu método, por isso também o trabalhamos. De modo que o método indutivo utilizado pela ciência do direito é o instrumento que permite investigar o direito nas relações sociais, para revelá-lo nas regras jurídicas.

A análise crítica e reflexiva que imprimimos à pesquisa levou-nos igualmente a tratar do objeto do direito em PONTES DE MIRANDA, culminando com o que consideramos de mais original em nossa tese, que é o enfoque dado ao normativismo jurídico sob a perspectiva da política jurídica de PONTES DE MIRANDA. É que o seu conceito de direito comporta uma dimensão político-jurídica, condição para a possibilidade de questionamento do conformismo com a dogmática.

Mas a análise não ficou restrita à obra pontesiana, marcada pela interdependência dos saberes: buscamos ainda investigar suas fontes de influências, notadamente no pensamento jurídico alemão, ao qual pode ser tributado basicamente a inspiração do seu conhecimento jurídico. Muitos foram os que concorreram para a consolidação de sua vocação de jurista. Somente para exemplificarmos, citamos ERNST ZITELMANN, EUGEN EHRLICH, RUDOLF VON IHERING, HERMANN KANTOROWICZ e o próprio HANS KELSEN, conforme sustentamos.

Apontarmos, porém, somente a influência alemã não corresponde aos fatos. Teve também o nosso jurista a influência da Escola Sociológica Francesa, especialmente de seu representante maior, ÉMILE DURKHEIM.

Não desconsideramos ainda as influências recebidas do pensamento inglês, sobretudo de FRANCIS BACON, fonte de sua inspiração metodológica e também do pensamento jurídico norte-americano, precipuamente, de ROSCOE POUND.

PONTES DE MIRANDA estava atento a todas as correntes epistemológicas que se ocupavam do fenômeno jurídico. O princípio da relatividade do conhecimento, postulado que sempre o acompanhou, no que atrelava o critério da verificabilidade, não lhe permitia rechaçar aprioristicamente qualquer posição assumida sobre o direito sem antes examiná-la à luz dos fatos. Recusava as posturas unilateralistas que procuravam enxergar o fenômeno jurídico somente por um dos ângulos, por isso tinha uma visão poliédrica do direito.

Procuramos ainda trazer para o trabalho determinadas considerações perpetradas por autores contemporâneos a seu respeito, alguns inclusive seguidores de suas teses, como exemplificativamente podemos apontar DJACIR MENEZES, discípulo maior, nas palavras de MIGUEL REALE.

II - Aspectos metodológicos

Desde o exame de seleção ao doutorado a que nos submetemos perante o Curso de Pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, no ano de 1987, o tema responde aos nossos interesses. Naquela época já apresentávamos como requisito do concurso um plano de pesquisa, onde manifestávamos nosso propósito em investigar a ciência jurídica em PONTES DE MIRANDA. Este foi o nosso primeiro esboço de um projeto inicial sobre o autor ora tematizado. Posteriormente, por ocasião da realização do III Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito em João Pessoa, no ano de 1988, agora já na condição de doutorando, tivemos notícia de um trabalho publicado por DJACIR MENEZES, intitulado "A Teoria Científica do Direito de PONTES DE MIRANDA", no ano de 1934. Isto nos levou a desfazer o projeto ainda incipiente e passamos a pensar noutro especto do pensamento jurídico pontesiano que poderíamos privilegiar como tese. Durante o curso de

doutorado, formamos a convicção de escrever sobre o tema ora objeto desta tese, mais especificamente após havermos apresentado um trabalho sobre a teoria jurídica contemporânea, na disciplina que porta o mesmo nome, ministrada por LUIS ALBERTO WARAT, onde destacamos, dentre outros autores, o pensamento do autor tematizado.

A partir desta época, vimos coletando material para a pesquisa, tendo contado com prestimosa ajuda de vários lidadores do direito, que, se pretendêssemos citá-los todos, incorreríamos no erro de deslembrar de alguns, cometendo injustiça irreparável.

Nossa prestimosa fonte bibliográfica foram as livrarias de livros usados, onde procuramos adquirir boa parte do acervo pontesiano que hoje possuímos. Bibliotecas também freqüentamos com sistematicidade, procurando estabelecer uma arqueologia das obras do jurista brasileiro.

Em certa medida, podemos dizer que desafiamos uma das regras básicas apontadas por UMBERTO ECO para a feitura da tese, a qual consiste na acessibilidade das fontes de consulta. É que não encontramos, nem temos conhecimento de alguma obra de PONTES DE MIRANDA, seja ela de que natureza for, à disposição no mercado livreiro.

Por isso é que, dentre os objetivos da tese, além do objetivo geral, que é o de tematizar o conceito de direito em PONTE DE MIRANDA, figura como um dos específicos a recuperação de sua memória histórica, o que, no nosso entendimento, já justificaria um trabalho científico

Outros objetivos específicos são a demonstração da importância de seu pensamento para a teoria jurídica contemporânea, no sentido de ter se antecipado com suas teses às críticas endereçadas ao neopositivismo lógico e à “Teoria Pura do Direito” de HANS KELSEN, o que evidencia sua contribuição político-jurídica como condição de possibilidade para a superação do normativismo dogmático, além de ter sustentado definição única para o direito. Sua contribuição à hermenêutica jurídica é pois bastante significativa.

A importância e a justificativa da tese residem na demonstração de que o conceito do direito pontesiano, por contemplar a dimensão política jurídica, pode contribuir para a possibilidade de superação do normativismo dogmático, posto que está comprometido com o direito vivo, para nos valermos da expressão empregada por PONTES DE MIRANDA,

devida a EUGEN EHRLICH. É que o significado do direito no jurista brasileiro inspira constantemente o justo. De forma que nisto consiste a hipótese central da tese.

O método analítico utilizado através de um procedimento crítico e reflexivo justifica-se face à decomposição a que procedemos do conceito do direito pontesiano, no sentido de sugerirmos direção contrária à do normativismo dogmático.

Optamos pela utilização das notas de rodapé, posto que indicam diretamente a passagem citada sem necessidade de o leitor sair da página para recorrer à fonte de consulta. Nesta introdução, bem como nas conclusões, não nos preocupamos em nos valer das chamadas ao pé da página, face às citações referidas se acharem no texto.

Na Bibliografia, mencionamos as obras efetivamente consultadas e citadas, o que não significa que tenhamos prescindido de outras fontes principalmente do próprio autor tematizado.

É que a tese procurou privilegiar as obras que se inserem nas linhas de pesquisa jusfilosófica proposta.

A estruturação da tese compreende cinco capítulos:

No primeiro, procuramos tematizar a ciência em PONTES DE MIRANDA, onde procuramos destacar seu postulado epistemológico constante, que é o princípio da relatividade de todo o conhecimento, o qual estendeu aos princípios lógicos e sociológicos que formulou, às fontes do direito e à própria linguagem jurídica, não se deixando arrastar pela corrente do neopositivismo lógico.

No segundo, abordamos o método na sua visão, em que destacamos a importância da metodologia indutiva na solução das lacunas e dos princípios legais, as condições de previsibilidade e verificação satisfeitas a partir dele, evidenciando o rechaço pontesiano pelos métodos puros de subjetivismos.

No terceiro, cuidamos propriamente do conceito do direito no autor tematizado, atentando para a natureza sociológica do mesmo, destacando uma de suas teses, que é a do direito enquanto fenômeno de paz, além de trabalharmos um tema original nele, que é o do reconhecimento como fundamento das regras jurídicas.

No capítulo quarto, levantamos o problema das fontes do direito que, por sua vez, se traduz numa questão de fato e não de argumentos lógicos, salientando a contribuição

hermenêutica pontesiana para a desmitificação do princípio da plenitude do direito e sua crítica à insuficiência do silogismo lógico como solucionador de conflitos sociais, pelo que propunha uma resposta a partir dos fatos. Neste capítulo, destacamos ainda a concepção valorativa das regras de direito.

No quinto e último capítulo, examinamos o normativismo dogmático e a política jurídica na perspectiva de PONTES DE MIRANDA, procurando atribuir a esta última a grande missão de nos livrar do conformismo da dogmática, que, por sua vez, está por realizar.

I - CAPÍTULO: A temática ciência em PONTES DE MIRANDA

1. Relatividade do conhecimento jurídico

Para nós, o referencial que sempre acompanhou PONTES DE MIRANDA, exercendo forte influência no seu pensamento jus-filosófico, foi a relatividade de todo o conhecimento, que, por sua vez, foi erigido em princípio dominador, durante toda sua trajetória de investigador científico.

Podemos afirmar, sem a menor dúvida, que o princípio da relatividade do conhecimento constitui a tese central da postura epistemológica pontesiana, a lente através da qual enxergava o fenômeno jurídico nos fatos da vida social.

Por isso, sustentou que "o relativismo banha com as suas águas todo o domínio do conhecimento humano¹". Para ele, não existe conhecimento absoluto, nenhuma forma é exata, pelo que devemos nos contentar com verdades aproximadas.

Por conseguinte, a ciência é relativa, não obstante o esforço empreendido pelo investigador, para a obtenção de conhecimentos mais próximos da perfeição. Neste sentido, podemos dizer que PONTES DE MIRANDA persegue permanentemente o aperfeiçoamento do conhecimento, em que pese estar cômico da impossibilidade de alcançá-lo. Tal obstáculo deve-se à própria imperfeição humana.

Essa posição do relativismo do conhecimento científico, implica, por conseqüência, a relatividade da ciência do direito, pois, na concepção do autor tematizado, a ciência envolve a ciência do direito. "A Ciência do Direito é caso particular da Ciência que estuda o fenômeno universal da adaptação²".

Não confunde PONTES DE MIRANDA a ciência, cujo objeto são as relações sociais, com a ciência do direito, que se ocupa com as relações jurídicas. Porém, no fundo, investiga a ciência do direito, nos fatos sociais, pois é desses que extrai as regras jurídicas que irão reger a coexistência humana. Tampouco confunde a ciência do direito com o direito, em que pese conferir a este o "status" de ciência social. Para ele, a ciência do direito é o conhecimento sobre o direito.

¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro. Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 94.

²Idem. *Ibidem*. Tomo III, p. 301.

Contudo, para estudar o direito cientificamente, convoca quase todas as ciências, face à própria complexidade do fenômeno jurídico, que, por natureza, é social. "As ciências devem travar-se na *unidade da Ciência*, que traduz a confirmação recíproca do esforço humano nos vários domínios do saber³."

É que PONTES DE MIRANDA vinculou ao seu modo de pensar o jurídico, as conquistas nas ciências física, biológica, introduzindo a interdisciplinaridade das ciências, como modo de encarar o direito.

"Nada mais perigoso que o considerar o fenômeno social somente por um dos ângulos, por uma das faces; não só se desnatura a concepção das sociedades, que é sintética, como se cria a noção de autonomia e de determinação separada, onde, pelo contrário, é a independência que ressalta. Matemática, mecânica, física, biologia, psicologia, quase todas as ciências foram chamadas para explicar os fatos sociais e interpretá-los; mas assim se esquecia a necessidade de integralizar, em vez de fragmentar o fenômeno⁴."

Procura, destarte, dar uma explicação o mais exatamente possível do fenômeno jurídico. Para tanto, vale-se da interdependência dos saberes, pois acha perigoso reduzir o fenômeno social, que é o direito, a somente um dos ângulos, atitude unilateral, exclusivista, insuficiente, para fornecer resposta adequada ao problema jurídico, que, por ser social, é bastante complexo.

A partir das teorias de ALBERT EINSTEIN, físico alemão, com quem teve o privilégio de se relacionar, tendo, inclusive, sugerido ao mesmo que a teoria da relatividade se estendesse até a sensibilidade humana, PONTES DE MIRANDA desenvolveu o princípio da relatividade gnosiológica e objetiva, ponto de partida de sua investigação científica do direito.

"Cronologicamente, as teorias de Einstein pertencem a datas diferentes: o princípio da relatividade especial a 1905, o de relatividade geral a 1915 e a gravitação ao período seguinte (1915-1917). O segundo tem o mérito de abrir novos horizontes à física matemática. O espírito não se satisfaz

³ _____ . *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p. 19-0.

⁴ _____ . *Matéria Social e Elemento Jurídico*. *Revista de Direito público e de administração federal, estadual e municipal*, Rio de Janeiro, p. 264, jan-fev 1992.

com a verdade científica, se molda na seca abstração dos símbolos matemáticos, ...⁵."

Entende PONTES DE MIRANDA que as idéias de ALBERT EINSTEIN são fundamentais para a investigação do conhecimento jurídico, na medida em que a relatividade está presente em todas as coisas, não se podendo limitar a aplicação do relativismo no mundo científico, por consequência.

O princípio da relatividade do conhecimento objetivo sustentado por ele constitui fator de unidade científica, introduzindo na pesquisa do direito a noção de interdependência dentre as ciências. Cumpre a vantagem de ensinar a generalização do fenômeno jurídico, com base nos fatos sociais, evitando a existência de contradição entre as ciências.

O caráter objetivo que deve revestir a ciência consiste em requisito constante na teoria científica de PONTES DE MIRANDA. A objetividade do conhecimento científico está relacionada à análise dos fatos sociais, através de atenta observação, segura comparação e paciente experimentação, a fim de que se possa extrair das relações sociais as regras que irão reger o comportamento humano.

Para ele, a garantia da objetividade do direito somente pode ser dada pela sociologia, assegurada pelo método científico. Em PONTES DE MIRANDA, o fenômeno jurídico apresenta natureza sociológica.

"Na sociologia, o método indutivo, que há de ser aplicado, trabalhará com toda a matéria social, quer dizer, com todas as relações sociais (religiosas, éticas, estéticas, econômicas, jurídicas). Para isto fazem-se mister a economia nacional, e estatística, a ciência do Estado, a história política, a etnologia, a antropologia e todas as outras ciências. São os cientistas de cada uma dessas disciplinas que lhe podem ministrar os necessários materiais para a indução sociológica. E, como é o natural e inevitável a interdependência dos fenômenos sociais, o jurista pressupõe o sociólogo e não pode ser senão o sociólogo que se especializa⁶."

⁵ _____. Princípio da Relatividade Gnosiológica e Objetiva. *Revista do Brasil*, (XVII): 390-391, abr-ago 1921.

⁶ _____. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 317. N. A noção de interdependência já se acha presente em GALILEU. O autor recupera ERNST MACH para exprimir a *dependência recíproca dos fenômenos*. Utiliza, pois, a expressão no sentido de que todas as relações estão ligadas à dependência mútua dos fatos. - v. Introdução à sociologia geral, p. 105, do próprio autor tematizado, já constante nas referências bibliográficas.

Eis mais uma vez demonstrado que PONTES DE MIRANDA não separa as ciências, mantendo-se fiel à unidade da ciência, pelo que está a exigir do investigador do direito uma sólida formação cultural, pressupondo nele o sociólogo que se especializa.

Com a aplicação do princípio da relatividade ao conhecimento objetivo do direito, PONTES DE MIRANDA passa a investigá-lo nas relações sociais, rente aos fatos da vida. Cumpre a ciência do direito a função de revelar o jurídico.

Por se ocupar de fatos, a ciência do direito é positiva em PONTES DE MIRANDA. Sua postura epistemológica desmitifica o princípio da neutralidade do conhecimento jurídico, eis que procura exprimir a vida social, ao invés de normatizá-la. São os fatos da vida social que devem apontar as regras jurídicas regentes das relações sociais, revelados pela ciência do direito. Ora, o social é composto de relações políticas, econômicas, jurídicas, morais, religiosas e de outras ordens, ou seja, de valores, que, por sua vez, concorrem para a formação da regra de direito.

É por isso que o objeto da ciência do direito não são as normas jurídicas para PONTES DE MIRANDA, mas sim as relações jurídicas, descobertas pelo investigador do direito, a partir das quais são criadas as regras de direito.

Convém salientarmos que, em PONTES DE MIRANDA, a ciência está sempre em movimento, pois "o mundo social reflete sempre o grau do conhecimento humano"⁷, o que faz com que a ciência jurídica reflita sempre o nível de conhecimento acumulado em determinado contexto histórico, o que equivale dizer que a ciência do direito se identifica com o seu objeto, que são as próprias relações jurídicas.

As regras jurídicas, instrumentos de expressão das relações jurídicas, modificam-se sempre que as condições sociais que as basilam, também se alteram.

No dizer de PONTES DE MIRANDA, somente o que existe de constante no direito é o próprio processo de adaptação, o que bem retrata as mutações permanentes experimentadas no domínio jurídico, face ao perene revolver dos fatos sociais.

"A ciência positiva do direito poderá granjear para nós os recursos suficientes para tratar objetivamente os fenômenos da vida social e utilizar a força jurídica como elemento de aperfeiçoamento social, de adaptação

⁷ _____ . Idem. Ibidem. Tomo III, p. 153.

consciente ou de consciente correção dos defeitos de adaptação do homem à vida social⁸."

Na concepção pontesiana, as ciências sociais, tais como a economia, o direito, a moral, etc., somente conhecem singular aspecto do fenômeno social, sendo preciso a reunião das mesmas para uma noção sintética mais completa possível de todo o fenômeno social.

No seu entendimento, a divisão didática das ciências não passa de ilusão. Todas se entrosam, diz, não obstante acreditamos que sejam independentes, assim como os fatos que constituem o objeto delas.

Todavia, procede a divisão da ciência do direito em três partes inconfundíveis, embora reconheça a dependência das partes entre si. São elas: a) a teórica, relativa ao que é possível, racional, que estuda as leis a que se subordina a matéria social e pesquisa aquilo que, dentro delas e sujeito a elas, constitui o fenômeno jurídico; b) a histórica, preocupada com o que é real e o que não é, o que sucedeu e o que não sucedeu; c) a técnica, que indaga o que é mais conveniente, o que é bom, e para isto aproveita o que adquire na elaboração teórico-histórica.

Na parte teórica da ciência do direito, o autor não proscree o valor da abstração, tendo-a como um dos mais fecundos processos de simplificação do real para o conhecer, confiando à sociologia a formulação de verdadeiros teoremas. Mas, ao mesmo tempo, não perde de vista os fatos, o dado histórico.

O raciocinar apressado poderia incidir em equivocada inferência, ao pensar que a parte teórica da ciência se fundaria exclusivamente na abstração. Por isso, forçoso é esclarecer que o valor da racionalidade está diretamente ligado à possibilidade de simplificar o real, o que pressupõe, por evidente, que a formulação de enunciados, de axiomas e proposições somente podem se basear em fatos.

Tal esclarecimento se faz necessário, para dizer que PONTES DE MIRANDA empresta valor ao pensar lógico na elaboração de leis, que, por sua vez, cumprem funções proposicionais, mas esta lógica somente pode se fundar na realidade social, sob pena de operar no vazio e se apartar da vida.

⁸ _____, *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p. 128.

"Assim, pois, o histórico, o teórico e o normativo perfeitamente se entrosam, de modo que é preciso conhecer o que é para se saber o que é possível e, depois, o que é bom; posto que, sistematicamente, melhor seja inverter a ordem dos dois primeiros ramos de ciências⁹."

A convicção da natureza científica do conhecimento jurídico data de época recente. Foi a partir do início do presente século que se constituiu definitivamente a ciência do direito, atribuindo-se à escola histórica alemã o seu surgimento, especialmente a FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY.

"O mérito imperecível de Savigny é haver compreendido que o Direito deve ser essencialmente Ciência e haver exposto, em uma época que cria cegamente no Direito natural e na Lei, a teoria da incessante fluência do Direito e, com ela, a doutrina ulterior de que o Direito não pode ser identificado com a Lei, que é Direito fixado ocasionalmente¹⁰."

Com o surgimento da ciência do direito, apareceram as correntes epistemológico-jurídicas que, por sua vez, procuraram oferecer respostas para os problemas da ciência do direito, desde os ligados à própria cientificidade do conhecimento jurídico, ao método, ao objeto, à caracterização, buscando refletir sobre seu aspecto teórico, prático ou crítico.

Dentre as mais diversas tendências que procuraram justificar teoricamente a ciência do direito, encontram-se o jusnaturalismo, o exegetismo, o historicismo, o sociologismo, o normativismo e o egologismo¹¹. Tais atitudes, cujas abordagens de forma sistematizada e analítica refogem aos limites do presente trabalho, por isso que somente aparecem como contra-ponto à análise da concepção do autor tematizado, visaram dar respostas para a seguinte indagação: Que é a ciência do direito?

Entretanto, a solução para o interrogante passa necessariamente pela definição do próprio direito, seu objeto, tema central das concepções teórico-jurídicas, o que constitui

⁹ _____, *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p. 8.

¹⁰ STERNBERG, Theodor. *Introducción a la ciencia del derecho*. Trad. de José Rovira y Ermengol. Barcelona, Labor, 1930. p. 169-0.

N. Trata-se a presente fonte de citação de uma tradução para o espanhol da segunda edição alemã. A passagem reproduzida foi vertida por nós para o idioma nacional.

¹¹ MACHADO NETO, A.L. *O problema da ciência do Direito*. Bahia, Progresso, 1958, p. 17.

N. A respeito consultar MACHADO NETO em "O problema da ciência do Direito", obra essa referida na bibliografia utilizada neste trabalho.

tarefa bastante complexa, pois tal conceito depende da perspectiva epistêmico-jurídica de cada corrente ou do ângulo de abordagem do investigador jurídico.

No fundo, o problema da ciência do direito reclama análise por cima, a partir de uma instância reflexiva superior, de uma teoria do conhecimento, que somente pode ser enfocada filosoficamente.

A teoria científica do direito de PONTES DE MIRANDA, trata-se de uma contribuição ao pensamento jurídico contemporâneo, pela sua originalidade, posto que procura identificar a ciência jurídica na realidade social, encarando-a como um conhecimento do mundo natural.

É que PONTES DE MIRANDA não conhece ciências do ideal. Para ele todo social e todo real são naturais, eis que pertencentes à natureza, motivo pelo qual defende a naturalidade do fenômeno jurídico.

"Para ser ciência o direito, tem de ser ciência natural, porque todas o são: não há ciências do ideal, mas do real, da natureza, das relações do mundo¹²."

Eis mais uma vez a confirmação do princípio da unidade das ciências, cuja integração se faz no sentido de se obter um conhecimento mais aproximado da verdade, o mais perfeito possível, haja vista que não se pode chegar à realidade absoluta, face à inerente falibilidade humana, o que só está a justificar a postura do relativismo em todos os campos do conhecimento.

Assim, a classificação das ciências em causais e normativas, proposta por HANS KELSEN, não tem lugar em PONTES DE MIRANDA, nem mesmo a classificação das ciências da natureza e do espírito, efetuada por WILHELM DILTHEY, porquanto PONTES DE MIRANDA não separa as ciências, uma vez que todas devem se integrar na investigação do saber.

Coerente com sua posição unitária das ciências, sustenta método único para a investigação do conhecimento, com o fito de evitar contradições entre as ciências ou dentre elas. É o princípio da unidade metódica a guiar o pesquisador na descoberta do fenômeno

¹²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p. 310.

social. Tal método, segundo PONTES DE MIRANDA, somente pode ser o indutivo, pois a indagação do fenômeno jurídico deve ser travada nas relações sociais, a partir das quais são apontadas as regras jurídicas que irão reger a coexistência social.

Aliás, para o autor, a metodologia indutiva, por se fundar nos fatos, é a única que serve para a ciência do direito, operando o método dedutivo meramente em momento posterior. Primeiro a indução, para extrair dos fatos as regras que irão regê-los; após a dedução, prestando a lógica sua contribuição também à ciência do direito.

Com a relatividade gnosiológica, PONTES DE MIRANDA empreende sua atividade epistêmica visando aplacar as idéias absolutistas que impregnam o jurídico. Combate o voluntarismo, o subjetivismo e o antropomorfismo, atitudes pessoais as primeiras e metafísica a última, que impedem de ver os fatos como eles são. Entende por fatos tudo que possa ser experimentado, feito ou suscitado. São as relações de que se ocupa o conhecimento.

E o conhecimento, assim como a experiência, é relativo. Não obstante, a adoção de metodologia indutiva permite a indagação científica, impessoal e objetiva das relações sociais, o que vale dizer, não de forma rigorosa.

Como se verifica, a ciência positiva do direito somente pode ser a que se funde no método indutivo, caminho igualmente percorrido pelas chamadas ciências naturais.

"A relatividade está no conhecimento e em todas as coisas¹³. Por conseqüência, propõe a solução relativista para o estudo do direito, com o que concorre o método indutivo, por evidente, também relativo, posto que não se pode exigir da ciência do direito as respostas para todos os problemas formulados, caso em que deixaria de ser conhecimento humano, suscetível de falibilidade, para se constituir em onisciência.

A ciência do direito em PONTES DE MIRANDA é indicativa. Cabe ao método indutivo conduzir a passagem do indicativo da ciência para o imperativo das regras jurídicas, de forma segura e objetiva, operando-se a indução dos fatos sociais.

O direito não pode ser explicado a partir dele mesmo, senão através da unidade das ciências, dentro de uma postura interdisciplinar, para fazer do cientista do direito um sociólogo que se especializa, a fim de que proceda à investigação do fenômeno jurídico por

¹³ _____. Idem. Ibidem. Tomo I, p. 57.

caminho adequado, qual seja o do conhecimento da indicatividade da ciência, daquilo que os fatos apontam, pois somente estes podem revelar, uma vez procedida a observação, a indução e a experimentação, a imperatividade das prescrições jurídicas.

O autor foge, destarte, do artificialismo, da ficção, propostos por outros métodos, que não o indutivo, atendo-se a propósitos científicos. Evita a armadura metafísica com que se arquitetaram as teorias jurídicas, propondo para o estudo do direito a visão integral da relatividade do conhecimento, posto que não basta ao sociólogo do direito apenas conhecimento de sociologia geral, não sendo suficiente, de igual modo, ao jurista o conhecimento do sistema jurídico ou de alguns diferentes sistemas.

"A indução importa em limitação, que lhe dá maior segurança que à intuição e à dedução. Nela pode dizer-se que há *resignação*, que é fecunda e assenta no seguinte; não se pode conseguir outro *geral* que não seja dado pelo conjunto do *particular*; o *geral* está latente na porção do *particular*. Se assim não se der, - dizer, se não se firmar nos *fatos*, - a generalização será abstrata, vazia de verdade, ilusória. A indução não desmente o *geral*, não o nega; promete-o, pois que pode extrai-lo dos fatos¹⁴."

Denuncia, pois, a insuficiência do pensamento dogmático para abarcar a complexidade do social, que é dinâmica, interativa e evolutiva, não podendo à evidência se deixar aprisionar por fórmulas hipostasiantes da realidade. Concebendo PONTES DE MIRANDA a interação como fato perene do mundo, não há, pois, como limitar a aplicação do relativismo a todo o domínio social.

Critica a metafísica do direito natural, por se abroquelar nos sentimentos e idéias abstratas, tais como a reta razão, a natureza das coisas, a razão natural, alicerces sobre os quais foram erigidos os princípios apriorísticos, que faz derivar o direito de hipóteses imaginárias, fórmulas fictícias e outras formas de abstrações, à margem das relações sociais.

Refuta, pois, todas as representações jusnaturalistas, que vão desde o aparecimento primitivo de uma ordem legal divina, passando pelos escolásticos e racionalistas dos séculos XVII e XVIII, cumprindo, enfim, longa tradição, para culminar na filosofia do direito de RUDOLF VON STAMMLER e GIORGIO DEL VECCHIO.

¹⁴ _____. Introdução à política científica. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p. 207.

PONTES DE MIRANDA desestabiliza a vetusta concepção do direito, como conjunto de princípios *a priori*, própria do escolasticismo dedutivista, que reduz a solução do direito ao problema do silogismo lógico, de forma axiomática e imperativa, distante da plasticidade apontada pelos fatos sociais.

"Não é de princípios racionalistas, estáticos, que precisamos para guiar a ação dos povos e o critério social dos indivíduos, como os princípios abstratos da igualdade, da liberdade e outros; mas de princípios ou leis dinâmicas, tiradas dos fatos, indutivas, que nos mostrem, não o que seria em mundo perfeito, e sim o que é, o que acontece e o que tem de suceder no mundo real em que vivemos e de cujas realidades deve partir qualquer indagação científica e, pois, estear-se a ação daqueles a que incumbe promover, pela onisciência, melhor adaptação do Homem à vida social¹⁵."

Sustenta que a evolução do direito deve andar no sentido e direção da relativa perfeição da adaptação do homem à sociedade, no afã de se aperfeiçoar cada vez mais e atender à ordem social, o que está na dependência do desenvolvimento de rigorosa elaboração científica do direito, que permita prover as necessidades sociais mediante processos eficazes e impessoais, tanto quanto seja possível.

À adaptação processada no meio social correspondem as condições, contingências, o contexto em que se acha o ser humano. Por isso é que a própria vida experimenta permanentemente a instabilidade, a mudança, o que comprova ser relativa a adaptação.

O princípio da adaptação constitui, para PONTES DE MIRANDA, o princípio de toda a evolução. Originado do princípio da determinação única, que é o principal para todos os seres e fatos, expressa a unideterminação, isto é, que os fenômenos da natureza são determinados de modo único.

"A palavra *adaptar* diz tudo, porque se atém à relação, ao complexo *organismo x meio*, e não leva o espírito à incontidência romântica do poder deformante, absoluto, da inteligência, nem à evolução criadora, que é mero arrojado do idealismo¹⁶."

¹⁵ _____, *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. 185-6.

¹⁶ _____, *Idem*. *Ibidem*. Tomo I, p. 42.

Entendemos que os princípios da unideterminação e da indutividade constituem pedras angulares sobre as quais PONTES DE MIRANDA edifica a ciência do direito. Por meio da determinação única, acolhe a noção de necessariedade como ponto de referência para a existência da ciência jurídica, apostando na integração da humanidade como fatalidade sociológica, pelo que está a afastar atitudes antropomórficas e finalistas para o direito. A determinação é o ponto de partida metódico. Pelo caminho da indutividade, procura ater-se aos fatos, diminuindo o mais completamente possível a equação pessoal, no que está a rechaçar o voluntarismo e o subjetivismo na apreciação do jurídico.

Tais postulados estão em sintonia com outras duas constantes que acompanham o pensamento científico de PONTES DE MIRANDA, consistentes na unidade da ciência e na naturalidade do fenômeno jurídico.

"É condição de toda ciência que as separações somente valham, se não *separam*; as classificações só mereçam crédito, se não distinguem as espécies como absolutos, e cada ciência somente viva à parte, se não se ausenta das outras¹⁷."

Ao adotar a relatividade do conhecimento jurídico, PONTES DE MIRANDA rechaçou a alardeada neutralidade do direito, tão decantada por mentalidades metafísicas e racionalistas, que aprisionaram o fenômeno jurídico nas amarras abstratas do dogmatismo, que o impedem de analisá-lo nos fatos, rente à vida social, onde realmente se acha.

A par do relativismo da ciência do direito, não deixa de perseguir o aperfeiçoamento do conhecimento jurídico, mesmo tendo consciência da impossibilidade do atingimento de verdades absolutas, eis que todas elas são provisórias e retificáveis, assim como a própria teoria da relatividade, pois "o mundo social reflete sempre o grau do conhecimento humano¹⁸."

Por conseguinte, nem mesmo a teoria da relatividade está imune às oscilações sociais, suscetível que é de experimentar mutações, uma vez que apenas revela o nível de conhecimento humano obtido em determinada etapa da vida social.

¹⁷ _____ . Garra, mão e dedo. São Paulo, Martins, 1953. p. 87.

¹⁸ _____ . Sistema de ciência positiva do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p. 153.

Para PONTES DE MIRANDA, a teoria da relatividade aprofunda sua convicção da relatividade do conhecimento humano, estando presente em todas as coisas. Deste modo, o relativismo do conhecimento jurídico se estende ao método, ao conceito de direito, ao objeto deste e a tudo que concerne ao jurídico.

Eis por que o princípio da relatividade está à base do seu pensamento, figurando como tema central de sua postura epistemológica, perpassando, de igual modo, todo o domínio da linguagem jurídica, no que se traduz em problema fundamental do conhecimento.

2. O problema fundamental do conhecimento

Para PONTES DE MIRANDA, a ciência do direito se ocupa de relações jurídicas. É de relações que se constitui o conhecimento humano. Por isso, não interessa a ele investigar as essências, saber se há algo de permanente e imutável no direito, pois tais questões não pertencem à ciência positiva do direito. Esta se ocupa de fatos concretos, o que equivale dizer de relações.

Aliás, sustentar o contrário seria afastar-se do princípio do relativismo jurídico, que deve repousar na variabilidade dos fenômenos sociais, na função adaptante cumprida pela ciência jurídica, face a sua própria dinâmica, pois, no mundo, nada se acha em absoluto repouso.

Por esse motivo, as ciências evoluem rumo à positividade, à objetividade, à indução. Por decorrência lógica, a ciência do direito ostenta postura marcadamente evolutiva.

A PONTES DE MIRANDA não interessa a investigação da questão da existência do direito em si, grande mistério do conhecimento. Interessa-lhe porém, investigação científica das relações sociais. Assim, o único fito da ciência do direito é conhecer relações.

"O problema do conhecimento é o da relação entre o conceito e aquilo que se conceitua: são olhos que acaso pudessem voltar-se e ver a si mesmos: percorre-se o caminho e, depois, procura o viandante examinar em melhor posição, com a serenidade da perspectiva, a estrada que se percorreu e os próprios movimentos com que percorremos¹⁹".

¹⁹Idem. Ibidem. Tomo III, p. 51.

Como vemos, o problema do conhecimento está na relação entre o conceito e o objeto. É, portanto, relacional. Não está no sujeito nem no objeto, mas nas relações que formam a matéria social. Desse modo, a atividade do jurista consiste em investigar relações sociais, a fim de extrair o elemento jurídico, pois o direito é fenômeno social.

"Qual o material com que vai trabalhar o cientista do direito? As relações sociais, que são os fenômenos suscetíveis da sua investigação. As relações econômicas, religiosas, morais, estéticas e as demais devem ser estudadas por ele. São elementos reais, de que pode induzir e com os quais o conhecimento ganha em objetividade e em eficácia²⁰".

Em PONTES DE MIRANDA, as relações sociais, da qual fazem parte as relações jurídicas, constituem realidades investigáveis cientificamente. Para ele, não importa se as relações jurídicas são rotuladas de abstratas, assim como as demais relações, posto que o abstrato também existe, podendo ser objeto de investigação científica.

Mostra que o próprio conceito de concreto é relativo, pois não se sabe o que é e o que não é matéria, no que vislumbramos o perigo de se fazer a divisão dualista entre abstrato e concreto, porquanto, além de não se saber se o concreto consiste somente em matéria, sendo o todo restante chamado de abstrato, não se sabe ainda o que é e o que não é matéria.

Além de chamar a atenção para o cuidado que se deve ter para com as classificações, atenta para o relativismo das mesmas, o que bem dimensiona sua postura cautelosa ao incursionar na senda do conhecimento.

A tese do relativismo de que toda verdade é relativa, tem lugar em PONTES DE MIRANDA. Para ele, toda verdade é provisória, por isso que retificável. E a provisoriedade do conhecimento deve-se à mutabilidade da própria natureza, dos círculos sociais, quer no tempo e no espaço, obedecendo as ciências a permanente instabilidade, experimentando constantes adaptações, restando afetado o direito, por consequência, que também fica suscetível a perene instabilidade.

²⁰ _____. Matéria Social e Elemento Jurídico. *Revista de Direito público e de administração federal, estadual e municipal*. Rio de Janeiro, 1924. p. 271.

Apresenta concepção fática do direito, exigindo das regras jurídicas a objetividade própria das leis naturais, sustentando que o importante para a ciência do direito é o “ser” e não o “dever ser”. Reclama, destarte, a verificação do conhecimento, com base na observação, na experiência, na comparação e na indução, a fim de que possa o mesmo se constituir cientificamente.

Para a existência da ciência do direito, mister se faz fundar o conhecimento nos fatos concretos, ou seja, nas relações sociais, após ser o mesmo testado e comprovado empiricamente. O rigor científico constitui preocupação constante em PONTES DE MIRANDA.

Estuda o direito nas realidades, não na análise das leis, que apenas procuram traduzir simbolicamente o jurídico; por isso, produzem apenas uma visão estreita do mesmo, tampouco deve ser estudado no terreno das especulações hipotéticas, tão afeitas a determinados filósofos.

"Procurar o Direito na idéia, no sentimento, nos ideais das massas, é confundi-lo com o seu próprio reflexo, reflexo que pode deformá-lo e necessariamente o deforma. Tal missão apenas conviria aos investigadores de absoluto, e não a quem prefira a humildade, mas segura dignidade dos rigorosos métodos científicos²¹".

Não se preocupa com a objetividade racional, quando diz que o método científico deve ser rigoroso no investigar a realidade social, mas sim com a objetividade que pode ser colhida na realidade, considerando-se a relatividade do conhecimento humano.

Como podemos ver, o problema do conhecimento está ligado à questão metódica. Depende sua solução da aplicação de métodos à investigação científica do direito. Contudo, não tiremos daí a conclusão que PONTES DE MIRANDA ofereça resposta pronta e acabada para a ciência do direito, pois seu método único apontado, consistente na indutividade, não obstante apresentar manifestas vantagens em relação a outros, na medida em que coloca o direito mais rente à vida, não constitui uma verdade inquestionável.

²¹ _____, *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. XXIV e XXV.

Côncio da relatividade metodológica, não deixa o autor de perseguir o aperfeiçoamento do conhecimento, que se deve mais a problema humano do que da própria natureza, da realidade, constituída de relações sociais.

PONTES DE MIRANDA condiciona, pois, o conhecimento científico do direito ao método. E a adoção do método científico para a ciência jurídica revela-se fecundo, porquanto tem como ponto de partida uma base ampla, que são as relações sociais, permitindo que o conhecimento de um fato social possa redundar em regras jurídicas aplicáveis aos demais fatos da mesma natureza, sem que haja necessidade de se conhecer todos os fatos da mesma classe.

Interroga-se PONTES DE MIRANDA sobre a possibilidade do conhecimento, o que em caso afirmativo, pergunta, ainda, se conhecer é a relação entre sujeito cognoscente e o conhecido.

Após formular tais interrogantes, bem próprias das filosofias, mais especificamente das teorias do conhecimento, passa em revista as atitudes epistemológicas que procuram fornecer respostas às referidas formulações.

Neste sentido, denuncia a insuficiência da atitude dogmática por responder que não existe relação, mas sim o fato, sequer colocando o problema do conhecimento. No dogmatismo, o sujeito cognoscente apreende o objeto cognoscível e esse dá-se ao sujeito, não deixando margem para discussão.

Também aponta a impotência da postura cética, por esta lançar a dúvida sobre a possibilidade do conhecimento, ou seja, saber-se se realmente se conhecesse quando se conhecesse, em que pese, por isso mesmo, responder que há relação. O ceticismo apresenta como ponto de partida o lado oposto do dogmatismo, pois, para ele, o sujeito não apreende o objeto.

Do mesmo modo, lança impreciação sobre o subjetivismo, por ser a verdade relativa ao sujeito cognoscente, desconsiderando o grau de evolução do conhecimento ou o estágio de cultura em dado momento histórico.

Com relação à posição criticista, pondera que toda teoria do conhecimento é crítica, posto que examina o conhecimento. Atenta que o criticismo requer o exame, a crítica, nada

tendo a ver com os cétricos. Para ele, a crítica alude à reflexão e onde e quando o homem estabelece o problema do conhecimento, desapega-se do dogmatismo e critica.

Finalmente, a teoria acolhida por PONTES DE MIRANDA é a do relativismo, não a do relativismo subjetivista, mas o relativismo calcado nos fatos, para quem a proposição somente é verdadeira se concordante com os fatos.

"O relativismo, desde Protágoras, com *O homem é a medida de todas as coisas*, teve como verdade tudo que se percebe, tudo que se intui, tudo que se sente, tudo que se pensa. Daí se veio ao relativismo contemporâneo, para o qual todo saber depende da cultura, do estado social, da raça, ou de outro fator. À percepção, também relativa, é a única réstia para o mundo. Tudo mais - religião, moral, arte, direito, política, economia, ciência - é construído, segundo lugar e tempo²²".

Importante assinalarmos que a máxima de PROTÁGORAS acima citada desembocou no mais arraigado subjetivismo, daí porque PONTES DE MIRANDA se evadiu dessa postura, para acolher a cômoda postura do relativismo atual, que procura enxergar a verdade nas relações sociais.

PONTES DE MIRANDA, pelo que dissemos, examina o conhecimento jurídico com método. Portanto, podemos asseverar que faz gnosiologia ao proceder desta maneira, eis que sua teoria do conhecimento é arquitetada com metodologia científica, que somente pode ser a indutiva.

Nos pólos da relação, situam-se o sujeito e o objeto. Em quais das extremidades estaria a verdade? Haveria a predominância de um deles em relação ao outro?

Tal preocupação parece-nos constituir o pano de fundo sobre o qual se estende a orientação gnosiológica pontesiana, ao buscar uma resposta mais convincente sobre o problema fundamental do conhecimento.

Tanto é assim, que PONTES DE MIRANDA dedica ao tema uma obra onde cuida especificamente da questão do conhecimento. Nessa obra, intitulada "O Problema Fundamental do Conhecimento", em que aborda a tese central de sua proposta epistemológica, revela que o problema do conhecimento não está nem no sujeito nem no objeto, mas na relação entre ambos, no que ele chama de jeto.

²² _____. Por que Filosofar. Revista brasileira de filosofia, fasc. 52, (XIII): 479, out-nov-dez 1963.

A teoria do jeto de PONTES DE MIRANDA, denominação esta que resulta naturalmente da exposição de sua referida obra, por isso não se trata de nenhuma pretensão de nossa parte em querer rotular seu pensamento, aponta para a impossibilidade de se levar em consideração somente um dos termos da relação, quer o sujeito, quer o objeto, o que falsearia o problema do conhecimento e, por consequência, a solução do mesmo.

Tampouco se pode eliminar os dois termos na relação de conhecimento. Por conseguinte, busca o autor identificar o que há de comum entre o sujeito e o objeto. Para tanto, procede à eliminação dos prefixos "su" e "ob", somente restando o jeto, ou seja, a relação.

"Chamamos jeto a tudo que se apresenta, seja de ordem estritamente física, seja de ordem psíquica, desde que considerado sem ser do lado de quem vê ou do outro lado, isto é, eliminados os elementos que representem oposição entre eles, operação que exprimimos pelo *pôr entre parênteses os prefixos de (su)jeito e de (ob)jeto*²³".

PONTES DE MIRANDA, ao encarar o problema do conhecimento, conforme verificamos, não privilegia quaisquer dos termos da relação, nem o conhecente, que é o ângulo do sujeito, nem o conhecido, que é o lado do objeto, menos ainda os suprime, pois não podem ser eliminados.

Vislumbramos no esforço empreendido pelo autor brasileiro o propósito de situar o conhecimento mais próximo do ser, das relações sociais, dos fatos, propondo soluções mais rente aos fatos da vida, para a polêmica filosófica travada entre idealistas e realistas, os quais procuram, respectivamente, subordinar o objeto ao sujeito, sem reciprocidade, e impor o objeto ao sujeito.

Trata-se de preocupação epistemológica de PONTES DE MIRANDA, visando eliminar o máximo possível o relativismo situado no sujeito e no objeto, numa tentativa de aprofundar o conhecimento, ajustando-o o mais exatamente que pode à matéria social.

O jetismo de PONTES DE MIRANDA, conforme denominação lançada a sua filosofia por PÉRICLES PRADE, em artigo publicado, alinhado nas justificativas de que os grandes teóricos estrangeiros elegeram as denominações com referência a seus sistemas e,

²³ _____. O Problema fundamental do conhecimento. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. p. 97.

por isso, seria justo que um grande pensador brasileiro tivesse nome próprio para o seu, que a tese de PONTES DE MIRANDA se baseia na eliminação do dualismo sujeito-objeto, insistindo boa parte de suas obras na menção do *jetto* e que a denominação acoimada, resulta natural e automaticamente da exposição de PONTES DE MIRANDA, podemos dizer que está à base de suas investigações.

“Tomamos a liberdade de denominar *jetismo* a filosofia particular de PONTES DE MIRANDA, franquia que entendemos fundada e não mera audácia de duvidoso sabor intelectual²⁴”.

PONTES DE MIRANDA pesquisa as relações sociais, para após fornecer resposta adequada ao problema do conhecimento, não se deixando levar por solução apontada unilateralmente, que só vê um dos dados do problema, fechando os olhos para o relacional, onde pode ser encontrada a solução. Não se pode, portanto, excluir as relações.

Pela teoria do conhecimento, procede a eliminação de atitudes subjetivistas e animistas que contaminam a realidade das coisas, com o intento de cada vez mais aperfeiçoar a convicção científica, sempre propensa a retificações. À ciência do direito cabe revelar o que os fatos apontam, cuja verificação é suscetível de comprovação empírica, e não se constituir em obra de imposição do jurídico, o que gera um divórcio entre as regras jurídicas e as relações regradas.

Convém assinalarmos que a relação do conhecimento não é irreduzível, pois não constitui um *a priori* para PONTES DE MIRANDA, mas apenas um ponto de partida, analisado com a lógica e a matemática, porém operado na experiência, que é o ponto de confirmação, cuja obtenção se deve ao método indutivo empregado.

Afirma que tudo no mundo são relações, que, por sua vez, formam os grupos sociais, as sociedades, os povos, as nações, continentes, raças e civilizações. Diz ainda que tais relações são em número considerável e, como são muitas as variáveis a ser atendidas, a fim de que se obtenha as leis científicas e se conheça os fatos particulares da vida social, contenta-se com o máximo investigável, abstraindo do que é menos decisivo nos cálculos e estatisticamente ínfimo, para atender ao que caracteriza os fatos que pretende estudar.

²⁴ PRADE, Péricles. O Jectismo de Pontes de Miranda. O Estado, São Paulo, p. 38, fev. 1989.

Par a compreensão das mesmas, acode que se faz necessário observá-las justapostas ou localizadas, posto não se poder vê-las em todos os homens, porém em determinados casos, quando certas circunstâncias materiais as constituem ou engendram-nas.

"De modo que temos de volver ao problema e à solução da epistemologia contemporânea, aplicada à sociologia: *a relação é real, porque não se produz arbitrariamente, e sim pela causação universal* (dentro de círculos ou gerar círculos, como linhas que são). O substrato que as provoca, a coisa que dá a representação delas no cérebro humano, há de existir em algum lugar, para que se pudesse justapor. Ora, é no espaço que tal justaposição é possível ²⁵"

Elucida o autor que a sociologia tem de estudar as sociedades nas realidades e não no abstrato, por isso as relações de que são compostas as sociedades, não podem ser concebidas como abstratas, imaginárias ou produtos de intelecto.

Constatamos, destarte, que PONTES DE MIRANDA tem consciência, como investigador científico que é, da relação intransponível existente entre o conhecimento e o conhecido, que é o próprio problema do conhecimento, deixando entrever a relatividade gnosiológica, para cuja verdade absoluta somente podemos caminhar e avançar continuamente, não obstante a incerteza do seu atingimento.

Entretanto, o conhecimento humano é sempre reflexo das relações sociais, podemos asseverar. Mas, a apreensão gnosiológica relacional está condicionada à utilização de instrumental metodológico apto. Este só pode ser o científico indutivo, a fim de que não seja desmentido pelos fatos.

Segundo PONTES DE MIRANDA, o convencimento sentimental, seja empírico ou intuitivo, e a condição racionalista, apriorista, dedutiva, nem sempre são correlativas da verdade do seu objeto, o que equivale dizermos que não são passíveis de verificação, não havendo como comprovar o acerto ou desacerto do conhecimento obtido.

"Não é com o sentimento, ou com o duro raciocínio, que deve trabalhar o legislador ou o cientista do direito. O que há de mister é ater-se

²⁵PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro, Garnier, 1924, p. 7.

aos fatos, ao que é concreto, e raciocinar, objetivamente, a induzir, segundo rigoroso método científico²⁶."

Opera o autor com a indução baconiana, para estudar os fatos da vida jurídica, as relações, delas extraindo as regras jurídicas que irão regê-las, procedimento este objetivo, eis que calcado na observação, experimentação e verificação do conhecimento.

Somente se atém ao que os fatos apontam, pelo que foge, assim, do subjetivismo pouco confiável, que tudo pretende fazer derivar do capricho de lucubrações mentais, do mundo das ideações e racionalismos abstratos, que hipostasiam a realidade social, como se a mesma pudesse ser produto de silogismo lógico.

PONTES DE MIRANDA extrai o direito dos fatos, operação esta compatível com o seu naturalismo do fenômeno jurídico, não compactuando com a teoria que tudo faz derivar do mundo normativo, como se as regras jurídicas que regem a vida social pudessem, ser fruto de puro raciocínio dedutivo, cujo ponto de partida seriam outras normas e não a própria vida.

Em PONTES DE MIRANDA, as normas jurídicas partem da vida e a ela retornam. Portanto, o conhecimento do jurídico se dá a partir de constatações no mundo dos fatos e somente estes podem modificar o direito.

Temos, pois, que não comunga com o achado apriorístico do direito, que o faz derivar de fórmulas vazias, de princípios metafísicos, sem comprovação fática, por isso não assimilando a distinção kantiana entre ser e dever ser.

Parece-nos coerente a postura pontesiana, pois, se a realidade é dinâmica, como tudo que existe se encontra em constante movimento, por evidente que as relações jurídicas que compõem o mundo do direito também se modificam, exigindo permanente correção das regras dirigidas a reger o coexistir social.

Por experimentarem as relações jurídicas oscilações perpétuas, face às alterações ocorrentes nas relações sociais, é que o direito deve brotar e se adequar a estas, pois o seu compromisso é com a vida social.

Exatamente por ter presente que é impossível conhecer todos os fatos é que PONTES DE MIRANDA toma como ponto de partida o particular, ou seja, o que é mostrado pelas

²⁶ _____. Idem. Ibidem. p. 220.

relações jurídicas em determinado tempo, lugar e grau de conhecimento em que se encontra dada sociedade, com o fito de atingir as generalidades, guiando-se, para tanto, pelo fio condutor do indutivismo, pelo que se afasta do pensamento intuitivo-dedutivista que, ao pretender reivindicar o conhecimento absoluto, coloca o investigador no nível da divindade.

"Por outras palavras: na mentalidade científica parte-se do fato, com o grau máximo de precisão e de exatidão *possível* e se extraem idéias gerais. Mas, com o mesmo rigor das ciências particulares, nada se afirma do Real - re-colocando nele o jeto extraído - sem a verificabilidade da nova proposição que se está a formular. É pois o método indutivo-experimental que está à base. É a idade adulta do pensamento²⁷."

PONTES DE MIRANDA condiciona o aperfeiçoamento do direito ao próprio avanço da ciência do direito. E esta somente evolui à medida que incorpora a sua investigação o método científico. Para nós, o cerne da postura epistêmica pontesiana radica no aspecto metodológico, pois mister se faz a utilização de método adequado a fim de que se possa aceder ao conhecimento mais próximo da realidade social.

Sem metodologia indutiva, o conhecimento jurídico resta insuficiente, alheio aos problemas existenciais e descomprometido com a vida. Sem método indutivo, está o jurista condenado a procurar o direito no frágil repositório das vetustas codificações e não nas relações sociais, onde devem ser encontradas as regras jurídicas.

Empreende o estudo do fenômeno social, que é o direito, a partir dos fatos da vida social, que são os efeitos dos atos humanos, inclinando-se para as causas, ou seja, por via indutiva. Não esconde a dificuldade encontrada na solução do problema do conhecimento jurídico, que se deve mais a problema ligado à natureza humana do que propriamente às relações sociais, posto que ainda não se desenvolveu e se aprimorou instrumental metodológico suficientemente apto, destinado à apreensão da complexidade social.

Para a solução do problema fundamental do conhecimento jurídico, que constitui questão gnosiológica, importante, portanto, para a filosofia científica, toma como ponto de partida tudo quanto os fatos permitem analisar, através da liberdade da ciência positiva, atentando unicamente para o que é o direito.

²⁷OLIVEIRA, Mozar Costa de. O conceito de lei na metafísica e na ciência positiva do Direito (Santo Tomás de Aquino e Pontes de Miranda). Dissertação Submetida ao CPG/USP. São Paulo, 1983, p. 2.

O esforço pontesiano é no sentido de superar a oposição sujeito-objeto, com vistas a somente colher o jeto. Noutras palavras, PONTES DE MIRANDA preocupa-se em combater o antropomorfismo e o animismo, os quais procuram, respectivamente, interpretar o jurídico a partir da vontade do legislador e da lei, como se fosse possível descobrir a intenção do legislador e se pudesse dotar de vontade a lei, ser anímico.

Pretende colher o direito rente aos fatos da vida, extraí-lo do é, do ser. Sua contribuição metodológica ao estudo do fenômeno jurídico consiste na impessoalidade e objetividade da via indutiva, enriquecendo significativamente o modo de concepção da interpretação da lei.

Sua teoria dos jetos traduz sua postura hermenêutica basilada em método único para os lidadores do direito, a fim de que o intérprete possa apanhá-lo como ele é, sem os vícios subjetivistas e animistas, que o deformam.

Ocupa-se PONTES DE MIRANDA em penetrar os fatos, cuidando das relações para conhecer as possíveis generalizações, pesquisando a natureza e a matéria social, o que constitui demonstração evidente da rendição do raciocínio lógico dedutivo, de tradição aristotélico-tomista, diante da indução devida a BACON, a quem se prestou pouca ou quase nenhuma atenção.

Neste passo, cumpre observarmos que a escolástica, inaugurada por ARISTÓTELES e recuperada por SANTO TOMÁS DE AQUINO, na Idade Média, está bastante incutida no pensamento ocidental contemporâneo, que, por sua vez, se ressentido do vício da verdade apodítica apontada pelo silogismo lógico, que confia o conhecimento jurídico à infalibilidade da razão humana, como se a certeza absoluta pudesse se dar em desapego à ordem dos fatos. É para livrar o conhecimento do jurídico do mundo das abstrações que PONTES DE MIRANDA busca fundá-lo no real.

À ciência do direito, posto que positiva, pois fundada nos fatos sociais, caberá a tarefa de revelar o direito, de precisar aproximadamente o jurídico, pois toda verdade é relativa, face à própria mutabilidade do real.

"Ainda que se não possa ter, quanto aos atos humanos, a certeza absoluta, pode a lei ser formulada em termos universais. Não se nos dá o mesmo tipo de certeza em todos os campos do conhecimento. A certeza é imperfeita nas coisas contingentes: o conhecimento da natureza e das

vivências humanas. Basta então que a certeza seja daquelas pelas quais se tenha por verdade o que ocorre na maioria dos casos, falhando embora nos pequenos números²⁸."

Ora, se a natureza é mutável, por consequência, a ciência do direito também experimenta sucessivas modificações, eis que faz parte da natureza, o que reflete em constantes adaptações do direito, tornando, destarte, as verdades provisórias e retificáveis. É a prova da imersão do conhecimento jurídico nas águas do relativismo.

Para a questão chave do problema fundamental do conhecimento jurídico, que é o de colher nas relações sociais o que é o jurídico, concorre a ciência positiva do direito, cuja vinculação sociológica permitirá a análise científica das relações sociológicas, a fim de que a própria realidade forneça o critério seguro para a formulação das regras jurídicas, cômso da relatividade do conhecimento jurídico, por isso, que mutável.

Este é o problema atual e fundamental do conhecimento jurídico, que PONTES DE MIRANDA descortina, ao formular o princípio da relatividade generalíssima, mostrando a complexidade das relações humanas e a impotência para revelar o direito precisamente, o que se deve mais a fatores humanos do que propriamente naturais, face à própria falibilidade inerente ao ser humano, pois à natureza é indiferente o número de elementos que compõem as relações sociais.

Trata-se de problema filosófico e que requer solução científica, daí porque devem ser convocadas todas as ciências, a fim de se evitar a cisão irreal dos saberes. Porém, a unidade das ciências devem se travar na sociologia, cúpula de todo conhecimento humano, no dizer de PONTES DE MIRANDA, que, por sua vez, viabilizará a solução para o problema do conhecimento jurídico.

3. Princípios lógicos e físicos-sociais

Para o problema fundamental do conhecimento jurídico, PONTES DE MIRANDA propõe solução relativista, ao formular o princípio da relatividade generalíssima do conhecimento, aplicando ao mundo social a teoria da relatividade geral, formulada e desenvolvida por ALBERT EINSTEIN na física.

²⁸ _____, Idem. Ibidem. p. 97.

Por meio de tal princípio, o relativismo encerra todo o domínio do conhecimento, não somente do plano físico, mas atingindo, inclusive, o campo das sensações, ampliando ainda mais os limites traçados pelo físico alemão, pelo que assim "completou, corrigindo, a teoria da relatividade de Einstein: a relatividade começa na sensibilidade do observador, que recebe energias sociológicas e, com isto, altera-se!²⁹"

Esta noção é que vai presidir sua investigação científica do direito nas relações, iniciando-se uma nova fase, um novo ciclo, que é o da ciência positiva do direito. Inaugura-se um novo período do processo adaptativo, assegurado pelo caminho do método indutivo, instrumento apto a proceder à pesquisa do jurídico nas relações sociais, de forma objetiva.

Ao vincular no mundo social a teoria da relatividade de ALBERT EINSTEIN, formulou princípios lógicos e sociológicos para a sociologia, caracterizada como ciência positiva, por se ocupar dos fatos sociais, por isso devendo orientar a ciência do direito.

PONTES DE MIRANDA desenvolve o conceito de círculos sociais, concebendo como o primeiro círculo criador de regras jurídicas o contato entre dois seres, chamado de par andrógino, em que o indivíduo transcende a si mesmo, para mais tarde formar o clã e outros grupos sociais, que são círculos cada vez mais largos, distintos uns dos outros pela maior ou menor complexidade, donde deriva o direito.

O direito, portanto, é produto dos círculos sociais existentes, antes mesmo do aparecimento das sociedades, pois são resultantes das relações sociais travadas no interior de cada círculo.

Adotando tal ponto de vista, PONTES DE MIRANDA formula o princípio lógico da fisicalização das geometrias, pelo qual são os fatos que devem decidir sobre os axiomas que possam servir à explicação sociológica. Por esse princípio, o autor, a nosso sentir, inverte as premissas do silogismo lógico tradicional, para buscar uma resposta ao problema do conhecimento jurídico, não mais a partir de premissas deduzida abstratamente, mas, sim, tomando como ponto de partida regra jurídica induzida dos fatos.

Isso significa que os próprios fatos devem decidir, no fundo, as questões formuladas pelo conhecimento jurídico. Trata-se, na verdade, de silogismo sociológico articulado por

²⁹Idem. Ibidem. p.50.

PONTES DE MIRANDA, se é que podemos usar esta expressão, eis que seu princípio não pode operar no vazio, senão tendo por base o social, que é o mundo dos fatos.

O que o autor quer dizer é que as relações sociais devem apontar o direito, após segura investigação científica que somente o método indutivo pode dar, libertando a ciência do direito de concepções hipostasiadas da realidade, fundadas em *aprioris*, em princípios sem verificação empírica.

Para ele, as regras jurídicas integrantes de cada círculo social somente podem ser dirigidas às relações sociais, visando reger a coexistência social, desde que reveladas pelas mesmas relações sociais, o que equivale dizer, devem ser comprovadas pelos próprios fatos sociais.

O silogismo lógico tradicional é uma forma de raciocínio, pela qual a solução do problema, no caso, jurídico, parte de uma premissa maior, que é a norma jurídica, para exemplificar, fruto da razão, na qual se preocupa subsumir o fato social, daí fazendo derivar, por simples operação mecânica, a solução.

Esta forma de pensar, atribuída a ARISTÓTELES e, mais tarde, na Idade Média, recuperada pela escolástica, peca por não questionar o ponto de partida da solução do problema, ou seja, a norma, como se esta constituísse uma verdade inabalável, absoluta.

Evidente que esse raciocínio peca pelos vícios subjetivistas, impondo uma verdade pessoal, própria de quem concebeu a lei por meio de lucubrações mentais, como se tivesse sido apreendida por todos de maneira uniforme, criando um efeito de sentido único que, sabidamente, não existe, dada a pluralidade de significações de que se ressentem as palavras da lei.

É para não confiar a solução do problema jurídico a imaginação, cujo suporte é o mero capricho da consciência de cada um, que PONTES DE MIRANDA prefere entregá-lo ao que os fatos decidem, eis que as soluções mostradas por esses são suscetíveis de constatação empírica.

Para elucidar de outro modo, tenhamos em conta que em toda investigação jurídica nos deparamos com perguntas e respostas. Desse modo, tanto podemos nos deter à pergunta como à resposta. Ainda nos reportando ao caso do silogismo lógico, tanto podemos dar ênfase ao aspecto pergunta, ou seja, questionar os axiomas dados como aceitos, pôr em

dúvida a norma ou normas que o constituem, bem como podemos realçar o aspecto resposta, ao colocar como fora de questionamento, mantido como inatacáveis os elementos que integram a premissa maior, que é a norma.

"No primeiro caso, usando uma terminologia proposta por Viehweg, temos uma *questão de pesquisa ou questão zetética*, no segundo uma *questão dogmática* ... As questões *dogmáticas* revelam o ato de opinar e ressaltam certas opiniões (*dokein*). As questões *zetéticas*, ao contrário, desintegram, dissolvem meras opiniões (*zetein*), pondo-as em dúvida, o que pode ocorrer ainda dentro de certos limites (na perspectiva empírica das ciências: Sociologia, Psicologia, Antropologia Jurídicas etc) ou de modo a ultrapassar aqueles limites, por exemplo, na perspectiva da Filosofia do Direito.³⁰"

Neste sentido, podemos dizer que PONTES DE MIRANDA revelou-se um jurista especialista em questões zetéticas, antes mesmo de THEODOR VIEHWEG ter proposto a referida terminologia, pois não se prendeu a conceitos fixados, não atribuindo maior importância às questões dogmáticas, como há mais de um século procedem os juristas, na sua maioria.

Não que PONTES DE MIRANDA dispense a lógica, na solução do problema jurídico; ao contrário, cumpre ela função importante. Contudo, a mesma somente pode operar num segundo momento, após a regra jurídica ser apontada pelas relações sociais; aí sim, da regra jurídica, após induzida dos fatos sociais, pode-se deduzir soluções e aplicá-las a todos os fatos da mesma natureza, até que estes experimentem novas mutações, alterando, por consequência, as regras jurídicas em vigor.

Não vislumbramos propriamente a falta de uma dialética para explicar esse devenir pontesiano, pois, acompanhando, neste particular, o pensamento dele, entendemos também a mesma restar explicada pelos fatos, pelo que aduzimos, ainda, não se tratar sua concepção de metafísica. Trata-se, entretanto, de postura científica positiva do direito, por isso que fundada nos fatos.

³⁰FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo, Atlas. 1980, p.46.
N. Consultar também a respeito a obra *Tópica e Jurisprudência* de Theodor Viehweg, trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília, DIN, 1979.

Assim, refletindo, sobre o princípio lógico da fisicalização das geometrias, em que os fatos é que devem decidir os princípios, recomendando explicação sociológica, com base na experiência, ousamos identificar em tal princípio, o que denominamos de silogismo sociológico pontesiano.

Justificamos tal expressão pela mesma resultar naturalmente do mencionado princípio formulado, posto que à lógica deve preceder o fato social, encontrando no social.

Outro princípio lógico estabelecido por PONTES DE MIRANDA é o da relatividade na sociologia, o qual enuncia que as relações sociais constituem a matéria social. formando o espaço social; sem aquelas, este não existe. Diz ainda o referido princípio relativista que os fatos sociais variam, obrigados que são pela própria sociedade.

Esse princípio lógico dispensa maiores considerações, porquanto já fora suficientemente abordado no item *um* deste capítulo, por se tratar de aspecto singular do princípio da relatividade do conhecimento jurídico.

Contudo, também aqui gostaríamos de registrar, a exemplo do ocorrido anteriormente, que vislumbramos não um princípio lógico, mas um princípio sociológico, pois a lógica é operada nos fatos, estando suscetivelmente condicionada a eles. Desse modo, as relações sociais de que se compõe a sociedade, ao experimentarem mutações, dada a própria dinâmica da vida, determinam a variação dos fatos sociais, o que só está a confirmar que nada é estático no mundo.

E o princípio da relatividade lógica, ou melhor, da relatividade sócio-lógica, por assentar em fatos variáveis, provoca constantes adaptações no jurídico, sempre no sentido de melhor adequar o indivíduo ao meio social, destacando-se o caráter evolutivo do conhecimento jurídico e do próprio direito.

Por ressaltar da leitura que empreendemos da obra pontesiana, o lugar que ocupa a lógica em seu pensamento jurídico, exercendo função auxiliar da ciência positiva, na medida em que somente pode ser empregada, após a indução das regras jurídicas das relações sociais, é que houvemos por bem privilegiar o *socius*, denominando o reportado princípio de sócio-lógico.

Convém esclarecermos que as contribuições por nós prestadas à pesquisa pontesiana, no sentido de denominarmos de princípios sociológicos os princípios lógicos até agora

estudados neste item, não responde a nenhuma vaidade de nossa parte, tampouco pretendemos corrigir o próprio autor tematizado, porquanto não se trata de princípios assim rotulados por ele, mas por comentador seu, conforme o próprio PONTES DE MIRANDA faz citação.

"PONTES DE MIRANDA, aplicando no mundo social os princípios de EINSTEIN, chegou a estabelecer, para a Sociologia Geral, os seguintes princípios: *Princípios lógicos*: 1. *Princípio da fisicalização das geometrias*. Os fatos devem decidir da geometria, ou seja, dos axiomas que nos possam servir à explicação sociológica; a geometria social não há de ser a da intuição vulgar, mas a indicada pela experiência. 2. *Princípios da relatividade na Sociologia*: a) só há espaço social onde há matéria (ou energia) social; é de relações que se constitui a matéria social; portanto, só há espaço social onde há relações sociais; b) as sociedades obrigam os fatos sociais a variar como verdadeiros potenciais de seus campos; onde chega uma relação social, aí começam espaço e tempo social, como surge o campo de gravitação onde quer que a tensão material seja diferente de zero, isto é, onde quer que apareça energia³¹".

A passagem supra-reproduzida, colhida da obra pontesiana, consoante se verifica na fonte apontada, refere-se ao que escreveu J.M. RAMOS MARTINS no livro "Da Noção de Espaço ao Fenômeno jurídico".

Não obstante incensurável, a nosso sentir, o aí escrito, entendemos que os princípios ventilados, para melhor atender a coerência com que PONTES DE MIRANDA expôs seu pensamento, por isso resultando naturalmente do seu desenvolvimento, dever-se-ia chamá-los de princípios sócio-lógicos, ao invés de lógicos, o que não constitui nenhuma invenção gratuita.

Antes de a ciência positiva do direito ser lógica, ela é sociológica. A lógica, consoante já expusemos, deve se ater aos fatos, às relações sociais, sob pena de produzir trabalho improficuo, ao operar com fórmulas ocas, afastada da vida.

Contudo, além dos princípios lógicos, que, por razões justificadas, preferimos chamá-los de sócio-lógicos, PONTES DE MIRANDA formulou princípios fisico-sociais, por entender que nada refoge ao mundo físico, constituindo esse o mais amplo círculo de

³¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p.322.

adaptação, a cuja influência estão submetidos todos os corpos. Entende que é nas leis físicas onde são procurados os princípios mais gerais de evolução. É dentro do mundo físico, diz, que se diferenciam os processos de adaptação e social. Tal constatação não escapou à sociologia científica.

DJACIR MENEZES, ao expor a sistematização de PONTES DE MIRANDA em relação aos princípios físico-sociais, assim disserta:

"Há princípios físico-sociais. A sociedade, como forma de organização, distende-se além do mundo vivo. Os fatos sociais são fenômenos de um domínio alheio às leis físicas? Seria um absurdo a exceção. Coexistir é adaptar-se. Quer no mundo vivo como no mundo não vivo, adaptar-se é realizar qualquer aquisição em relação ao estado anterior de equilíbrio, em relação a certo meio. Ser X meio é a fórmula geral. A ação do meio inscreve-se no ser, que reage às excitações ambientes. Isso vem fornecer um critério à sociologia: qual a melhor regra? a que melhor adaptação produz.³²"

Os princípios físico-sociais formulados por PONTES DE MIRANDA, consistem nos princípios de simetria, de insulamento dos sistemas e do determinismo. Passemos a desenvolver cada um deles, a fim de melhor nos aprofundarmos na ciência positiva do direito pontesiano.

Segundo PONTES DE MIRANDA, as sociedades são fenômenos muito complexos que tendem ao equilíbrio dinâmico. Para ele, a harmonia social traduz o fenômeno universal da adaptação e as leis físicas de simetria. Essa não é causa de fenômenos, mas pode impedir que se produzam. Parte da concepção de que é a dissimetria que cria o fenômeno, por isso tudo faz para que decresça a dissimetria intra-individual, caminhando para o máximo possível de simetrias-individuais.

"É a PIERRE CURIE que se devia os trabalhos do primeiro decênio do século XX sobre simetria; e, na Sociologia, constituíram tais problemas, durante alguns anos, o objeto das nossas melhores observações, experiências e meditações³³".

³²MENEZES, Djacir. *Introdução à ciência do Direito*. 2. ed. Porto Alegre, Globo, 1938. p.28.

³³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à sociologia geral*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980. p.82.

Tal pensamento é devido a HERÁCLITO DE ÉFESO, para quem é a discórdia que engendra todas as coisas. PONTES DE MIRANDA, ao buscar o equilíbrio social, concebendo o direito como processo social de adaptação do homem à vida social, procura eliminar ao máximo a dissimetria de que se ressentem a coexistência humana, concorrendo, ao reverso, para a maior soma possível de simetria.

Nessa visão pontesiana, está bem retratada sua preocupação com a socialização do conhecimento jurídico, pois procura privilegiar o *socius*, ao invés do eu, importando-se mais com as simetrias entre grupos do que entre indivíduos.

Defende que se caminha para o máximo possível de simetria, cujo círculo mais largo é a humanidade, o que denota sua posição evolutiva do conhecimento, numa constante expansão dos círculos sociais, desde o par sexual.

Podemos afirmar que as leis da simetria se encontram na proporção inversa das leis da dissimetria, as quais produzem o fenômeno. Para melhor clarearmos este tema, basta mencionar que, no próprio conceito de direito exposto por PONTES DE MIRANDA, radica o princípio da simetria, eis que o mesmo aspira à estabilidade das relações, quando é definido como processo social de adaptação.

"Há processos de igualização, relativos a indivíduos e a círculos sociais; e não à igualdade absoluta ou apriorística: caminha-se para a maior adaptação, e não para a imobilidade. Os fatos do mundo resultam da sua dissimetria; a simetria não causaria fenômenos. O contrário seria o fim absoluto tão absurdo como os começos absolutos³⁴"

Esclarece o autor que, uma vez produzido o fenômeno pela dissimetria, desfaz-se a situação dissimétrica, dando lugar à simetria, pelo que exemplifica com vários casos, inclusive brasileiro, tal como o surto democratizante que foi a Revolução Praieira do Recife, que abrangeu o povo contra o monopólio português e da propriedade do senhor feudal, fenômeno esse dissimétrico, que se desfêz, no que foi possível, crescendo a vida rural, dispersando-se o elemento fidalgo português e afluindo a aristocracia rural do país, que no século XIX o governo, dando-lhe feição tipicamente brasileira, diferenciada e inconfundível com a peninsular, no que é chamado de simetria.

³⁴Idem. Ibidem. p.98.

Esse exemplo serve para mostrar o caráter evolutivo e adaptante dos fenômenos sociais que se produzem dissimetricamente, para ganharem cada vez mais expressão, a ponto de integrar círculos cada vez mais largos, no que assinalam seu caráter nitidamente sociológico e socializante.

Vislumbramos no princípio de simetria a bússola orientadora dos demais princípios formulados por PONTES DE MIRANDA, especialmente dos princípios sociológicos, consistentes nas leis dos círculos sociais, na lei da dilatação dos círculos sociais e na lei da diminuição do *quantum* despótico, não somente por se tratar de princípio físico-social e nesse sentido nada escapa ao mundo físico, mas porque a concepção de ciência positiva do direito de PONTES DE MIRANDA está vinculada aos pressupostos da física e caminha para o aperfeiçoamento, o que está estreitamente em sintonia com o princípio simétrico formulado.

"No Espaço-Tempo social: caminha-se para o máximo possível de simetria; portanto: a) para os círculos mais largos, até o círculo universal, que é a Humanidade (Lei da integração e dilatação dos círculos sociais); b) para a mais perfeita simetria ente os habitantes e as zonas terrestres (divisão do trabalho entre os povos, federalismo econômico); c) para o melhor grau de estabilidade com o mínimo de despotismo; d) para o maior equilíbrio mental (Lei das três fases: intuição, empiria; dedução, apriorismo; indução, investigação científica), que não está no pluralismo, nem no monismo ou no dualismo, porém na dupla atenção da descontinuidade e da continuidade do mundo³⁵".

Dentre os princípios físico-sociais sistematizados por PONTES DE MIRANDA, temos o princípio do insulamento dos sistemas, que traduz serem as sociedades sistemas relativamente fechados, dentro dos quais se estabelecem processos evolutivos, independente em parte de outros sistemas, que se dilatam pelo aumento de volume ou pela formação de sistemas mais largos, operando-se a evolução social.

Desenvolve PONTES DE MIRANDA a concepção de que a sociedade é constituída de sistemas sociais relativamente fechados, os quais se ampliam, cujo crescimento se opera sempre em caráter evolutivo, para formar círculos cada vez mais largos. A dilatação dos

³⁵Idem. Ibidem. p. 120-1.

sistemas se dá pela assimilação de novos elementos, por meio de processos que interagem mutuamente.

Afasta-se, pois, de todo e qualquer reducionismo que procura explicar o fenômeno social que é o jurídico, a partir de somente um ponto de vista, como, por exemplo, o determinismo econômico.

Para o autor, o jurídico é por demais complexo para se deixar explicar somente por um ponto de vista, por isso que todos os fatores sociais concorrem para sua formação, seja econômico, inclusive, político, moral, religioso, artístico e até a própria ciência, porquanto nada escapa.

"Vistas de dentro para fora, as organizações sociais (clãs, tribos, nações, cidades, Estados) são *dilatantes*, transcendem o indivíduo e promovem a harmonia interior, a evolução coletiva, a expansão. Vistas de fora, são *insulantes*, livram os corpos sociais de processos adaptativos com outros povos, que os absorveriam ou se superporiam a eles, em camadas dominantes (simetria de planos: colonizadores, colonizados; senhores, escravos; povos capitalistas, povos controlados de fora, povos proletários). A estrutura social, o sistema relativamente fechado, é, para eles, como a cobertura córnea ou os espinhos de certos animais³⁶".

Como vemos, o princípio do insulamento dos sistemas é a visão de fora para dentro dos sistemas sociais, uma espécie de proteção desses, livrando-os de processos de coexistência com outros povos, que comprometeriam sua integridade pela absorção ou pela sobreposição. São os círculos sociais insulados, para o estabelecimento das regras jurídicas.

Não que o princípio do insulamento dos sistemas sociais deva permanecer circunscrito no âmbito de determinado país, pois isso seria pôr limites e contradizer o princípio da simetria, que assenta o caráter evolutivo e adaptante dos fenômenos sociais, mas, enquanto persistir a opressão econômica e política entre as nações, o insulamento constitui necessidade de sobrevivência dos próprios sistemas sociais.

"O mundo humano, social, não poderia escapar às leis de simetria (o momento b é sempre mais simétrico que o momento a). Se essas leis não

³⁶Idem. Ibidem. p. 102 e 103.

existissem, o mundo seria parado, só se moveria por intervenção de Deus ou do homem³⁷."

O terceiro e último princípio físico-social formulado por PONTES DE MIRANDA é o do determinismo ou da unideterminação, postulado esse que acompanha e preside sua sistematização do conhecimento jurídico, na medida em que sustenta método único para a investigação do direito nos fatos sociais.

Quando se fala em unideterminação, o que equivale a dizermos princípio da determinação única, não se está a advogar que a ciência do direito deva repousar em determinismo absoluto, pois isso seria reivindicar o *apriori*, mas sim em determinação baseada nos fatos da vida social, posto que positiva e se valendo da estatística, onde se pode verificar a noção de predominância de certas ações.

Aliás, convém nunca perdermos de vista o referencial de que todo conhecimento é relativo, o que implica, conseqüentemente, a relatividade dos meios utilizados a apreendê-lo.

A orientação científica do direito em PONTES DE MIRANDA tem por base o princípio generalíssimo da relatividade das relações sociais, não podendo, a toda evidência, aceitar as explicações absolutas, própria do determinismo racionalista formal.

"Os círculos de determinação social, não são hermeticamente fechados, de modo que se conciliam o princípio racional da determinação e o emprego do cálculo das probalidades, a absoluta interdependência de *todos* os fenômenos do universo e a intersolidariedade ou interdependência dos fatos de cada sistema³⁸."

Através do unideterminismo, procede-se à análise das relações sociais por meio da elaboração do método indutivo, extraindo as leis estatísticas indicadas pelo cálculo das probalidades, sempre que se não possa observar diretamente ditas relações, para, após, criar-se a regra jurídica a ser aplicada aos fatos sociais, caso em que o racionalismo dedutivista também cumprirá com o seu papel, uma vez que não é preciso induzir sempre, desde que exista a regra apontada pelos fatos sociais, caso em que operará a lógica dos

³⁷ _____ . Garra, mão e dedo. São Paulo, Martins, 1953. p. 97.

³⁸ _____ . Introdução à sociologia geral. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980. p. 104.

fatos, pois não é preciso conhecer todos os fatos sociais para o emprego do determinismo científico.

O determinismo científico pontesiano se satisfaz com o estatístico e probabilístico, quando as relações sociais não podem ser diretamente observadas, contentando-se com a generalidade dos fenômenos analisáveis. Nisso consiste o princípio da determinação única, de modo que, por conseguinte, a ciência se unifica, pois é a unidade de saberes que fornece o material, o substrato, as condições sobre as quais se dará a determinação metodológica, afastando-se, destarte, a ciência positiva do direito de critério pessoal e pouco fecundo.

É assim que o método único para o conhecimento jurídico postulado por PONTES DE MIRANDA se acha em consonância com a também reivindicada unidade das ciências, o que permite evitar contradições entre a ciência jurídica e as demais ciências, bem como dentro da própria ciência do direito, o mesmo ocorrendo metodologicamente, o que demonstra a coerência da proposta epistêmica pontesiana.

É preciso deixarmos assente que o unideterminismo pontesiano atende exclusivamente ao que os fatos apontam, não se tratando, pois, de, critério unilateral, imposto subjetivamente, tão fortemente combatido por ele.

Por se tratar de princípio físico-social, em conformidade com a física contemporânea, suscetível ao princípio epistemológico da relatividade, encontra-se o princípio da determinação única em constante movimento, promovendo constante evolução, porém não contínua, eis que sujeito a ruptura de equilíbrio determinada pelas oscilações das relações sociais.

Ocorre que a concepção evolutiva do fenômeno se verifica por descontinuidades, admitindo saltos e recuos, pois se prende ao que os fatos espontaneamente acusam e esses se alteram à proporção que as condições de existência também se modificam.

O determinismo poda as concepções absolutistas e racionais, posto que não visa à consciência, contentando-se tão somente com a interdependência com alguns fatos do mundo, cujas relações se mostram mais evidentes. Não fosse assim, não traria a marca do relativismo.

O princípio do determinismo, por se satisfazer somente com as grandes expressões, o que equivale dizer, com as uniformidades, abstraindo do que é diferente e subsistente e por

substituir a noção de sistema aberto, pela de sistema relativamente fechado, não procurando responder a todos os problemas formulados, é tido como científico. Evidencia-se, pois, mais uma vez, a posição relativa da ciência do direito em PONTES DE MIRANDA.

PONTES DE MIRANDA formulou ainda os princípios sociológicos dos círculos sociais, da dilatação dos círculos sociais e da diminuição do *quantum* despótico, tido esses dois últimos como princípios fundamentais.

Pelo princípio dos círculos sociais, sustenta que as diferenças quantitativas das sociedades determinam suas diferenças qualitativas, sendo que aos círculos menores superpõem-se os maiores, ou seja, ao par, clã, tribo, cidade, superpõem-se nações de tribos, Estados, alianças continentais, humanidade, fatalidade sociológica na construção cientificista pontesiana.

Devemos sempre atentar que os princípios articulados pelo autor tematizado não consistem em fórmulas ocas, em meras abstrações, como se fossem idéias oriundas da pura racionalidade. Não se trata de metafísica, tão acirradamente combatida, dada a postura de cientista do direito positivo por ele assumida.

Os princípios pontesianos são obras da realidade social, posto que resultantes da vida, extraídos por método indutivo, único adequado a servir a ciência positiva do direito, pela sua objetividade e impessoalidade, passível ainda de verificação.

"A lei dos círculos é espacial: 1º) porque é observável no mesmo momento (círculos menores e círculos maiores esboçados); 2º) porque é possível a reversibilidade, a livre mobilidade, de que falou BERTRAND RUSSEL; quer dizer: o corpo pode mover-se à vontade e, desde que involua, estreita-se, fraciona-se, diminui³⁹."

O autor concebe os círculos sociais como sistemas, onde com mais facilidade se operam as adaptações, necessárias à gradativa evolução das sociedades, em que se acham presentes os elementos sociais de adaptação, tais como a religião, a moral, o direito, a economia, a política, a arte e a ciência, que, por sua vez, concorrem para a constituição do conteúdo dos fenômenos sociais.

³⁹Idem. Ibidem. p. 120-1.

É nesse contexto dos círculos sociais que vão operar os princípios sociológicos fundamentais da dilatação dos círculos sociais e da diminuição do *quantum* despótico, princípios sistematizadores da ciência positiva do direito, que vão cumprir o desiderato de buscar o equilíbrio do jurídico, para fazê-lo evoluir, ao mesmo tempo em que visam livrá-lo dos ressaibos da força de que se ressentem.

É descurado dizer que ambos os princípios são indutivos e experimentais, constituindo-se, pois, essa no único processo natural do direito, pelo que cumpre a vantagem de provocar a observação, podendo ser repetida e testada quantas vezes aprouver ao investigador.

Chamado de princípio da integração e dilatação dos círculos sociais, posto que os valores econômicos, políticos e outros apresentam evolução integrativa e expansiva, tal princípio está ligado e dá prosseguimento a processo de formação da matéria social.

Exemplifica o autor que no par reside um dos círculos sociais mais rudimentares e que tanto o homem quanto a mulher não entram como sistema na constituição desse círculo, mas sim como subsistema, daí que os deveres e direitos que animam o par reciprocamente adaptam cada um deles à vida do pequeno círculo, o que acarreta modificações na religião, na moral, na economia, no direito de cada um, enfim, nos valores sociais que cada um apresentava ao compor o círculo rudimentar.

Se fôssemos fazer idêntica projeção com relação a círculos cada vez mais largos, constataríamos certamente, que o mesmo se daria em todos os círculos de que são constituídas as sociedades, pois, para mais uma vez exemplificarmos, na constituição dos Estados entram elementos pertencentes aos círculos menores, fazendo com que o direito, a economia, a política, a religião e demais fatores de integração social, presentes nesses círculos, consubstanciados no par, no clã, na tribo, na cidade, nas nações de tribos, concorram para a formação do círculo maior chamado Estado, sendo que o alargamento operado modifica os referidos elementos de integrantes dos círculos anteriores, para melhor adaptar-se ao novo círculo surgido, no caso o Estado.

"Não se pode dizer que a cada círculo corresponda, por exemplo, uma religião, uma moral, ou um direito. Mas, se passamos de um círculo para outro não-interior (católicos, muçulmanos; militares, advogados; ricos, pobres), não podemos deixar de reconhecer a *deformação* que sofre o mesmo sistema de religião, de moral ou de direito. Nos círculos

envolventes (família, municípios, Estado), dá-se mais *dilatação* que deformação; a moral doméstica é mais restrita, minudente; a dos grupos sociais mais amplos como que se torna mais tolerante, mais plástica⁴⁰."

Conforme teremos o ensejo de estudar no capítulo IV da tese, cada círculo social apresenta sistema jurídico respectivo, de molde que o político, o religioso, o econômico têm o direito que lhe está afeto, correspondendo aos círculos os sistemas de direito.

Por fim, dentre os princípios sociológicos, formulou o que considera dois princípios evolutivos fundamentais, consistentes nos princípios da crescente dilatação dos círculos sociais e da progressiva diminuição do *quantum* despótico.

Chama o primeiro de princípio da *integração e dilatação* dos círculos sociais, porquanto os processos sociais de adaptação, consistentes no jurídico, no político e demais, podem apresentar evolução integrativa ou expansiva, decorrente da crescente dilatação dos próprios círculos, visando integrar a humanidade.

Ensina o autor que os círculos sociais formados, uns após outros, não estão contidos nos anteriores, como se fossem meros prolongamentos dos que precederam; por isso que há diferenças no direito de cada novo círculo surgido, experimentando o indivíduo a influência do determinismo social, operando-se a adaptação em cada um e mesmo a correção das adaptações, ocorrentes no curso do processo adaptativo.

Para ele, a adaptação ocorrente atende a um determinismo social, incidindo sobre o indivíduo no próprio círculo em que se encontra, sem que o sinta, mas que ao mesmo obedece, passando a integrar outros círculos cada vez mais amplos.

"É com as relações que se compõem os círculos (Sistema, I, 209), ora menores, ora maiores. Pois bem: cada círculo corresponde certas espécies de *modus vivendi*, condições de coexistência, cuja *forma* é o direito. Apenas, entre tais condições, umas são adaptações e outras medidas para evitar e corrigir defeitos de adaptação do indivíduo ao círculo, ou do círculo ao indivíduo. Cada ser humano pode pertencer a muitas sociedades e, pois, estar sujeito (e está sempre) a mais de um sistema jurídico, econômico ou moral⁴¹."

⁴⁰Idem. Ibidem. p. 143.

⁴¹_____. Introdução à política científica. Rio de Janeiro, 1924. p. 69.

Pelo que vemos, o princípio da crescente dilatação faz a adaptação do indivíduo ao social crescer permanentemente. Vale destacar que tal evolução se processa no sentido da igualização e da socialização dos grupos que compõem os círculos, aspirando cada vez mais à estabilidade e ao equilíbrio social.

O princípio da crescente dilatação constitui, portanto, princípio sociológico evolutivo. Neste sentido, na medida em que é promovida a adaptação do homem à vida social, diminui, na razão inversa da adaptação, a quantidade de violência de que se ressentem o homem, dentro do círculo social.

Eis o segundo princípio sociológico fundamental, formulado por PONTES DE MIRANDA, denominado de princípio da progressiva diminuição do *quantum* despótico. Trata-se de princípio correlato ao da integração e dilatação dos círculos sociais, pois o elemento despótico diminui na razão inversa da adaptação experimentada pelo indivíduo no meio social.

Para tanto, concorre o processo jurídico de adaptação social que investigado nas relações sociais, por meio de método científico indutivo, liberta o indivíduo da necessidade de ser coagido, gradativamente, afastando o caráter de força de que se ressentem o direito, para concebê-lo como fenômeno de paz.

A nosso sentir, os princípios sociológicos fundamentais apontados não podem ser concebidos um sem o outro, pelo que os vemos como complementares, pois não faria sentido formulá-los independentemente. Aliás, não foi noutro sentido que retratou o próprio autor.

"Já vimos que o elemento ou *quantum* despótico diminui na razão inversa da adaptação; ora, a vida promove a evolução, por isto mesmo que aumenta a adaptação: diminui, portanto, o despotismo humano; pelo menos em relação ao valor do círculo⁴²".

A produção de quantidade despótica nos círculos sociais provoca o recuo, o atraso social, diz PONTES DE MIRANDA, motivo bastante para a promoção do valor da adaptação, que, em processo permanente, permite a coexistência social, sem os

⁴²Idem. Ibidem. p. 143.

inconvenientes da prepotência e do autoritarismo de que ainda se acha contaminado o direito, posto que faltante metodologia adequada.

Entendemos que tais princípios sociológicos articulados pelo autor abrem perspectivas para a democratização do direito, para um direito indicado a partir das relações sociais e não imposto por obra da vontade exclusiva de alguém que se arvora senhor e detentor da verdade absoluta.

Do indicativo da ciência do Direito para o imperativo das regras jurídicas é que se deve travar o jurídico, revelado livremente pelas relações, por método científico, cuja missão cabe ao jurista, que não passa de sociólogo especializado.

PONTES DE MIRANDA tem consciência do caráter de força, de poder, de que se ressente o direito, mas tudo faz para aliviá-lo deste estigma coercitivo, pelo que procura atacar o problema, já na sua própria elaboração, razão pela qual não aceita a posição que o situa como criação da mente do legislador, pecando, assim, pelo subjetivismo que lhe é inerente.

Ao contrário, postula critérios objetivos para a descoberta do jurídico, a fim de que este possa promover mais adequadamente a adaptação do homem à vida, colocando-se, pois, mais rente aos fatos.

Enuncia do seguinte modo o princípio sociológico da diminuição do elemento despótico:

"No sentido da evolução, quer se opere pela maior integração do círculo já formado, ou pela formação ou fortalecimento do círculo mais largo, progressivamente diminui o quantum despótico⁴³".

Trata-se, consoante teremos o ensejo de analisar, de princípio político-jurídico, por servir de orientação para o cientista do direito, na busca de solução democrática para o direito, no que reivindica, julgamos nós, um fundamento legítimo para o mesmo, cuja legitimidade deve resultar dos próprios fatos sociais.

⁴³Idem. Ibidem. p. 127.

4. Relatividade das fontes do direito

O pensamento jurídico pontesiano é presidido pela idéia de que o relativismo atinge todo o domínio do conhecimento. Por consequência, não existem verdades absolutas. O máximo que podemos ter é a verdade por um certo tempo, provisoriamente, até que ceda lugar a um conhecimento mais acabado, pois a ciência do direito, bem como todo saber, apresenta a marca da evolução.

"De minha parte, posso concluir: a Verdade Humana é relativa a tudo, inclusive à própria verdade das antigas percepções igualmente defeituosas e relativas. E que dirão a isto os todo-poderosos da ciência?⁴⁴"

Destarte, também as fontes jurídicas se sujeitam à inevitável restrição imposta pelo princípio da relatividade, de modo que o direito, por se originar das relações sociais, fica sujeito ao relativismo dos fatos.

Para o autor, nenhuma fonte jurídica é absoluta, exclusiva ou superior em relação às demais, não se dando maior ou menor importância a uma ou outra, pois todas dependem do pertinente sistema jurídico, no qual estão inseridas, motivo pelo qual não há como privilegiar uma em detrimento de outras, aprioristicamente.

A cada círculo social corresponde determinado tipo de direito, no caso, o seu sistema jurídico, produto do círculo social, onde se trava a coexistência social, cuja forma é o direito.

Assim, os círculos religiosos, políticos e outros têm o direito correspondente. E a fonte, o nascedouro deste direito, são os fatos sociais, as relações sociais, donde o jurídico é extraído objetivamente.

O direito não advém do abstrato, não resulta de princípios metafísicos, tampouco se reduz a simples produto do Estado; é na realidade que ele deve ser descoberto, o que equivale dizer, na natureza.

Entretanto, deixando para mais adiante a abordagem da naturalidade do fenômeno jurídico em PONTES DE MIRANDA, no capítulo pertinente, cabe-nos prosseguir na

⁴⁴ _____ . A sabedoria dos instintos. 2. ed. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p.126.

demonstração da relatividade das fontes do direito, atinando que a identificação delas está relacionada à metodologia adequada.

"Com a penetração do verdadeiro espírito científico na ciência jurídica, não é a concepção empírica, nem à racionalista, que há de caber a palma; nenhuma satisfaz as exigências de mais justa organização social, nem os íntimos reclamos do pensamento no primeiro quartel do Século XX e com maioria de razão daqui em diante. O que se faz mister é análise real das fontes, a pesquisa com os recursos de métodos legítimos e rigorosos, que se apresentem imunes a parcialidades, a processos incompletos de cognição (empirismo, racionalismo)⁴⁵".

Propõe o autor, como vemos, análise real das fontes, pesquisadas com metodologia rigorosa, pelo que está a condenar as fontes jurídicas que não sejam derivadas dos fatos sociais, por método científico. Critica, então, a construção artificial dos sistemas jurídicos, que, por sua vez, somente podem redundar dos próprios sistemas sociais.

Considera fontes de direito as resultantes objetivamente dos fatos sociais, levando-se em conta a relatividade dos mesmos, o que vale dizer, nas circunstâncias em que eles se encontram.

"Não podemos discutir, como fazia e faz o racionalismo, se tal preceito é justo ou injusto. É questão que não teria sentido para os cientistas. Em ciência, todas as proposições, inclusive as da lógica, ficam sujeitas a inevitável restrição, que resulta da relatividade dos fatos ou relatividade objetiva: nas circunstâncias tais ou tais. Se entendêssemos percorrer o direito dos povos e colher o que é mais racional e mais perfeito, seria apriorista, metafísica, e não científica, a nossa missão⁴⁶".

Preocupa-se PONTES DE MIRANDA em encontrar fontes jurídicas reais, que possam ser verificadas nos fatos, devendo por isso brotar das próprias realidades. Temos, pois, que reconhece a pluralidade das fontes do sistema jurídico, ao sustentar que da observação das relações sociais é que derivam as regras jurídicas.

Ao admitir a pluralidade das fontes jurídicas, na composição dos sistemas de direito, por evidente que não privilegia exclusivamente a lei, menos ainda reduz o direito a ela,

⁴⁵ _____ . Sistema de ciência positiva do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p.276-7.

⁴⁶ _____ . Introdução à política científica. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p.210.

porquanto cada círculo social tem sua própria cultura, motivo bastante para escolher e destacar, dentre as regras jurídicas, as que mais respondem ao contexto social.

No entender de PONTES DE MIRANDA, a lei é simplesmente uma das fontes do direito, mero meio técnico, não encerrando em seu feixe todo o direito. Trata-se de forma humana superior, por ser criação do homem, consistindo numa fase intermédia entre o exigido pelas circunstâncias e o efetivamente aplicado no processo de correção dos erros de adaptação do indivíduo ao social.

"As fontes de cada sistema jurídico são apontadas pelo exurgimento do próprio sistema jurídico. Há momentos ou espaços em que se admite o que noutros momentos ou espaços não se admitiriam⁴⁷".

A lei funciona como uma espécie de esquema de interpretação da realidade social, não podendo, a exemplo dos costumes, representar com precisão o imediato da vida e a consciência social. Não passa de um símbolo, de mera proposta, por isso que não se identifica com a coisa simbolizada, no caso, as relações sociais.

Seguindo esse raciocínio, podemos dizer, ainda, que a lei constitui simples pauta normativa dirigida ao comportamento humano, na visão pontesiana, sem, no entanto, abarcar toda a complexidade que soer exurgir do agir social.

Por isso mesmo, o apego demasiado ao estreito legalismo mutila a realidade social, sempre que tomada como ponto de partida inquestionável e apriorística, para a solução do problema jurídico.

Como constatamos, PONTES DE MIRANDA não se deixou arrastar pelas águas do racionalismo, que teve no advento das codificações, marcado pelo aparecimento do Código Civil Francês, também conhecido como Código Napoleônico, o prestígio alcançado pela lei escrita.

Desse modo, a interpretação literal e gramatical, sustentada pela Escola Exegética Francesa, surgida com o aparecimento do Código Napoleônico, não seduziu nosso jurista pátrio, pois sempre desconfiou da certeza jurídica contida exclusivamente na lei escrita,

⁴⁷ _____, *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 224.

considerada como depositária fiel da vontade do legislador, face à própria subjetividade de que se reveste.

Não é descuidado dizermos que o marco racionalista fixado pela Escola Exegética Francesa, defensora do positivismo legalista e estatista, notas característica dessa escola, foi o responsável pela armação de sistemas jurídicos fundados aprioristicamente, a partir de premissas abstratas e princípios imutáveis, que passaram a idéia do sistema fechado, sem lacunas, portadores de soluções para todos os problemas da vida social.

Infunde-se, assim, a idéia de que todo o direito se reduz à lei, reproduzido pelo dogma da infalibilidade do legislador e pela plenitude lógica dos sistemas jurídicos.

Para a Escola Exegética Francesa, que reuniu a quase totalidade dos juristas franceses da época, os códigos nada deixavam à interpretação dos lidadores do direito, não passando esses de servos da lei, assumindo postura subalterna e de resignação, de modo que era inadmitida qualquer oposição à vontade do legislador, mesmo que a lei contivesse defeitos flagrantes ou consagrasse injustiças ignominiosas.

Ao exegetismo francês, correspondeu a Escola dos Pandectas Alemã e a Escola Analítica Inglesa. Com relação aos pandectistas e aos analíticos, não obstante não apresentarem à época um direito codificado, eis que a Alemanha somente teve o Código Civil em 1900 e a Inglaterra, ainda hoje, não tem codificações, podemos observar que, à semelhança dos exegetas franceses, cultuavam o fetichismo dos textos. Os pandectas, os textos de direito romano; os analíticos, os precedentes judiciais.

Podemos apontar ainda, como comum a esse movimento exegetico, além da concepção legalista da interpretação do direito, a concepção mecânica de sua aplicação, pois, tomando a lei ou o texto como única fonte das decisões jurídicas, toda solução jurídica não passava de mera conclusão de um silogismo, em que a premissa maior era a lei e a premissa menor era o fato concreto. A função do julgador consistia em subsumir os fatos concretos ao previsto abstratamente pela lei.

Essa digressão mostra que o exegetismo caracterizava a ciência do direito no século XIX. Mesmo a escola analítica, com a influência da escola histórica, não conseguiu evadir-se do legalismo, apesar de sua orientação diversa do racionalismo, eis que baseada no "common law", rendendo-se, conseqüentemente, à hipostasiação do direito.

Do movimento exegetico ao racionalismo dogmatico de HANS KELSEN foi uma questao de tempo. Uma vez que o solo estava preparado e tendo sido lançadas as sementes, cuida o jurista alemão de produzir o positivismo juridico mais extremado, pois não somente privilegia a lei como fonte do direito, como a identifica com esse e com o próprio Estado, de modo que o direito reside num conjunto de normas. Seu normativismo juridico tudo reduz a normas.

É nessa fase intercalar entre o exegetismo e o positivismo juridico kelseniano que se insere PONTES DE MIRANDA, para erigir as fontes juridicas com base nos fatos da vida social, apresentando substrato nitidamente sociológico.

As influências da Escola Sociológica Francesa no seu pensamento, sobretudo os trabalhos de ÉMILE DURKHEIM, continuador da obra de AUGUSTO COMTE, permite-nos identificar sua postura epistemológica como sendo a de positivista juridico sociológico, porquanto é nas relações sociais que vai colher os elementos para sistematizar sua ciência do direito.

Contudo, estamos conscientes da dificuldade de indentificar determinado autor como positivista, face às próprias dificuldades que o termo oferece.

O positivismo, segundo a lei dos três estados de AUGUSTO COMTE, consiste no terceiro e último estágio do desenvolvimento do espírito. Esse, após haver experimentado os estados teológico e metafísico, respectivamente, primeiro e segundo estágios, atingiria o terceiro e último, chamado positivo. Resultou de uma revolução do conhecimento, desencadeada nos séculos XVII e XVIII por pensadores como FRANCIS BACON, RENÉ DESCARTES e GALILEO GALILEI, sobretudo por ISAAC NEWTON e sua lei de gravidade.

Porém, o positivismo não se encerra em AUGUSTO COMTE. Constitui esse apenas uma das correntes positivistas desenvolvidas no lapso de tempo que medeia entre SAINT SIMON e o neopositivismo.

Já o positivismo juridico, por sua vez, pode ser apontado contemporaneamente como uma tarja consagrada para explicitar as mais diversas teses erguidas sobre o direito. Há vários significados da expressão positivismo juridico, havendo, em consequência, várias

maneiras de entendê-lo, o que dificultaria qualquer esforço empreendido na tentativa de caracterizá-lo genericamente.

"O que existe de constante entre os vários positivismos, é a idéia de que a filosofia é inseparável do saber empírico e positivo, uma forma ou momento das próprias ciências, quando não as ciências em sua visão unitária. Em outras palavras, a atitude positivista implica a rejeição a toda metafísica e, neste contexto, o positivismo jurídico - como denominador comum de diversas correntes de pensamento filosófico-jurídico - tem como principal característica a rejeição dos critérios meta-empíricos de validade do direito *positivo*: não que este não possa fundar sua legitimidade em algo abstrato como o direito natural, a *volonté générale* ou o *Volksgeist*, mas sim, o desprezo por esses problemas e a fundação do direito, na medida em que ele suporte a cientificidade, numa ciência dos fatos⁴⁸".

Embora a temeridade de afirmar que determinado autor é positivista, sem antes verificarmos em que sentido ele o é, dada a embigüidade da expressão, conforme realçamos, não hesitamos em rotular o autor tematizado de positivista jurídico sociológico, pois nele vemos o rechaço à metafísica, razão por que sua cientificidade tem suporte nos fatos sociais, a não-separação dos saberes, pelo que apresenta visão unitária do conhecimento.

Em PONTES DE MIRANDA, a lei constitui simples artifício, comparada ao costume, pois pretende dotar de caráter oficial a pesquisa do justo, enquanto esse visa prover de modo concreto, através dos próprios fatos, a busca do direito. Para ele, as fontes jurídicas constituem processos técnicos, utilizados para o descobrimento do próprio direito positivo.

Na escala das fontes do direito, não estabelece quaisquer limitações dentre elas, por isso não fazendo sentido discutir se uma é mais importante do que a outra, pois tal questão não pode ser resolvida aprioristicamente, por se tratar de um problema que reclama uma resposta que somente os fatos podem oferecer.

Para ele, as diferenças de concepções entre as fontes jurídicas repousam somente na divergência de graduação, relativa ao sistema jurídico no qual estão inseridas. Assim, no

⁴⁸COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e Neutralidade Ideológica em Kelsen. *Estudos de filosofia do Direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984. p. 54-5.

sistema inglês, vale mais a regra jurisprudencial, não escrita ou consuetudinária; no sistema racionalista, privilegia-se a lei escrita.

"Toda codificação é o produto de um fracasso; pretende fixar, passar, fotografar, não no espaço; mas no tempo; e muda o próprio objeto, de modo que se há de olhar a relatividade de hoje que é adulta, e o retrato de outrora, para descobrir, não mais a imagem exata, e sim os traços que indiquem a identidade⁴⁹".

Por não ser o legislador infalível, nem sempre formula a lei que deveria, motivo pelo qual o direito não pode estar todo na lei. Daí por que não haver justificativa no mundo dos fatos, para a absolutidade da lei.

Por isso, segundo PONTES DE MIRANDA, o jurista não deve comportar-se como um guardião dos textos sagrados, a exemplo dos escolásticos medievais, que se detinham em copiar e reproduzir o saber, porém deve investigar o direito na vida social, único lugar em que pode ser encontrado.

PONTES DE MIRANDA tinha consciência de que identificar o direito com a lei seria comprometê-lo com o passado, subordinar a riqueza da vida social à autópsia de arcabouços jurídicos superados, divorciados das relações sociais. O direito, para ele, verifica-se nos fatos e não em princípios metafísicos.

Nesse sentido, convém atentarmos que o racionalismo pretendeu realizar na prática os ideais que inspiram e animam os jusnaturalistas, constituindo-se puramente em caudatários desses. Não houve, pois, ruptura entre o jusnaturalismo e o racionalismo, nesse aspecto, eis que ambos procuram fundar o sistema jurídico em princípios ideais.

E PONTES DE MIRANDA não era nem jusnaturalista nem racionalista. Foi um jurista, que é o sociólogo que se especializa.

"Fenômeno social, o Direito pressupõe no jurista o Sociólogo que fundamentalmente deve ser. Legislador, intérprete ou juiz, não se compreende que use de outros métodos antes de empregar o da Ciência principal, que é a Sociologia. Como Ciência, é ela a garantia objetiva do Direito, abre novos caminhos à organização jurídica e à felicidade humana. É de perguntar-se qual o material com que vai trabalhar o cientista

⁴⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p. 320-1.

do direito. As relações sociais, que são os fenômenos suscetíveis da sua investigação. As relações econômicas, religiosas, morais, estéticas e as demais devem ser estudadas por ele. São elementos reais, de que pode induzir e com os quais o conhecimento ganha em objetividade e em eficácia⁵⁰.

PONTES DE MIRANDA está preocupado em estudar o direito a partir das relações sociais, donde promana efetivamente as regras jurídicas, descendo além das fontes jurídicas tradicionais, conhecidas através da doutrina, procurando expor o que se passa na criação, na incidência e na aplicação do jurídico.

Ao falar de fontes jurídicas, o que ele procura definir é o que se vê como procedência imediata, pois, às vezes, a lei não faz outra coisa do que situar em regra jurídica escrita o que antes era regra de costume, já juridicizada ou não. Acontece que, segundo PONTES DE MIRANDA, a lei não é o conteúdo efetivo da ciência do direito, como também não é, podemos aduzir, qualquer outra fonte de direito, razão pela qual não é possível obter-se o conhecimento direto do direito, por meio da lei, pois apenas constitui traço exterior, acidental, do conteúdo efetivo do direito, o que demonstra que nem sempre a lei revela o direito.

Ao estudar o direito nas realidades, PONTES DE MIRANDA cuida dos fatores reais que determinam o aparecimento de regras jurídicas, indo até a nascente do direito, ou seja, até as fontes jurídicas, que são os processos de produção do direito positivo.

A doutrina costuma distinguir as fontes do direito em material e formal. A material tem sido apontada como sendo a origem do direito, a fonte de produção, fazendo referência aos fatores sociais, consistentes nos fatores éticos, sociológicos, históricos, políticos, econômicos e outros, que produzem o direito, condicionando o seu desenvolvimento e determinando o conteúdo das normas. Já a formal, comumente subdividida em estatais e não estatais, daria a forma ao material, aludindo aos modos de manifestação das normas jurídicas.

Há outros que se inclinam pela supressão de tal distinção, preferindo falar de fonte formal-material, visto que toda fonte formal contempla, implicitamente, uma valoração.

⁵⁰Idem. Ibidem. Tomo I, p. 283.

Desse modo, não somente os fatores sociais mas também os valores concorrem para o aparecimento das normas jurídico-positivas, existindo, assim, um pluralismo de fatores reais dentro dos grupos sociais, onde o direito coexiste com os mais diversos conteúdos, que determinam o surgimento das normas jurídicas.

Aliás, tal advertência fora percutientemente feita por MONTESQUIEU.

"Devem as leis ser relativas ao *físico* do país, ao clima frio, quente ou temperado; à qualidade do solo, à sua situação, ao seu tamanho; ao gênero de vida dos povos, agricultores, caçadores ou pastores; devem relacionar-se com o grau de liberdade que a constituição pode permitir; com a religião dos habitantes, suas inclinações, riquezas, número, comércio, costumes, maneiras. Possuem elas, enfim, relações entre si e com sua origem, com os desígnios do legislador e com a ordem das coisas sobre as quais são elas estabelecidas. É preciso considerá-las em todos esses aspectos⁵¹".

PONTES DE MIRANDA, a nosso ver, ao investigar objetivamente o direito nas relações sociais, procura representar o mais exatamente possível o que se convencionou chamar de fontes formais com as denominadas fontes materiais, pretendendo a identificação das regras jurídicas com os fatos sociais, em que pese admitir a dificuldade dessa obtenção, devido à falta de desenvolvimento metodológico que permita a indução da regra jurídica do fato social, objetivamente e de forma rigorosa. Faz notar que muito caminho resta a ser percorrido na busca de método impessoal.

Noutras palavras, visa adequar o mais que pode os sistemas jurídicos com os sistemas sociais, eis que os primeiros são formados de regras jurídicas, quer sejam leis, costumes e demais, enquanto os segundos são compostos de relações sociais, sejam de natureza econômica, política, moral ou de outra ordem, as quais condensam valores.

Tem razão PONTES DE MIRANDA quando diz que as fontes jurídicas são apontadas pelo surgimento do próprio sistema jurídico. É que cada sistema jurídico deriva de determinado sistema social. Isso equivale dizer que são as condições sociais, em última análise, que produzem as fontes jurídicas, restando ao cientista do direito extraí-las e sistematizá-las, a fim de que constituam os sistemas jurídicos.

⁵¹MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues. Brasília, Editora Universidade de Brasília. UNB. 1982. p. 46.

Como vemos, é o mundo dos fatos que aponta as fontes do direito. Por isso, também assiste razão a PONTES DE MIRANDA, ao afirmar que não faz sentido a discussão acerca da justiça ou injustiça de determinado preceito jurídico, a exemplo de como procede o racionalismo, sujeitando tal questão à realidade dos fatos.

Coerente com esse posicionamento, é que envida esforços no sentido de conhecer relações, objeto do seu conhecimento, e não das normas codificadas ou costumeiras.

"O costume manifesta a regra jurídica, sem precisar ter sido editado, ou escrito. Quando se escrevem os costumes, procede-se como se se gravasse a voz de alguém, aí, a voz do grupo social. As regras jurídicas costumeiras nascem, através de atos que lhes revelam a incidência, e a aplicação; podem sofrer modificações; e podem desaparecer, ou pela criação de novo costume, ou pela superveniência de lei escrita, que as abroge ou derogue. Aliás, pode o costume, posterior a lei escrita, chegar ao ponto de torná-la ininvocável e derogá-la ou ab-rogá-la. Por onde se vê que existem costumes ab-rogatícios e costumes que criam o que no sistema jurídico não existia⁵²."

Da passagem acima referida, colhe-se que PONTES DE MIRANDA não estabelece hierarquia lógica entre as fontes jurídicas, pois, mesmo dentro de um mesmo sistema jurídico, podem coexistir regras jurídicas escritas e regras jurídicas não escritas, no caso consuetudinárias, suscetíveis de suplantarem-se mutuamente. Tanto o costume pode ser revogado pela lei, quanto pode ocorrer o contrário, que é o caso da lei ser revogada pelo costume.

Isso se justifica, a nosso sentir, por as regras jurídicas estarem suscetíveis ao que os fatos apontam, em virtude das mutações acontecidas nas relações sociais, que são na realidade as fontes jurídicas, simbolizadas na lei, nos costumes e demais esquemas de representação do real.

A luta de PONTES DE MIRANDA é contra o apriorismo, o qual pretende fazer passar a representação pela representada, a forma pelo conteúdo. Para melhor aclararmos, dizemos, pretende tomar as regras jurídicas previamente como se fossem as genuínas fontes do direito, descurando das relações sociais, que são as autênticas fontes.

⁵²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 370-1.

Trata-se o apriorismo de postura monista, que inverte a solução do problema ao pretender fazer derivar os fatos de regras abstratas, quando o oposto é que se deve dar.

É evidente que as relações sociais não podem ser moldadas por regras prévias imaginadas, o que denunciaria sobrevivência teológica ou metafísica, jamais admitidas no estágio em que se encontra a sistematização do conhecimento positivo do direito, segundo o ângulo do autor trabalhado.

Como podemos ver, é pela escada sociológica que PONTES DE MIRANDA consegue descer até a nascente das regras jurídicas, que são as relações econômicas, políticas, religiosas e outras.

O racionalismo, por se abroquelar na razão, recusa-se a penetrar no âmago das relações sociais, tomando impropriamente por fontes jurídicas o que não passa de mera abstração, sem qualquer suporte fático.

Portanto, estamos com o autor nessa descida sociológica, sob pena de sermos forçados a admitir que normas hipostasiantes da realidade social possam reger a coexistência humana, sem qualquer compromisso com a vida.

"As leis não são produtos da inteligência individual, cujo mister é fabricar objetos, *de instrumentos fazer instrumentos*, variando indefinidamente a fabricação (1); não é homo-faber que as imagina e cria: legislar é muito menos que inventar, e talvez muito mais... Quem legisla, não produz nem cria, não inventa nem constrói, descobre, ao muito, *um processo de ciência social*(2). E assim acontece a todas as formações sociais. O Estado, por exemplo, *pessoa política organizada da nação num país determinado*(3) não é o resultado da vontade construtiva dos juristas: existe nos fatos, manifesta-se sob as linhas essenciais de uma associação bem definida⁵³."

Ao testar o caráter relativo das fontes jurídicas, dada a própria relatividade das relações sociais onde se acham, PONTES DE MIRANDA propõe solução positivista para sua tematização, entendendo, por isso, tudo que se antepõe à metafísica, pois prefere descobri-la nos fatos.

Assim, abre perspectivas para o tratamento do problema das fontes do direito invertendo a ordem em que o mesmo é colocado, não aceitando como ponto de partida o a

⁵³ _____. *À margem do Direito*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1912. p. 93-4.

priori abstrato, mas indo diretamente ao substrato social, o que merece, inclusive, um enfoque filosófico, a iniciar pela colocação no seu devido lugar do que se entende por fontes do direito.

5. Relatividade do valor da expressão legal.

Para o jurista brasileiro, nenhuma forma é exata, inexiste a noção do absoluto, dada a inevitável relatividade do conhecimento humano, porquanto deve o cientista do direito contentar-se com verdades aproximadas, provisórias e retificáveis. Para ele, o absoluto é ficção.

Assim, os sistemas jurídicos vigorantes em dado momento histórico são passíveis de sofrerem correções, mesmo quando erigidos em princípios articulados a partir do que os fatos mostram, pois também esses estão sujeitos a variar historicamente.

Contudo, o método científico permite a redução das probabilidades de erros, procurando melhor adequar as regras jurídicas com as relações políticas, morais e outras, que formam as relações sociais, o que faz avançar o conhecimento em busca da maior perfeição possível.

Indagar a PONTES DE MIRANDA se é possível obter a perfeição, para nós, equivale a perguntar se é possível atingir a coisa em si, questão essa respondida por ele como sem interesse para a ciência positiva do direito, que se ocupa de fatos e não de metafísica. De idêntico modo, pensamos que não tem sentido colocar a preocupação da possibilidade da perfeição, que se afigura, pensamos, também como interrogante pertencente ao mundo das idealidades, longe de se constituir em objeto de investigação.

Não obstante, nenhuma incompatibilidade existe que impeça a filosofia jurídica pontesiana de perseguir o aperfeiçoamento do conhecimento, mesmo tendo consciência das dificuldades encontradas, face ao não desenvolvimento de instrumental metodológico adequado que permita a análise objetiva das relações sociais, de sorte que a relatividade afeta igualmente a própria linguagem jurídica, pois o conhecimento se ressentido de palavras exatas que possam traduzir os dados do mundo, estabelecendo completa identificação entre as regras jurídicas e as relações sociais.

Convencido de que as palavras da lei valem pelo que dizem e não por si mesmas, a penas servindo de instrumento exteriorizador e comunicador de conceitos, denuncia, então, a relatividade das definições, das classificações e de tudo o mais que implicar a utilização da linguagem.

As idéias do jovem PONTES DE MIRANDA, retratadas em “À Margem do Direito”, sua obra de estréia, publicada em 1912, já sinalizavam o percurso que faria durante sua vida jusfilosófica, no específico à linguagem, revelando sua posição relativista.

"seu desígnio é engendrar elementos pelos quais se tornem possíveis, até certo grau, as exteriorizações verbais dos atos psíquicos e, portanto, a própria vida social⁵⁴."

Acontece que existe para ele uma base psicológica e sociológica sobre as quais deve incidir a linguagem, por isso a margem estreita ou larga das expressões jurídicas ao exteriorizar as regras jurídicas, não existindo coincidência entre o conceito e o objeto conceituado.

Escreveu ainda, no seu “ensaio de psicologia jurídica”, obra recém-referida:

No próprio direito as classificações não se me afiguram impecáveis, pois que de defeitos vulgares se não livraram Grasserie e outros que fora ocioso mencionar: não se poderia escapar à eiva, pois que os fenômenos, como as ciências que os restolham, a fundirem-se uns com os outros, não se subordinam, como preciso fora, a uma seriação lógica, nem ao exposto especializado, objetivo e determinante de uma classificação, - um fenômeno junta-se a outro e aparece, inesperadamente, de si mesmo obscuro, como um fato novo, ao redor do qual efeitos vários gravitam, e não é difícil vermos, na pendência, fatos que apresentam lado sociológico, psicológico e jurídico⁵⁵."

Insurge-se, destarte, contra as classificações jurídicas que se pretendem incensuráveis, como se obedecessem a uma seqüência lógica, atentando para a pluralidade de fatos sociais que presidem o surgimento do fenômeno jurídico.

⁵⁴Idem. Ibidem. p. 98.

⁵⁵Idem. Ibidem. p. 40-2.

É por isso que determinado dispositivo legal não exprime exatamente o que se propõe exprimir, mas algo de alterável que as palavras pretenderam dizer. Nesse sentido é que afirmou, conforme citamos alhures, que toda obra de codificação é o resultado de um fracasso, posto que pretende fotografar no tempo o que é mutável, no caso o objeto que se pretende fixar, que são os próprios fatos sociais.

PONTES DE MIRANDA tinha consciência da imperfeição da linguagem, convencido da impossibilidade das palavras da lei em traduzir fatos vivos, com precisão e exatidão absolutas, porquanto não pode haver correspondência perfeita entre a expressão da regra jurídica e a verificação empírica do fato por ela exteriorizado.

Noutra obra, intitulada “A Sabedoria dos Instintos”, em que revela seu estilo literário, também atenta para a variação semântica das palavras, mostrando a diversidade de sentidos que as expressões escritas podem conter.

"Atentas as condições da sociedade atual, há palavras que não têm mais o emprego que deviam ter. Dão-se-lhes outros sentidos, outras alusões... É a anarquia verbal provocada pelo artificialismo político e pela absurda preocupação fingida e moral de coonestar aos fatos da vida⁵⁶".

O constante revolver dos fatos da vida social alteram substancialmente o sentido das expressões legais, o que denuncia a insuficiência e a incompletude dos termos, artificialmente construídos, para condensar a riqueza dos fenômenos sociais, pretensão essa que se afigura por demais temerária.

Ao produzir obra de “Sistema de Ciência Positiva do Direito”, empreendida ao largo de dez longos anos, através de observações e pesquisas, onde se acham reunidas as convicções de cientista do direito que foi PONTES DE MIRANDA, cuja primeira edição apareceu em 1922, ao mesmo tempo em que teve o cuidado de desenvolver sua temática por meio de linguagem rigorosa, em nenhum momento descurou de que essa linguagem se ressentia do relativismo. É que o rigor no uso da linguagem não pode ser confundido com linguagem absoluta.

Se procedermos ao mapeamento dessa obra há pouco mencionada, constatamos o cuidado de PONTES DE MIRANDA com o uso da linguagem, para não trair sua postura

⁵⁶ _____ . A sabedoria dos instintos. 2. ed. Rio de Janeiro, Garnier, 1924, p. 185-6.

epistemológica relativista, pois sabia que entre a expressão do conhecimento e sua verificação não há tradução perfeita.

Somente para exemplificarmos, reproduzimos a seguinte passagem, que pode ser lida no tomo III do "Sistema de Ciência Positiva do Direito", na 2ª Edição que veio a lume em 1972:

"A linguagem tem grande importância para o direito. Tem-se de exprimir com a máxima exatidão o que há de ser obedecido pelos membros do grupo social. Em primeiro lugar tem-se de pôr a precisão e o cuidado lingüístico; depois, a terminologia jurídica, que é produto multimilenar de esforços humanos nos caminhos das conceituações e da lógica. A regra jurídica supõe pensamento, vontade e solução⁵⁷".

É certo que o autor prima por elegante estilo lingüístico, numa apurada técnica jurídica, promovendo o aperfeiçoamento terminológico, concorrendo para que entre as relações sociais e os conceitos não haja erros. Porém, em várias passagens de suas obras colhemos a cautela com que se reporta à linguagem, sempre falando, como podemos ver na citação acima, em máxima exatidão, mas jamais dizendo o absolutamente exato. É que do absoluto não cuida a ciência, só se ocupando do que está nos fatos, do que pode ser passível de verificação empírica. Para ele, as palavras não têm outra função senão dar nome às relações jurídicas.

Se, como vimos, as relações sociais são relativas, tem-se por evidente que as relações jurídicas, dela derivadas, também o serão, bem como as regras jurídicas que procuram fielmente reproduzi-las, por decorrência lógica fundada nos fatos.

Noutra passagem, também podemos identificar a comprovação desse ponto que estamos tratando, atestatório da relatividade das regras jurídicas, no concernente a sua expressão valorativa.

"Donde se conclui que, ainda quando se ajustam lei e direito, é preciso dar à fórmula legal entendimento assaz nítido, sob pena de o termos excetuado por uma infinidade de outros princípios; e, como tal nitidez é algo subjetiva, do leitor ou do intérprete, e não exclusivamente

⁵⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p. 372.

objetiva, da lei, *ainda nos casos felizes*, é relativo, e não absoluto, o valor da expressão legal⁵⁸".

Essa parte transcrita da obra pontesiana constitui a síntese da abortagem do tema lei e direito, onde mostra que é possível ocorrerem três situações dentre eles. A primeira é que a lei, numa síntese feliz, de toda realidade social se identificaria inteiramente com todo o direito objetivo. No segundo caso, a lei conteria todo o direito ou o direito conteria toda a lei, o que equivale dizer que a lei poderia ser maior ou menor do que o direito, e o terceiro caso seria aquele em que a lei não é maior nem menor que o direito, e muito menos igual. Essa última situação, nas palavras de PONTES DE MIRANDA, não pertence ao direito-ciência o estudo de tal lei, mas ao capítulo da política.

Tal referência se faz necessária, a nosso sentir, para que o leitor não pense que estamos incorrendo em contradição, e muito menos o autor tematizado, o que fatalmente ocorreria, pela simples leitura da citação efetuada, pois da mesma se infere a situação em que a lei e o direito se ajustam. Contudo, contextualizando tal referência, verificamos que se trata de um caso dentre três ocorridos a PONTES DE MIRANDA e exemplificados para dizer que tal ajustamento somente ocorre na visão subjetiva do intérprete da lei, ao procurar aplicá-la ao caso concreto, numa perspectiva silogística de subsunção do fato à norma, aliás tão combatido por ele, por isso que esse ajuste não se opera na análise objetiva, impessoal, das relações jurídicas. Aliás, nem poderia ser diferente, porquanto já tivemos o ensejo de observar, as relações sociais donde derivam as relações jurídicas são relativas. Daí o relativo valor das expressões legais.

Nunca convém esquecermos que a teoria científica de PONTES DE MIRANDA procura edificar o jurídico a partir dos fatos e não de abstrações. E as normas jurídicas não passam de produtos do pensamento, não o conteúdo efetivo do direito, que somente as relações podem dar.

Alguns autores procuram vincular o pensamento de PONTES DE MIRANDA com o neopositivismo lógico, também conhecido como Círculo de Viena, que por sua vez não se confunde com a Escola Jurídica de Viena, fundada por HANS KELSEN. Aliás, ele próprio

⁵⁸Idem. Ibidem. p. 291.

sabia disso, tanto que, em capítulo inserido na 2ª edição do “Sistema de Ciência Positiva do Direito”, em que atualiza cinquenta anos de conhecimento, declara:

“Os trabalhos posteriores a 1922, como *Der logische Aufbau der Welt* de RUDOLF CARNAP (1928), *Allgemeine Erkenntnislehre* de MORITZ SCHLICK (1925, 2ª. ed.), *Überflüssig Wessenheiten* de HANS HANN (1930), foram no mesmo caminho que seguíramos, com o neopositivismo. A chamada Escola de Viena, que se não há de confundir com a outra, do mesmo nome, a que pertencia HANS KELSEN, exsurgiu em 1929, e alguns escritores ligam a ela a nossa obra anterior e as posteriores⁵⁹.”

Cronologicamente, não há como negarmos que as primeiras obras de PONTES DE MIRANDA, especificamente o “Sistema de Ciência Positiva do Direito”, surgida em 1922 e a “Introdução Científica ou fundamentos da Ciência Positiva do Direito”, publicada em 1924, onde se acha sua teoria científica do direito, são anteriores ao Círculo de Viena, surgido em 1929.

Para melhor analisarmos até que ponto o Círculo de Viena influenciou no pensamento científico e filosófico de PONTES DE MIRANDA, se é que houve essa influência em sua vocação de jurista, incentivando sua investigação do direito, empreendida a partir do interesse pela matemática, física, epistemologia e outras disciplinas, sufragando posição integral do conhecimento, cumpre-nos clarificar o que foi e representou o neopositivismo lógico.

O Círculo de Viena, como também era conhecido, ou ainda positivismo contemporâneo, como às vezes é denominado, consistiu num vasto movimento semiológico e epistemológico, integrado por físicos, químicos, sociólogos, lógicos, filósofos e representantes de outras áreas do saber, constituindo um grupo interdisciplinar, reunido com o objetivo de estudar as conexões entre as diferentes ciências.

Consistiu num movimento obsessivo em torno da verdade dos discursos científicos, pelo que considerava que a maioria dos problemas filosóficos são falsos problemas, posto que frutos de uma inadequada compreensão do funcionamento da linguagem, que a filosofia se reduz à filosofia da ciência, motivo pelo qual os problemas filosóficos são pseudo-problemas, quer dizer, enunciados metafísicos. Por isso, para o neopositivismo lógico a

⁵⁹Idem. *Ibidem*. Tomo I, p. 312.

filosofia fica reduzida a sua dimensão epistemológica, rejeitando toda e qualquer metafísica; por consequência, apresentava a verdade objetiva como condição de significação e, por fim, a demarcação entre as proposições e as pseudo-proposições, cujo critério se encontra balizado não pelas condições semânticas de sentido, mas pelas condições sintáticas.

Para o positivismo contemporâneo, no fundo, o problema do conhecimento restaria resolvido com a construção de linguagens artificiais, isenta dos vícios de que se ressentia a linguagem ordinária, que por sua vez as corrige.

Desse modo, o problema da ciência ficaria reduzido a pura dimensão lingüística, pelo que identificavam ciência e linguagem. Assim, pensavam os neopositivistas lógicos que, a partir do momento em que se conseguisse obter palavras isentas de cargas emotivas, o que equivale dizer, neutras, para elucidar os dados do mundo, estaria encontrada a solução para a ciência.

Convém mencionarmos que essa preocupação pelos estudos dos signos, ou seja, das palavras, de forma sistematizada, data do início do século. A tentativa de considerar os signos como objeto específico de um conhecimento científico originou-se de estudos e investigações realizadas pelos lingüistas contemporâneos ao redor da linguagem natural, e pelos lógico-matemáticos com relação às linguagens artificiais formalizadas.

Quase ao mesmo tempo, FERDINAND DE SAUSSURE, na Europa, e CHARLES SANDERS PIERCE, nos Estados Unidos, sugeriram a necessidade de construir uma teoria geral dos sistemas signícos. O primeiro propôs denominá-la semiologia e o segundo semiótica. Portanto, constituem expressões utilizadas indistintamente como equivalentes.

As partes da semiótica são a sintaxe, que é a parte gramatical dos enunciados, ocupa-se da relação dos signos entre si; a semântica, que cuida da relação dos signos com o mundo; e a pragmática, que visa à relação dos signos com os usuários.

Para os neopositivistas lógicos só interessavam as partes da sintaxe e da semântica, eis que o conhecimento científico deveria satisfazer esses dois pressupostos, pois à sintaxe caberia o papel de servir como critério demarcatório entre as proposições e as pseudo-proposições, que dizer, entre os enunciados com sentido e os enunciados sem sentido, enquanto que à semântica comportaria suas teses na objetividade e na verdade.

Para o Círculo de Viena, as proposições do conhecimento devem, no plano da sintaxe, satisfazer as regras morfológicas de formação de linguagens e, no plano semântico, o teste de verificabilidade.

Procedemos a essa digressão, para recuperar a idéia matriz do neopositivismo lógico, que é a satisfação da condição semântica de sentido dos enunciados científicos, presente nos estudos semióticos empreendidos por CHARLES SANDERS PIERCE, especificamente na divisão de sua semiótica, como vimos, e que foi utilizada pelo Círculo de Viena, para verificar a adequação dos fatos do mundo físico com os signos utilizados.

Aliás, a relação do Círculo de Viena com o semiótico norte-americano não passou desatenta ao semiólogo LUIS ALBERTO WARAT, no estudo que empreendeu na obra intitulada "O Direito e sua Linguagem".

"Desta forma, há uma idéia medular no Círculo de Viena que Pierce certamente insinuou; estamos nos referindo às condições semânticas de verificação como critério de significação. Segundo Pierce, é impossível ter em nossa mente uma idéia que não se encontre vinculada aos efeitos sensíveis das coisas. Uma idéia é sempre uma representação de certos efeitos sensíveis⁶⁰."

Dessa forma, o neopositivismo lógico assume o rigor da linguagem como referencial na busca do conhecimento, postulando a verdade, a objetividade e a verificação das ciências, através de instrumental semiológico puro, isento, erigindo um padrão epistemológico com base na linguagem, que sirva para todas as ciências.

Dentre os integrantes do Círculo de Viena, no qual podemos destacar as figuras de MORITZ SCHLICK, RUDOLF CARNAP, HANS HANN, HANS KELSEN, KARL POPPER e outros, houve alguns que se filiaram a uma postura chamada de fisicalismo, como, por exemplo, RUDOLF CARNAP.

O fisicalismo representou a doutrina que explicava tudo à luz da física, transformando essa ciência paradigma de todas as demais ciências, sustentando a tese central que a linguagem fisicalista é uma linguagem universal, na qual pode ser traduzida qualquer proposição. Era uma espécie de linguagem básica para o conhecimento.

⁶⁰WARAT, Luis Alberto et alii. O Direito e sua Linguagem. 2. versão. Florianópolis, UFSC, 1980. p. 4.

A posição fiscalista era assumida por determinado segmento do Círculo de Viena, não como postura oficial dele.

Como dissemos algures, alguns escritores procuram vincular os trabalhos de PONTES DE MIRANDA com o neopositivismo lógico. Dentre tais, destacamos a figura do filósofo DJACIR MENEZES, seu discípulo, e maior conhecedor do pensamento do mestre no Brasil, na expressão de reconhecimento do jurista MIGUEL REALE, em debate travado entre ambos, constante nos anais do II Encontro Nacional de Filosofia do Direito, após a conferência proferida pelo profundo conhecedor do pensamento pontesiano.

Noutra conferência sobre PONTES DE MIRANDA e o neopositivismo lógico, proferida no III Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito, em João Pessoa, na Paraíba, em que procurou caracterizar através da obra do mestre o neopositivismo lógico, assim se pronunciou DJACIR MENEZES em sua ponência:

"A conclusão a que chego após tantos anos de estudo de suas obras é a de que PONTES ali encontrou a influência marcante de seu espírito, que lhe daria o perfil preciso no plano das mais altas indagações. E as afinidades profundas que o vincularam àquela *agência* de pensadores eram sem *dúvida*, tipicamente, a constância de seus estudos de matemática e física, particularmente da Teoria da Relatividade⁶¹."

Pelos estudos que efetuamos sobre as obras pontesianas, também cumpre confessarmos os pontos de encontro entre suas teses e as do neopositivismo lógico em muitos aspectos. Pela própria exposição que estamos desenvolvendo, podemos constatar a postura interdisciplinar, o combate à metafísica, a unidade das ciências e o fiscalismo, que vê na física o paradigma de todas as ciências, posições comuns ao Círculo e a PONTES DE MIRANDA.

Contudo, em nosso entendimento, PONTES DE MIRANDA não se deixou arrastar pela linguagem fiscalista do Círculo de Viena, que a via como uma linguagem universal, na qual podia ser veiculado qualquer enunciado. O fator de unidade entre as ciências, para PONTES DE MIRANDA, não era a linguagem do fiscalismo, mas o princípio da relatividade do conhecimento.

⁶¹MENEZES, Djacir. Pontes de Miranda e o Neo-positivismo Lógico. III Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito. João Pessoa, Grafset, jul. 1988. p. 173.

Aí reside uma das diferenças marcantes entre o pensamento pontesiano e o neopositivismo lógico, pois, em que pese o rigor terminológico aspirado por PONTES DE MIRANDA, o mesmo se dando com o Círculo de Viena, tanto que persegue o aperfeiçoamento do conhecimento permanentemente, em nenhum momento de sua obra sustenta a existência de uma linguagem absoluta, neutra, isenta, pura, pois tem consciência da relatividade das relações sociais e do valor relativo das expressões lingüísticas.

PONTES DE MIRANDA reunia em si próprio a interdisciplinaridade do Círculo de Viena, pois sua formação no campo da física, da matemática, da lógica e do direito o levaram a apresentar concepção integral do fenômeno jurídico, pelo que ainda aliava a teoria da relatividade às suas investigações do conhecimento.

Pensamos que sua contribuição epistemológica, residente no relativismo de todo o conhecimento, iniciou a desarticulação da linguagem fisicalista do neopositivismo lógico, que assumia a precisão da linguagem como paradigma da investigação científica, posto que o positivismo sociológico pontesiano pertence a uma fase intercalar que medeia entre o positivismo comteano e o Círculo de Viena.

Nesse sentido, podemos dizer que o autor brasileiro antecipou-se às críticas posteriormente endereçadas ao neopositivismo lógico, antecipando-se, até mesmo, a KARL POPPER e a GASTON BACHELARD, que escreveram importantíssimos trabalhos direcionados a abalar a linguagem científica calcada em núcleos denotativos exatos, a partir da década de quarenta.

O mestre brasileiro jamais identificou ciência e linguagem. Enquanto os neopositivistas visavam conquistar um nível formal para suas linguagens, buscando a construção de linguagens artificiais, para tentar suprimir a ambigüidade e a vagueza de que se ressentia a chamada linguagem ordinária, por meio de processo de elucidação, para afastar os componentes metafísicos da ciência, PONTES DE MIRANDA se manteve coerente com sua concepção natural do fenômeno jurídico, sustentando a unidade das ciências naturais, o que mais leva a afirmar que defendeu o caráter natural da linguagem jurídica, face à admissão de palavras vagas e indeterminadas na linguagem jurídica, justificadas pelas próprias alterações ocorridas na realidade social, que alteram constantemente o significado das palavras.

"Bom senso, senso lógico, consciência jurídica, senso prático, estético, jurídico, político, tato e gosto, simpatia, etc., são palavras vagas e indeterminadas pelas quais metafisicamente se pretende denominar fenômenos psicológicos ainda insuficientemente estudados. Reta razão, natureza, razão natural, conformidade com a natureza, vontade divina, vontade geral, a convivência de que falava BURLAMAQUI, a justiça absoluta de LE MERCIER DE LA RIVIÈRE, etc., não são de outro estofa. Simples esquemas de sentimento e razão que servem à constituição de valores. Teremos ensejo de ver como poderemos chegar a melhores resultados e com a segurança que só a Ciência pode dar. Aqui, o que importa é saber que procuramos pontos fixos, a fim de interpretar a realidade, que é assaz relativa⁶²."

Pelo que verificamos, o direito se expressa por meio de uma linguagem que não perdeu as características de natural ou ordinária, visto que podemos identificar casos de imprecisão e ambigüidade no emprego do instrumental lingüístico de que dispõem os operadores do direito para expressar as regras jurídicas.

⁶²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. 182.

II - CAPÍTULO: Método na visão de PONTES DE MIRANDA

1. Voluntarismo subjetivista e animismo legalista

Por detrás do voluntarismo subjetivista e do animismo legalista, escondem-se duas posturas interpretativas da lei, consistentes, respectivamente, na vontade do legislador e na vontade da lei, que, por sua vez, procuraram oferecer soluções definitivas para o problema do sentido do texto legal.

Ao buscarem o sentido da interpretação legal, divergiram, metodologicamente, tais posições. Enquanto a primeira defendeu o método dogmático-jurídico, a segunda sustentou o método histórico-evolutivo.

O método jurídico-dogmático, caracterizado pela busca da vontade do legislador, foi o caminho percorrido pela Escola Exegética Francesa e pelos demais movimentos que culminaram no pandectismo alemão e no analiticismo inglês.

Para a Escola Exegética Francesa, a norma legislativa insculpida no Código de Napoleão, como era chamado o Código Civil Francês, surgido em 1804 e que marcou o advento das codificações, constituía um dogma, limitando a interpretação da lei à vontade do legislador.

Era como se os códigos nada deixassem ao arbítrio do intérprete, pois todo o direito escrito estava contido na lei, depositária do espírito do legislador constituinte.

Predominava a interpretação literal ou gramatical, nos casos em que a lei fosse clara, prevalecendo a máxima *in claris interpretatio cessat*, como se a lei fosse clara e dispensasse a interpretação. Diante da clareza da lei, cessava a interpretação, limitando-se o intérprete a praticamente repetir o contido no texto legal.

Quando muito, iam os hermeneutas até a vontade do legislador, nos casos em que não se afigura essa cristalinidade do texto, atividade que pode ser traduzida como fetichismo legal, eis que o legislador não pode ser onipresente, onisciente e onividente, a toda evidência, posto que não pode tudo prever, nem tampouco arvorar-se em detentor privilegiado do monopólio exclusivo da elaboração do direito.

Data dessa fase o enorme prestígio alcançado pela lei, mantido ainda contemporaneamente nos sistemas jurídicos continentais de tradição romana, traduzindo-se quase que em fonte única do direito.

Mas, a vontade do legislador ou *mens legislatoris*, para usarmos uma expressão latina, que se atinha unicamente à exegese do texto legal, fazendo derivar o sentido oculto das palavras legais mediante procedimentos lógicos e filológicos, deduzido do pensamento do legislador, marcou o início de toda uma recomposição metodológica que se seguiu.

Daí avançou-se para a vontade da lei, que já constituiu um progresso em relação à vontade do legislador, pois a interpretação não se prendia mais ao subjetivismo de um legislador passado, porém se ligava ao querer de uma regra jurídica.

Tal mutação deveu-se à revolta dos fatos contra os códigos, porquanto a dinâmica da vida mostrou que não se poderia ficar preso à intenção de um legislador originário, quando questões presentes e que não foram previstas por ele, nem sequer imaginadas, estavam a reclamar soluções novas.

Eis que o temor napoleônico de que lhe interpretassem o código se confirmara, pois o hermeneuta passou a romper com os diques impostos pela *mens legislatoris*, passando a estabelecer uma adequação da lei aos fatos sociais.

Destarte, o exegetismo francês, lastreado estritamente na interpretação literal do texto legal, adstrito somente ao subjetivismo voluntarista do legislador, que não se afastava da denotação pura da regra jurídica, cioso na guarda da lei como se fosse sagrada, pois o simples comentário seria profaná-la, o que não era permitido nem tolerado, cedeu lugar à vontade da lei.

Portanto, foi o fluir dos tempos, o exurgir de problemas sociais, reclamando soluções não encontradas no Código Napoleônico, que denunciaram sua insuficiência, demonstrando que não poderia se constituir em panacéia para a cura de todos os males jurídico-sociais, atentando para a plasticidade das relações sociais.

Assim, a vontade da lei ou *mens legis* veio em substituição às normas hipostasiadas da realidade social, consubstanciadas em vetusta codificação, denunciando sua impotência para reger o coexistir social.

Entretanto, tanto a *mens legislatoris* quanto a *mens legis* trata-se de procedimentos interpretativos abstratos, consistentes em fórmulas apriorísticas, as quais pretendem, silogisticamente, subsumir todo o fato social, eis que pretendem deduzir de premissas formalmente estabelecidas, que são as leis, as respostas que as relações sociais exigem.

"A vontade do legislador nunca foi o exclusivo, nem o verdadeiro conteúdo do direito, tampouco a da lei, e em tempo nenhum foi possível a plenitude lógica da regra legal, - mas somente hoje, com os princípios formulados desde BÜLOW até a presente obra é que podemos entender e cientificamente explicar estes fatos¹."

PONTES DE MIRANDA não considera a vontade da lei, nem a vontade do legislador como o conteúdo verdadeiro e exclusivo do direito, tampouco admitindo em qualquer tempo o princípio da plenitude lógica da regra legal, pelo que se reporta a OSKAR BÜLOW, quem atentara já em 1885 para as falhas da lei e cogitara da função criadora, que deveria caber ao juiz, princípio esse que fora ampliado por outros.

Lembra também RITTER HUGO que, em 1812, dizia não serem as leis a única fonte do direito, das verdades jurídicas, a quem se atribuiu o princípio do relativismo da lei enquanto fonte jurídica.

Do tomo segundo da obra "Sistema de Ciência Positiva do Direito", reproduzimos a extensa, mas importante referência do autor tematizado, por recuperar as linhas demarcatórias de seu pensamento, que, ao cuidar dos princípios científicos do Direito, assim se manifesta:

"Posteriormente, a PUCHTA e SAVIGNY devem-se desenvolvimentos assaz significativos da idéia de RITTER HUGO, mas é a este que se há de atribuir o princípio do caráter relativo da lei como fonte de direito; é um dos veios, porém não o veio de todo o conjunto jurídico. *A lei tem lacunas* é outro princípio; cabe a EUGEN EHRLICH, em 1888, e, por isso mesmo, devemos denominá-lo princípio de EHRLICH. Antes, atentara BÜLOW (1885) em tais falhas da lei e cogitara da função criadora, que devia competir ao juiz. Foi o princípio de BÜLOW ampliado por outros, a que GÉNY deu a forma de *libre*

¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo II, p. 239.

recherche du droit (1899) e EHRLICH (1903) a de descobrimento ou de livre ciência do direito.

"Não são mais o legislador e o juiz os criadores, são o legislador, o juiz e os demais indivíduos preocupados com a revelação do direito. A esta feição mais elevada dá-se o nome de livre descobrir do direito (*freie Rechtsfindung*), e à teoria extrema, de KANTOROWICZ (1906) e outros, o de *freies Recht*, direito livre. Ao princípio da independência da exegese em relação à vontade do legislador, substituída pela criação consciente e científica, cabe a denominação de princípio de STERNBERG (1904). Por princípio de ZITELMANN considera-se o da inevitabilidade das lacunas (1903) complementar do de JUNG (1900), que é o da negação da suposta *logische Geschlossenheit des Rechts* (*Gesetzes*) isto é, da plenitude lógica do direito ²".

São esses os resultados da indagação científica e é sobre eles que PONTES DE MIRANDA edifica a ciência positiva do direito. Para tanto, adiciona a tudo isso o que os fatos contêm, quais sejam os elementos de ordem política, econômica, religiosa e demais que constituem as relações sociais.

Para ele, o conteúdo das regras jurídicas são os materiais de que são formados os fatos. É daí que o direito deve advir e não de princípios abstratos. Por isso que o direito deve ser revelado e não criado.

À postura voluntarista do subjetivismo do legislador propõe a livre descoberta do direito, não mais no mundo do pensamento, mas sim no mundo dos fatos, substituindo a interpretação da vontade do legislador pela descoberta consciente e científica do que os fatos apontam.

"A pesquisa científica somente pode ser *livre*. Livres não de ser os resultados, sob pena de não serem científicos. Desde o momento em que se admita o processo subjetivo de discussão oratória, como se faz nos parlamentos, ou de imposição, como se deu nos governos autocráticos, renuncia-se à ciência: persiste-se no subjetivismo³."

No sentir de PONTES DE MIRANDA, o subjetivismo voluntarista do legislador em criar o direito resente-se de vício autoritário, pois condiciona seu aparecimento a critério estritamente individualista, confiando exclusiva e diretamente na razão.

²Idem. Ibidem. p. 225-7.

³_____. *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p. 129.

Por isso, revela-se tal atitude subjetivista incompatível com a livre pesquisa do direito nos fatos sociais. Contra esse despotismo ele luta, tentando minimizá-lo.

De outra forma, também critica o animismo legalista pela dubiedade interpretativa que representa. Não bastasse o absurdo de se pretender atribuir vontade a ser inanimado, vício antropomórfico, procura auscultar nas palavras do texto a inteligência pensamental do legislador passado, quer dizer, como o mesmo agiria se acaso vivesse no presente e provesse a hipótese fática em apreço.

Trata-se, como vemos, o voluntarismo subjetivista e o legalismo animista de duas maneiras superadas de encarar a interpretação da lei, por delegarem à razão a incumbência de prover toda a realidade social, que é assaz dinâmica e complexa, tomando como paradigma a abstração de uma expressão normativa, aprioristicamente formulada, desatenta aos pressupostos contingenciais e circunstâncias valorativas que presidem as relações sociais.

Não obstante, cumpre-nos não perder de vista a perspectiva histórica para não tecermos críticas injustificadas às posições debatidas. Nesse sentido, convém atentar que elas são frutos de um período em que o legalismo era defendido por razões de ordem política.

Se bem recordarmos, o Código Napoleônico surgiu logo após a Revolução Francesa e seu objetivo era realizar na prática os propósitos de liberdade, igualdade e fraternidade, ideários que a animaram, eis que no antigo regime, para nos valermos de uma expressão que empresta o título ao livro de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, “O Antigo Regime e a Revolução,” servindo para caracterizar o período anterior à Revolução, imperava a ilegalidade.

Por isso, até se justificou num primeiro momento o estrito legalismo como forma de pôr cobro e não deixar que a situação anterior se repetisse, pois era necessário restaurar a ordem e oferecer segurança à situação que se apresentava.

Porém, decorrido certo tempo, verificou-se que a vida era por demais rica para se deixar amarrar pela intenção, quer do legislador, quer da lei, eis que novos fatos surgiam a cada dia, para os quais não havia previsão legal. Aliás, para que o Código Napoleônico

pudesse prever normativamente toda a coexistência social, mister seria que fosse obra divina e não humana.

Contudo, PONTES DE MIRANDA, atento às correntes filosóficas florescentes à época, soube interpretá-las, articulando sua proposta apistemológica com base nos fatos, rechaçando o vício subjetivista de que se ressentem a *mens legislatoris* e a *mens legis*, tanto que encampou o princípio relativista da lei como fonte do direito, admitiu a existência de lacunas na lei, vislumbrou a revelação do direito por todos quantos se empenhem na investigação do conhecimento científico, não mais sendo obra de legisladores e juizes, para arrematar com o rechaço à plenitude lógica do direito.

"Hoje, o artigo tal do Código não exprime, exatamente, o que, no ano passado, exprimia; porque não diz ele o que está nas palavras, mas algo de mutável que as palavras quiseram dizer⁴."

Tinha consciência de que o código não era uma obra perfeita e acabada, abrigo das verdades eternas, como pensaram os exegetas mais sectários, mas produto de um fracasso, ao pretender passar como imagem exata o que são simples traços de exteriorização do conteúdo do direito, que se encontra nas relações sociais.

Ao se afastar de buscar o sentido da lei nos subjetivismos voluntarista e animista, entendemos que procura exorcizar o despotismo na atividade do legislador, do intérprete e do juiz, tentando reduzir ao máximo possível, através de método adequado, que é o indutivo-científico, único capaz de extrair o direito dos fatos sociais. PONTES DE MIRANDA, a nosso ver, tem a nítida preocupação de estabelecer uma hermenêutica jurídica compatível com a atualização da vida humana, ao repelir as atitudes antropomórficas e animistas em torno da interpretação da lei.

Empreende o autor brasileiro uma crítica punctual à hermenêutica tradicional, que vê no silogismo lógico a solução para o problema da interpretação do direito, pelo que mostra a impossibilidade da adoção de respostas prévias para a solução de questões que fluem das oscilações sociais.

⁴ _____ *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p. 320.

"A dedução, como bem disse ADOLF STOHR, substitui um conceito por outro em qualquer princípio. Daí a sua *secundariedade*: não descobre realidades, como a indução; é um avançar dentro do espírito, ainda que mais inteligíveis se tornem os fenômenos a que se refere⁵."

Para ele, a atividade interpretativa deve desencadear-se do fato particular para a generalidade, através do caminho indutivo, nunca perdendo de vista as relações estabelecidas socialmente. Noutras palavras, deve-se mirar o fato e não a norma.

A nosso ver, PONTES DE MIRANDA, no Brasil, se antecipa às críticas endereçadas à forma tradicional de solucionar os conflitos sociais, que viam na sentença judicial uma operação simplesmente lógica, cujo ponto de partida do raciocínio era o abstrato da norma, nele querendo subsumir a riqueza do conteúdo do direito constante no fato.

Histórica e contemporaneamente, tal atitude representa importante contribuição à epistemologia jurídica, pois se traduz em avanço do conhecimento jurídico no mundo e o início da ciência do direito no Brasil. Nesse sentido se pronunciou o jurista brasileiro CLÓVIS BEVILAQUA, referindo-se ao "Sistema de Ciência Positiva do Direito", para nós sua obra jusfilosófica mais importante, por conter os fundamentos de sua investigação jurídica:

"É, portanto, da mais alta significação o vosso livro, para o avanço das idéias jurídicas no mundo, o que importa dizer, para o melhoramento da organização social. Isto explica todo o nosso júbilo de juristas e de brasileiros, e esta efusão sincera, em que ele se traduz.

"Disse há pouco, de passagem, que *constituistes* a ciência do direito. Devo insistir nesta afirmação, porque, se tiveste precursores, não tivestes modelos; apoiando-vos em trabalhos aparecidos antes do vosso, seguindo uma orientação, que se acentuava, destes forma nova ao pensamento humano, criastes a ciência, que outros apenas entreviram. E, daqui por diante, falarão na ciência brasileira do direito, por que vós a fundastes, sólida e brilhante. Fortes motivos são estes para que nos ufanemos como fruto das vossas meditações. Juristas, admiramos e estimamos o que fizestes: como Brasileiros, temos orgulho do que produzistes⁶".

PONTES DE MIRANDA desmitifica os dogmas da infalibilidade da lei e do legislador, ao rechaçar o princípio da plenitude lógica do direito, demonstrando que não é a

⁵ Idem. Ibidem. Tomo IV, p. 229.

⁶ Idem. Ibidem. Tomo I, p. XIII e XIV.

vontade do legislador ou da lei que legislam, pelo que resulta ineficaz a pesquisa subjetiva antropomórfica ou animista.

Ao defender que a lei é simples traço exterior, esquema da realidade social, é evidente que não se confunde com essa. Para que fosse aplicada à risca e valesse por si mesma, seria mister que a lei se ajustasse às relações sociais e não se deformasse ao contato com as realidades.

Para ele, a lei é sempre imperfeita no traduzir relações sociais, eis que essas são permanentemente variáveis, no que atestava consciência de que a lei não representa integralmente o direito.

Todavia, não se limitou apenas a denunciar a insuficiência da lei para satisfazer as necessidades de ordem social. Foi além, mostrou que, a exemplo do julgador, também o legislador deve investigar as relações sociais, através de método objetivo, delas extraindo o direito.

"Os fatos sociais são as relações e são relações o que os julgamentos traduzem. A extração das regras é processo posterior, porque, no próprio direito costumeiro, os fatos precedem à norma, que eles descrevem. Imaginar regras prévias, a que se reportem os julgamentos e pelas quais se modelem as relações, denuncia sobrevivência de teologismo ou de metafísica da concepção do direito: em vez de nos contentarmos com as relações, queremos seres, ainda abstratos (regras), de que dimanem os fatos⁷".

A solução apontada por PONTES DE MIRANDA para a interpretação da lei, além de científica, posto que buscada por método objetivo indutivo nas relações sociais, produz a democratização da revelação do direito. É que esse passa a depender do que os fatos indicarem e não mais de uma vontade racional, seja da lei ou do legislador.

Desse modo, a produção do direito afigura-se-nos menos arbitrária, porquanto não mais dependerá exclusivamente do legislador, de seus caprichos subjetivos, uma vez que o método objetivo a ser empregado na descoberta do direito diminuirá a equação pessoal, além de o direito poder ser investigado por todos quantos a ele se dedicarem, concorrendo para sua revelação.

⁷Idem. Ibidem. Tomo IV, p. 236.

A descoberta do direito nas relações, operada por método científico, que, segundo PONTES DE MIRANDA, somente pode ser o indutivo, contribuirá para a uniformização das formas de entendimento legal, haja vista que tanto o legislador quanto o juiz se orientarão pelo mesmo instrumental metodológico.

"O método científico desfaz tais contradições e, posto que reconheça a função *reveladora* do juiz, diminui a própria arbitrariedade que lhe resta no sistema vigente. O juiz preenche a lacuna sem ficar entregue a si mesmo. Em vez de critério subjetivo, o rigor da metodologia positiva. Legislador ou juiz sujeitam-se a ela: são servos-senhores da pesquisa; arrastam-na por onde queiram, mas têm os pés presos. Entregue a todas as atividades, qualquer cidadão pode proceder às investigações que entender e assim colaborar, livremente, na relação científica do direito, como se colabora, livremente, nas pesquisas da química e da física, da biologia e da botânica.

"Não é só contra o arbítrio do juiz que se defende a sociedade; é contra o arbítrio do intérprete e do legislador⁸."

Insistimos em dizer que subordinar o direito a princípio "apriori" é atribuí-lo à criação de qualquer força metafísica, mítica ou imaginária, a exemplo dos ordálios do antigo direito que se recusavam a procurar cientificamente a relação causal da qual deriva. Esse é o pensar de PONTES DE MIRANDA, a nosso sentir.

O que o legislador pensou ao elaborar a lei ou o que disse quando declarou, não podemos saber pela análise puramente volitiva, pois tal não depende de solução retórica para PONTES DE MIRANDA, mas sim de solução científica, o que implica verificação na realidade social.

De nossa parte, não há como negar que os fatos estão a mostrar novos rumos para as posturas subjetivistas, expressões hipostasiantes das regras jurídicas que jamais se deixam hipostasiar.

O apriorismo metafísico deve ceder lugar ao verificável empiricamente.

Enfatizando a necessidade de estudo concreto e positivo para os problemas epistemológicos do direito, que não mais se resolvem por uma mera especulação abstrata, preleciona o discípulo pontesiano DJACIR MENEZES:

⁸Idem. Ibidem. p. 136-7.

"Abandona-se a análise metafísica da Razão, por uma análise positiva da ciência. Esta é processus histórico, decorre das necessidades fundamentais dos grupos humanos, na faina econômica de utilizar o solo, as florestas, os cursos d'água, as minas, a cultura, a distribuição do produto, etc. É o desconhecimento desse aspecto histórico-ideológico do processus científico, em conexão com as condições existenciais das comunidades sociais, que tem determinado concepções errôneas, em que a atividade especulativa do espírito goza de propriedades misteriosas e demiúrgicas⁹."

A pesquisa do direito deve se dar nas próprias relações sociais e não mais em princípios abstratos do puro racionalismo. Esse é o caminho mostrado por PONTES DE MIRANDA.

Por isso, o princípio da plenitude lógica do direito não encontra amparo na doutrina, aspecto já flagrado no início do presente século. Sua preocupação foi investigar o conteúdo do direito e não a forma. Esta só interessava enquanto esquema de interpretação da realidade social, onde se achava o conteúdo do jurídico.

Podemos dizer que a lógica jurídica pontesiana é fundada nos fatos sociais, pois são eles que indicam o imperativo das normas, mantendo-se estas na medida em que as relações sociais se mantêm estabilizadas, pois as modificações experimentadas nestas acarretam a reformulação daquelas.

Em vez de imposição do direito, teremos indicação das regras jurídicas. Substitui-se o despotismo pela democracia. Esse é o resultado da fórmula pontesiana para o problema da interpretação da lei.

"Democratizar a criação do direito não é entregá-la às assembléias, nem diretamente ao povo, - é deixá-la às vocações, às pesquisas técnicas, aos que trazem o saber e o amor da verdade, aos que sabem *descobrir* em vez de *opinar*, aos que extraem do que é as leis da vida e os remédios que curam, de modo que lhes venha a adesão da massa humana, que então as adote, como adere e adota a eletricidade, que ilumina, aquece e transporta, e os soros que imunizam e fazem sarar.

"O método científico realiza, na Política e no Direito, tudo quanto nos é preciso para que deflua sistematicamente, sem contradições, a atividade

⁹MENEZES, Djacir. *Introdução à ciência do Direito*. 2. ed. Porto Alegre, Globo, 1938. p.15.

dos juristas (legislador, juiz, intérprete, executor, etc.). E só ele pode consegui-lo¹⁰”.

Pelo que depreendemos, a livre descoberta do direito fica atrelada ao método científico, no que constitui num passo à frente das escolas do direito livre idealizadas por FRANÇOIS GÉNY, EUGEN EHRLICH e HERMAN KANTOROWICZ. Acontece que PONTES DE MIRANDA adicionou aos princípios científicos por aqueles formulados o material de que se revestem os fatos sociais.

O critério objetivo da orientação metodológica indutiva, que é o da ciência positiva do direito, seguido por PONTES DE MIRANDA, permite tirar as regras jurídicas das relações sociais, substituindo a subjetividade do legislador ou da lei pela livre revelação do direito, com o que diminuirá a arbitrariedade do juiz, do intérprete e do legislador, democratizando-se os processos de revelação do direito, dada a utilização do mesmo método por todos, o que ensejará mais eficaz adequação do homem ao meio social.

“O próprio político e legista pretenderia resolver tudo por meio de decretos ou leis votadas. Nada deles pertence à ciência. Repugnam-lhe todos. O objeto da indagação científica são as relações sociais, com o que se poderá conhecer o conjunto, o grupo, a sociedade, A vantagem de tal orientação é a segurança decorrente da própria objetividade¹¹.”

Novamente colhemos o ensinamento pontesiano, no sentido de não se confundir as leis com o direito. Aquelas constituem um conjunto temporário de regras, característico de determinado período histórico, enquanto este reside no fato social, sempre suscetível de modificar-se e determinar o surgimento de novas regras jurídicas, numa dialética das próprias relações sociais, dizemos. É que PONTES DE MIRANDA não aceita a dialética, pelo que justifica restar a mesma explicada pelos fatos sociais.

Coerente com sua postura indutiva, não poderia mesmo aceitá-la, pois seria negar o determinismo dos fatos e a naturalidade do fenômeno jurídico, duas constantes em seu

¹⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981. p.18.

¹¹_____. Matéria Social e Elemento Jurídico. *Revista de Direito público e de administração federal, estadual e municipal*. Rio de Janeiro, 1924. p.267.

pensamento, para tomar como ponto de partida da explicação científica o racionalismo, que ele combateu. É do contato com o real que tira as regras jurídicas.

"A dialética é doutrina da evolução, porém não a doutrina da evolução. Principalmente, não pode confundir-se com a teoria - *a natureza não faz saltos*, que só admite a evolução gradual. A dialética aponta, a todo momento e em tudo que surge, a ruptura da progressividade (expressão de Hegel). A mecânica estatística, o determinismo estatístico, veio mostrar o que a velha concepção continha de *apriori*¹²".

Dessa maneira é que se defendia das críticas irrogadas a sua teoria científica do direito, sempre que endereçadas à falta da dialética, a exemplo de seu discípulo maior, DJACIR MENEZES, que preferiu seguir o hegelianismo em tal particular, em que pesem as diversas afinidades entre ambos.

De nossa parte, entendemos que, para manter-se fiel a sua concepção natural da ciência jurídica, só lhe restava negar a dialética enquanto expressão única das regras jurídicas e ater-se ao conjunto das relações observáveis nos fenômenos sociais.

Por a interpretação das regras jurídicas dever seguir metodologia indutiva, analisada objetivamente a partir dos fatos, a exemplo das ciências naturais, pois todas elas o são, na concepção pontesiana, o que inclui por evidente a ciência do direito, é que nos ocorreu falar em dialética das relações sociais, pois são as mutações experimentadas nelas que determinam a modificação das regras jurídicas em constante devenir. A nosso ver, face à dialética ficar explicada pelos fatos sociais, reforça ainda mais nossa posição, porquanto a vislumbramos como implícita nas relações sociais, donde exurgirá o direito mais ajustado com a coexistência social.

¹² _____. **Anarquismo, comunismo, socialismo**. Rio de Janeiro, Adersen, 1933. p.62. N. Em HEGEL a dialética é um método para compreender e expor o movimento das coisas, da "idéia" e do homem em termos de totalidade. Busca ela seus fundamentos últimos na idéia ou no espírito, o que a torna, nesta concepção, metafísica.

2. Observação, comparação e experimentação

Para investigar o fenômeno social que é o jurídico, PONTES DE MIRANDA parte do princípio da unidade das ciências, na medida em que o considera fundamental para a análise das relações sociais, em cuja trama deve ser descoberto o direito. Na sua visão, não existe ciência independente. A interdisciplinaridade é necessária para a obtenção do conhecimento mais próximo da verdade, relativa por sua própria natureza, posto que a absoluta não passa de mera ficção, de artifício, de abstração, incompatível com o correspondente fático.

"A observação social deve ser feita com o intuito e a confiança de perfeição; perfeita não o será nunca. Porém, perfeito, nenhum conhecimento o é, nenhuma notação, nenhum informe, nenhuma medida, por mais simples que possa ser. O exato é ficção, como todas as que estudou e as que escaparam a HANS VAHNINGER¹³."

Ele tem consciência da relatividade do conhecimento. Por isso, o melhor que pode conseguir é uma explicação mais exata das coisas, nunca a rigorosa certeza. Contudo, nada o impede de buscar caminhos mais seguros, estradas menos íngremes, trilhas não tão escarpadas, percorrendo viés epistemológico mais adequado, mais compatível com os fatos, com a realidade social, o que equivale dizer com a vida.

Neste sentido, PONTES DE MIRANDA propõe para o estudo do direito o método indutivo como sendo o único caminho para a indagação objetiva do fenômeno jurídico nas relações sociais, delas extraindo as regras jurídicas que regulam a coexistência humana.

O método baconiano, por partir dos fatos e a eles volver, constitui critério seguro e objetivo para apreender o fenômeno jurídico em sua totalidade, sem mutilações, tão afeito aos moldes do apriorismo, que tudo pretende abarcar, a partir de raciocínios dedutivistas, escolásticos, que não se dão conta da complexidade do social, por demais rico para se deixar aprisionar em axiomas hipostasiantes da realidade social.

Para pesquisar o direito concreto, vivo, efetivo, que reside na realidade social, emprega a indução científica. Ciente da finitude da experiência e da complexidade de determinadas relações, parte do particular para o geral, o que muitas vezes não permite a

¹³ _____, *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 13.

observação direta e imediata da realidade, casos em que se vale do determinismo estatístico ou probabilístico, pois não é preciso conhecer todos os fatos da vida social.

" E este método é a indução, que trabalha com os fatos; e, científica, como a conceituou BACON, não precisa conhecer *todos* os fatos para que, segundo, ARISTÓTELES, vá do particular ao geral. Se procedermos dedutivamente, a cada passo encontraremos algo que nos desmente o raciocínio, e , então, a complexidade será, para nós, de invencível insondabilidade. Seria exigir do homem a divina sabedoria de encontrar o princípio universal *para os fatos*, quando não é de crer que exista tal princípio uno e imutável. Dele é que tiraríamos os outros, ou melhor, dentro dele é que realizaríamos as trocas de conceitos¹⁴."

No fundo, a preocupação metodológica pontesiana revela em toda sua plenitude o problema da epistemologia jurídica, que para ele é problema humano e não da natureza e cuja solução está ligada ao estágio de cultura conquistado. Noutros termos, o problema do conhecimento, aporia sempre colocada, depende do grau de estudos adquiridos em dado momento histórico. Cõscio da impossibilidade de conquistar a verdade absoluta, adota a postura relativista.

Ao examinar objetivamente o fenômeno jurídico, perpassa as fases porque passou a indagação do direito, correspondente cada uma delas a determinado método, pelo que salienta a importância da epistemologia jurídica.

"Historicamente, a ordem em que devemos colocar os três processos é a seguinte: empiria, racionalismo, ciência. O primeiro identifica a formação e a imposição do direito: abandona-o aos fatos, que são para as regras futuramente observáveis, os elementos plurais, que a compõem, como as árvores compõem a floresta, as estrelas o firmamento, as tintas o quadro, os grãos o celeiro. O segundo divide o fenômeno, cinde a própria formação e apaga, depois, um dos termos, o real. Abroquela-se no seu recanto subjetivista: é o solipsismo na metafísica do direito, que, confiante na razão, dela espera tirar toda a matéria necessária à disciplina das ações humanas. A ciência é crítica; considera a lei escrita, como o sentimento e a consciência jurídica, traduções do direito (processos de adaptação ou de correção de defeitos de adaptação à vida social); reconhece que o homem procura a regra adequada e eficaz, ora intuitiva, ora dedutiva, ora indutivamente, e que atravessou as três fases principais de sistema

¹⁴ _____ Idem. Ibidem. p. 229.

exclusivo, a aperfeiçoar, continuamente, o *conhecimento*, que sentimento, razão e ciência cristalizam¹⁵."

Conforme verificamos, PONTES DE MIRANDA, vislumbra três etapas experimentadas historicamente pelo direito: empiria, racionalismo e ciência. Trata-se de momentos caracterizadores do ciclo evolutivo cumprido pelo direito. Primeiramente, na empiria, o direito era indagado intuitivamente. Posteriormente, no racionalismo, a pesquisa jurídica se dava de forma dedutiva. Finalmente, na ciência, período recém-ingressado, o fenômeno jurídico é investigado indutivamente.

Constituem os referidos processos de identificação do direito uma demonstração do constante aperfeiçoamento sofrido pelo direito em sua travessia histórica, no que condiz com sua própria concepção do jurídico, que é processo de adaptação ou de correção de defeitos de adaptação à vida social, conceito único por ele defendido.

Sentimento, racionalismo e ciência constituem a ordem seqüencial do processo de adaptação ou de correção de erros ou defeitos de adaptação do homem à vida social, caminhos esses percorridos à procura da regra jurídica que melhor ajuste o indivíduo ao convívio social.

Visualizamos na seqüência metodológica sobre o conhecimento do direito, historicamente traçada, o despotismo marcante no início, dada a imposição do direito, a redução do absolutismo com o subjetivismo racionalista e, por fim, a diminuição da quantidade de força de que se ressentia o jurídico, ao adentrar na fase científica.

Trata-se de uma confirmação sociológica pontesiana da sua lei da diminuição do "quantum" despótico, uma das teses por ele desenvolvida no "Sistema". Para ele, a quantidade de despotismo de que se impregna o jurídico diminui na razão inversa do crescimento da adaptação. Noutras palavras, menos imposição do direito, mais adequação do homem às relações sociais.

E para PONTES DE MIRANDA, tal tarefa de melhor ajustar o homem à coexistência social cabe à ciência, especificamente à ciência positiva do direito, pois trata-se de questão de fato.

¹⁵ _____ Idem. *Ibidem*. Tomo II, p. 157.

O descobrimento de regras jurídicas que reflitam as relações sociais o mais exatamente possível depende de método científico. É o que propõe PONTES DE MIRANDA.

A ciência em PONTES DE MIRANDA assume posição conciliante em relação ao empirismo e ao racionalismo, os quais, por sua vez, se mostram insuficientes enquanto processos de adaptação social. O empirismo, por apoiar-se no sentimento, não poderia fornecer critérios bastantes para as atividades legislativas e aplicadoras. Já o racionalismo incorre na impossibilidade de o legislador estabelecer previamente as regras jurídicas sem se ater aos fatos.

"O empirismo não é suficiente à evolução, porque, incapaz de generalizar, se mantém pluralista, adstrito ao particular, como se espalhado pelo mundo dos fenômenos, de cuja complexidade causal não se adverte. O racionalismo cai na abstração, no *a priori*, e perde-se dos fatos, da carne viva das realidades; veste-se com o manto dos princípios, das palavras sem conteúdo exato, das divisões escolásticas e dos sofismas. Conserva o real, deformando-o; ou revoluciona, substituindo ao concreto dos costumes o abstrato das doutrinas e das operações discursivas e lógicas. A ciência vê os *fatos* e o *geral*; e passa daqueles a este pelo caminho da *indução*. Com o empirismo, o homem aprende a *sentir* o real; com o racionalismo, a *pensar* e a *apreender* o geral; com a ciência, a seguir *roteiro certo* na transição de uma operação à outra. É conservadora sem misoneísmo; revolucionária, sem perturbações. O valor da tradição é duplamente respeitado pela ciência: quando *induz*, em vez de impor princípios apriorísticos; quando se abstém de intervir, enquanto não possuir dados positivos, que lhe permitam promover melhores soluções sociais¹⁶".

Eis as vantagens da ciência demonstradas por PONTES DE MIRANDA. Ao contrário do empirismo e do racionalismo que, respectivamente, não vê o geral e não vê os fatos, ela generaliza a partir dos fatos; portanto, enxerga ambos. Com isso concilia as insuficiências das posturas históricas precedentes.

Contudo, cumpre não confundir a sucessão histórica das três fases referidas com a regra metodológica recomendada para a investigação científica. Ocorre que as três etapas

¹⁶ _____ Fontes e evolução do Direito civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1981. p. 14.

antes mencionadas atestam a evolução social e mental do homem, enquanto que a orientação metódica preconizada por PONTES DE MIRANDA segue operação simultânea.

Assim, o método científico cumpre o desiderato de observar, analisar e experimentar as relações sociais, o que implica a verificação empírica dos fatos. É a ciência que cumpre fornecer método adequado. E o conhecimento jurídico depende de método adequado.

Coerente com sua postura unitária da ciência, PONTES DE MIRANDA também defende método único para a investigação do direito, o que, no seu entender, evita contradições entre e dentre elas. No caso da ciência do direito, a unidade metódica estabelece o mesmo método para o legislador, intérprete e julgador.

"O método *inicial* é a observação; depois, vem a indução; mais tarde, a experimentação, que, todavia, poderá vir antes da atividade indutiva, em vez de posteriormente, para comprovar os resultados¹⁷".

Entende PONTES DE MIRANDA que os fatos jurídicos são fenômenos como os demais, pelo que podem ser observados, descritos, comparados e classificados, cumprindo à ciência encontrar as leis que os expliquem para, com os conhecimentos jurídicos obtidos, serem aplicados.

Dizendo de outro modo, quer que sejam primeiramente observadas as relações sociais, que se verifiquem os fatos, para deles serem extraídas as regras jurídicas que irão reger a vida social. Para tal missão, todas as ciências são convocadas e o conhecimento jurídico daí resultante será dirigido para o ajustamento do indivíduo ao meio social.

Mas, a principal atenção que deve ter o investigador do direito é com a análise das relações sociais, porquanto é nelas que se encontram as regras jurídicas necessárias ao equilíbrio social.

"A análise das relações deve ser o principal cuidado do cientista: é o único meio positivo para obter os princípios estantes na vida e que são formas das condições sociais, e as soluções, fórmulas, sistemas, etc., que realmente sirvam para o equilíbrio das forças sociais¹⁸".

¹⁷ _____, *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 68.

¹⁸Idem. Ibidem. p. 74-5.

Afigura-se-nos a análise dos fatos sociais como decisivo critério para que o abstrato das regras jurídicas deles decorrentes possa apresentar-se mais rente aos fatos donde elas dimanaram e melhor prover o ajuste social.

Acontece que, observada a regra que rege as relações, cessa a pesquisa, salvante o caso de retificação do resultado obtido, sendo então, daí por diante, obedecida como preceito jurídico, servindo de aplicação sempre que as mesmas situações se produzirem.

Assim, para que as regras jurídicas resultantes da análise das relações sociais possam ser analogicamente aplicadas a situações idênticas, necessário se faz que tenha havido rigorosa observação, pois dela parte o trabalho do investigador do direito.

Entretanto, a análise exige comparação das situações diversas, a fim de que se possa observar o que é comum e constante nos fenômenos observados e assim proceder à separação entre o que é variável e o que é permanente. Trata-se de parâmetro para medir, inclusive, os diferentes estágios culturais dos povos.

"Para analisar, disse, excelentemente PAUL FAUCONNET, é preciso comparar: a comparação dos casos semelhantes suscita a aparição dos tipos definidos e muita vez revela as forças sociais de que procedem; mediante a história comparativa, pode certo historiador contemporâneo definir e explicar a evolução da responsabilidade coletiva da família, na Grécia, nas suas relações com a evolução da cidade, a lutar contra a família para dissolver e a substituir pelo direito penal público o regime originário da *vendeta*¹⁹".

Temos, pois, que somente após observadas, analisadas e comparadas as relações sociais é possível obter-se regras jurídicas seguras, aptas a regular a conduta humana. E a obtenção dessas regras jurídicas se dá através da indução, caminho naturalmente percorrido pelo indagador do direito, segundo a visão pontesiana.

Contudo, o método científico não se esgota na indução. Após induzidas as regras jurídicas dos fatos sociais, devem elas ser verificadas empiricamente, ou seja, testadas, para ver as condições em que elas operam nos fatos. Verificar consiste em experimentar. É provocar a observação previamente, podendo repeti-la quantas vezes quiser. Para

¹⁹Idem. Ibidem. p. 109-0.

exemplificarmos, equivaleria a aplicar a regra jurídica ao fato concreto, para constatar os resultados produzidos no meio social.

"A experiência é a observação provocada. Em vez de se observar o que se encontra, prepara-se o que deve ser observado. Reproduz-se quando se quer; modifica-se, altera-se, como se entende. Promulgar certa lei e aplicá-la, para, depois, verificar os resultados, não é mais do que proceder a experiências, como faria qualquer físico ou qualquer psicólogo. Em todas as ciências, é enorme o valor analítico do método experimental²⁰".

Para PONTES DE MIRANDA, o conhecimento jurídico deve apoiar-se em fatos, cumprindo a experiência a função de aproximá-los o máximo possível, de maneira que a experimentação fiscalize a adequação das regras jurídicas aos fatos sociais, pelo que fica realçada a importância da verificação dos resultados produzidos pelo direito. É que as regras do direito destinam-se à ordem social, enquanto normas contidas nas próprias relações sociais ou como providências por elas reclamadas para que se corrijam defeitos de adequação do homem à vida.

Podemos manifestar que a postura epistêmica pontesiana apresenta a nítida preocupação de situar o direito mais rente aos fatos da vida, inscrevendo as regras jurídicas a partir dos dados positivos colhidos pela ciência. Pensa o direito com base nos fatos, ponto de partida para sua investigação jurídica.

"Observar, induzir e verificar experimentalmente - tais as três fases de toda a pesquisa rigorosamente científica. A experimentação pressupõe os dois processos anteriores: observação e indução²¹".

O método científico permite ao investigador do direito raciocinar analítica e indutivamente, recorrendo ao material constante dos fatos. É por isso que em ciência todas as proposições ficam sujeitas à relatividade dos fatos, ou seja, dependem de dadas condições, sujeitas a alterações, não fazendo sentido a discussão sobre se determinada regra jurídica é justa ou injusta, por se tratar de questão de fato e não de argumentação.

²⁰Idem. Ibidem. p. 117.

²¹Idem. Ibidem.

"Podemos observar objetos e fatos. Numa palavra: relações; porque os objetos são complexos de relações. Rigorosamente, *fatos*; porquanto, se as relações são fatos e os objetos complexos de relações, tudo que se pode observar são *fatos*²²".

PONTES DE MIRANDA procura fazer a passagem do indicativo dos fatos para o imperativo das regras jurídicas, através da observação das relações sociais, que, analisadas e experimentadas, concorrem para a eliminação maior possível da quantidade de despotismo existente no racionalismo jurídico.

Dizendo de outro modo, busca manter uma proximidade máxima possível entre o mundo das regras jurídicas e o mundo dos fatos, contribuindo para a redução do hiato estabelecido pela dicotomia do ser e do dever ser.

Sustenta que o direito não deve ser imposto, mas sim revelado espontaneamente pelas relações sociais, objeto da investigação científica, devendo brotar do "é" e não do "deve ser", o que é perfeitamente explicável pelos fundamentos de sua ciência jurídica, que são os fatos e não as normas.

Aliás, para ele, normativas são as regras jurídicas e não a ciência do direito. Esta é ciência da natureza, pois todas elas o são.

Não faz, destarte, a distinção entre ciências naturais e ciências normativas, razão por que defende o princípio da unidade das ciências, somente existindo ciências naturais, do real. Aliás, não admite ciências do ideal.

"Até pouco, procuravam-se distinguir das ciências da natureza as do espírito, por serem de ordem diferente os fatos que constituem o objeto delas. Mas havia nisto o erro de se definir erradamente o que se entende por fato: tudo que experimento, faço ou suscito é fato; e se excluíssemos o que se opera dentro de nós procederíamos mal, pois que iguais fenômenos em outrem não são internos para nós, e eles, como o próprio sujeito, em que se dão, podem ser estudados objetivamente. Tudo que pode ser conteúdo de consciência é fato²³".

Como verificamos, a concepção natural da ciência do direito em PONTES DE MIRANDA está estreitamente vinculada ao que se entende por fato. Definido este por tudo o

²² _____. *Introdução à sociologia geral*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980. p. 34.

²³ _____. Princípio da Relatividade Gnosiológica e Objetiva. *Revista do Brasil*, (XVII): 388, abr-ago. 1921.

que pode ser conteúdo da consciência, o que compreende o social e o psicológico, o que pode ser estudado objetivamente, temos para nós que o conceito de ciência natural pontesiano envolve o real, o relacional, o social e demais aspectos de ordem positiva.

Podemos dizer então que, à exceção do metafísico, tudo o mais é natural para PONTES DE MIRANDA. Seu conceito do natural é bastante amplo, no que compreende o social e o cultural. Para nós, tal conceito se afigura imprescindível para a compreensão de seu naturalismo jurídico.

Ocorre que, embora PONTES DE MIRANDA tenha assumido como ponto de partida para a construção da ciência positiva do direito os modelos da física e da biologia, não é naturalista, pois saiu do fisiológico e do biologismo para o sociológico.

Cumpramos complementar ainda que PONTES DE MIRANDA não se deixou influenciar pelo surto biológico vivenciado no crepúsculo do século XIX, nem pelos moldes da física superada. Sua época foi o século presente, especificamente a primeira metade, quando vicejavam os frutos de uma física renovada, qual seja a da relatividade, pelo que aliou ainda sua formação matemática, convivendo com toda uma cultura sociológica.

Uma leitura atenta da obra pontesiana nos fez ver a profundidade de sua concepção natural do conhecimento jurídico, posto que não se trata de uma postura naturalista como a própria expressão do termo sugere, mas nele está contido todo o social e o psicológico. Para ele, não há diferença profunda entre as ciências naturais e as assim chamadas ciências sociais, eis que todos os fenômenos sociais são igualmente naturais, o que permite uma abordagem científicista comum.

Para PONTES DE MIRANDA, todos os fenômenos suscetíveis de pesquisa científica são naturais, e o direito, por consequência, encontra-se dentro desses fenômenos. A pesquisa do direito nas relações sociais, objeto da ciência do direito, portanto, somente se processa em virtude de ser o direito considerado ciência e ciência natural.

No entender de PONTES DE MIRANDA, todas as ciências partem dos mesmos pontos, adotam idênticos métodos, porém divergem em razão dos fenômenos que almejam estudar. Tal acontece porque assumem objetivamente características específicas do mundo natural, embora sejam tidas genericamente como naturais.

Por conseqüência, podemos observar que a diferença existente nas diversas ciências reside no objeto.

"Estudar as relações jurídicas é o que compete à ciência do direito, isto é, pesquisar o *direito* que se contém nos fenômenos sociais. O seu fim é *revelar* normas; e, só neste sentido, damos todo o apoio ao conceito de ELTZBACHER: a ciência jurídica é a ciência das normas de direito. Mas, se são as normas o objeto dela, devemos por isso entender, não o germe lógico, se assim podemos denominar a palavra do legislador, e sim, o que *está na vida* ou é *preciso* para ela. Norma é o que se quer reconhecido como geral para o procedimento dos homens dentro de certo círculo social²⁴".

Investigar o fenômeno jurídico nas relações sociais é o que se propõe a ciência jurídica pontesiana, por meio do método científico indutivo que é o único capaz de captar o real e extrair normas de direito legítimas, ou seja, reconhecidas pela generalidade dos homens dentro de determinado círculo social.

Como notamos, não é em conceitos puros que se ancora a ciência jurídica, mas em fatos sociais, depositários das regras jurídicas que ela se propõe induzir. Para tanto, mister se faz observar e analisar as relações sociais. Ensina PONTES DE MIRANDA que o conceito surge com a expressão, sendo estéril e perigoso. Por isso que o conceito do jurídico deve ser estudado cientificamente, o que implica a adoção de metodologia adequada, a fim de que se constitua em expressão do real.

No fundo, o que ele propõe é a verificação da expressão normativa consubstanciada na regra de direito, com o próprio comportamento humano nas suas relações inter-subjetivas, numa tomada de atitude empírica, ou seja, com base na experimentalidade.

É que só aceita como regra jurídica o que pode ser verificado, testado e comprovado faticamente.

Daí o seu rigor metodológico na investigação do fenômeno jurídico, evidenciado pelo estudo que empreende objetivamente. Contudo, o seu raciocinar objetivo e analítico para induzir as normas jurídicas dos fatos sociais, segundo o método científico, não implica, a nosso ver, qualquer postura de neutralidade perante o objeto investigado, o que poderia

²⁴ _____, *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p. 12.

sugerir a leitura desatenta de sua obra "Sistema de Ciência Positiva do Direito", onde define seu posicionamento metodológico, como, por exemplo, a seguinte passagem:

"De modo que um dos primeiros misteres da Ciência do Direito é circunscrever o campo das investigações que lhe incumbem, precisar o próprio objeto e distinguir, metodicamente, o que pertence ao seu estudo e o que concerne ao de outras disciplinas. Não há negar o valor prático imediato de tal critério: pois, do simples discernimento do que é e do que não é fenômeno jurídico resulta, entre muitos outros dados exatos, a discriminação do que podia e do que não podia ser imposto pelo legislador, pelo Estado, do que, dentre o direito escrito, deve e do que não deve ser atendido ou aplicado, bem como do que, ainda que não escrito, não votado e não promulgado, deve de ser tido por direito e, portanto, observado na prática jurídica. Por mercê de tal método, desveste-se dos trajes teológicos, metafísicos e demagógicos o Direito; e apresenta-se-nos, humilde, mas verdadeiro, como dado positivo para o conhecimento científico. O Direito é o Direito do Homem; como o bem e o mal, o belo e o feio são conceitos relativos, - o bem e o mal do homem, o belo e o feio do Homem. Só existe de absoluto no Direito o que corresponde, no homem, ao relativo das leis infinitas do universo; sem se conhecerem essas e o que no Homem produzem de invariável não se poderá conhecer aquela partícula. Assim, pois, desinteressa-nos, praticamente, a investigação metafísica do direito natural²⁵".

À ciência do direito cumpre delimitar o seu campo de investigação, identificar o seu próprio objeto, por meio do método indutivo, através do qual se dará o afastamento da metafísica que cobre o direito, restando somente o dado positivo, que são os fatos. Isto não autoriza dizer que PONTES DE MIRANDA é adepto da neutralidade científica, apesar de sustentar método único válido para todas as ciências, no que inclui obviamente a ciência do direito, e defender a cientificidade do próprio direito, posto que tem consciência da relatividade do conhecimento jurídico.

O princípio da relatividade generalíssima formulado por ele, a partir das relações sociais, alcança, conseqüentemente, o próprio método indutivo. Sua ciência jurídica é relativa, motivo pelo qual não podemos vislumbrar qualquer neutralidade científica no seu pensamento.

²⁵Idem. Ibidem. Tomo I, p. 284-5.

O importante para ele é observar, analisar e comparar as relações sociais, induzindo e verificando a conformidade das regras jurídicas com os fatos, para promover o ajuste ou a correção dos desajustes do homem à vida.

3. O método indutivo como solucionador das contradições entre os princípios legais e das lacunas nas fontes jurídicas

Já em 1912, quando veio a público sua obra “À Margem do Direito”, ensaio de psicologia jurídica, que marcou sua estréia nas letras jurídicas, PONTES DE MIRANDA tinha a profunda convicção da superioridade do método experimental, processo lógico de verificação, ao qual subordinava todo o conhecimento jurídico.

"Até os métodos, processos lógicos de verificação científica, só por si constituem seara comum de muitas disciplinas: daí, a meu parecer, a superioridade do método experimental, estreme de insinuações individuais, dotado de vigor e precisão matemático, e o único, enfim, que sobreviveu ao voserio, ao açoite, à nevrose destruidora e necessária da crítica²⁶".

Este monismo metodológico que se achava no início de suas obras, posteriormente desenvolvido no “Sistema de Ciência Positiva do Direito”, foi uma constante no seu pensamento jusfilosófico.

Via no método experimental o instrumento impessoal e objetivo para observar e induzir com segurança o direito das relações sociais, o que não se traduz em rigor e precisão absolutas, mas sim no meio de diminuir o mais que se pode a equação pessoal, essa tão afeita ao estilo do intuitivo e do dedutivo.

Tal metodologia o autor tematizado foi buscar nas ciências naturais, dentre as quais também inclui a ciência do direito, empolgado pelo princípio de que tudo era natural, pelo que lhe permitiu a articulação entre os vários saberes, estabelecendo a interdependência entre as várias ciências, a partir de uma matriz comum, o que o levou a sufragar o unitarismo da ciência.

²⁶ _____. *À margem do Direito*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1912. p.176.

Desse modo é que a adoção de método único para as ciências, tidas todas elas como naturais, desembocaria fatalmente na aceitação de sua unidade, pois agir de outro modo, a nosso sentir, acarretaria sustentar posturas inconciliáveis.

Porém, o método único e a unidade da ciência defendidos não constituem posição original de PONTES DE MIRANDA, porquanto fora nos princípios básicos do método de FRANCIS BACON que ele encontrara a fonte de inspiração para a sistematização de sua metodologia, sempre presente nas investigações científicas que empreendeu.

Em seu "Novum Organum", obra publicada em 1620, FRANCIS BACON desfere franco ataque ao conteúdo da obra aristotélica, intitulada de "Organon", investindo principalmente contra a lógica e o silogismo, como podemos ler nos seus aforismos sobre a interpretação da natureza e o reino do homem, especificamente nos de numeros XI, XII, XIII e XIV, a seguir transcritos na ordem enumerada:

"Assim como as ciências no estado em que hoje dia se encontram, são inúteis para descobrir as coisas novas, assim a lógica que hoje dia se emprega é inútil para a invenção científica.

"A lógica hoje em uso serve mais para fixar e consolidar erros, fundados em noções vulgares, que para inquirir a verdade; de tal modo que é mais prejudicial que útil.

"O silogismo não é aplicável aos princípios das ciências, e se o aplica em vão aos axiomas médios, já que está em grande desproporção com a sutilidade da natureza; impõe, é certo, o assentimento, mas não apreende a realidade.

"O silogismo consta de proposições, as proposições de palavras e estas são símbolos de noções. De modo que se as noções mesmas (que são a base da realidade) são confusas e respondem a uma abstração precipitada dos fatos, não pode haver solidez alguma no que se constrói sobre elas. Portanto, a única esperança está na verdadeira *indução*²⁷".

Os aforismos citados se reportam à inutilidade da lógica tradicional, incapaz de descobrir novos horizontes através da investigação científica, por estar alicerçada sobre o silogismo.

²⁷BACON, Francis. *Novum organum*. Trad. de Clemente Hernando Balmori. Buenos Aires, Losada, 1949. p.75-6.

N. E. Trata-se a presente fonte da primeira versão do latim para o castelhano, donde colhemos a citação e traduzimos para o português.

Também PONTES DE MIRANDA se insere nesta linha, pois tinha a nítida consciência de que não era com o puro raciocínio que deveria trabalhar o cientista do direito, mas sim com o raciocínio analítico e objetivo, induzindo segundo o método científico.

A exemplo de FRANCIS BACON, depositava confiança inabalável no método indutivo, por meio do qual aspirava aumentar o conhecimento. Seu ponto de partida era a atenta observação dos fatos particulares, remontando lenta e progressivamente até aos princípios gerais. Esse, podemos dizer, constitui o fundamento genosiológico do método indutivo empregado por PONTES DE MIRANDA na investigação científica do direito.

Recusava tomar como ponto de partida os princípios gerais fundados em noções abstratas, bem afeito ao dedutivismo. Repudiou o racionalismo e o conhecimento especulativo, assim como o princípio de autoridade que pretendia basear a validade de determinada concepção em princípios apriorísticos, não aceitando outra via de conhecimento que não fosse pela observação e experimentação metódicas, que, por sua vez, supõem o empírico e o racional.

O fundamento empírico da metodologia pontesiana, que a nosso ver concilia o intuitivo e o racional, e que serve de alicerce para a sistematização dos dados positivos da realidade social na edificação de sua ciência jurídica, está contido no aforismo de abertura da obra baconiana antes referida, pelo que se lê:

"O homem servidor e intérprete da natureza faz e entende tanto quanto tem podido escutar da ordem da natureza pela observação ou pela reflexão; nem sabe nem pode mais²⁸".

PONTES DE MIRANDA, ao combater as soluções preconizadas pela *mens legis* e pela *mens legislatoris*, conforme estudamos, denunciou a insuficiência de ambas as posturas por pretenderem dar ao problema hermenêutico respostas subjetivistas e animistas, derivadas do raciocínio puro, abstrato, ideal, incompatíveis com os fatos da vida social.

A respeito expõe no "Sistema de Ciência Positiva do Direito", cuja primeira edição apareceu em 1922, sendo reeditada mais uma vez em 1972:

²⁸Idem. Ibidem. p.71.

"O subjetivismo exegetico queria que a jurisprudência e a doutrina tirassem conclusões lógicas que poderiam ser as do legislador. Mais recentemente, em vez de se pensar no corpo legislativo autor da lei ou do código, foi entendido que a vontade por investigar seria a do legislador atual, ou, para alguns, a do antigo, se tivesse vivido e legislado no presente e para o presente, no meio das circunstâncias atuais e preponderantes da vida. Mas verdade é que serviria ao mesmo artificialismo oriundo de suposições do *se legislasse* ou do *se tivesse legislado*, ao mesmo tecido de abstrações que tentou reduzir a simples jogo estéril de formas, de pensamento puro, ciência concreta, positiva, como é a do direito²⁹."

Esses artificios do legislador passado ou do legislador atual ou antigo, se acaso legislasse ou tivesse legislado, propostos pelo subjetivismo exegetico e pela vontade da lei, para a solução lógica e abstrata do problema interpretativo do direito, não satisfazem ao autor trabalhado, pelas especulações metafísicas que suscitam.

E PONTES DE MIRANDA repele toda resposta lastreada em suposições, o que equivale dizermos em ficções. Por isso critica os critérios que pretendem lastrear a interpretação na vontade.

"Em resumo: todos os três critérios eram e são falhos, perigosos: todos condicionados, supositivos; todos incertos e vagos: ora se dá à lógica, que é forma, a missão de criar a substância, o que é absurdo; ora se imagina e se exige da individualidade do legislador moderno prover a necessidade que escaparam ao de outrora; ora se vai ao anacronismo de transplantar para o presente o espírito fugaz do autor da lei. Desconhecimento do valor formal da lógica, alquimia jurídica, metempsicose, - todos enveredam pela interpretação da vontade, sem ter em consideração a tripla mudança das condições históricas: variações da mentalidade legislante, variações das circunstâncias que sugeriram a regra e variações da própria norma, impostas pelo maior ou menor contato com a vida³⁰."

As críticas aos critérios apontados para determinar a direção e o alcance das palavras da lei devem-se à interpretação da vontade do legislador ou da lei, sem atentar para a tríplice variação histórica, ocorrida na mentalidade legislante, nas circunstâncias que influenciaram o aparecimento da regra e na própria regra.

²⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo II, p.190.

³⁰Idem. *Ibidem*. p. 191.

Não levando em consideração essas mutações contingentes e circunstanciais, infunde-se o princípio da plenitude lógica do direito, no que concorrem para tanto os dogmas da infalibilidade do legislador e da infalibilidade da lei, que o subjetivismo exegetico e o animismo legalista, respectivamente, encarnam.

Insurge-se PONTES DE MIRANDA contra o voluntarismo jurídico de que se acha saturado o pensamento, preferindo seguir o caminho objetivo do estudo das relações sociais. É que para ele o direito precisa de realidade e não de abstrações.

"Neste sentido podemos dizer com GRABOWSKY: agora já é possível trabalhar no direito com consciência; antes era como se tratássemos com fantasmas. Para tais resultados apontamos o meio: o método indutivo científico. Somente ele pode assegurar o bom êxito. Até aqui, diz LAZARFELD, a jurisprudência tem perguntado qual é a idéia da lei, o espírito do texto, a vontade do legislador; nada mais falso: quem legisla é mediador e, se alguma vontade se pretendesse conhecer, seria a dos grupos opostos; o legislador quis apenas conciliá-los, traçar limites para as energias de um e de outro; se o juiz ou intérprete quer sondar ou pesquisar tais limitações deve procurar as atuais relações de força entre eles. Em vez do incerto e enganoso subjetivismo, a indagação objetiva e científica³¹."

Da passagem mencionada, constatamos em PONTES DE MIRANDA o ingresso do direito na fase científica, onde é possível trabalhar com consciência por meio do método indutivo, inaugurando novo ciclo no processo de adaptação social. Para ele, os fantasmas da idéia da lei, do espírito do texto e da vontade do legislador, próprios do início das codificações, não podem ter mais lugar.

Mostra para o juiz e o intérprete o critério indutivo, único meio de assegurar o bom êxito na indagação do jurídico, que, por sua vez, deve ser investigado objetivamente nas relações sociais.

Ensina PONTES DE MIRANDA que o conhecimento jurídico não pode prescindir dos fatos, os quais são passíveis de indução.

"É só a ciência, com o rigor dos seus métodos gerais e especiais, é que poderá conduzir o espírito humano através de caminhos novos e sem

³¹Idem. Ibidem. Tomo IV, p. 158-9.

os perigosos transvios do racionalismo puro, cujo trabalho é bem semelhante ao das rodas do moinho quando giram à noite sem a provisão de grãos para moer³²."

A riqueza metafórica contida na passagem sobredida por si só é bastante elucidativa ao expressar que o método racionalista, para o qual a razão, a lógica, o "a priori" é que deve ministrar a regra jurídica, constitui-se em frágil repositório para conter o direito, por revelar-se abstrato e estéril, posto que desprovido do conteúdo fático, fornecedor dos dados, a partir dos quais o direito deve ser efetivamente induzido pela ciência.

Critica o método racionalista como sobrevivência do preconceito antropocêntrico, ao qual não confia a solução para o problema hermenêutico. Segundo ele, o que nos dará todas as soluções é o método indutivo.

Propõe PONTES DE MIRANDA o método indutivo como solução para as contradições assentes na ordem jurídica, derivadas dos princípios de que o juiz deve decidir sempre e obedecer à lei, máximas políticas que norteiam a conduta do julgador e os princípios da existência e da inevitabilidade das lacunas.

"O de que não há dúvida é de que o método científico aplicado ao Direito alivia-nos de peso singularíssimo de contradições: a obrigação que tem o juiz de decidir e a de obedecer à lei; os dois princípios políticos, aí referidos, e os princípios científicos da existência e da inevitabilidade das lacunas, o que coloca o julgador na contingência de decidir, de obedecer à lei e, talvez, não encontrar na lei com que decidir, e, portanto, *criar* o que, pelo menos em princípio e na maioria dos países, lhe é vedado pela divisão constitucional de poderes; o direito deve ser feito pelo povo (princípio democrático) e o juiz, se revela a norma jurídica, fora do texto legal, ainda que não haja dispositivo que lhe permita decidir e ele *deve decidir*, usurpa função popular, ou porque, se eleito, não recebeu delegação para legislar, ou porque, se nomeado, lhe falta a origem popular da democracia indireta. Praticamente, deve-se ainda ter presente o temor do arbítrio do juiz³³."

PONTES DE MIRANDA mostra as contradições reinantes nos sistemas jurídicos, decorrentes dos próprios princípios que os arquitetam, dadas as antinomias de que se revestem, criando uma situação bastante embaraçosa para o aplicador do direito. Esse,

³²Idem. Ibidem. p. 113.

³³Idem. Ibidem. p. 136.

muitas vezes, se coloca diante de um impasse, pois, ao ter que decidir sempre, pode não encontrar na lei elementos com que decidir, tendo que recorrer à criação do direito, o que lhe é vedado muitas vezes constitucionalmente, face à tríplice divisão dos poderes.

Em vista dessa situação, segundo PONTES DE MIRANDA, é ao método científico que deve recorrer o julgador, posto que o mesmo reconhece a revelação livre do direito, fazendo com que o juiz se liberte do critério subjetivista, diminuindo a própria arbitrariedade do sistema jurídico em vigor.

Para nós, constitui uma demonstração de que os critérios da vontade do legislador ou da lei, suportes abstratos do dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico, restam liquidados.

"Em vez de critério subjetivo, o rigor da metodologia positiva, Legislador ou juiz sujeitam-se a ela: são servos-senhores da pesquisa; arrastam-na por onde queiram, mas tem os pés presos. Entregue a todas as atividades, qualquer cidadão pode proceder às investigações que entender e assim colaborar, livremente, na revelação científica do direito, como se colabora, livremente, nas pesquisas da química e da física, da biologia e da botânica.

"Não é só contra o arbítrio do juiz que se defende a sociedade; é contra o arbítrio do intérprete e do legislador³⁴."

Sua preocupação é contra o arbítrio ministrado pelo critério subjetivo, que, por sua vez, descarta dos fatos. Por isso sujeita o legislador, o juiz e o intérprete ao método positivo, o que faz de qualquer cidadão um investigador livre do direito.

Ele não quer que a produção do direito seja obra da vontade do legislador, mas revelação de todos quantos se dediquem à pesquisa científica, estabelecendo certa uniformização dos modos de descobrir o direito, porquanto o critério é o mesmo, democratizando os meios de produção do direito, ao adotar método único.

"Já dissemos que o método *científico* é o *mesmo*, para o legislador, para o juiz e para o intérprete; em poucas palavras para *quaisquer pessoas*. Dá-se a uniformização objetiva de funções e de pesquisa, em vez de heterogeneidade subjetiva, facilitadora de conflitos e contradições, muita vez asoerbantes e graves. Tal unidade de método e de processo revelador não só concorre para clarear a matéria social como também

³⁴Idem. Ibidem. p. 137.

desempenha a realidade dos fios sutilíssimos do artificialismo político, que teve a função do seu momento histórico, e atenua os males da tricotomia dos poderes e quejandas separações³⁵."

Em PONTES DE MIRANDA, o método indutivo desfaz as contradições políticas e jurídicas, oriundas das atividades dos legisladores, julgadores e executores do direito, em virtude da uniformidade de funções realizadas pelos mesmos.

A tripartida divisão de poderes idealizada por JOHN LOCKE e desenvolvida por MONTESQUIEU, na orientação metodológica adotada por PONTES DE MIRANDA, ficará também adstrita ao critério indutivo, o que ensejará a aproximação de suas funções, não mais se justificando o artificialismo de suas separações adotado historicamente.

Assim, o poder legislativo fará a lei segundo os dados observados nas relações sociais e não conforme o critério subjetivo do legislador. Não se trata mais do poder de legislar por legislar, mas por ter descoberto nas relações sociais a regra jurídica apta a reger a coexistência social. O poder executivo também se aterá aos mesmos critérios científicos, ao invés da adoção discricionária dos atos de poder político. O poder judiciário não vacilará nos casos em que deve se decidir pela regra "x" ou "y", possível nos sistemas que seguem o racionalismo, nem ficará tergiversante nos casos de lacunas, face à contradição dos princípios abstratos que obriga o juiz a julgar e, ao mesmo tempo, o manda decidir de acordo com a lei, devendo adotar a solução que os fatos recomendarem.

Neste sentido, a idéia de poder contida em cada uma das divisões do Estado será substituída pela de função, menos arbitrária e mais compatível com os fatos que pretende realizar.

Antes de PONTES DE MIRANDA, HERMANN KANTOROWICZ, sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius, publicou em 1906 "A luta pela ciência do Direito", deflagrando um movimento de liberação da ciência do direito, conhecido como "Movimento do Direito Livre."

Tratava-se de uma tendência científica do direito, contestadora do primado da lei e apologista das normas jurídicas surgidas espontaneamente dos grupos sociais, a exemplo da teoria científica do direito pontesiano.

³⁵ _____. Introdução à política científica. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p. 247.

Pela coincidência de determinadas posições assumidas por PONTES DE MIRANDA com tal movimento, embora divirjam em aspectos que considero substanciais que merecem ser realçados e que, a nosso ver, representaram avanços significativos para o conhecimento jurídico, é que procedemos a um breve estudo da obra "A Luta pela Ciência do Direito", estabelecendo uma análise, sempre que possível, com o pensamento do autor brasileiro.

HERMANN KANTOROWICZ rechaçou o positivismo do século XIX, surgido como superação do direito natural e que pontificou que não existe outro direito que o reconhecido pelo Estado, pelo que inicia sua obra desferindo um golpe fatal na escolástica, no que coincide com o autor brasileiro.

Incorpora ao seu direito livre o "Direito Justo" de RUDOLF STAMMLER e o "Descobrimento Livre do Direito" de EUGEN EHRLICH, sempre servindo-se de princípios destinados a valorar, completar, desenvolver ou derogar o direito estatal, os quais, pela sua função, dizia não pertencerem ao direito estatal, por isso que os incluía no direito livre.

Aqui se deve ter o primeiro cuidado com relação aos princípios em que o jurista brasileiro funda sua ciência positiva, pois certamente não estão a falar dos mesmos princípios. É que PONTES DE MIRANDA se refere a princípios indutivos, os quais somente podem ser formulados com elementos objetivos, conforme dizia:

"Ninguém deve improvisar princípios jurídicos, como ninguém pode fazer regras econômicas, políticas ou morais. É com tijolo que se constroem as casas, e não com palavras. É das realidades que se tiram os princípios de modo que entre leis e eles pode haver paralelismo e a ineficiência daquelas será proporcional à discordância entre uns e outros. Na vida, toda aplicação tenderá para reduzir as leis aos princípios e a perfectibilidade está em formulá-las o mais próximas deles que for possível. Todos os princípios têm conteúdo especial (ético, político, econômico, etc.), ou geral (social), e seria preciso modificar para os suprimir³⁶."

O jurista alemão, por sua vez, não hesita em confessar:

"Nosso Direito livre é, portanto, afim com o Direito Natural em um ponto principal... A Escola Histórica nos tem ensinado que todo Direito, por isso também o Direito livre, só merece reconhecimento se é *positivo*; e

³⁶ _____ . Sistema de ciência positiva do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 222.

nenhum Direito existe *naturalmente* senão só e enquanto detrás dele se encontra um poder, uma vontade, um reconhecimento. Nosso Direito livre é portanto Direito Natural do século XX³⁷."

Conforme verificamos, a posição do jurista alemão pende mais para o jusnaturalismo, sufragando os ensinamentos da Escola Histórica do Direito, que teve como um de seus principais expoentes a figura do jurista FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, donde brotam as idéias de poder e de vontade jurídicas, acerbadamente feridas pelo jurista brasileiro.

Sabemos que a idéia fundamental de SAVIGNY era a oposição à codificação do direito, por considerá-lo manifestação livre da consciência do povo ou do espírito popular, nesse segundo aspecto coincidindo sua idéia com HERMANN KANTOROWICZ e PONTES DE MIRANDA, ressalvando que neste o sentido de espírito popular nada tem a ver com subjetivo.

É neste ponto que o jurista brasileiro se afasta do seu colega alemão, pois PONTES DE MIRANDA vai até as relações sociais e objetivamente, pela indução, após atenta observação e análise, colhe os princípios em que funda sua ciência.

Não obstante HERMANN KANTOROWICZ também ter mirado os fatos, não viu o método científico apontado pelo jurista brasileiro.

HERMANN KANTOROWICZ propõe o Direito livre para colmatar as lacunas, completando a interpretação da lei, pelo que sustenta haver tantas lacunas como palavras, porquanto nenhum conceito se achar analisado até os últimos elementos. Sustentava, também, que era chegada a hora de se tomar a sério o lema da ciência como fonte de direito, para proporcionar à ciência do direito as definições de todos os conceitos, não por construções, mas seguindo as características que o direito livre subministra.

"As necessidades da vida jurídica exigem que outras obras potenciais, em primeiro lugar a ciência jurídica, se coloquem livremente e em função

³⁷KANTOROWICZ, Herman. La Lucha la Ciencia del Derecho. Trad. de Werner Goldschmidt. *La ciência del Derecho*. Buenos Aires, Losada, 1949. p. 334.

N. E. Trata-se a presente fonte da tradução direta do alemão para o castelhano, onde colhemos a citação e traduzimos para o nosso vernáculo.

criadora ao lado do legislador, precisamente em atenção à importância do mesmo para satisfazê-las³⁸".

Como vemos, a ciência do direito constitui autêntica fonte do direito em HERMANN KANTOROWICZ, posição também sufragada pelo jurista pátrio. Suas diferenças radicam, a nosso sentir, que, no primeiro, ela é criadora e se coloca ao lado do legislador para completar as lacunas existentes na lei, enquanto para PONTES DE MIRANDA a ciência do direito é descobridora e serve não somente ao legislador mas também ao juiz, ao intérprete e a todos os demais que se abalançam a empreender-se a colaborar na investigação do jurídico.

A preocupação do jurista brasileiro foi mais longe, pois estendeu o método científico além do legislador e do juiz, devendo ser utilizado por todos, no que inclui o intérprete. Sua preocupação era com a eliminação do arbítrio das funções estatais, com a democratização dos processos de produção do direito, voltado à proteção da sociedade.

HERMANN KANTOROWICZ combateu com veemência, dentre outros, os seguintes postulados: 1. "Todos os fatos devem basear-se na lei!" Para ele, existem tribunais arbitrais nos quais se exclui expressamente o direito estatal e mesmo os tribunais estatais se valem progressivamente de conceitos como boa fé, bons costumes, prudente arbítrio e outros "sucedâneos da lei". 2. "Qualquer caso imaginável tem de resolver-se com o exclusivo auxílio da lei!". Tal postulado retrata o dogma da plenitude hermética da lei, expressado classicamente no artigo 4º do Código Civil Francês, que não pode subsistir diante do Direito Livre, o qual afirma a existência de lacunas. 3. "O juiz deve ser o servidor da lei!" Esperava que os tribunais alemães soubessem adaptar o Código Civil Alemão às necessidades sempre novas, ao contrário dos franceses que conservavam o Código Civil Francês. 4. "A sentença deve ser objetiva e não deve ser subjetiva!" Reconhecida a inegável influência exercida pelo magistrado, sua personalidade, sobre a decisão, tendo-a como inevitável. Aqui, mais uma vez, constatamos que faltou a ele a metodologia indutiva, apta a instrumentalizar o julgador a proferir sentença objetiva com base no que os fatos apontam. 5. "A sentença tem de constituir uma obra rigorosamente científica!" Negava tal afirmativa, baseado na inexplicável oposição indubitosa entre juristas teóricos e juristas práticos. É que

³⁸Idem. Ibidem. p. 342.

não viu o jurista alemão a unidade da ciência vislumbrada pelo jurista brasileiro, cujo método indutivo concorre para evitar separações entre as ciências e dentre elas.

As idéias desenvolvidas na obra "A Luta pela Ciência do Direito" por HERMANN KANTOROWICZ, justificadoras de sua atitude epistemológica frente à ciência do direito, podem ser assim sucintamente retratadas, a partir de apanhado efetuado nele mesmo:

"Se a ciência do Direito reconhece Direito Livre, a jurisprudência não pode já fundar-se exclusivamente sobre Direito estatal. Se a ciência jurídica possui força criadora, a jurisprudência não será por mais tempo mera servidora da lei. Se a ciência em cada momento tem em conta lacunas, a prática não poderá resolver juridicamente qualquer suposto. Se a teoria pode admitir valores sentimentais, não se pode já exigir, por outro lado, julgamentos inteiramente fundados em razões. Se a teoria reconhece o fator individual, a jurisprudência já não pode ser científica. Se a ciência domina a vontade, a jurisprudência não poderá desatender os afetos. Em resumidas contas: Os ideais da legalidade, da passividade, da fundação racional, do caráter científico, da segurança e da objetividade parecem incompatíveis com o novo movimento ³⁹".

Interessante atentarmos que HERMANN KANTOROWICZ reivindica preparo sólido na formação do juiz, preocupando-se com o nível cultural desses, reclamando especializações para eles, atentando para a importância do ensino da economia política na formação do jurista, a criação de práticas jurídico-psicológicas, crescente acúmulo filosófico e sociológico. Aliás, tal interdependência admitida pelo autor brasileiro.

"O lema deve ser: *especialista dos fatos, não mago das disposições jurídicas*⁴⁰".

Só então, para ele, se realizaria o ideal de *imparcialidade* do julgador, o que supõe *independência*, a qual não via enquanto a carreira do julgador dependia do governante político, pelo que recomendava, para contornar tal situação, a eleição dos juizes.

Tal problema resta ilidido no autor brasileiro, porquanto o direito livre de que fala não é obra somente do legislador e do juiz, tal como ocorre no jurista alemão, de modo que

³⁹Idem. Ibidem. p. 361-2.

⁴⁰Idem. Ibidem. p. 368.

não adiantaria o expediente de se eleger juizes, de modo que a revelação do direito para PONTES DE MIRANDA somente se dará, seja por quem for, desde que sujeita ao método indutivo, caminho indicado para retirar a regra jurídica dos fatos sociais.

Enquanto para HERMANN KANTOROWICZ o papel da vontade assume relevância decisiva no seu pensamento jurídico, seguindo a ciência jurídica a trajetória das ciências do espírito no século XIX e ingressando em sua fase *voluntarista*, o autor brasileiro realça o valor da objetividade gnosiológica na revelação do direito a partir da relatividade das relações sociais, situando a ciência jurídica no campo das demais ciências naturais.

Contudo, não temos como negar a influência do jurista alemão no jurista brasileiro, o qual seguiu suas pegadas, porém demonstrando luz própria, contribuindo para o avanço do conhecimento jurídico, na medida em que apontou o seu método indutivo para conciliar as doutrinas que negam e afirmam o direito natural, mostrando que é das relações sociais que podem ser cientificamente tiradas as regras jurídicas, tanto pelo juiz, como pelo intérprete ou o legislador, o que opera a colmatação das lacunas da lei. Seu método científico, por meio da indagação científica, diminuirá o subjetivismo do juiz, do intérprete e do legislador, afastando o perigo da arbitrariedade. Pela metodologia indutiva, o direito é revelado e não criado, democratizando-se seus processos de produção, dado o acesso à ciência jurídica por todos quantos a ela queiram se dedicar. Através do método indutivo, opera-se a compatibilidade na produção do direito pelo legislativo, pelo judiciário e pelo executivo, pois cada um utiliza, embora em momentos diferentes, o mesmo instrumento de descoberta livre do direito, revelando-o cientificamente.

"Ora, o método indutivo científico tem sobre todos os outros a extraordinária vantagem de não cindir a elaboração jurídica, de ser apenas o aproveitamento científico dos dados objetivos, a intervenção no real com o auxílio e a utilização das próprias realidades. Não se tem por fito expropriar a razão, como querem os tradicionalistas, nem substituí-la às forças naturais, - mas assegurar ao homem, pelo conhecimento dos fatos, o melhor caminho possível: tirar do indicativo o imperativo⁴¹".

⁴¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 39-0.

Destarte, compete ao método científico indutivo desfazer as contradições entre os princípios legais que manda o juiz decidir e obedecer à lei, solucionando ainda o problema das lacunas nas fontes jurídicas. Se as leis são contraditórias ou as fontes do direito se mostrarem insuficientes para oferecer resposta à questão da existência e da inevitabilidade das lacunas, como acontece em todos os sistemas jurídicos, cabe aos fatos sociais apontar as soluções, pois deles devem ser extraídas as regras jurídicas indutivamente.

PONTES DE MIRANDA, seguindo a esteira de ERNST ZITELMANN, que em 1902 publicara a obra "As Lacunas do Direito", atento às correntes filosóficas surgidas no início do século, não se deixou iludir pela plenitude lógica do direito, dogma bastante professado pelos legalistas, receosos do reconhecimento existente do vazio da lei.

Nesta linha, aderiu ao princípio científico formulado por ERNST ZITELMANN em seu "Sistema de Ciência Positiva do Direito", editado em 1922, consistente na inevitabilidade das lacunas, conforme teremos o ensejo de abordar mais adiante em capítulo pertinente.

4. O método científico e a condição de previsibilidade

Em texto produzido no ano de 1992, intitulado "Matéria Social e Elemento Jurídico", quando ainda se encontrava no prelo o seu "Sistema de Ciência Positiva do Direito", publicado nesse mesmo ano, PONTES DE MIRANDA inicia o trabalho chamando a atenção para a ilusão de se atribuir valor absoluto para a distinção entre forma e conteúdo, pois trata-se, segundo ele, de processos para expressão e não de dados precisos e rigorosos retirados da realidade.

Atenta, principalmente, para o erro dos que vêem o direito como forma do conteúdo econômico, pelo que observa não constituir o fato econômico o único fato social e que, se o direito é forma, não o é somente do conteúdo econômico.

O que ele quer salientar é a existência de vários elementos sociais, consistentes no religioso, moral, econômico, político e demais elementos, que podem revestir o conteúdo da forma jurídica, eis que essa é forma das condições de existência ou forma corretiva, segundo a teoria científica da adaptação, exposta no "Sistema".

Para ele, nem todas as condições de existência se reduzem ao econômico como sustenta o materialismo histórico, ao defender posição unilateral e reducionista, por isso digna de condenação.

Entende o autor tematizado que a distinção entre o direito como forma e o econômico como conteúdo não pode servir de justificativa para aqueles que pretendem reconhecer o direito como fenômeno vivo, em vez de procurá-lo nos textos, que nem sempre traduzem o jurídico.

Disso depreendemos tratar-se o conteúdo do direito de fenômeno vivo, cujo conceito não pode ser buscado nos códigos, não porque é forma somente do elemento econômico, mas sim porque pode apresentar por conteúdo todos os demais elementos sociais.

Segundo PONTES DE MIRANDA, as ciências sociais, nas quais estão incluídas a economia, o direito, a moral, dentre outras, só conhecem singular aspecto do fenômeno social, que unidos entre si sintetizam o fenômeno social, compondo o objeto da sociologia. Para ele, cada um dos fenômenos sociais especiais, que, por sua vez, constituem as ciências particulares, requerem na prática a síntese, por serem concretos os fatos que lhes interessam e existirem entre eles e entre os fatos relações de mútua dependência.

Sustenta que há certa evolução dos fenômenos sociais, qual seja a do conjunto, comprovada pela comparação do direito de hoje com o dos povos primitivos, realçando também que há outra evolução, que é a da ciência social, superpondo o homem a si mesmo, tornando-o objeto das próprias pesquisas e atuando na evolução de cada ciência particular.

Diz textualmente no referido trabalho:

"Pois bem, com a atividade científica aplicada à pesquisa integral das relações sociais, é possível conhecer os fenômenos especiais (econômicos, religiosos, morais, estéticos, políticos, jurídicos) e tratá-los sociologicamente, isto é, como partes de um mesmo mecanismo. O materialismo histórico ensinaria a absorção de toda a investigação pela econômica e seria isto corolário prático da sua concepção exclusivista; o psicologismo mostraria nos fenômenos de consciência tudo quanto fosse causa nas formações sociais; o moralismo fecharia igualmente as portas a todos os outros. O próprio político e legista pretenderia resolver tudo por meio de decretos ou leis votadas. Nada deles pertence à ciência. Repugnam-lhe todos. O objeto da indagação científica são todas as relações sociais, com o que se poderá conhecer o conjunto, o grupo, a sociedade. A vantagem de tal orientação é a segurança decorrente da

própria objetividade. De outra feita mostraremos que, na explicação dos fenômenos sociais (religiosos, morais, econômicos, jurídicos), devemos atender ao grau de sensibilidade que eles denunciam. A religião é processo ultrasensível de adaptação do homem à vida social; em seguida, vem o moral; depois o jurídico e o econômico, que é o mais imediato e pois o mais caracteristicamente material⁴².

PONTES DE MIRANDA dispensa tratamento sociológico ao fenômeno jurídico, investigando-o cientificamente na integralidade das relações sociais. Não incorre, pois, nos vícios unilaterais do materialismo histórico, do psicologismo e do político e legista, que tudo pretende resolver por decretos e leis votadas.

Nada disso pertence à ciência, razão pela qual os repugna. Prefere pesquisar as relações sociais, objeto da indagação científica, a partir das quais conhecerá a sociedade e poderá indicar o direito com objetividade, da qual decorre a própria segurança.

Não confunde os decretos ou leis votadas, que são o conjunto temporário de regras jurídicas, componentes de determinado sistema jurídico, caracterizadoras de certo período histórico, com as relações sociais, que são os fatos da vida social, que constituem na realidade o direito.

Por se tratar o direito de fenômeno social, que deve ser estudado nas relações sociais, estas compostas de várias classes de relações, quais sejam as econômicas, as religiosas, as morais e as demais relações, não compreende que se usem outros métodos antes de se utilizar o da sociologia, tida como ciência principal. Pressupondo no jurista o sociólogo que fundamentalmente deve ser, sustenta que o legislador, o juiz e o intérprete devem induzir as regras jurídicas das relações sociais, que são os elementos reais, com o que o conhecimento jurídico ganha em objetividade e eficácia.

"Quando se tacham as relações jurídicas e as demais relações sociais de serem abstratas e não concretas, dá-se ao termo *abstrato* valor muito pouco filosófico; abstratas são todas, mas o abstrato também existe e pode ser objeto de ciência, desde que se chame assim a tudo que resta, se o concreto for apenas o que consiste em matéria. Ainda assim, é relativo o concreto, porque não sabemos precisamente o que é e o que não é matéria.

⁴² _____ . Matéria Social e Elemento Jurídico. *Revista de Direito público e de administração federal, estadual e municipal*, Rio de Janeiro, 1924, p. 266-7.

As relações jurídicas são realidades, suscetíveis, portanto, de pesquisa científica⁴³.

As relações jurídicas, tidas como relações sociais na visão pontesiana, eis que fazem parte integrante destas, são consideradas realidades. Tal caracterização se faz necessária para não confundi-las com regras jurídicas, estas sim abstratas e que são criadas pelo homem a partir da observação e análise das relações jurídicas dentro do contexto das relações sociais.

As regras jurídicas são esquemas de interpretação das relações jurídicas travadas na vida social, não passando de símbolos representativos dessas realidades. É o que inferimos da leitura pontesiana.

Sua concepção do direito procura ajustar o mais exatamente possível o indivíduo ao mundo social, cumprindo as regras jurídicas a função de reger a conduta humana com a maior soma possível de estabilidade, equilíbrio e harmonia social.

"Na ocasião de se formular a lei, pode o legislador prever os resultados, bons e maus; porém é possível errar e não excederem às vantagens os inconvenientes. Analisadas as relações, pode ser proposta a norma; executada esta,- e o mesmo é dizer experimentada,- devem ser novamente examinadas as relações, que nos revelarão os defeitos das leis⁴⁴."

Pelo que podemos notar, são os fatos que devem indicar as normas jurídicas formuladas pelo legislador. É que PONTES DE MIRANDA vislumbrou ainda a possibilidade de não ser elaborada a regra jurídica acertada para a situação, motivo pelo qual recomenda a análise das relações sociais, a fim de que seja corrigido o seu defeito.

Duas situações se apresentam ao legislador, a nosso ver. A primeira é aquela em que simplesmente copia o que se passa nos fatos, elaborando assim a regra jurídica, e a segunda se dá quando intervém nas relações, mesmo após ter sido elaborada a regra, com o propósito de revelar possível erro e corrigi-lo.

Contudo, em ambos os casos, o legislador cria a regra jurídica segundo o método indutivo. Por isso, podemos dizer, com base na visão pontesiana, que o método científico da

⁴³Idem. Ibidem. p. 271.

⁴⁴Idem. Ibidem. p.273.

indutividade funciona inicialmente como critério de previsibilidade das condutas humanas, haja vista que as regras jurídicas somente podem ser aplicadas aos fatos, para os quais se dirigem, após terem sido previamente induzidas das relações sociais e corrigidas, se for o caso.

Temos, pois, que as regras jurídicas são normas com que os homens pretendem subordinar os fatos a certa ordem e a determinada previsibilidade.

Mas como satisfazer o requisito da previsibilidade, com o emprego da metodologia indutiva na pesquisa do fenômeno jurídico? interrogar-se-ão alguns, já que a investigação científica deve partir de supostos prévios, de noções pré-estabelecidas que se confirmarão ou não, argumentam. Dirão ainda outros que, sem o critério da previsibilidade, não se pode fazer ciência.

A tais objeções, não raramente encontradas na literatura jurídica contemporânea, pensamos em haver o autor tematizado respondido na seguinte passagem do "Sistema de Ciência Positiva do Direito":

"É presunção estulta pretenderem as ciências, no limiar da pesquisa, definir o próprio objeto. Não raro, dados posteriores a obrigam a dilatar a própria esfera e a abranger do que abrangia a noção restrita do fenômeno. Quanto à dos fenômenos sociais, assoberbam-se as dificuldades⁴⁵."

Conforme já tivemos oportunidade de citar noutra parte, uma das primeiras preocupações da ciência jurídica é circunscrever o campo das suas investigações e distinguir, metodologicamente, o que compreende ao seu estudo e o que pertence a outras disciplinas. Por mercê de tal modo, discernimos o que é fenômeno do que assim não é considerado, sendo inegável seu valor prático e imediato. Reproduzimos, também, que por esse meio o direito é apresentado como dado positivo para o conhecimento científico, desvestindo-se dos trajes teológicos, metafísicos e demagógicos.

Essa é a nosso sentir a preocupação pontesiana, ao referir que o objeto da ciência não pode ser definido no início da pesquisa, pois, não raro, dados posteriores a levam a expandir o próprio âmbito e a compreender mais do que encerrava a noção estreita do

⁴⁵ _____ *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 16-7.

fenômeno. E quanto aos fenômenos sociais, nestes incluído o fenômeno jurídico, as dificuldades aumentam ainda mais, pelo que salienta.

Neste caso, para a ciência jurídica, que se ocupa de relações sociais, ou seja, de adaptações, fica ainda mais difícil, senão impossível, definir tal objeto previamente, dada a dilatação crescente experimentada daquelas, devido às mutações e variações havidas na própria dinâmica social, provocadas por circunstâncias e contingências históricas.

Assim o objeto da ciência do direito, que são as relações sociais, não é passível de constituição apriorística. Tal deve-se à preocupação pontesiana de evadir-se dos ressaibos da metafísica, os quais pretendiam erigir o conhecimento jurídico em princípios hipostasiantes da realidade social, deduzidos exclusivamente com o puro artifício da razão.

Contudo, não pensemos que a dedução constitua uma excrescência no pensamento metodológico pontesiano. O raciocínio lógico também cumpre o seu papel, aliás bastante relevante.

Conforme gizou no "Sistema":

"É pela indução que, das soluções mostradas nas relações que se observam, pode tirar-se o princípio; depois, pela dedução, aplicar-se-á aos casos análogos. Todavia, em verdade, aquelas soluções são fios que prendem entre si as situações jurídicas, são o cimento das relações sociais; de maneira que no exame e estudo destas está todo o objeto da ciência e o método prestado para o legislador, para a doutrina e para o juiz⁴⁶."

PONTES DE MIRANDA diz que primeiramente se observam as relações sociais, para delas induzir os princípios ou regras jurídicos e posteriormente servirem esses como pontos de referência, aplicáveis aos casos análogos, ou, sucintamente, induzir e após deduzir.

Sua preocupação é na direção de que a lógica não opere no vazio. Essa deve funcionar, não a partir de princípios formulados hipotética ou ficticiamente, tão afeita aos moldes do pensamento escolástico, que privilegia a razão em detrimento dos fatos, mas sim com base nas relações sociais, nas realidades.

⁴⁶Idem. Ibidem. p.222.

Neste momento, ocorre-nos a riqueza metafórica utilizada por ele para deflagrar crítica ao puro racionalismo, quando o compara com as rodas de moinho que giram sem suficiente provisão de grãos para moer.

Distendendo o alcance da metáfora utilizada, salientamos que o dedutivismo lógico, figurado pela imagem do moinho, somente deve ser aplicado sobre o material contido nos fatos, nas relações sociais, que são o substrato das regras jurídicas, induzidas a partir das mesmas.

A ordem em que PONTES DE MIRANDA situa os momentos metodológicos é a seguinte: inicialmente se observam as relações sociais, o que implica sua análise; depois vem a indução, mais tarde a experimentação e posteriormente a dedução.

"A dedução vem depois. Não intervém na primeira fase do *ciclo* jurídico. É na aplicação daquela regra, indutivamente conseguida, que se deve atender ao processo dedutivo. O intérprete ou juiz faz entrar no domínio da norma o caso que se depara. É processo lógico assaz usado na prática dos homens, porém não é o método da elaboração científica. Pode haver erro na adequação da lei ao fato, porque a matéria da vida não tem de ser precisamente lógica⁴⁷."

A preocupação metodológica de PONTES DE MIRANDA é no sentido de que tanto o intérprete quanto o juiz, ao subsumir o caso que se lhes apresenta na regra jurídica, não apenas procedam à operação meramente lógica, como se fosse possível acharem o direito de que necessitam em princípios abstratos, dos quais pudesse ser deduzido.

O processo analógico de que fala PONTES DE MIRANDA somente pode ter aplicação desde que atendida a orientação dos fatos, pois são esses que ditam as regras jurídicas que os regulam. Neste sentido é que visualizamos sua lógica jurídica, como a lógica dos fatos, pois são esses que sempre têm razão no seu modo de encarar o fenômeno social que é o direito.

Outra constatação não poderíamos tirar, eis que a própria natureza do procedimento consiste em deduzir princípios jurídicos de outros mais gerais, com vistas a sua aplicação a casos semelhantes, aos quais aqueles princípios se reportam. Trata-se, destarte, de via lógica.

⁴⁷Idem. Ibidem. p.68.

E a lógica, para PONTES DE MIRANDA, cumpre função auxiliar do método científico. Por isso que seu exercício só é permitido, desde que as regras jurídicas tenham sido induzidas aos fatos, podendo então ditas regras servirem como paradigmas para situações idênticas, uma vez que elas estão em sintonia com as relações sociais, das quais emergiram.

Na obra "Introdução à Política Científica", que veio a lume no ano de 1924, onde se acham presentes os fundamentos do "Sistema de ciência Positiva do Direito", PONTES DE MIRANDA discorre sobre as vantagens do método indutivo em comparação ao dedutivo na passagem a seguir descrita, que houvemos por bem em reproduzi-la na íntegra, eis que vislumbramos na mesma a síntese de seu posicionamento metodológico:

"A indução importa em limitação, que lhe dá maior segurança que à intuição e à dedução. Nela pode dizer-se que há *resignação*, que é fecunda e assenta no seguinte; não se pode conseguir outro *geral* que não seja dado pelo conjunto do *particular*; o *geral* está latente na porção do *particular*. Se assim não se der, - quer dizer, se não se firmar nos *fatos*, - a generalização será abstrata, vazia de verdade, ilusória. A indução não desmente o *geral*, não o nega; promete-o, pois que pode extrai-lo dos fatos, e só dos fatos.

"O racionalismo é autoritário, despótico: quer, somente com o espírito lógico, descobrir as leis do mundo, em vez de procurá-las nos fatos e deles induzi-las. Daí, na ordem social, entender-se com o direito de criar as leis, fabricar decretos, regulamentos e ordenanças. A ordem, o mando, o imperativo dos chefes e dos grupos legislativos não fica dependente dos fatos, da verdade do que dizem; não tem ligação com premissas no indicativo, como conviria: é o voluntarismo, o subjetivismo (vontade do legislador, espírito do Código, vontade da lei); depois de promulgados os textos, têm de ser tiradas as conseqüências lógicas, para que se componha o quadro inteiriço, a plenitude lógica (Geschlossenheit des Rechts), que coexiste com o despotismo finalista da legislação racionalista, escolástica e apriorística.

"A indução quer a lei tirada dos fatos, e não que se criem leis para se imporem aos fatos. Ao absolutismo (filosófico e social) é que convém descer dos princípios absolutos aos casos concretos. Mas isto repugna à ciência, à investigação positiva, porque esta sobe de tais casos, não a princípios absolutos, mas a princípios gerais, a leis indutivas. É o mais alto grau da adaptação biológica, do complexo organismo X meio; porque

é a adaptação do espírito ao mundo pelo caminho *menos suscetível de erros*⁴⁸."

Analisando a indução e a dedução na citação recém-efetuada, verificamos que a primeira é mais segura que a segunda, porquanto se firma nos fatos, deles partindo para confirmar o geral que está latente em cada parte do particular. Por outro lado, a via dedutiva encarna o racionalismo puro, o autoritarismo e o despotismo, pois, com espírito unicamente lógico, pretende criar leis, decretos e regulamentos, fazendo-os derivar da vontade do legislador, do espírito do Código ou da vontade da lei, para compor os sistemas jurídicos fechados, bastante expressivos na fórmula da plenitude lógica do direito.

PONTES DE MIRANDA chama a atenção para a maneira invertida com que procedem grande parte dos sistemas jurídicos de tradição romano-legalista, que culminou no exegetismo francês, do qual quase todos os ordenamentos jurídicos ocidentais são caudatários, incluído o nosso sistema brasileiro na condição de legatário do mesmo.

O procedimento utilizado por tais sistemas jurídicos consiste em deduzir de princípios absolutos, tidos como inquestionáveis, impostos pelo legislador, que não são outra coisa senão os seus subjetivismos e voluntarismos corporificados nas fontes jurídicas tradicionais, assim consideradas a lei, a doutrina, a jurisprudência e demais, tidas como a origem de todo o direito, dos quais partem para dar solução ao caso concreto.

Esquecem-se de que fazer entrar no mundo da norma o caso com que se deparam não constitui operação tão simples assim, pois não reside em comodamente descer de princípios indiscutíveis, postos fora de dúvidas, aos casos concretos, porém em subir a partir da concretude do fato social até os princípios, não absolutos, mas gerais.

Contemporaneamente, nos sistemas jurídicos ocidentais, ainda domina a fórmula tradicional de solução dos conflitos sociais, caracterizada pelo silogismo lógico de tradição aristotélico-tomista, porquanto originada com ARISTÓTELES e recuperada pela escolástica medieval. Foi o espírito racionalista e especulativo que vingou e chegou até nós.

É contra esta lógica que se insurge PONTES DE MIRANDA, colocando o racionalismo no seu devido lugar, que outro não é senão o de estar a serviço dos fatos, na medida em que somente pode ser aplicado a esses. É nesse sentido que vemos nele, como

⁴⁸ _____ Introdução à política científica. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p. 207-8.

solução para os problemas de coexistência social, a idéia em potência daquilo que houvemos por bem denominar de silogismo sócio-lógico pontesiano, resultante da análise de sua obra.

Coerente com sua sistematização positiva do direito, sempre sustentou que o determinismo dos fatos aponta as soluções para os problemas jurídicos, para o que concorre o método sociológico indutivo.

Neste aspecto secundamos o pensamento pontesiano, porquanto é forçoso reconhecermos que o direito induzido dos fatos sociais e a eles dirigidos oferece mais garantia e certeza do que deduzi-lo de princípios apriorísticos, denunciadores de sobrevivência metafísica.

Assim, desfere ataque ao racionalismo puro por este se abroquelar na razão abstrata, esquecendo-se dos fatos, o que não permite a adaptação, preferimos dizer adequação, ajuste do indivíduo ao coexistir social, para fugirmos do seu biologismo e ficarmos com a sua sociologia, tida como ciência geral.

Critica então o dedutivismo-racionalista, por se apegar em princípios estéreis e invariáveis, dos quais pretende retirar as respostas para os mais inextricáveis problemas do mundo social. Cômico de que a vida é por demais rica para se deixar aprisionar pelos fios anacrônicos de uma codificação esclerosada, ficticiamente construída, repele a subsunção lógica que os sistemas jurídicos pretendem impor aos fatos.

Na teoria científica pontesiana, o direito não andarà a reboque dos fatos sociais, tampouco "persistirá como um obstáculo à mudança social"⁴⁹, pois a ciência contribuirá para que ele seja cientificamente extraído dos fatos, sendo demarcado, delimitado e aviventado por esses, o que ensejará na sua constante atualização.

Não vê como se possa deduzir soluções para os problemas existenciais a partir de legislações recuadas no tempo, desajustadas ao momento presente, anacrônicas, em contradição com o que os fatos mostram.

⁴⁹NOVOA MONREAL, Eduardo. *O direito como obstáculo à transformação social*. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Fábris, 1988. p.179.

N. Expressão empregada pelo autor, para evidenciar sua preocupação no sentido dos juristas porem seus princípios a serviço de uma realidade mais atual, revisarem a legislação antiquada, darem à ciência jurídica a possibilidade de abrir-se à concepções sociais mais justas.

PONTES DE MIRANDA desfecha arremetida punctual à maneira como se solucionam os conflitos sociais, fazendo ressaltar a impotência do silogismo lógico, pelo que aponta novos rumos para a hermenêutica. Essa, segundo ele, deve se nortear pelos fatos. Somente esses podem desmentir a pressuposta inteligência idealizada no legislador racional, negar os sistemas jurídicos abstratamente construídos.

Não aceita que os fatos sociais sejam submetidos, prévia e esquematicamente, aos sistemas jurídicos, sem passar pelo crivo da observação e da análise, quando então estes devem ser induzidos daqueles.

De nossa parte, não temos como negar a função desempenhada pela metodologia indutiva, enquanto critério de previsibilidade para o conhecimento jurídico, na medida em que diminuem as probalidades de erros, no processo de ajustes das regras jurídicas aos fatos sociais. Ao invés de partir da letra da lei em sua expressão abstrata, o cientista do direito investiga as relações sociais, para delas extrair as regras jurídicas que irão regê-las.

O autor brasileiro quer partir de fatos concretos e não do abstrato. A regra jurídica abstrata, induzida das relações sociais, só secundariamente serve como suporte, podendo servir como processo analógico na aplicação de fatos semelhantes.

Para não incorreremos em confusões, convém esclarecer que a regra jurídica é sempre abstrata, contudo, para que ela possa ser logicamente aplicada por similitude, deduzindo as soluções dadas a tais situações, mister se faz que preliminarmente tenha sido induzida dos fatos sociais.

Já as regras ou normas jurídicas, deduzidas de princípios absolutos, em desatenção dos fatos, por apresentarem o vício subjetivista de origem, não servem para serem aplicadas aos fatos, tampouco devendo funcionar como processo analógico.

" Percebida a lei que regula as relações ou o *complexus* de relações, não é preciso prosseguir na indagação, salvo para retificar o resultado conseguido ou para o precisar. Posta em preceito escrito, sempre que se produzirem idênticas situações, ter-se-á de aplicar a fórmula obtida. É no direito, o processo analógico; porém não difere dos processos adotados nas outras ciências⁵⁰".

⁵⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p.75.

Mais uma vez verificamos que o processo analógico somente tem aplicação, sempre que previamente indagadas as relações sociais e delas induzidas a lei destinada a reger a situação apresentada. Só então é que se pode dar a aplicação da referida lei, para os casos semelhantes que se apresentarem doravante. Contudo, a aplicação da analogia terá lugar enquanto não for contrariada pelos fatos, dos quais surja nova regra jurídica, indutivamente extraída, num processo sempre constante, que houvermos por bem nominá-lo de dialética dos fatos, pois, em última análise, são sempre esses que decidem e assim, a exemplo do autor tematizado, rechaçar a dialética hegeliana, pois essa, na teoria científica do direito de PONTES DE MIRANDA, fica explicada pelos próprios fatos.

"A dedução dos resultados indutivos entre si ou a dedutibilidade deles após a criação da hipótese superior, de que se tirem, dá às ciências certa solidez, comodidade e beleza, que torna menos hostil ao homem o trabalho de pesquisar e entender a natureza. E não há grande perigo, porque, criada a hipótese e deduzidas as conseqüências, caberá a vez à comparação com os dados experimentais. Comprovadas, é incontestável o valor delas, ainda que, como o conhecimento, suscetível de correção ou de substituição por outro mais sólido⁵¹".

Na passagem supra, resta demonstrado o valor auxiliar do método dedutivo em relação ao indutivo, funcionando como simplificador da pesquisa empreendida, servindo inclusive de premissa maior, da qual serão deduzidas as conseqüências aplicáveis à situação em apreço, suscetível, no entanto, à comparação com os dados da experiência, ou seja, com os fatos e, mesmo comprovado, corre o risco de ser retificado, aliás, como todo conhecimento.

"A observação, a indução científica, a experimentação, - tal o que é de mister para a garantia das funções legislativa e interpretativa do direito⁵²".

O método científico é um só para PONTES DE MIRANDA. Constitui a garantia das funções legislativas, interpretativas e executivas do direito. Nele reside a satisfação do critério de previsibilidade da ciência jurídica.

⁵¹Idem. Ibidem. p.136.

⁵²Idem. Ibidem. p.74.

5. O método indutivo e a satisfação do critério de verificabilidade.

Muito já discorremos sobre o método na visão de PONTES DE MIRANDA. Demonstramos a importância de sua fixação para a investigação livre e científica do direito, pois dele depende a segurança e a estabilidade que só a ciência pode oferecer, condicionando a constituição da própria ciência jurídica.

PONTES DE MIRANDA, privilegiando a indagação objetiva do direito, acolheu o método científico, que é o método indutivo, o qual, no seu entender, deve ser adotado por todas as ciências, pois parte do princípio de que todas elas são ciências naturais. No seu conceito de natureza, encontra-se compreendido o cultural, conforme não passou despercebido ao seu discípulo maior.

"Ora, a análise que faz PONTES DE MIRANDA do *Sein* conceituado como realidade não é impermeável ao *Sollende* - e sua argumentação não pode ser sumariamente posta à conta de naturalista por mais que ele invoque, a todo o passo, os processos sociais de adaptação. Seu naturalismo adquire, como observei páginas atrás, tais implicações culturalistas que o tornam, em 1922, um pioneiro de muitas atitudes doutrinárias ainda incipientes na Alemanha naquela mesma década⁵³."

Aliás, pelo que tivemos o ensejo de referir no primeiro capítulo, PONTES DE MIRANDA não conhece ciências do ideal, mas somente do real, do social, do natural, deixando-se empolgar pelo princípio filosófico de que tudo é natural.

Tal alusão se faz necessária em virtude de algumas leituras apressadas da obra pontesiana, no nosso entender, que o rotulam de naturalista a-valorativo, como se ele sustentasse a neutralidade axiológica, por defender a objetividade e a cientificidade.

Seu naturalismo jurídico resulta das relações sociais, das condutas humanas em interações intersubjetivas, nas quais os valores integrantes dos processos sociais de adaptação, consistentes nos elementos econômicos, políticos, religiosos e demais elementos sociais, se objetivam.

⁵³MENEZES, Djacir. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Rio, 1975. p. 131.

Não se trata de puro e simples naturalismo o sustentado por PONTES DE MIRANDA, porquanto se evade do físico e do biológico, para descansar no sociológico. Sua naturalidade do fenômeno jurídico apresenta substrato sociológico.

Destarte, não podemos concordar com afirmações conclusivas a que chegam determinados comentadores da obra pontesiana, como esta:

"Enquanto Djacir Menezes é hegeliano, defendendo portanto a dialética, PONTES DE MIRANDA é neopositivista, justificando um biologismo radical abrangente do fenômeno jurídico. E por isso é que a ciência jurídica pode seguir a metodologia das ciências naturais: *a ciência jurídica é uma ciência natural* ⁵⁴".

Pensando em colocarmos as coisas em seus devidos lugares, entendemos que PONTES DE MIRANDA não rechaça a dialética hegeliana, o que não significa que a toma como ponto de partida para suas investigações científicas; apenas a considera incompleta para explicar a realidade social, eis que apanha somente em parte o fenômeno jurídico, resultando daí sua opção metodológica em explicá-lo a partir dos próprios fatos. Por outro lado, rotulá-lo de neopositivista seria de questionarmos em que sentido o seria e qual é o significado utilizado para a expressão. Certamente que não se trata do Círculo de Viena, por nós já tratado, porquanto precede a tal Círculo. E, se teve influência deste em suas obras produzidas posteriormente a 1922, como alguns pretendem enxergar, nem por isso encampou todas as teses daquele movimento surgido em 1929, para justificar-lhe tal rótulo.

Contudo, nossa preocupação é com relação ao contido no restante da citação. Discordando mais uma vez do ponto de vista manifestado, entendemos que a ciência jurídica, ciência natural que é, tem justificada a adoção da metodologia das ciências naturais, não porque o fenômeno jurídico é abrangido por um biologismo radical, ao que poderíamos corrigir, apontando que antes do biologismo, o direito é abrangido pelo fisiologismo, que, por sua vez, engloba o biologismo, mas sim porque o princípio de naturalidade do jurídico, na teoria científica pontesiana, funda-se nos fatos sociais, nas relações da vida, nos

⁵⁴MACEDO, Silvio de. PONTES DE MIRANDA e a universalidade de sua mensagem cultural. Rio de Janeiro, Forense, 1982. p. 34.

processos sociais de adaptação, que são elementos valorativos que presidem a elaboração das regras jurídicas.

Atente-se que não estamos negando à ciência jurídica pontesiana a naturalidade, também estendida a todas as demais ciências, o que justifica o emprego dos mesmos métodos nas suas investigações, razão pela qual o instrumental metodológico natural da biologia e da física é o mesmo da ciência do direito, assegurando-lhe confiança nos resultados pesquisados.

Porém, estamos chamando a atenção para o sentido de natural na ótica pontesiana, equivalente a social, motivo pelo qual concebemos que, se existe um radicalismo abrangente do fenômeno jurídico em PONTES DE MIRANDA, é mais de natureza sociológica do que propriamente biológica.

"A indagação biológica traz a vantagem de explicar pelo conhecimento o fato desconhecido, o que constitui expediente assaz fecundo da elaboração científica. Demais, a ciência pode formar-se com as notações de fatos e relações constantes: há de ter substrato real, ou não será ciência. Este é outro proveito do estudo biológico: a extensão do método dos naturalistas, que é o único capaz de assegurar a confiança nas pesquisas e nos resultados. Pela indução, conseguimos conhecer o que é constante nos fatos e não há negar que as normas jurídicas descrevem o que se dá nos fenômenos jurídicos, isto é, nas relações sociais⁵⁵".

Eis aí comprovado o que disséramos há pouco. Pelo que se infere do reproduzido, verificamos que a ciência jurídica tem substrato real, como as demais, sob pena de não ser tida como ciência, formando-se por isso nos fatos. Pelo método indutivo, também empregado no estudo biológico e em todos os outros estudos que se empreendem, pois é o único na visão pontesiana, conheceremos o que é constante nos fatos, cabendo às normas ou regras jurídicas descrever o que se passa neles.

"O método que deve guiar a ciência jurídica é o mesmo das ciências naturais, porque ela também o é. A dedutividade inicial não lhe servia, porque todo conhecimento é empírico. A ciência é a economizadora dele, perpetuamente interessada em cristalizá-lo. E a indução, que lhe cria e fortalece o cabedal de saber, é a indução científica, e não a indução formal

⁵⁵PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p. 140.

de ARISTÓTELES. O geral da ciência não é absoluto, e sim relativo: afirma-se a probabilidade dele, e não a certeza em toda a extensão de generalidade lógica⁵⁶”.

Nesta passagem, além de ratificar a unidade metodológica para as ciências naturais (e como todas o são, podemos também falar em unidade das ciências, aliás, já estudadas por nós anteriormente), PONTES DE MIRANDA adjetiva o método indutivo de científico, para evitar confusões com a indução formal do filósofo grego. Assim, quando o cientista do direito brasileiro se refere à indução, está se reportando ao método científico por ele adotado na pesquisa do jurídico.

Tal método indutivo, pelo que já expusemos, é aquele que vai do particular para o geral, o que equivale dizer, dos fatos para as regras jurídicas. Trata-se do método baconiano, ao qual PONTES DE MIRANDA adicionou o princípio da relatividade gnosiológica e objetiva.

Pela objetividade, vai-se dos fatos às generalidades, ensina o sábio brasileiro. Todavia, leciona, a objetividade é a que resulta dos fatos, sujeita à variabilidade experimentada nas relações sociais, razão pela qual não pode ser tomada como absoluta.

É por isso que sustenta a relatividade do geral da ciência, posto que nele se afirma a probabilidade e não a certeza lógica.

Devemos ter sempre presente o referencial do relativismo do conhecimento, que sempre acompanhou o pensamento do autor, no que inclui a relatividade metodológica do indutivismo por ele adotado.

Quando PONTES DE MIRANDA propõe a investigação objetiva das realidades para colher o direito, não empresta à palavra objetiva o mesmo significado que lhe atribui o neopositivismo lógico ou mesmo alguns positivismos, a objetividade de que ele cuida não é a do rigor lógico, deduzida de princípios absolutos, estribada unicamente na razão. Trata-se da objetividade relativa, da que os fatos podem dar.

Ele tem consciência de que o método indutivo não constitui um instrumento rigoroso, capaz de revelar a verdade absoluta, pois ensina que todos os dados não se acham

⁵⁶Idem. Ibidem. p. 141-2.

suficientemente sistematizados para a pesquisa, que a ciência do direito recém se inicia, consistindo o conhecimento humano reflexo do mundo social.

A garantia de objetividade oferecida pelo método indutivo científico pontesiano reside na diminuição das probabilidades de erros, com o que aumenta a segurança na investigação positiva do direito.

"O processo da análise e da indução apenas dá forma e rigor científicos ao que se efetua na vida, isto é, aumenta as probabilidades de acerto, porque diminui as de erro. Os métodos da ciência têm por fito restringir e eliminar, tanto quanto possível, tais possibilidades⁵⁷".

Sua ciência positiva do direito, por ser construída com base nos fatos, nas relações sociais, não constitui uma tentativa de neutralização do direito; ao contrário, torna-a permeável aos valores consagrados nas próprias classes de relações sociais, que concorrem para a formação do jurídico.

"As relações sociais é que nos devem dar o objeto das nossas indagações⁵⁸".

A ciência do direito, por lidar com os fatos e mostrar como se produz o direito, não pode reivindicar a neutralidade, o que contrastaria com sua postura assumidamente relativista.

"Em ARISTÓTELES a ciência foi lógica, e não matemática; nem, tampouco, física; o Stagirita pretendeu, com os recursos que herdou de HERÁCLITO, dos sofistas e de SÓCRATES, o grande edifício da dedução total da natureza. Com os peripatéticos e a Idade Média primou o panlogismo. Em PLATÃO, foi matemática a dedutibilidade, e na Renascença é o pan-matematismo que ressurge, até que o espírito central de DESCARTES leia em equações, e não em silogismos, o grande livro da natureza, a que uns e outros atribuem a perfeita racionalidade. Antes de DESCARTES, apontara BACON (e, depois, NEWTON) o caminho mais profícuo e menos perigoso: a indução. Mas os séculos que se seguiram e o seu próprio tempo estavam muito preocupados com a construção das chamadas ciências dedutivas, para que prestassem atenção ao pensador inglês. Tinha de assim ser: ao empirismo sucede o racionalismo e a este o

⁵⁷Idem. Ibidem. Tomo IV, p. 145.

⁵⁸Idem. Ibidem. p. 232.

indutivismo; as Ciências matemáticas haviam de progredir antes da Biologia e da Sociologia⁵⁹".

Pelo que vemos, o método indutivo defendido por PONTES DE MIRANDA consiste numa recuperação da metodologia desenvolvida pelo filósofo inglês FRANCIS BACON, no século XVII, para combater a racionalidade do dedutivismo de orientação lógico-silogística.

Com o método indutivo científico, o autor brasileiro pretende trilhar o caminho mais profícuo e menos perigoso para o conhecimento jurídico, sem correr os riscos do empirismo, que só vê os fatos, e do racionalismo, que tudo delega à razão. Pelo indutivismo, parte dos fatos para atingir as abstrações das regras jurídicas, delas retornando novamente aos fatos para a aplicação do direito, contando sempre com o uso da razão. Entretanto, a racionalidade é sempre basilada pelos fatos, motivo para o qual sua ciência jurídica pende mais para o empirismo do que para o racionalismo.

Essa passagem do indicativo dos fatos sociais para o imperativo das regras jurídicas, operada pelo método indutivo pontesiano, vincula estas àqueles, de modo que fica respondido o critério de verificabilidade do conhecimento jurídico.

Uma das teses que vislumbramos na obra pontesiana é a de que as regras jurídicas devem se sujeitar à inevitável restrição dos fatos, assim que o direito deve ser verificado na ordem dos fatos, a fim de que possa ser aplicada à coexistência humana. E tal verificação, sob o prisma pontesiano, só pode se dar com o emprego da via indutiva.

O dedutivismo, por se fundar na pura racionalidade, em princípios absolutos, no apriorismo, condicionando o direito aos vícios subjetivistas e voluntaristas, não satisfaz o requisito da verificabilidade, eis que não pode ser testado nem comprovado empiricamente.

Em PONTES DE MIRANDA, as regras jurídicas, os princípios de direito, enfim, o direito e a ciência do direito, por serem edificados a partir dos fatos sociais, não só são passíveis como devem ser verificados. Tal verificação ocorre, portanto, nas próprias relações sociais e opera-se da forma objetiva.

Contudo, convém não confundirmos as condições de verificação da ciência jurídica em PONTES DE MIRANDA com as condições semânticas de sentido, que presidem a construção da ciência do neopositivismo lógico. Insistimos nessa questão, porquanto

⁵⁹ _____. *Introdução à sociologia geral*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980. p. 77.

determinados autores não vacilam em rotular o jurista brasileiro como neopositivista. Essa é mais uma oportunidade de separarmos as coisas.

Para o neopositivismo lógico, a condição semântica de sentido é satisfeita sempre que se der uma relação de adequação entre o enunciado e um referente tido como objetivo. Neste caso, estaremos diante de uma enunciação científica, ou seja, fazendo ciência, pois, para o neopositivismo lógico, a ciência se reduz a uma dimensão lingüística. Fazer ciência é traduzir objetivamente os dados do mundo a uma linguagem artificial isenta de vícios e das imperfeições da linguagem ordinária.

No entanto, a objetividade das condições de existência para os neopositivistas, descritas por uma linguagem precisa, para fundar a verdade do conhecimento, presuppõe objetos neutros axiologicamente, cujas essências é possível apreender, o que nos leva a acreditar na verdade objetiva dos enunciados.

Como disse bem o semiólogo LUIS ALBERTO WARAT na obra "O Direito e sua Linguagem", ao tratar da temática:

"A relação semântica é aquela que vincula as afirmações do discurso com o campo objetivo a que este se refere. Estamos, assim, frente a uma noção de verdade que se qualifica como objetiva, para diferenciar-se da verdade subjetiva, que pode revestir-se na forma de uma opinião, uma crença, uma valoração ou um estado mental. A partir da concepção semântica de verdade tornam-se sem sentido os enunciados que não possuem referência empírica. Desta forma, os critérios de organização positivista das linguagens científicas desqualificam os âmbitos ideológicos de significação. Pretendem, assim, reduzir a significação ao campo referencial e constróem, dessa maneira, *o mito do referente puro*. Pretendem a construção de uma linguagem ideal, com aparência de realidade, que reforça a visão do mundo cristalizadora do *status quo*⁶⁰."

Aparentemente consideradas, as condições de verificabilidade do conhecimento para as propostas epistêmicas pontesianas e neopositivistas são as mesmas, porquanto ambas reclamam a constatação empírica. Contudo, a posição de PONTES DE MIRANDA, já bastante conhecida a esta altura, testa o conhecimento com metodologia indutiva, empregada

⁶⁰WARAT, Luis Alberto et alii. O Direito e sua linguagem. 2. versão. Florianópolis, UFSC, 1980. p. 32.

objetivamente nas relações sociais. Sua objetividade, cumpre repisarmos, está ligada à própria relatividade metodológica e dirigida às relações sociais.

Enquanto o neopositivismo lógico, que apresenta como questão central a semântica, que, por sua vez, está relacionada ao problema da verdade, reduz a ciência ao fetiche do referente puro, estabelecendo uma investigação dos objetos, como se tratassem de coisas estáticas, PONTES DE MIRANDA foge de tais armadilhas semiológicas e se dedica à indagação das relações sociais, sustentando a idéia de que o conhecimento não está no sujeito, nem no objeto, mas nas relações.

A propósito do tema sobre o problema do conhecimento, o qual já abordamos no primeiro capítulo e que ora apresenta pertinência com o assunto versado, não escapou à argúcia do filósofo LUIS WASHINGTON VITA, falecido ainda jovem, em seu "Panorama da Filosofia no Brasil":

"Em *O Problema Fundamental do Conhecimento* (1937), sua mais importante obra do ponto de vista filosófico, defende Pontes de Miranda uma tese bastante original no campo da Gnosiologia. Para ele conhecemos o mundo pelas sensações, mas toda sensação por si só já é abstração ou uma *extração*. O *ser* só se dá a nós abstraído, isto é: não gostamos da manga, nem cheiramos o cravo ou a violeta, mas sim gostamos do gosto de manga, cheiramos o cheiro de cravo ou violeta. Assim, os sentidos não nos dão a realidade total do mundo, mas apenas aquilo que do mundo nos excita. Por outro lado, a inteligência, depois que recebe as impressões dos sentidos, não se limita a representá-las, mas vai além, faz associações, induções, deduções, generalizações. O problema fundamental do conhecimento é, portanto, o de saber o que se passa entre a sensação e o conceito ou o julgamento intelectual.

"Com isto, procura o pensador nordestino pôr termo final à divergência secular entre idealistas e realistas: a separação entre realismo e idealismo, diz ele, não cabe em consciência. É estéril discutir se o que conhecemos está realmente no objeto, ou é uma relação entre sujeito e objeto, onde se faz a *extração* dos elementos de uma e de outro, a fim de se obter um conceito que contenha apenas o que é comum a um e a outro, com eliminação das diferenças. A oposição tradicional entre (su)jeito e (ob)jeto desaparece, afirma Pontes de Miranda, desde o instante que a nossa inteligência extrai o *sub* do sujeito e o *ob* do objeto, ficando apenas com o *jeto*, que é o elemento comum aos dois. Não se trata, como pode parecer a primeira vista, de mera questão de palavras, mas sim da tradução em palavras, de uma operação mental, que é a base de todo o conhecimento. Extrair os *jetos* (ou *jectos*), de que o *jeito* de *sujeito* é mera

variedade verbal) dos objetos e do sujeito é assegurar a objetividade e a realidade duradoura do conhecimento⁶¹."

Conforme depreendemos, PONTES DE MIRANDA tratou com bastante originalidade um problema afeto à filosofia da linguagem, que é o da relação entre a sensação, onde para ele começa o conhecimento, e o conceito ou julgamento intelectual, visando solucionar a secular divergência entre idealistas e realistas, que viam o conhecimento, respectivamente, no sujeito e no objeto, pelo que propunha a eliminação dessa oposição tradicional, para extrair o que é comum a ambas, fixando tal elemento no *jetos*, tomando-o como a base de todo conhecimento.

Abre, destarte, clareiras numa mata ainda bastante cerrada, à época, que era a da filosofia da linguagem, no que contribui significativamente para a teoria do conhecimento.

Pela extração dos *jetos*, visava assegurar a objetividade e a realidade do conhecimento de forma duradoura. Para tal operação, concorria o instrumental indutivo, método mais impessoal, que não avança só pelas relações entre as idéias, por isso necessitando de informações sobre os fatos, mas vai do conhecido ao desconhecido, do visível ao invisível, passando do particular ao geral.

Na mesma linha de raciocínio de LUIS WASHINGTON VITA, segue JUSTINO ADRIANO FARIAS DA SILVA no "Pequeno opúsculo sobre a vida e obra de Pontes de Miranda":

"Em *O Problema Fundamental do Conhecimento*, Pontes investigou acerca da distância existente entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível. Entre *su-jectum* e *ob-jectum* encontrou algo de comum, - o *jectum*. Se isto não resolveu a velha indagação acerca do que significa *conhecer*, pelo menos acenou para o problema da filosofia da linguagem, hoje já com grandes avanços na investigação epistemológica. Daí porque não procede a crítica de João Camilo de Oliveira Torres à teoria do conhecimento pontesiana, levada a cabo em seu *O Positivismo no Brasil* (Ed. Vozes, Rio de Janeiro, 1943, p. 236-8)⁶²."

⁶¹VITA, Luis Washington. *Panorama da filosofia no Brasil*. Porto Alegre, Globo, 1969. p. 109-0.

⁶²SILVA, Justino Adriano Farias da. *Pequeno opúsculo sobre a vida e obra de Pontes de Miranda*. Porto Alegre, EST, 1981. p. 53.

"O Problema Fundamental do Conhecimento" de PONTES DE MIRANDA é de 1937. Portanto, posterior ao surgimento do neopositivismo lógico em 1929. No entanto, desenvolveu posição própria. Encarou a objetividade do conhecimento como um problema dependente da investigação acerca da distância entre o sujeito conhecente e o objeto conhecível, não se deixando arrastar pela corrente neopositivista, que pretendia conquistar a objetividade do conhecimento, que era a condição de verdade de significações, a partir de um referencial puro, neutro ideologicamente, não levando em conta a variabilidade das relações sociais e a relatividade das mesmas, motivo pelo qual a verdade objetiva pretendida, não pode se arvorar em absoluta.

Já em 1921, no texto intitulado "Princípio da Relatividade Gnosiológica e Objetiva", situa o princípio da relatividade na base do pensamento contemporâneo. Sustenta que é impossível formar o conceito da coisa em si, pois não se pode elidir o real, que envolve as coisas e lhes dá objetividade, nem a nós mesmos, que as sentimos e descrevemos, dizendo ainda que a existência objetiva dos seres nos é fornecida pelas relações entre eles.

"O objeto do conhecimento são relações, e não seres. Nunca apanhamos caracteres objetivos inerentes à realidade, mas relações entre os fenômenos: somente isto é que colhemos quando notamos a luz, a massa, a força, a energia, etc.⁶³."

Confrontando esse texto produzido em 1921 com a obra de 1937 intitulada "O Problema Fundamental do Conhecimento", produzidas, respectivamente, antes e depois do surgimento do neopositivismo lógico, constatamos a coerência das teses defendidas pelo autor nacional, aliás uma constante em todas as suas obras, jamais abandonando as convicções formadas.

Sublinhamos que o critério de verificação do conhecimento defendido pelo Círculo de Viena surge antes em PONTES DE MIRANDA no "Sistema de Ciência Positiva do Direito", no ano de 1922, no que se constitui numa antecipação do pensamento pontesiano ao que iria suceder mais tarde com tão importante movimento interdisciplinar que foi o neopositivismo lógico, aparecido em 1929.

⁶³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. princípio da Relatividade Gnoseológica e Objetiva. Revista do Brasil, (XVII): 389, abr-ago 1921.

Contudo, convém gizarmos que a referida antecipação se deu criticamente, porquanto sua verificação do conhecimento nos fatos sociais se dava com o uso do método indutivo, através de uma objetividade relativa, eis que se dirigia às relações sociais, essas por sua natureza variáveis. PONTES DE MIRANDA viu em tudo a relatividade

Alguns pretenderam enxergar o conhecimento no sujeito; outros, no objeto. PONTES DE MIRANDA procurou estudá-lo nas relações. Já dizia MONTESQUIEU na clássica obra "O Espírito das Leis":

"As leis, no seu sentido mais amplo, são relações necessárias que derivam da natureza das coisas e, nesse sentido, todos os seres têm suas leis; a divindade possui suas leis; o mundo material possui suas leis; as inteligências superiores ao homem possuem suas leis; os animais possuem suas leis; o homem possui suas leis".⁶⁴

Parafraseando o filósofo francês, podemos dizer que o direito em PONTES DE MIRANDA são relações necessárias que derivam da natureza das coisas, tomando-se essa última expressão no sentido de realidade, aliás, como a entendia o próprio MONTESQUIEU, eis que nela confrontava seus escritos, e não no sentido de essência, o que nos faz lembrar a metafísica de ARISTÓTELES.

Por isso é que a verificação do conhecimento jurídico pode se dar, eis que o direito habita o mundo das relações sociais e cabe ao investigador achá-lo e revelá-lo indutivamente, insculpindo-o em regras jurídicas abstratas, as quais somente podem ser aplicadas, desde que estejam em conformidade com os fatos sociais, para os quais elas se dirigem.

Portanto, cabe ao método indutivo a tarefa de aproximar o direito da realidade social, haja vista que é dela que extrai as regras jurídicas que irão reger a sociedade, disciplinando a coexistência humana. A verificação da adequação do direito rente aos fatos compete a ele.

Ousamos afirmar que tal metodologia se afigura, na visão pontesiana, como dinâmica e evolutiva, acompanhando passo a passo o evoluer das relações sociais, mutáveis por

⁶⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues. Brasília, UNB, 1982. D. 41.

natureza, exercendo manifesto avanço se comparada a outros métodos, como, por exemplo, o dedutivo, o qual concorre para aprisionar a riqueza da vida em codificação envelhecida.

O método indutivo estimula a revolta dos fatos contra os princípios jurídicos abstratos, fundados aprioristicamente, que se arrogam na pretensão de encerrar todo o direito, com a vantagem de confrontar o direito com a vida, para ver se não há descompasso.

III - CAPÍTULO: O conceito de Direito em PONTES DE MIRANDA

1. Os processos sociais de adaptação

Um dos objetivos que nos propusemos na presente obra foi o de investigar o conceito de direito na obra pontesiana e sustentar que PONTES DE MIRANDA defendeu concepção única para o direito.

Tema central e ponto de partida de qualquer teoria jurídica que se pretenda construir, considerado conceito fundamental, talvez nenhum outro tenha se prestado tanto a contestações quanto o direito, sempre que se procura defini-lo.

Raras perguntas relativas à sociedade tem sido formuladas com tanta insistência e respondidas por pensadores de maneira tão diversas e até mesmo contraditórias como esta: Que é o direito?

E a resposta para tal interrogação é problema jusfilosófico, especificamente epistemológico, dependente do ângulo de abordagem em que se coloca o sujeito cognoscente.

Por isso, o direito enquanto objeto de investigação não pode ser definido pela ciência jurídica, pois implica uma atitude crítica e reflexiva de parte do jurista.

Por se tratar de questão supracientífica, sua definição encontra-se condicionada ao sistema de referência daquele que a busca, subordinada que está ao critério filosófico adotado.

Assim é que a palavra direito pode ser referida à norma, à autorização normativa, à justiça, comportando ainda inúmeras outras referências.

Contudo, não constitui nosso propósito neste trabalho investigar os vários sentidos que o termo jurídico apresenta, tampouco elencar as definições do jurídico ministradas por variados autores, menos ainda trazer à colação as diversas correntes epistemológicas que se enlçam na procura da conceituação do direito, o que pode ser acessivelmente encontrado nos manuais de introdução ao estudo do direito e demais obras de filosofia do direito.¹

¹N. Consultar a respeito o "Compêndio de introdução à ciência do direito" de Maria Helena Diniz, Editora Saraiva, 4. ed. São Paulo, 1992; "Lições preliminares de Direito" de Miguel Reale, Editora Saraiva, 19. ed. São Paulo, 1991 e "Introdução ao estudo do direito" de Paulo Dourado de Gusmão, Editora Forense, 13. ed. Rio de Janeiro. 1988.

O propósito que nos anima é investigar e analisar a definição do direito no autor tematizado. E nesse sentido é que caminhamos.

Em obra de estréia nas letras jurídicas nominada " À margem do Direito", publicada em 1912, assim já definia o direito:

"O direito é um produto de assimilação e desassimilação psíquica da sociedade. A lógica social concebe-o milenariamente, a mercê das necessidades e consciência sociais²."

Tal definição é repetida mais três vezes na mesma obra, como podemos ver:

"...pode-se estabelecer satisfatoriamente a minha definição de direito, a que por vezes furtiva e apropositadamente me referi: - produto da assimilação e desassimilação psíco-jurídica da sociedade³".

"O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica⁴ ..."

As citações repetidas podem parecer excessivas, porém servem para justificar que são a expressão do direito enquanto *produto social de assimilação e desassimilação psíco-jurídica da sociedade* e deixam entrever o *processo de adaptação* que sempre caracterizou o direito no pensamento pontesiano conforme verificamos nesta quarta, mas necessária, passagem reproduzida:

"Descuraram os juristas do estudo da vida do direito, esse produto de assimilação e desassimilação psíquica, bem ao contrário dos economistas que se propuseram estudar, desde cedo, a teia da vida econômica: não tiveram em vista que as leis representam para o povo que se haja constituído fortemente, aquele estado de emulação pacífica, que deriva de um acordo, e a que Novicow ligeiramente alude.

"Erra Edmond Picard, quando leva à conta de processo de adaptação das ações humanas, o direito, ao invés de tê-las como resultado de um processo idêntico, e dizer, como já se me azou ensejo de afirmar, que o direito é o conjunto de regras das ações humanas, produzidas pela adaptação, no escopo de firmar a ordem pública, balanceando interesses⁵".

²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *À margem do Direito*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1912. p.111.

³Idem. Ibidem. p.214.

⁴Idem. Ibidem. p.219.

⁵Idem. Ibidem. p.41-2.

Influenciado por RUDOLF VON IHERING nas suas primeiras leituras, pelo que constatamos ao incluir o *interesse* no conceito de direito ainda vacilante, posteriormente abandonado para conservar e consolidar-se definitivamente o que naquele início já se apresentava como o núcleo de sua definição do jurídico, que é a *adaptação*, o pensador brasileiro afastou-se de IHERING em vários aspectos, dentre os quais podemos destacar a idéia de força de que o jurista alemão revestia o jurídico, que é bastante expressiva no próprio título de sua obra publicada em 1891 "A Luta pelo Direito":

"O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo a luta. Enquanto o direito tiver de contar com as agressões partidas dos arraiais da injustiça - se isso acontecer enquanto o mundo for mundo - não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta - uma luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos⁶⁷".

Do mesmo modo, discordava de sua postura epistemológica finalista e, dentre outras divergências, podemos apontar ainda o subjetivismo de que se achava impregnado o seu pensamento.

É que PONTES DE MIRANDA encarou o direito como um fenômeno de paz, coincidindo neste sentido com o pensamento de FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, de quem teve também influência, conforme abordaremos ainda no presente capítulo.

Já a posição finalista ou teleológica de IHERING está contida na própria idéia de *luta pelo direito*. *O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo a luta*. Trata-se de ponto de vista manifestamente utilitarista⁷ e maquiavélico, no sentido de que a finalidade mirada na paz justifica o emprego da força, o que equivale dizer que *os fins justificam os meios*. E PONTES DE MIRANDA encampou o determinismo dos fatos sociais, posição esta já estudada por nós e que seria redundância tratá-la novamente.

No pertinente ao subjetivismo de IHERING, o jurista brasileiro opta pelo objetivismo das relações sociais, investigado mediante metodologia indutiva, mais

⁶IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Trad. de Richard Paul Neto. 2. ed. Rio de Janeiro, Rio, 1980. p.15.

⁷N. Ver a respeito "Uma teoria da justiça" de John Rawls, tradução de Vamireh Chacon, Editora UNB, Brasília, 1981 e "Uma introdução aos princípios da moral e da legislação" de Jeremy Bentham, tradução de Luiz João Baraúna, 2. ed. São Paulo, 1979. (Os pensadores)

A expressão está sendo utilizada no sentido hedonista do utilitarismo clássico.

impessoal, pelo que se torna desnecessário incorrerem em digressões neste momento, eis que já as expusemos.

É o próprio IHERING que se declara subjetivista; deixemo-lo falar:

"Passo a tratar da luta pelo direito subjetivo ou concreto. Essa luta é provocada pela violação ou denegação do mesmo. Nenhum direito, seja o dos indivíduos, seja o dos povos, está livre desse risco, pois ao interesse do titular na sua defesa sempre se contrapõe o interesse de outrem pelo seu desrespeito⁸."

Nesta passagem referida, não podemos deixar de atentar para o papel que cumpre a noção de interesse na concepção de IHERING, já referido anteriormente, não só constituindo o ponto central de seu conceito de direito, mas especificamente do direito encarado pela face subjetiva como ele o faz.

"É sabido que a palavra direito é usada em duas acepções distintas, a objetiva e a subjetiva. O direito objetivo compreende os princípios jurídicos manipulados pelo Estado, ou seja, o ordenamento legal da vida. O direito subjetivo representa a atuação concreta da norma abstrata, de que resulta uma faculdade específica de determinada pessoa. Num como noutro sentido o direito encontra resistências, e em ambos os sentidos tem de vencê-los, isto é, deve conquistar ou defender sua existência através da luta. Como objetivo principal do meu trabalho escolhi a luta no terreno subjetivo, mas nem por isso posso abster-me de demonstrar que a validade da minha proposição de que a luta é da essência do direito também prevalece no terreno objetivo⁹."

Esta dupla face de jano¹⁰ do direito é bastante conhecida da doutrina, como também as clássicas teorias erigidas sobre o direito subjetivo, que procuram justificá-lo ora como *poder de vontade reconhecido pela ordem jurídica*, no caso de SAVIGNY, ora como *interesse jurídico protegido*, como vemos em IHERING, não faltando ainda os ecléticos como GEORG JELLINEK, para conciliar a ambos.

⁸IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Trad. de Richard Paul Neto. 2. ed. Rio de Janeiro, Rio, 1980. p.29.

⁹Idem. Ibidem. p.18.

¹⁰N. Jano era um dos principais deuses romanos, representado com duas faces (*bifrons*). Consultar a respeito "Dicionário de Mitologia Grega e Romana" de Mário da Gama Kury, editora Zahar, Rio de Janeiro, 1990.

HANS KELSEN, por sua vez, ao encarar o direito normativamente, sustentando posição monista¹¹, critica as concepções subjetivistas, encarando-as como sem sentido, pois tem no direito uma ordem de conduta humana e, sempre que violada a ordem jurídica por um ato humano tido como ilícito, é imputada uma sanção ao violador. Nesse caso, o direito subjetivo não pode ser um interesse protegido pelo direito, nem o poder de vontade reconhecido pela ordem jurídica, mas apenas a *proteção* e a *vontade* existente no próprio direito objetivo, único ângulo pelo qual o descortinava.

De outra banda, com a acuidade que sempre lhe foi peculiar, tal tema não passou desatento ao jurista tematizado, dele cuidando em capítulo especial inserido no "Sistema", na edição de 1972.

"Aqueles juristas (e são tantos) que discutem a distinção entre direito objetivo e direito subjetivo procedem como se discutissem a distinção entre fogo e cinza, entre a corrente do rio e a erosão das margens. Direito objetivo é a regra jurídica, antes, pois, de todo direito subjetivo e não-subjetivado. Só após a incidência de regra jurídica é que os suportes fáticos entram no mundo jurídico, tornando-se fatos jurídicos. Os direitos subjetivos e todos os demais efeitos são eficácia do fato jurídico; portanto, *posterius*. O direito objetivo não é logicamente anterior ao direito subjetivo; é outra coisa: direito, na expressão *direito objetivo*, e na expressão *direito subjetivo*, são duas acepções do vocábulo *direito*, dois fatos diferentes. Direito objetivo é fato do mundo político, que leva às fronteiras do mundo jurídico que o causa e que compõe, - pois que da incidência do direito objetivo (-das regras jurídicas) é que resultam os fatos jurídicos, o mundo jurídico. Direito subjetivo é *efeito* dos fatos jurídicos. Quando se fala de direitos subjetivos antes de leis é porque outra lei, antes deles, que, incidindo, produziu os fatos jurídicos de que esses direitos subjetivos emanaram¹²."

O jurista brasileiro defende posição própria e original ao discorrer sobre o direito objetivo e o direito subjetivo, encarando-os como duas acepções do vocábulo *direito*, como dois fatos diferentes. O primeiro fato do mundo político, causador do mundo jurídico, que são as regras jurídicas, cuja incidência faz resultar os fatos jurídicos. O segundo tido como

¹¹N. Postura monista kelseniana é a identificação do Estado com o Direito e esse com a lei, de modo que ficam todos eles reduzidos à pura expressão normativa. Ver a respeito a "Teoria Pura do Direito" de Hans Kelsen, tradução de João Baptista Machado, 5. ed., Arménio Amado - Editor, Sucessor, Coimbra, 1979.

¹²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, Tomo II, p.269-0.

efeito dos fatos jurídicos, uma vez que emana deles. Portanto, é incorreto, no dizer pontesiano, apresentá-los como sendo as duas faces do mesmo direito, posto se tratar de fatos pertencentes a dois mundos diferentes. Afirma que não existe lógica em situar o direito objetivo como precedente ao direito subjetivo.

Para ele, o direito objetivo, ou seja, a regra jurídica tem existência antes de qualquer direito subjetivo e, pelo que entendemos, independente. Com a incidência da regra jurídica, fazendo entrar os suportes fáticos no mundo jurídico, é que surgem os fatos jurídicos.

Os direitos subjetivos são efeitos dos fatos jurídicos, ou seja, a eficácia. A eficácia jurídica decorre do fato jurídico; portanto, após a incidência da regra jurídica no substrato fático, passa a integrar o mundo jurídico.

Contudo, para melhor compreensão dos fatos jurídicos, necessário se torna aclarar o que o autor entende por suporte fático, concepção que expõe com originalidade.

"O suporte fático (Tatbestand) da regra jurídica, isto é, aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide, pode ser da mais variada natureza: por exemplo, a) o nascimento do homem, b) o fato físico do mundo inorgânico, c) a doença, d) o ferimento, e) a entrada em terrenos, f) a passagem por um caminho, g) a goteira do telhado, h) a palavra do orador, i) os movimentos do pastor diante do altar, j) a colheita de frutos, k) a simples queda de fruto. É incalculável o número de fatos do mundo, que a regra jurídica pode fazer entrarem no mundo jurídico, - que o mesmo é dizer-se pode tornar *fatos jurídicos*¹³."

Como vemos, o suporte fático constitui-se de fatos físicos, biológicos e psíquicos, tidos como seus elementos.

Já o fato jurídico é definido como *o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimanar, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica*¹⁴."

"No terreno jurídico, regra jurídica e suporte fático devem concorrer como causas do fato jurídico, ou das relações jurídicas. A discussão sobre a natureza hipotética da regra jurídica é discussão fora do terreno jurídico: é em torno da obrigatoriedade da regra jurídica. E, então, ou nela se vê a regra jurídica para o caso de se dar o fato, ou de se darem os fatos que

¹³ _____, *Tratado de Direito privado*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, Tomo I, p.19.

¹⁴Idem. *Ibidem*. p.77.

integram o suporte fático, e se concebe a juridicidade da eficácia, como só emanada da norma; ou se tem a eficácia como decorrente do fato jurídico, produzido pela incidência. O que fica *para trás* da incidência é político, objeto da ciência, ou de filosofia; não é jurídico. Não é a regra jurídica que fica entre o suporte fático e a eficácia; é o *fato jurídico*¹⁵."

Ao afirmar que a eficácia decorre do fato jurídico, o qual apresenta como causas a regra jurídica e o suporte fático, e não da norma, está, a nosso ver, confirmando sua postura manifestamente sociológica e antinormativista, por isso que situa o fato jurídico numa posição intermédia entre o suporte fático e a eficácia.

O encadeamento dos conceitos articulados por PONTES DE MIRANDA, que, por sua vez, se constituem numa contribuição doutrinária significativa, podem ser assim ordenados: regras jurídicas, suporte fático, fato jurídico e eficácia.

"A regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem *para* submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete¹⁶."

Recolhemos também da citação efetuada imediatamente anterior a esta que a incidência seria a linha divisória no pensamento pontesiano para separar o que é jurídico e o que pertence a outras disciplinas.

"O jurídico leva consigo muito de imitação do natural, de modo que a vida inter-humana regrada faz um todo físico, vital, psíquico, dito social, em que as determinações se entrelaçam, com as incidências das regras jurídicas colorindo os fatos (fatos jurídicos) à medida que se produzem, persistem, ou desaparecem ou se extinguem. É nesse mundo que nós vivemos, e não no mundo físico puro, ou, sequer, no mundo biológico puro. É no mundo de leis científicas que os fatos *descrevem*, leis *procuradas*, que coincidam com os fatos, e de leis, em sentido amplo de regras jurídicas, que, em vez de coincidirem com eles, por serem feitas por nós, incidem neles. O que é artificial, o que é técnico, mas irredutível, está aí: não foi nem possível a regra jurídica de realização puramente *mecânica*: se ela coincidissem com os fatos, não precisaria de eventual aplicação; nem seria possível a cisão lógica e política *incidência-aplicação*.

"Nenhum dos outros processos de adaptação social sofre isso, mas exatamente porque só ele conseguiu regras com a força de *incidência*. A

¹⁵Idem. Ibidem.

¹⁶Idem. Ibidem. p.8-9.

religião *obrigatória* (incidente) seria tentativa de fazer também as regras jurídicas todas as regras religiosas. A moral *obrigatória* (incidente) seria a juridicização de toda a moral, que continuaria, no entanto, a participar da sua fluidez, da sua compacta e inaudível revelação (aplicação-incidência), e a ser por definição infixável. Política *obrigatória* (incidente) seria negação de si-mesma: política é movimento, e exigir-se-lhe-ia não ser movimento; é ação, e teoria de não ser ação. Arte *obrigatória* seria igual a não-criação. Economia toda em regras incidentes seria economia que não veria o desigual e não proveria ao imprevisto, e não veria as igualdades: economia do déspota, ou de alguns déspotas, ou do igualitarismo puro, que é regressão à clivagem dos cristais, ao inanimado¹⁷."

PONTES DE MIRANDA estabelece a separação entre leis científicas, descritas pelos fatos, por isso coincidente com eles, e as leis no sentido de regras jurídicas, produtos da elaboração humana, que, por sua vez, incidem nos fatos, ao invés de coincidirem.

Destarte, o conceito de incidência revela-se imprescindível para a caracterização das regras jurídicas, portanto do direito.

"À incidência da regra jurídica tem-se chamado respeitabilidade. A palavra concorreu para muitos enganos, sendo o maior deles o de se procurar a *causa* desse respeito efetivo à regra jurídica: ora no íntimo dos indivíduos, deslocando-se para o terreno psicológico o problema de física social; ora fora dele, no poder exterior de coerção, o que esvaziaria de elemento psíquico o fato social e reduziria a respeitabilidade à coerção eficiente. Se bem meditarmos, teremos de admitir que a incidência e no mundo social, mundo feito de pensamentos e outros fatos psíquicos, porém nada tem com o que se passa dentro de cada um, no tocante à adesão à regra jurídica, nem se identifica com a eventual intervenção da coerção estatal. A incidência da lei independe da sua aplicação¹⁸."

Pelo verificado, a incidência se dá no mundo social sobre os suportes fáticos que têm de ser regrados, apontados pela regra jurídica, independentemente de sua aplicação.

Todos esses conceitos jurídicos pontesianos analisados, além de descortinar parte de sua teoria geral do direito, servem para demonstrar que, sob sua lógica de raciocínio, jaz um substrato sociológico jurídico, a partir do qual se estrutura seu pensamento.

Seu portentoso "Tratado de Direito Privado", especificamente os Tomos I e V por nós utilizados nas citações de 12 a 18, serviu para comprovar, por exemplo, o aparecimento

¹⁷Idem. Ibidem. p.9-0.

¹⁸Idem. Ibidem. p.10-1.

pela primeira vez da expressiva locução *suporte fático* para indicar os fatos da vida social a que as regras jurídicas se referem. Trata-se de obra composta de 60 volumes, cujo aparecimento se deu no ano de 1955 e concluída em 1970, acolhida como sua maior contribuição à dogmática jurídica¹⁹, mas que não representa, a nosso ver, uma solução de continuidade temática com relação ao conceito de direito exposto nas primeiras obras e nas demais, quer sejam de filosofia, sociologia, política e outras.

Conforme estudamos há pouco, definiu o direito como *processo de adaptação social*, caracterizado pela incidência. Esse conceito, como dissemos ao iniciar o presente capítulo, já aparecia em sua primeira obra jurídica "À Margem do Direito".

Em artigo publicado na "Revista de Direito Público", intitulado "Matéria Social e Elemento Jurídico", publicado no ano de 1922, já dizia: "A adaptação e os movimentos (regras jurídicas) para corrigir os defeitos de adaptação do homem à vida social (o que é também processo de adaptação) contêm todo o direito²⁰."

No "Sistema de Ciência Positiva do Direito", obra publicada no mesmo ano do artigo recém-referido, cuja reedição por nós trabalhada data de 1972, recolhemos as seguintes passagens:

"DIREITO, PROCESSO SOCIAL DE ADAPTAÇÃO. - Uma das primeiras conseqüências da definição do Direito como relação de adaptação é a de que toda relação é um fato, de modo que o Direito tem de ser tido como tal e aqui está conclusão que contradiz as mais arraigadas convicções dos juristas, representados por OTTO VON GIERKE: *o direito, em sua substância, não é conteúdo de fato, e sim de representações*²¹".

"Assim, nesta obra, provaremos que o *Direito é processo de adaptação* (segundo grau da adaptação). É na observação das realidades que havemos de chegar a tal convicção, e não insistimos em demonstrá-lo aqui, porque seria postular o que queremos induzido da matéria estudada em todo o livro²²".

¹⁹N. A expressão dogmática jurídica foi utilizada no sentido de ciência do direito propriamente dita, para distingui-la de outras. Portanto, não se trata da ciência jurídica tematizada no autor. Ver a respeito "A ciência do direito" de Tércio Sampaio Ferraz Jr., 2. ed. São Paulo, Atlas, 1980.

²⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Matéria social e elemento jurídico. *Revista de Direito público e administrativo federal, estadual e municipal*, Rio de Janeiro, 1924. p.271-2.

²¹_____. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, Tomo II, p.201.

²²Idem. *Ibidem*. p. 202.

Aliás, sobre essa obra dedicamos a nossa monografia de doutorado, trabalhando exatamente "O conceito de direito no *Sistema pontesiano*".

Na "Introdução à Política Científica", que constitui os fundamentos do "Sistema de Ciência Positiva do Direito", publicada em 1924, assim se manifestou com relação ao jurídico:

"DIREITO. - O direito, fenômeno social, é processo da adaptação *ou* de corrigenda dos defeitos de adaptação do homem à vida social. Não há metafísica nem empirismo malsão em tal conceito; não surgiu de intuição ou do *a priori*. E, sim, cientificamente. Depois de estudarmos as *relações* e assentarmos a *realidade* delas, pesquisamos as diferenças existentes entre elas e como que *isolamos* a relação social e a relação jurídica. Relação social é a relação de adaptação dos homens entre si, ou entre eles e a sociedade, ou entre eles e os vários círculos sociais, ou dos círculos sociais entre si. Onde o *processus* social de adaptação é jurídico, jurídica é a relação social²³".

Conforme teremos o ensejo de tratar oportunamente, a "adaptação" cumpre função sociológica na perspectiva pontesiana, pois a mesma se processa entre os homens, entre eles e a sociedade, entre os homens e os vários círculos sociais ou mesmo entre os círculos sociais entre si.

Nos "Comentários à Constituição de 1946", na parte introdutória, trata do direito como realidade, como fato social. Após levantar o problema da definição do direito, chamando a atenção para as atitudes a respeito, assim dispõe:

"Direito é processo de adaptação social, que consiste em se estabelecer regras de conduta, cuja incidência é independente da adesão daqueles a que a incidência da regra possa interessar. A incondicionalidade da incidência é que o caracteriza. Regra religiosa, que obtém essa incondicionalidade de incidência, faz-se *jurídica* (e.g., vedação do divórcio a vínculo); regra moral, que obtém, faz-se *jurídica* (e.g., *É proibido nas praias de banho a simples tanga rente*); regra econômica, que a obtém, faz-se *jurídica* (e.g., *O preço da mercadoria A será de X*); regra de costumes e maneiras, que a obtém, faz-se *jurídica* (

²³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p.189-0.

e.g., *As sessões de posse do Presidente da República os deputados e senadores usarão os trajes tais*)²⁴."

Com absoluta convicção sustentamos que, se prosseguíssemos nessa messe de citações da obra pontesiana, com certeza não encontraríamos outra definição de direito senão a mesma por diversas vezes mencionada. As implicações de tal conceituação e as reflexões por ela inspirada serão uma constante a partir de agora no nosso trabalho.

Pelo que podemos depreender das passagens reproduzidas a partir da obra pontesiana, visando atingir o objetivo específico previsto no item ora abordado, podemos destacar em PONTES DE MIRANDA a existência de sete principais processos de adaptação social, quais sejam: Religião, Moral, Arte, Direito, Política, Economia e Ciência. Outros processos de adaptação social também poderiam ser apontados, tal como a moda, conforme reconhece o próprio jurista brasileiro.

Do direito já dissemos ser diferenciado dos demais, pela incidência incondicional da regra jurídica. Entretanto, todos eles surgem no meio social para ajustar-se às condições de existência, sendo bastante pronunciada a interdependência entre os referidos processos de adaptação.

Profere PONTES DE MIRANDA em capítulo final inserido na 2ª. edição do "Sistema" de 1972:

"Existem sete principais processos de adaptação social do Homem. Cada homem tem os seus pesos dos sete processos: Religião, Moral, Arte, Direito, Política, Economia e Ciência. A diferença fundamental é quanto à estabilidade: Religião, digamos 6; Moral, 5; Arte, 4;

"Direito, 3; Política, 2; Economia, 1. A Ciência não estabiliza, nem instabiliza, porque se compõe de enunciados de fato, que o homem ou grupo social acolhe ou não acolhe. Mesmo assim, não se conhece homem, primitivo ou mesmo pré-histórico, sem o elemento ciência²⁵."

Segundo o autor, em cada homem se encontra cada um dos sete processos sociais de adaptação, com os seus respectivos pesos a traduzir o grau de estabilidade existente, os quais assinalam a diferença fundamental entre eles. Trata-se de coeficientes

²⁴ _____ . *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo, Max Limonad, 1953. V.I, p.29.

²⁵ _____ . *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo II, p.246.

entre os quais prepondera às vezes um, outras vezes outro, em função da própria dinâmica social.

Assim é que na Grécia houve tempos em que preponderou a arte, em Roma o direito e assim por diante, o que serve para assinalar que, dependendo de diversos fatores integrantes do social, tais processos podem influenciar mais ou menos na adaptação do homem ao meio social.

"Diante de tudo isso, perguntamos: Que faz aí o Direito? Quando a Religião prepondera, os povos atribuem a divindades as regras jurídicas e as próprias regras morais. Quando a Religião não chega a esse ponto, os povos atribuem as regras jurídicas à Moral, e temos exemplos célebres nos povos antigos e até contemporâneos, com a concepção do direito natural e escolas do mesmo nível. Se o Direito se livra de tais bases, a sua função primacial é ditar regras que estabilizam a Política e a Economia, não que as instabilizam. Se os observadores da dimensão econômica entendem que é preciso conter-se a instabilidade que resulta da economia, levam anteprojetos ao corpo político - ao Poder Legislativo - e esse acolhe e discute o projeto, para que se passe da dimensão política para outra onde o elemento de estabilidade é maior²⁶".

Trata-se aqui da aplicação dos princípios sociológicos fundamentais da dilatação dos círculos sociais e da diminuição do "quantum" despótico, formulados e desenvolvidos pelo próprio autor estudado; de modo que as várias classes de relações sociais que compõem os círculos sociais, tais como as econômicas, políticas, jurídicas e demais, promovem a evolução da vida, expandindo cada vez mais os círculos sociais, no sentido da crescente estabilidade social, o que implica, reversivamente, a diminuição da quantidade de despotismo existente neles.

PONTES DE MIRANDA sufraga concepção manifestamente evolutiva dos fenômenos sociais, razão pela qual demonstra, pela observação e análise atenta dos fatos, que cresce o nível de estabilidade progressivamente, permitindo a coexistência social de forma mais pacífica, com o que diminuem os inconvenientes da força despótica que marcam o direito ainda hoje, o que se deve a problema governamental, segundo ele, eis que o direito na origem é fenômeno de paz.

²⁶Idem. Ibidem. p.247.

São os elementos sociais de adaptação que integram os círculos sociais, equivalente a dizer que são compostos de relações sociais, de condições de existência, dentre as quais umas são as adaptações e outras as medidas para evitar ou corrigir os defeitos de adaptação do indivíduo com o círculo e reciprocamente.

Em magnífico trabalho filosófico, produzido em 1953, com o título "Garra, Mão e Dedo", desenvolve paciente estudo antropológico e sociológico, fazendo toda uma arqueologia de resgate ao conhecimento humano. Nessa obra, sustenta que o social precede o próprio homem, observando que antes de seu aparecimento houve reuniões acidentais e, posteriormente, propositais entre certos animais, o que lhe permite falar de sociedades animais, porquanto não concordar com a definição de homem "animal social"²⁷, por entender que existem animais sociais sem ser homem, pelo que prefere defini-lo como o "animal que aprendeu a diminuir em si o animal"²⁸, dado ser ineliminável o animal que há nele.

"O homem não é o produto da sociedade. Seria produto da sociedade, se por sociedade se entendesse a sociedade humana, de modo a frisar-se a correlação *o animal produzido pela sociedade humana*, o que nos mergulharia em ingênua tautologia.

"As reuniões sociais datam de *antes* do homem. O que corresponde ao homem, ao tempo da sua aparição, é a reunião em assembléia, a reunião com o *diálogo*, mesmo quando só gesticular"²⁹.

Para ele, foi a assembléia, o diálogo, que fez o homem, o que supõe o social ao mesmo tempo em que o excede.

"Ainda hoje os homens se reúnem por acidente, ou se reúnem socialmente, sem que intervenha o diálogo, a assembléia. Congrega-se para comer (restaurantes, piqueniques, jantares sem discursos); ou para assistir a filmes, teatros, jogos, mitingues. A reunião no restaurante é acidental, ou não; a reunião dos convidados do piquenique é intencional. Nenhuma tem por fito o diálogo. São formas anteriores à agora, à própria assembléia primitiva. O diálogo, se ocorre, estabelece outro círculo, menor, que nada tem com o piquenique, e está, necessariamente, muito *acima dele*. Porque a sua data, na evolução humana, é posterior, uma vez que é, pelo menos, contemporânea da aparição do homem"³⁰.

²⁷N. Definição que se atribui à Platão. Já Aristóteles dissera que o homem é um animal político.

²⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Garra, mão e dedo*. São Paulo, Martins, 1953. p.117.

²⁹Idem. Ibidem. p.141-2.

³⁰Idem. Ibidem. p.142.

PONTES DE MIRANDA mostra que o diálogo, a assembléia, marcou o início da evolução humana, a partir do que começou a haver reflexão, a indicação dos objetos, iniciando-se a fase consciente do ser humano, o que possibilitou, o desenvolvimento da ciência.

O diálogo marcou o estabelecimento de um círculo social menor, onde as discussões eram travadas com respeito ao próximo, o que supõe reflexão, o estarem os homens em paz, em que as condições de existência social se estabeleciam com interdependência, num processo de mútuo auxílio, demonstrando que o direito, originariamente, não aparece como luta.

Na obra "Introdução à sociologia Geral", publicada em 1924, que lhe valeu o prêmio da Academia Brasileira de Letras, reeditado em 1980, cuida pormenorizadamente de cada um dos processos sociais de adaptação.

"As sociedades primitivas confiam mais nos processos *biológicos* do que nos *sociológicos*. Mais tarde, dentre estes, mais na religião do que nos outros. À medida que avançam tais sociedades, passam a formas *conscientes*; em vez da seleção natural, que é muito *lenta* a artificial que *precipita*; em vez da absorção da vida social pela religião, com a maldição aos ladrões e outros fenômenos de predomínio religioso no campo da moral, do direito, da tecnologia, surge a *adaptação consciente específica*, com a elaboração deliberada da regra jurídica³¹."

Sustenta PONTES DE MIRANDA que os processos sociais de adaptação apresentam graus de sensibilidade comuns à sociedade e diversificados nas pessoas, porquanto os pesos de religião, moral, arte, política, economia, direito e ciência que existem em determinado círculo social, não são os mesmos em cada ser humano integrantes deste referido círculo.

Aspecto que põe em evidência é o fato de os processos sociais de adaptação não conterem imperatividade. Esta resulta de ser produto da adaptação social, de ser coletivo o construído por ela.

"Aos círculos correspondem sistemas de direito, que são forma de coexistência dentro deles. E qualquer círculo, e não só os políticos no

³¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à sociologia geral*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980. p.141.

sentido estrito, tem o direito que lhes diz respeito. Ninguém pode negar o direito da Igreja, o da maçonaria, o das coletividades religiosas e, até, das simples sociedades particulares e dos grupos profissionais. Cada ser humano pode pertencer a muitos círculos e, pois, estar sujeito (e está sempre) a mais de um sistema religioso, moral, econômico ou jurídico. Qualquer empresa tem o seu regulamento, as suas regras. Mesmo no grupo andrógino há regras.

"Alguns processos de adaptação se operam entre o ser e o mundo em geral, *visível* e *invisível* (religião), ou *sensível* (estética), ou cognoscível (ciência), e entre o ser e o mundo *social* (moral, direito, economia, política)³². "

Constatamos que os indivíduos podem pertencer a mais de um sistema jurídico, ou seja, a mais de um círculo social, restando aceito e admitido pelo autor que existe uma pluralidade de ordenamentos jurídicos dentro de cada sociedade, comportando cada grupo social todos os processos sociais de adaptação, não se podendo dizer que a cada círculo corresponda, por exemplo, uma moral, uma economia ou um direito. É que o direito está presente em todas as relações sociais, seja de que natureza for ela, motivo pelo qual o jurídico não se dá somente no político, no Estado como pólo privilegiado, alcançando também outros círculos menores.

Não convém esquecermos que o direito para PONTES DE MIRANDA consiste em apenas um dos sete processos de adaptação social, pois ao lado dele outros existem para promover a adaptação ou a correção dos defeitos de adaptação do homem ao meio social. Nesse caso, a religião, a moral, a política, a economia, a ciência, a arte podem suprir plenamente o direito.

Contudo, sempre que os demais processos sociais de adaptação se revelarem insuficientes e inseguros para prover eficazmente os fatos sociais, impor-se-á o direito na visão pontesiana.

2. Natureza sociológica do fenômeno jurídico.

Uma das grandes influências no pensamento jurídico pontesiano deve-se à "Escola Sociológica Francesa", integrada por nomes como AUGUSTE COMTE, ÉMILE DURKHEIM, LÉON DUGUIT, juntando-se ainda a esses a figura de FRANÇOIS GÈNY,

³²Idem. Ibidem. p.144.

mas notadamente os trabalhos produzidos por ÉMILE DURKHEIM e LÉON DUGUIT, que aplicou o método sociológico ao direito.

É bastante conhecida a lei dos três estágios de AUGUSTE COMTE, consistentes no teológico, metafísico e positivo, que são os períodos atravessados pelo pensamento humano.

Estabelecendo-se certa analogia com o positivista francês com relação às fases por que teria passado o conhecimento humano, PONTES DE MIRANDA também aponta três etapas na evolução do pensamento jurídico.

"Na evolução do pensamento jurídico há três fases ou períodos: o da casuística (empirismo, intuicionismo, tradição), o do apriorismo (racionalismo, dedutivismo, escolástica) e o da investigação científica (indutivismo, ciência positiva do direito). A passagem não se faz com facilidade, sem empecos e lutas; é penosa, mas segura e promissora a caminhada. Exige três elementos de renovação: a *crítica* do empirismo e do racionalismo, o hábito do *método científico* e a formação da *mentalidade positiva*³³."

O positivismo comteano se opôs à metodologia dedutivista, através da qual se pretendia buscar princípios apriorísticos para assentar as bases do conhecimento, negou a metafísica, baseou-se exclusivamente nos fatos, privilegiando, destarte, as ciências experimentais por partirem da observação, coincidindo com o mestre brasileiro.

Para AUGUSTE COMTE a única ciência apta a reformar a sociedade era a sociologia ou física social, ciência positiva dos fatos sociais. A partir dele, a sociologia passa a ter um objeto de estudo, que é a sociedade.

Contudo, coube a ÉMILE DURKHEIM a continuação da obra de seu predecessor. Em artigo publicado na "Revue Bleue", em 1900, sustentou a tese de que a Sociologia é uma ciência essencialmente francesa, dado ter nascida com AUGUSTE COMTE. Antes, em 1895, fundara a revista "Anné Sociologique", depositária do espírito da Escola Sociológica Francesa. Já em 1910 ÉMILE DURKHEIM conferiu "status" acadêmico à disciplina de Sociologia, transformando a cátedra de Ciência da Educação, na Sorbonne, em cadeira de Sociologia.

³³ _____. Introdução à política científica. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p. 19.

A superação da metafísica estava a exigir um método que não surgisse de elaborações abstratas. Nesse sentido andou ÉMILE DURKHEIM ao adentrar mais diretamente nos fatos, determinando-os e aplicando-lhes uma metodologia apropriada à natureza especial das coisas coletivas. Nisso reside sua originalidade em relação aos seus antecessores, para os quais a tradição positivista tinha sido predominantemente individualista.

Da conclusão de sua obra "As Regras do Método Sociológico", publicada em 1985, sintetizamos que o seu método é independente de toda filosofia, é objetivo e exclusivamente sociológico³⁴.

Dizia ÉMILE DURKHEIM que os sociólogos necessitam ser regularmente informados das pesquisas que se fazem nas ciências econômicas, nas religiões, nos costumes, na história do direito e outras ciências especiais, pois é aí que se encontra o material com os quais se deve construir a sociologia.

Ao finalizar sua obra "As Formas Elementares da Vida Religiosa", publicada em 1912, assim se expressa ÉMILE DURKHEIM:

"O que é preciso é testar a hipótese, submetê-la tão metodicamente quanto possível ao controle dos fatos. Foi o que tentamos realizar³⁵."

ÉMILE DURKHEIM elevou o fator social ao "status" de elemento básico e decisivo para explicar os fenômenos pelo social. Herdeiro do positivismo comteano, sua postura implica considerar a ciência positiva como a única posição do conhecimento do homem frente à realidade exterior.

Neste sentido, vemos identificação entre o pensamento de PONTES DE MIRANDA e o pensamento do sociólogo francês, pois o jurista nacional sempre mirou os fatos.

"Mais rigoroso foi o proceder de ÉMILE DURKHEIM, pois que procurou nos próprios dados colhidos na vida social elementos para fixar a pesquisa; mas, tanto quanto podemos exprimir, é menos questão de

³⁴N. Síntese elaborada por nós, a partir das conclusões tiradas por Émile Durkheim na obra "As Regras do Método Sociológico", Trad. de Maria Isaura Pereira de Queiroz, 9. ed., São Paulo, Editora Nacional, 1978. p. 123-8.

³⁵DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa*. Trad. de Carlos Alberto Ribeiro de Moura et. alii. São Paulo, Abril Cultural, 1978. p. 245.

metodologia do que de epistemologia: desde que estudamos relações, necessariamente conhecemos algo que pertence ao todo; a comparação provoca a cisão do conhecido, porque o idêntico perdura, e varia o que é específico³⁶."

Como vemos, PONTES DE MIRANDA tem lá suas divergências também com ÉMILE DURKHEIM no concernente à metodologia, não obstante a manifesta influência que o positivismo francês exerceu em seu pensamento.

Uma das críticas que faz ao método sociológico durkheimiano é a de que só remotamente é indutivo, não se apoiando no conjunto das ciências, que mais fundamentalmente interessam ao sociólogo, falta da matemática e da biologia, atribuindo ser mais comteano, inculcando-o a pecha de metafísico.

"Em ÉMILE DURKHEIM, o método é puramente descritivo ou, pelo menos, só remota e acidentalmente indutivo; não se apóia no conjunto das ciências que mais fundamentalmente interessam ao sociólogo; não é matemática, nem biológica, a sociologia deles; não contém física social, como a de QUETELET, nem social-biologia, como a dos alemães de hoje, - é mais comtiana e, posto que mais rigorosa e senhora de si, igualmente metafísica³⁷."

Mas, nosso propósito não é o de estabelecer uma análise comparativa entre as teses de PONTES DE MIRANDA e de ÉMILE DURKHEIM, para ver suas divergências pensamentais, e sim o de identificar uma idéia forte em ambos, que pudesse caracterizar a influência do positivista francês no jurista brasileiro.

Nesta linha, não resta dúvida de que a preocupação de ambos recaiu na própria sociologia, mais especificamente na investigação dos fatos sociais. Estes, para ÉMILE DURKHEIM, constituem o objeto da sociologia e, para PONTES DE MIRANDA, são o objeto da ciência do direito, que, por sua vez, pressupõe a sociologia para investigá-los. Por isso é que PONTES DE MIRANDA sustentou que o jurista é o sociólogo que se especializa.

Não podemos deixar de referir também a influência exercida pela "Escola Sociológica Francesa", cujo notável expoente foi ÉMILE DURKHEIM, no que se

³⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 14.

³⁷Idem. *Ibidem*. p. 9

convencionou chamar a "Escola do Recife", da qual PONTES DE MIRANDA é considerado um continuador.

Influenciados pelo positivismo e o evolucionismo, que romperam a tradição jus-naturalista até pouco mais da metade do século XIX, surgem expressões brasileiras como TOBIAS BARRETO e SÍLVIO ROMERO, que constituíam essencialmente o núcleo da referida "Escola", a partir dos quais se incluem vários continuadores.

Segundo ANTÔNIO PAIM, citado por MACHADO NETO na obra "História das Idéias Jurídicas no Brasil", a evolução da Escola do Recife apresenta quatro fases:

"A primeira vai dos fins da década de 60 até o ano de 1875 e se caracteriza doutrinariamente pela assimilação inicial de idéias positivistas, evolucionistas e materialistas com as quais se começava a dar combate ao ecletismo espiritualista que na época tinha foros de uma espécie de filosofia oficial. A segunda fase se inicia com o incidente ocorrido na Faculdade de Direito quando Sílvio Romero, para escândalo da Congregação, declarou a morte da metafísica. Abrange cerca de dez anos e, doutrinariamente, está marcada pelo abandono das idéias positivistas. A terceira, iniciada por volta de 85 vai até o fim do século, caracterizando-se pelo combate em duas frentes, ao positivismo e ao espiritualismo fundado num cientificismo peculiar, com certa inspiração kantiana, e identificado como monismo. Nessa fase, dá-se a morte de Tobias, em 89. A quarta caracteriza-se pelo abandono da especulação filosófica, quando os corifeus se dispersaram tanto geograficamente quanto pela variação temática dos âmbitos de atuação e interesse dos sobreviventes³⁸."

Temos assim caracterizados quatro momentos distintos da "Escola do Recife". Primeiramente marcada pela assimilação de idéias positivistas e evolucionistas, estas mais intensas no Nordeste do País, enquanto aquelas mais acentuadas no Sul, guardando nossa Bandeira Nacional ainda hoje o lema positivista comteano "Ordem e Progresso", dado o advento da Proclamação da República, obra da intelectualidade predominantemente sulbrasileira. No segundo momento, a Escola é caracterizada pela declaração de morte da metafísica, atribuída a SÍLVIO ROMERO, na Faculdade de Direito do Recife. Posteriormente é assinalada pelo combate ao positivismo e ao espiritualismo, fundado num

³⁸MACHADO NETO, A. L. História das idéias jurídicas no Brasil. São Paulo, Grijalbo, 1969. p. 74.

cientificismo de inspiração kantiana identificado como monismo, e, por fim, grifada pelo abandono da especulação filosófica.

PONTES DE MIRANDA teria pertencido a esta quarta fase, dando continuidade ao cientificismo iniciado pela Escola, não ao cientificismo peculiar de inspiração kantiana que ele já combatia em 1922 no "Sistema", mas a um cientificismo que podemos qualificar de sociológico, denominando-o de sociologismo científico.

O filósofo brasileiro LUIS WASHINGTON VITA identificou bem esse momento:

"A primeira figura a aparecer no panorama das idéias contemporâneas no Brasil é PONTES DE MIRANDA (1894), jurista, sociólogo e pensador, que dá seqüência às tradições científicas da "Escola do Recife", graças à utilização filosófica que faz das teorias científicas, meditando os fundamentos da ciência: primeiro do empirio-criticismo de Mach e, depois, do neopositivismo do Círculo de Viena. Tendo construído sua obra jurídica e sociológica a partir desses pressupostos críticos, posteriormente PONTES DE MIRANDA ofereceu sua doutrina epistemológica que se apresenta como um esforço de eliminação do irracional que está na base da relação sujeito-objeto, podendo ser definido, ao ver de Lima Vaz, como um *nominalismo crítico*³⁹."

Devemos frisar que não é nosso objetivo tematizar a Escola do Recife em sua extensão, analisar as idéias de seus expoentes, mas tão somente resgatar o aspecto da influência da Escola Sociológica Francesa na Escola Brasileira e, por conseqüência, no pensamento de PONTES DE MIRANDA, especialmente as concepções comteanas, pois não deslembramos também o grande momento da influência alemã no pensamento brasileiro, notadamente nos expoentes da escola recifense.

As idéias de AUGUSTE COMTE impregnaram profundamente PONTES DE MIRANDA, a ponto de não esconder simpatia por sua obra, como ele mesmo declara ao tratar do positivismo:

"Não escondemos, não diminuimos a nossa admiração pela obra de AUGUSTE COMTE. Conhecêmo-la, e não há menosprezá-la quando se conhece tão sensata, tão sólida e tão fecunda construção sistemática. Sobretudo, a parte metodológica. Se quiséssemos classificar a própria filosofia que há nesta obra, não seria possível deixar de reputá-la

³⁹VITA, Luis Washington. *Panorama da filosofia no Brasil*. Porto Alegre, Globo, 1969. p. 109.

positivista, porém neopositivista, apenas incorporamos o Direito ao conjunto das Ciências, o que, na época em que escreveu, não podia fazê-lo o filósofo francês. Somos positivista, como o foi ERNST MACH, porque o positivismo independe de AUGUSTE COMTE; e, se não nos aferramos a tudo que afirmou no tocante às ciências, é porque, posteriormente, o *método positivo* conseguiu o que não tinha conseguido ao tempo em que escreveu⁴⁰."

Tem razão PONTES DE MIRANDA quando diz que o positivismo não se reduz a AUGUSTE COMTE e neste sentido atentamos para o que dissemos alhures, assim como a sociologia não se cinge a ÉMILE DURKHEIM ou ao próprio AUGUSTE COMTE, pois antes destes MONTESQUIEU e ROUSSEAU já a abordaram, respectivamente, nas suas clássicas obras "O Espírito das Leis" e o "Contrato Social".

Embora o sociólogo brasileiro se alinhe epistemologicamente com AUGUSTE COMTE, manifestando acolhida para com a sua obra, não podemos tomá-la ao pé da letra quando se diz positivista, eis que assim se posiciona como foram outros, por isso sempre dependendo do que se entende por positivista, para assim podermos classificar determinado autor.

No entanto, não há como negarmos a influência do pensamento comteano na obra pontesiana, pelo que o consideramos como o ponto de partida para suas incursões no mundo da ciência do direito.

"Fenômeno social, o direito pressupõe no jurista o sociólogo que fundamentalmente deve ser. Legislador, intérprete ou juiz, não se compreende que use de outros métodos antes de empregar o da ciência principal, que é a sociologia. Como ciência, é ela a garantia objetiva do direito, - abre novos caminhos à organização jurídica e à felicidade humana. Qual o material com que vai trabalhar o cientista do direito; As relações sociais, que são os fenômenos suscetíveis da sua investigação. As relações econômicas, religiosas, morais, estéticas e as demais devem ser estudadas por ele. São elementos reais, de que pode induzir e com os quais o conhecimento ganha em objetividade e em eficácia⁴¹."

⁴⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo II, p. 7.

⁴¹_____. Matéria social e elemento jurídico. *Revista de Direito público e de administração federal, estadual e municipal*. Rio de Janeiro, 1924. p. 271.

A passagem reproduzida mostra que, em 1922, no texto publicado na Revista de Direito Público, sob o título de "Matéria Social e Elemento Jurídico", PONTES DE MIRANDA já sustentava a natureza sociológica do fenômeno jurídico. Assim, refere que o direito é fenômeno social, ou, para nos valermos do que o próprio título do texto nos sugere, diremos que o jurídico se acha no social. Sua investigação científica depende da Sociologia, eis que é dos elementos reais, consistentes nas relações econômicas, religiosas, morais e demais relações sociais, que deve ser objetivamente induzido o fenômeno jurídico.

Podemos dizer, então, que todos os processos sociais de adaptação concorrem para a formação do direito, eis que de relações sociais é que se trata, o que não quer dizer que todo processo de adaptação social seja jurídico, pois cada um guarda sua especificidade. Só é jurídico o que ele apanhou dos demais processos sociais e fez seu pela incidência da regra jurídica no suporte fático ou substrato social, como preferimos dizer, sem que, todavia, o processo social, cujo elemento se fez jurídico, perca sua função adaptante como processo que é de adaptação.

Para melhor clarificarmos o que acabamos de dizer, reavivemos um exemplo contido numa das citações que fizemos: O divórcio até há pouco tempo atrás era vedado em nosso solo pátrio, por razões de ordem prevalentemente religiosa. No entanto, tal proibição não impediu que a incondicionalidade da regra jurídica incidisse sobre o elemento social religioso e fizesse jurídico o que antes não era. Não obstante, como processo social de adaptação social religiosa continuava proibindo a dissolução do casamento, sob o dogma de que "o que Deus uniu o homem não separa", funcionando também para a coexistência social.

No "Sistema" indaga-se o jurista nacional, ao mesmo tempo em que responde:

"Que é o Direito? É o que estabelece a solução nos conflitos da vida social; a porteira que dá passagem a um, dois, ou três, e se fecha para os outros, com o fim, que é essencial, de permitir que a seu tempo passem todos. Onde ele reside? Nos nossos espíritos? É muito frágil repositório para energias que domam a todos; e uma coisa é o direito e outra o conhecimento, a idéia, o sentimento do direito. Só nos códigos e nas leis escritas? Não; porque não precisa ele, sempre, de estar no papel para atuar, e nem tudo que se lança nos pergaminhos, nos livros, nos diários oficiais, ainda que leis se digam, merece o nome de regra jurídica. Na sociedade; Sim; é ali que o haveis de encontrar, na vida social, um de cujos elementos é ele; e, se quereis vê-lo, provocai-o, feri-o, que não

tardará o vejais no que ele tem de mais perceptível, que é a coerção, ou no que há de mais geral e revelador da solidariedade inerente aos corpos sociais: a garantia⁴²."

Essa passagem diz tudo. A função do direito é solucionar os conflitos sociais. Não é nos códigos e nas leis escritas tão somente que ele pode ser encontrado, eis que não precisa estar sempre no papel para atuar nem tudo que se encontra escrito, ainda que de leis se digam, merece o nome de regra jurídica, porquanto é na sociedade que o direito deve ser encontrado.

Podemos constatar também nesta citação a distinção pontesiana entre a lei e a regra jurídica, separação esta de fundamental importância para a compreensão do seu pensamento jurídico. Como a mesma deixa entrever, nem tudo que está nos códigos e nas leis escritas é considerado regra jurídica. É que a regra jurídica, na sua concepção, contempla todo o direito, tanto o escrito quanto o não escrito, enquanto que a lei é apenas uma parcela do direito.

Contudo, o que aflora de mais significativo na distinção entre lei e regra jurídica é a perspectiva que PONTES DE MIRANDA abre para a discussão do justo e do injusto nos sistemas jurídicos, ao qual dispensa tratamento político-jurídico. Essa é uma das teses principais do nosso trabalho a ser tematizada no último capítulo. Por isso aguardemos a oportunidade.

Não escondemos que PONTES DE MIRANDA dispensa ao tema por nós ora estudado uma parte introdutória, contida no Tomo I do "Sistema", tratando-o com outro nome, qual seja, "Naturalidade do Fenômeno Jurídico". Porém, nosso propósito em atribuir título diverso ao tema cumpre o objetivo de chamar a atenção para o conceito de naturalidade na obra pontesiana, que, a nosso ver, se identifica com o sociológico.

A incompreensão do conceito de natureza na obra pontesiana tem servido para o desferimento de determinadas críticas a sua postura epistemológica, no sentido de o seu naturalismo tê-lo impedido de ver o direito como elemento valorativo e de poder, a nosso sentir equivocadas, fruto de uma leitura desatenta de sua obra.

⁴² _____. Sistema de ciência positiva do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. 86.

Aliás, a respeito deste assunto já dizíamos no capítulo primeiro que PONTES DE MIRANDA conferiu "status" de ciência natural ao direito, porquanto no seu entender todas o são, justificando que não há ciências do ideal, mas do real, da natureza, das relações do mundo.

Diante disso, inferimos que, ao tratar da naturalidade do fenômeno jurídico, está a encarar o direito como conjunto de relações integrantes da realidade social, portanto do social, que nos leva a afirmar que o seu naturalismo jurídico, embora tenha como ponto de partida o fisicismo, passe pelo biologismo, vai mesmo é desembocar no sociologismo, razão pela qual sustentamos a natureza sociológica do mesmo, o que supõe valores, enfim, o cultural.

Essa dimensão cultural que implica o conceito de naturalidade pontesiana não escapou à argúcia de seu grande discípulo, que assim se expressa:

"O sentido que PONTES DE MIRANDA dá ao conceito de *naturalidade* implica até certo ponto o de *culturalidade*. A naturalização do processo jurídico não poderia ter o sentido que advém das ciências físicas, porque as conotações específicas procedem do meio humano, da inter-subjetividade, em que se objetivam esses valores axiológicos. Essa *objetividade* oferece características que não se reduzem à pura e simples *naturalidade* a qual se conceitua nas ciências da natureza⁴³."

Para nós, o que leva PONTES DE MIRANDA a caracterizar o fenômeno jurídico de naturalismo, além do "status" que lhe confere de ciência natural, entendendo por essa o real, o social, reside na coerência com que expõe o seu pensamento, para não trair o seu posicionamento epistemológico, arrimado no princípio da unidade da ciência, uma constante em toda sua trajetória do conhecimento. De modo que ao não cindir o saber, por isso convocando todas as ciências para investigar o jurídico na realidade social, está a procurá-lo no mundo dos valores, que são os elementos sociais, as condições de existência, o substrato sociológico, existentes somente na sociedade.

Ao cuidar do fenômeno jurídico na parte introdutória, Tomo I do "Sistema", assim se posiciona o cientista brasileiro do direito:

⁴³MENEZES, Djacir. *Tratado de filosofia do Direito*. São Paulo, Atlas, 1980. p. 249.

"Há em toda a comunidade, em todos os corpos sociais, certa virtude de organização intrínseca para a qual somente existe uma explicação e um processo: o Direito. Não poderia ser, cremo-lo bem, pura criação do Estado. Se algum deles criou o outro, foi o Direito. Até onde a história nos apresenta materiais inteligíveis, outra não é a lição da ciência. Nem sequer foi o que é imutável no Direito, que criou e conserva o Estado; também ele é produto do que, no conjunto do meio social e das sucessivas formas jurídicas, é variável e contingente. O que parece como invariável somente produz fenômenos de igual intensidade⁴⁴."

Verificamos, destarte , que o direito não é criação do Estado, tampouco o identificando. Ensina PONTES DE MIRANDA que, se algum criou o outro, foi o direito. Importa ser ressaltado que o direito é produto do meio social, variável e contingente.

Prossegue o cientista brasileiro:

"As leis não são o Direito; a regra jurídica apenas está em conexão simbólica com a realidade. Mais evidente será a relatividade do enunciado quando advertirmos na índole social da realidade, em que o Direito é apenas um dos elementos integrantes dela e mantém, na composição, a sua especificidade⁴⁵."

Não confunde as leis com o direito. Este é um dos elementos específicos integrantes da realidade social, pois existem outros como a economia, a religião, a moral, a política, a arte e a própria ciência. A lei ou regra jurídica apenas funciona como esquema simbólico de interpretação dessa realidade, na qual o direito é apenas um dos componentes sociais.

Sua postura se traduz inegavelmente numa antecipação às críticas endereçadas mais tarde, com o surgimento do normativismo kelseniano, também conhecido como dogmatismo racionalista, que consiste na forma mais extremada do positivismo jurídico. Tal positivismo identificou o Estado com o Direito e este com a lei, sufragando, instituindo o que se convencionou chamar de monismo jurídico.

Mas, de tais comparações entre o pensamento pontesiano e o kelseniano, visando comprovar que o jurista brasileiro era bastante familiarizado com as idéias do jurista

⁴⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. 75.

⁴⁵Idem. *Ibidem*. p. 75.

alemão, que, por sua vez, constitui uma das vertentes da nossa tese, melhor cuidaremos no capítulo apropriado.

Retomando o tratamento da natureza sociológica do direito, não podemos descurar que o próprio conceito jurídico pontesiano estampa tudo o que já dissemos, pois a palavra "adaptação" se atém às relações sociais, ao complexo homem versus sociedade; portanto, refere-se ao social.

Em artigo intitulado "Energia Social e Fenômeno Jurídico", publicado em 1934 na Revista dos Juizes e Juristas Brasileiros, cujo título era "Ciência do Direito", DJACIR MENEZES, em sintonia com o conceito de direito pontesiano, declara:

"O fenômeno jurídico objetivamente considerado é relação de adaptação ou correção de defeitos de adaptação entre o indivíduo e o meio social, como esclareceu, luminosamente, o profundo pensador do *Sistema de Ciência Positiva do Direito*⁴⁶."

Por sustentar que é na sociedade que reside o direito, nos grupos sociais, por mais rudimentares que sejam, por isso neles devendo ser encontrado, não vemos como negar sua natureza sociológica. É sob esse prisma que concebemos sua naturalidade do fenômeno jurídico.

3. O reconhecimento como fundamento das regras jurídicas

A leitura da "Teoria Pura do Direito" de HANS KELSEN e "O Conceito do Direito" de HERBERT HART nos despertaram para desenvolver o tema que ora nos propusemos enfrentar.

Tanto HANS KELSEN quanto HERBERT HART procuraram instituir critérios fundantes da ordem jurídica. O primeiro nos fala de uma *norma fundamental*, enquanto o segundo, de uma *regra de reconhecimento*. O que isso significa é o que passaremos agora abordar, para então analisá-lo sob a perspectiva pontesiana.

⁴⁶DJACIR, Menezes. Energia social e fenômeno jurídico. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. (Dir.) *Ciência do Direito - Revista dos juizes e juristas brasileiros*. Rio de Janeiro, Calvino Filho, 1934. Ano I. Tomo II. p. 17.

Inegavelmente a teoria jurídica de HANS KELSEN constitui o ponto máximo do estrito positivismo jurídico, tal se devendo à lógica com que expõe seu pensamento. Conforme bem registrou ALF ROSS na sua obra "Sobre o Direito e a Justiça":

"La *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura del derecho) de Kelsen é uma conquista única dentro da moderna filosofia do direito. Se distingue por sua sobressalente agudeza, sua brilhante dialética e sua lógica inexorável. A doutrina de Kelsen, mais que nenhuma outra realização individual, tem criado uma escola de pensamento e exercido uma profunda influência na teoria jurídica dos anos recentes. São poucos os filósofos do direito de nosso tempo que direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente, não devem algo a Kelsen. O poder de inspiração de sua obra não se deve a nenhuma idéia revolucionária, senão à coerência com que desenvolve as premissas do positivismo jurídico⁴⁷".

HANS KELSEN somente aceita e reconhece como direito o positivo, o que equivale dizer, o direito produzido por atos de vontade do ser humano. Na sua obra "Teoria Geral do Direito e do Estado", assim conceitua o direito:

"O direito é uma ordem da conduta humana. Uma *ordem* é um conjunto de normas. O direito não é, como às vezes se disse, uma norma. É um conjunto de normas que tem o tipo de unidade a que nos referimos quando falamos de um sistema. É impossível captar a natureza do direito se limitamos nossa atenção a uma só norma isolada⁴⁸".

Resulta desta definição que o direito não é apenas uma norma isolada, mas sim um conjunto de normas, ordenadoras da conduta humana, unidas sistematicamente. Noutras palavras, na concepção kelseniana, o direito é sistema de normas dirigidas à conduta humana.

Sua preocupação foi a de construir uma ciência jurídica estritamente pura, estabelecendo uma purificação das normas jurídicas, para livrá-la de aspectos

⁴⁷ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*. 4. ed. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Eudeba, 1977. p.65.

N. Trata-se a presente obra de uma versão do inglês para o castelhano, donde colhemos a passagem reproduzida e procedemos sua tradução ao idioma nacional.

⁴⁸KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. Universidade Nacional Autónoma do México, Imprensa Universitária, 1958. p.3.

N. Trata-se essa obra de uma tradução do alemão para o espanhol, cuja citação efetuada nós a vertemos à língua nacional.

contingenciais e variáveis. Por isso, não admitiu a vinculação do conhecimento do direito com influências sociológicas, afastando-o ainda de ingerências valorativas.

O jurista alemão não visava estabelecer uma correspondência fática entre os enunciados normativos, mas sim fixar os fundamentos de validade do positivismo jurídico. Assim, constrói o sistema jurídico baseado no critério de validade das normas jurídicas. Ao interrogante sobre o fundamento de validade de uma norma, responde que deve ser dado como resposta outra norma e assim sucessivamente, constituindo-se uma estrutura escalonada de normas, em cujo vértice estaria a "norma fundamental gnosiológica".

Mas a norma fundamental não pertence ao direito positivo, pois, se assim fosse, teria necessariamente que se apoiar noutra norma jurídica e assim indefinidamente. Para romper essa seqüência escalonada infinda, HANS Kelsen pressupõe uma norma fora da ordem jurídica, considerada a chave de todo o sistema jurídico e que dará validade a ele.

A norma fundamental kelseniana é uma norma hipotética, como ele mesmo a concebeu na "Teoria Pura do Direito", passando a concebê-la mais tarde na obra póstuma "Teoria Geral das Normas" como norma fictícia, baseado na justificativa de ela constituir um produto do pensamento, devendo por isso ser posta com mais consciência, o que, no nosso entendimento, não chegou a afetar a sua natureza.

Vislumbramos, nesta sua estratégica mutação de conceitos de "hipótese" para "ficção", a evidente preocupação de se evadir às críticas jusnaturalistas, aliás, apreensão já manifestada em outra obra, "A Justiça e o Direito Natural", publicada em apêndice à 2ª edição da "Teoria Pura do Direito", no ano de 1960, obra considerada por muitos críticos como uma infidelidade aos pressupostos normativos, pelo que podemos ver:

"Tem-se oposto à teoria jurídica positivista da Teoria Pura do Direito que ela própria apenas é uma teoria jusnaturalista, pois que vê o fundamento de validade do direito positivo na por ela chamada norma fundamental ou seja, afinal, numa norma que se situa ela própria fora do direito positivo.

"É verdade que a norma fundamental não é uma norma do direito positivo, isto é, de uma ordem coativa globalmente eficaz posta através da legislação ou do costume. Este é, porém, o único ponto em que existe uma

certa semelhança entre a teoria da norma fundamental e a do jusnaturalismo⁴⁹".

A nosso ver, a caracterização da norma fundamental como "ficção", com o abandono do estatuto ontológico da hipótese, buscou ainda mais aprimorar o seu purismo jurídico. É o perfeccionismo kelseniano manifestado através de sua lógica, no sentido de buscar um conceito preciso, fechado e objetivo para a norma fundamental gnosiológica.

O problema da validade de que cuida a "Teoria Pura do Direito", no plano epistemológico, é fundamental para o fundamento dos sistemas jurídicos e para a própria constituição do conhecimento do direito.

Como anotou LUIS ALBERTO WARAT no estudo empreendido sobre "A norma fundamental kelseniana como critério de significação":

"a norma fundamental gnosiológica apresenta como uma de suas funções epistemológicas centrais, a de ser uma fórmula definitiva para o objeto da ciência jurídica, por cujo intermédio se reconhecem suas características, traços e funções, como assim mesmo o fundamento de validade para as normas jurídicas em seu aspecto dinâmico⁵⁰".

Seguramente o aspecto que mais tem cooptado a crítica dos que se opõem à "Teoria Pura do Direito" é o do fundamento de validade da ordem jurídica numa norma fora do direito positivo, capaz de estruturar todo o sistema normativo, legitimando-se a si mesma, independentemente de quaisquer conteúdos sociológicos ou axiológicos.

Diz HANS KELSEN na "Teoria Pura do Direito":

"A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto,

⁴⁹ _____. *A justiça e o Direito natural*. 2. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Arménio Amado, 1979. p.169.

⁵⁰WARAT, Luis Alberto. *La norma fundamental kelseniana como critério de significação. Estudios de Derecho*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de La Universidad de Antioquia. p.51.
N. Traduzimos a citação do castelhano para o português.

o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora⁵¹".

Como vemos, a norma fundamental kelseniana é pressuposta, razão pela qual não é determinada por nenhuma outra norma do sistema jurídico positivo. Constitui o fundamento último de validade de todo o ordenamento jurídico, ou seja, serve de critério para legitimar a existência da ordem jurídica, mesmo estando fora dela. No fundo, por se achar em um nível diferente das demais normas, situando-se numa posição hierarquicamente superior, dentro de uma estrutura de normas, é a norma que funda todas as outras, emprestando-lhes validade.

Neste sentido, podemos dizer que o fundamento de validade da ordem jurídica repousa fora do direito positivo, motivo pelo qual o sistema jurídico é construído normativamente, a partir de uma norma metafísica.

Conforme já referimos há pouco e ora reproduzimos, o jurista alemão procurou na passagem da norma "hipotética" para "ficção", no que justifica ter sido um acidente a primeira qualificação aperfeiçoar logicamente ainda mais o seu pensamento, sem, contudo, trair, a coerência dos postulados que sempre defendeu. Ele mesmo é quem nos diz na "Teoria Geral das Normas":

"O fim do pensamento da norma fundamental é: o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de norma. Este fim é atingível apenas pela via de uma ficção. Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese - como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei-, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade⁵²".

Ao justificar a mutação experimentada no seu ponto de partida lógico-transcendental hipotético para a via da ficção, pelo que justifica ser essa acompanhada pela consciência,

⁵¹KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 4. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Armênio Amado, 1979. p.310.

⁵²_____. *Teoria geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986. p.329.

não altera substancialmente a natureza da norma fundamental, pois ela continua fora da realidade, isto é, dos fatos, das relações sociais, enfim, da própria vida.

Isto nos autoriza a dizer que em HANS KELSEN o fundamento das normas jurídicas do direito positivo, do sistema jurídico, para dizer o mesmo, reside num princípio apriorístico, de natureza metafísica, produto exclusivo da razão abstrata, que é a norma fundamental, também conhecida como básica ou fundante.

Mas, enquanto HANS KELSEN fala de uma norma fundamental, HERBERT HART fala de uma regra de reconhecimento. Ambas constituem teses centrais do pensamento jurídico positivista dos seus autores, pois tanto a norma fundamental quanto a regra de reconhecimento intitulam-se em critérios fundantes do sistema jurídico, apresentando-se como matrizes da validade do positivismo jurídico.

HERBERT HART, na sua obra "O Conceito de Direito", identifica duas definições do jurídico, um mais amplo, compreendendo todas as regras válidas, ainda quando algumas delas conspiram contra a moral da sociedade, e outro estrito, que, por sua vez, exclui de sua consideração as regras moralmente ofensivas, conforme vemos:

"O mais amplo destes dois antagônicos conceitos, inclui o mais restringido. Se adotamos o conceito mais amplo, ele nos levará, nas investigações teóricas, a agrupar e considerar juntas como *direito* todas as regras que são válidas segundo os critérios formais de um sistema de regras primárias e secundárias, ainda quando algumas delas atentem contra a moral de nossa sociedade ou contra o que podemos considerar que é uma moral verdadeira ou esclarecida. Se adotamos o conceito mais restringido, excluiremos do significado de *direito* essas regras moralmente ofensivas. Parece claro que nada se ganha no estudo teórico ou científico do direito como fenômeno social adotando o conceito mais restringido: ele nos levaria a excluir certas regras ainda quando exibam todas as outras complexas características do direito⁵³".

Denotamos da citação feita que HERBERT HART, enquanto investigador do direito, encampa a conceituação ampla do mesmo como sistemas de regras válidas, o que implica aceitar no seu significado as regras que não estão em conformidade com os padrões de

⁵³HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1968. p.258-9.

N. Trata-se de uma versão do inglês para o castelhano, do qual traduzimos a referida passagem para o idioma nacional.

moralidade estabelecidos pela sociedade, admitindo, destarte, o elemento moral na concepção lata do direito. Da postura hartiana, constatamos claramente sua caracterização do direito como fenômeno social.

Entende que poucos teóricos ou cientistas do direito considerados positivistas se deteriam a negar as formas de conexão entre o direito e a moral, examinando seis formas de interação, as quais consistem nas relações entre poder e autoridade, a influência da moral sobre o direito, a interpretação, a crítica do direito, os princípios de legalidade e de justiça, a validade jurídica e a resistência ao direito.

Para ele, o direito e a moral devem incluir um conteúdo específico, sem o qual as normas jurídicas e as normas morais não poderiam levar a cabo o propósito mínimo de sobrevivência que os homens apresentam ao se associarem entre si. Sobre isso assinala:

"Em ausência desse conteúdo, os homens, tais como são, não teriam razão alguma para obedecer voluntariamente nenhuma regra, e sem um mínimo de cooperação voluntariamente prestada por quem adverte que vai em seu interesse submeter-se às regras e conservá-las, seria impossível coagir a quem não as acatam voluntariamente⁵⁴".

Depreendemos que em HERBERT HART o sistema de direito deve adequar-se às exigências da justiça e da moral, o que traduz sua preocupação valorativa. Daí sustentar em outra obra intitulada "Direito e Moral" que:

"A conexão entre o direito por um lado, e os *standars* morais e os princípios de justiça por outro, é tão pouco arbitrária e tão *necessária*, como a conexão entre o direito e as sanções⁵⁵".

Porém, para nós, a idéia forte hartiana que estrutura o seu pensamento positivista radica na resposta que oferece à indagação sobre o fundamento último de um sistema jurídico. Para ele, o que permite identificar as regras válidas do sistema jurídico, estabelecer critérios dotados de autoridade, não está no hábito de obediência a um soberano

⁵⁴Idem. Ibidem. p.239.

⁵⁵_____. *Derecho y moral*. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Depalma, 1962. p.52.
N. Trata-se de uma tradução do inglês para o castelhano, de onde vertemos para a língua brasileira.

juridicamente ilimitado, mas no que chama de "regra de reconhecimento". Fala a respeito desta como uma regra última para a identificação das regras válidas do sistema jurídico.

Sempre que perguntado sobre o fundamento último de validade do sistema jurídico aponta para a regra de reconhecimento. Na sua obra sobre "O Conceito de Direito" refere-se sobre ela da seguinte maneira:

"A regra de reconhecimento que subministra os critérios para determinar a validez de outras regras do sistema é em um sentido importante, que trataremos de clarificar, uma regra *última*; e quando, como é usual, há vários critérios classificados em ordem de subordinação e primazia relativas, um deles é supremo. Estas idéias referentes ao caráter último da regra de reconhecimento, e a supremacia de um de seus critérios, merecem alguma atenção. É importante não confundí-las com a teoria, que temos rechaçado, de que em todo sistema de direito, ainda que se oculte atrás as formas jurídicas, tem que haver uma autoridade legislativa soberana que é juridicamente ilimitada⁵⁶".

HERBERT HART, a exemplo de HANS KELSEN, também procura apontar critérios para determinar o fundamento último do sistema jurídico, vislumbrando isso na regra última, consagrada como a regra de reconhecimento. Contudo, ao contrário do jurista alemão, cuja oposição é indisfarçável, não faz derivar sua regra última de um poder normativo ilimitado.

É que a regra de reconhecimento hartiana difere da norma fundamental kelseniana, no sentido de que é considerada uma regra pertencente ao mundo dos fatos, portanto empírica. Inferimos, pois, que ela não pode ser pressuposta. Outra diferença existente entre ambas reside no aspecto de que a regra hartiana apresenta diversos conteúdos em função da natureza de cada sistema jurídico, enquanto que a norma fundamental kelseniana tem o mesmo conteúdo, invariavelmente, em qualquer sistema de direito.

Um último critério que podemos apontar, talvez o mais significativo, para diferenciar os critérios de validez dos sistemas jurídicos em HERBERT HART e HANS KELSEN, reside na própria justificativa dada pelo primeiro para o emprego da expressão regra de reconhecimento:

⁵⁶ _____, El concepto de Derecho. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1968. p.132.

N. Veja a observação lançada na nota 53.

"Uma razão para usar a expressão regra de reconhecimento em lugar de *norma básica* é evitar toda possibilidade de ficar comprometido pelo ponto de vista kelseniano acerca do conflito entre o direito e a moral⁵⁷".

Acontece que HANS KELSEN nega a possibilidade de haver conflito entre uma norma válida e uma norma moral obrigatória, eis que se trata de dois sistemas normativos distintos. Para ele, a moral constitui objeto da ética e não interessa para a construção do seu sistema jurídico nem para a formulação do seu conceito de direito, tarefa que cabe à ciência do direito. Portanto, direito e moral são distintos na ótica kelseniana, guardando cada um deles sua especificidade, enquanto que, para HERBERT HART, a moral e o direito são concebidos em conexão necessária. Mas isso já é outro assunto.

Depois de tudo que falamos a respeito do assunto, como se sentiriam os leitores deste nosso trabalho, se disséssemos ainda que, no ano de 1922, um jurista brasileiro de nome PONTES DE MIRANDA afirmara que o reconhecimento é o fundamento de todas as normas, precedendo ao que foi dito por HANS KELSEN na "Teoria Pura do Direito" e por HERBERT HART na sua obra "O Conceito de Direito", pois este sucede ao filósofo alemão, chegando inclusive a citá-lo? Certamente achariam que se trata de excesso de entusiasmo pela causa que abraçamos. Porém, ao contrário de tudo que podem imaginar, o que afirmamos está lá no "Sistema de Ciência Positiva do Direito", podendo ser flagrado em duas passagens dessa obra, contendo a mesma redação, inclusive uma delas se reportando à outra, como podemos ler:

"Já no Tomo I (1ªed., 15, 2ªed., 21) escrevemos: O reconhecimento é o fundamento de todas as normas; é jurídica como toda a regra que se reconhece como tal e todas elas são positivas (no sentido da escola do direito natural). Na extensão da sua aplicabilidade, que tanto é dizer do seu reconhecimento, era *positivo* o próprio direito natural⁵⁸".

Mas o que significa o reconhecimento de uma norma para PONTES DE MIRANDA? Teria ele o mesmo sentido que lhe conferiram mais tarde HANS KELSEN e HERBERT HART? Destes últimos já conhecemos as posições. Precedendo a referência reportada pela

⁵⁷Idem. Ibidem. p.311.

⁵⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1972. Tomo IV, p.370.

citação transcrita, onde novamente encontramos o reconhecimento como fundamento de todas as normas, o autor responde ao primeiro interrogante que formulamos e insinua a resposta do segundo, ao expressar:

"Na investigação científica há preparativos e ensaios para criar, mediante dados seguros, a convicção, o reconhecimento efetivo da verdade que se formular e que, na hipótese, equivale e pode sempre expressar-se em regras. Ora, tal convicção é, de si mesma, reconhecimento, e uma norma reconhecida é norma válida, a que se não podem recusar o valor, a incidência e a força de aplicação. E assim se identifica a Ciência com o seu objeto, fenômeno a que temos aludido. O reconhecimento é o fundamento de todas as normas; é jurídica toda a regra que se reconhece como tal e todas são positivas (no sentido da escola do direito natural). Na extensão da sua aplicabilidade, que tanto é dizer do seu reconhecimento, era positivo o próprio direito natural. Facilmente se compreende, depois de tais considerações, quanto se simplifica a matéria jurídica com a introdução de métodos exatos, simples e científicos, na formação, no estudo e na aplicação do direito⁵⁹".

Temos então que o significado do vocábulo reconhecimento, na perspectiva pontesiana, alude à convicção, o que quer dizer validade. Portanto, recompondo os termos, podemos dizer que o reconhecimento em PONTES DE MIRANDA repousa na validade normativa, a exemplo do estudado nos autores precedentes, eis que a uma norma válida não se pode negar o valor, a incidência e a força de aplicação. Neste sentido é forçoso afirmarmos que no jurista brasileiro também existe a preocupação de buscar um critério último de validade para os sistemas jurídicos.

Contudo, o conceito de reconhecimento sufragado pelo autor pátrio é mais amplo do que o adotado pelos autores anteriores referidos, porquanto compreende todas as normas, tais como as econômicas, políticas, religiosas, morais e as demais, no que se incluem por evidente, também as normas jurídicas.

Assim, HANS KELSEN tinha na norma fundamental o critério fundante do sistema jurídico, da qual fazia derivar por puro artifício lógico a cadeia de normas do direito positivo, desconsiderando as demais por não interessarem ao seu normativismo jurídico, HERBERT HART via na regra de reconhecimento o fundamento último do sistema jurídico,

⁵⁹Idem. Ibidem. Tomo I, p.21-2.

considerando as regras jurídicas e morais em conexão necessária. PONTES DE MIRANDA aponta o reconhecimento como o fundamento de todas as normas que integram os mais diversos sistemas sociais, não somente os jurídicos, de que se acham constituídas as sociedades.

Assim, todas as classes de regras, ou seja, todos os processos sociais de adaptação que concorrem para a coexistência social, têm no reconhecimento o seu ponto de partida. Essa é a leitura que fazemos.

A nosso sentir, não existe uma "norma básica" ou "regra última" para determinar o critério de validade dos sistemas jurídicos, como pensaram, respectivamente, HANS KELSEN e HERBERT HART, porquanto a validade das regras que integram os sistemas jurídicos deve repousar nelas próprias, o que significa dizer em cada uma delas.

Não podemos deslembrar que o jurista nacional investiga o conhecimento jurídico, procurando identificá-lo com o seu próprio objeto de estudo, razão pela qual a regra jurídica deve resultar daquilo que os fatos, as relações sociais, que são o objeto da ciência, apontam.

Este é o reconhecimento de que nos fala PONTES DE MIRANDA, de um reconhecimento efetivo, da convicção da regra jurídica por ter sido a mesma retirada dos fatos sociais, através de metodologia indutiva. E a verdade formulada nas regras jurídicas é aquela que se pesquisa nas relações sociais, objetivamente, portanto relativa.

É o próprio PONTES DE MIRANDA quem nos diz no "Sistema":

"A verdade das regras jurídicas está na medida em que servem a ordem social como normas contidas nas próprias relações sociais ou como providências reclamadas por elas para corrigir os defeitos de adaptação⁶⁰".

As regras jurídicas, sob o ponto de vista pontesiano, são normas pelas quais os indivíduos procuram subordinar os próprios fatos de que elas resultam, a certa ordem e a certa previsibilidade, regulando os bens da vida.

Assim, uma vez legislada a regra jurídica, tornada existente, incidente sobre o fato que ela prevê ou regula, não há como recusar o valor, a incidência e a força de aplicação,

⁶⁰Idem. Ibidem. Tomo IV, p.118.

pois nos encontramos diante de uma norma válida, de uma regra jurídica que teve seu reconhecimento efetivo nos fatos sociais, por isso infunde convicção de aceitação nos seus destinatários.

Pelo que examinamos, PONTES DE MIRANDA acha-se diametralmente oposto a HANS KELSEN, por não determinar o critério de validez do sistema jurídico a partir de uma norma fora do direito positivo, não privilegiar o puro normativismo. Seu critério de validade encontra-se nas próprias regras jurídicas, desde que induzidas das regras sociais, por isso situando-se rente aos fatos.

Com HERBERT HART, PONTES DE MIRANDA compartilha do aspecto de que a moral se encontra em conexão com o direito, no que vai além, para incluir todas as regras sociais nessa conexão, eis que todos os elementos sociais concorrem para o surgimento do jurídico.

Não obstante se tratar a regra de reconhecimento hartiana de uma regra do direito positivo, o jurista brasileiro, para nós, não funda o sistema jurídico numa regra última, pois não vislumbra uma estrutura escalonada de normas hierarquicamente superiores umas às outras. Sustenta, então, o reconhecimento efetivo de todas as normas jurídicas como fundamento de validez dos sistemas jurídicos e tal reconhecimento pressupõe a adequação com os fatos.

Aspecto bastante singular e que não poderíamos deixar de assinalar é que tanto na perspectiva kelseniana quanto no ponto de vista hartiano, respectivamente, a norma básica e a regra última visam caracterizar a existência de um sistema jurídico, que, por sua vez, buscam fundamentar, aspirando à unidade do mesmo. Já em PONTES DE MIRANDA, o reconhecimento efetivo das regras jurídicas concorre para fundamentar a pluralidade de sistemas jurídicos de que se compõem as sociedades.

4. O Direito como fenômeno de paz

Em 1912, quando escreveu "À Margem do Direito", PONTES DE MIRANDA já revelava ser um profundo conhecedor da obra de RUDOLF VON IHERING, "A luta pelo

Direito", publicada em 1908, tendo acesso à fonte alemã, cuja língua dominava perfeitamente.

Naquela época já se revelava um profundo crítico de determinadas posições assumidas pelo jurista alemão, a começar pela própria concepção do direito, por não concordar tratar-se o mesmo de um instrumento de luta, não aceitando que a nota predominante do jurídico recaísse sobre a coação.

"Em direito, diga-se em sentença última, escusando argumentos que se cumulassem em defesa, as palavras proteção e coação devem possuir significados restritíssimos e próprios: - a primeira quando é de ação meramente preventiva, no caso, por exemplo da menoridade, que é um direito de que a sociedade é o sujeito ativo e a relação jurídica consiste, em si, absolutamente na proteção; - a segunda, quando de ação repressiva, de reabilitação⁶¹."

PONTES DE MIRANDA está a se referir aos elementos psicológicos que integram o conceito de direito subjetivo na visão do jurista alemão, consistentes na proteção e na coação. Conforme já antecipamos em algumas páginas atrás deste mesmo capítulo, IHERING definiu o direito em termos de interesse juridicamente protegido. Essa proteção, segundo ele, se daria pela ordem jurídica, que é a detentora do poder de coerção.

Das notas componentes do conceito de direito em IHERING, o autor brasileiro, que a princípio havia sido influenciado pela noção de "interesse", da qual se libertou, repelindo-a do seu conceito originariamente formulado, como também já demonstramos neste capítulo, não aceitou mais alguma, estabelecendo sérias reservas com relação à definição do jurídico em termos de proteção e de coação infundidos pelo jurista alemão.

Não é que PONTES DE MIRANDA desconhecesse que o direito significa poder, ensinamento esse que provém de BARUCH SPINOZA⁶², como ele mesmo refere, mas sim que a coação não é todo o direito, constituindo apenas uma parte e a menos expressiva para ele.

⁶¹ _____. *À margem do Direito*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1912. p. 205.

⁶²N. É dele a idéia de que o direito é poder, conforme menciona PONTES DE MIRANDA no "Sistema", Tomo III, p. 182.

É que, segundo o autor tematizado, nem todo direito, porém, necessita da força para ser cumprido. Exemplifica isso com as regras jurídicas que são atendidas espontaneamente, sem o emprego da coação, para serem respeitadas.

Na sua obra "Sistema de Ciência Positiva do Direito" assinala:

"O direito é fenômeno de paz; às origens dele não é indiferente o símbolo das mãos cruzadas, o que mais uma vez confirma que, em si, sempre foi garantia, e a coação só se manifesta para ajustar as mãos que se separaram. O direito-violência é fenômeno *governamental*, político, - e não *jurídico*; mero fruto de despotismo e, pois, elemento hostil à harmonia social. Assim, todos os atos despóticos são patológicos, oriundos de hipertrofia. Enquanto os órgãos políticos fizerem a lei, será possível a imposição de regras arbitrárias. A isto levam-nos dois caminhos: a ignorância que, em vez de *procurar*, pretende *criar* a lei, ou, em vez de descobrir, inventar; e a facilidade de sedução, que tem o governo⁶³".

Ele vê na garantia, na segurança, a característica do direito, cuja função reside na conciliação dos interesses coletivos com os individuais. Que há poder no direito é o próprio PONTES DE MIRANDA quem nos diz, porém a coação somente se manifesta para restabelecer o equilíbrio social, a paz, ajustar as mãos cruzadas que se separaram, conforme retrata a rica metáfora pontesiana.

Identificamos em PONTES DE MIRANDA um direito que se cumpre espontaneamente sem necessidade do uso da coação, e outro em que esta atua, sempre que a harmonia social restar comprometida em virtude de hostilidades a ela dirigidas. Aliás, é o próprio jurista brasileiro quem sugere tal duplicidade jurídica, pelo que não passou desatento à leitura que fizemos no "Sistema":

"O direito que precisa de coação é o direito criado para o equilíbrio, para eliminar a diferença entre os dois sistemas de forças opostas; o outro, o essencial, executa-se por si, sensível e insensivelmente, porque é forma, expressão da ordem social. Somente àquele serviria a definição de TOMÁS DE AQUINO: lei é prescrição da razão notificada pelo chefe que governa a comunidade. O que precisa de notificação é o direito imposto como complementar das forças essenciais, a fim de estabelecer o equilíbrio⁶⁴".

⁶³ _____, *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 332.

⁶⁴Idem. *Ibidem*. Tomo III, p. 79.

A partir dessa exposição feita pelo próprio PONTES DE MIRANDA, podemos dizer que existem dois tipos de direito na sua concepção: o que é cumprido espontaneamente, de forma consciente ou inconsciente, e o que é cumprido forçosamente, pelo emprego necessário da coação, a que chamamos, respectivamente, direito paz e direito luta. Este último de utilização complementar, eis que a coação não constitui a marca do direito na visão pontesiana.

A justificativa para as denominações que atribuímos às correlatas classes de direitos decorre naturalmente da própria leitura que fizemos da obra pontesiana, levando ainda em consideração as contestações que o jurista brasileiro fez à concepção do jurídico em IHERING. É que, se, por um lado, PONTES DE MIRANDA não vê a nota distintiva do direito na coação, ao contrário de IHERING, por outro lado, não a desconsidera como complemento do significado do direito, tido como fenômeno de paz.

Assim é que o direito como instrumento de luta para a consecução da paz na visão de IHERING somente é admitido por PONTES DE MIRANDA a título complementar, sempre que as mãos cruzadas se descruzarem, para mais uma vez nos valermos de seus arroubos metafóricos.

Manifestamente contrária à posição de IHERING, temos a postura defendida por FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, que, ao tratar do nascimento do direito positivo na famosa controvérsia "THIBAUT y SAVIGNY - A Codificação", em que sustentaram, respectivamente, "Sobre a Necessidade de um Direito Civil Geral para Alemanha" e "Da Vocaçào de nossa Época para a Legislação e a Ciência do Direito", assim se manifestou:

"Ali onde nos encontramos pela primeira vez ante uma história documentada, o Direito civil tem já um caráter determinado, peculiar do povo, o mesmo que sua linguagem, seus costumes e sua constituição. Em efeito, estes fenômenos não tem uma existência separada, são tão só forças e atividades singulares de um povo, inseparavelmente unidas na natureza, e que só aparentemente se revelam a nossa consideração como qualidades especiais. O que as enlaça com o todo é a convicção comum do povo, o

N. Ver também Mozar Costa de Oliveira, "O conceito de lei na metafísica e na ciência positiva do Direito (Santo Tomás de Aquino e PONTES DE MIRANDA). Dissertação submetida ao CPG/USP, São Paulo, 1983.

próprio sentimento de necessidade inerente que exclui toda idéia de um nascimento casual e arbitrário⁶⁵".

SAVIGNY apóia sua tese na história, para demonstrar que o direito se origina espontaneamente, a exemplo da linguagem, do costume e da própria constituição peculiar do povo. Para ele, quando surge a documentação do jurídico, este já se acha caracterizado, tanto que aponta sua origem na convicção comum do povo, na consciência popular, no próprio sentimento inerente de necessidade, excluindo toda idéia de um nascimento arbitrário do direito.

No fundo, o que SAVIGNY propunha era uma base segura para o surgimento do direito, que o livrasse de ingerências arbitrárias e desígnios injustos, o que poderia ser conseguido por meio de uma ciência do direito comum a toda a nação. Essa ciência revestiria o caráter orgânico e progressista, eis que visava encontrar a causa dos problemas em nós mesmos e não nas fontes jurídicas, como dizia para os que pensavam que a solução dos problemas da vida estariam dentro dos códigos.

Entre o posicionamento de SAVIGNY e o de PONTES DE MIRANDA, notamos algumas identificações, principalmente no que se refere ao nascimento do direito, o qual para este tem origem na comunidade, nos grupos sociais, pelo que ele mesmo diz:

"Sendo o Direito, como é, processo social de adaptação, mesmo quando a regra jurídica foi feita pelo cacique, ou pelos ditadores de hoje, a sua fonte é a comunidade, o grupo social, porque se supõe que tal função derivou da permissão ou tolerância dos membros do grupo social. Se havia disputas, algo as superou (cf., no mesmo sentido do que sempre expusemos, GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Berlim, 1933, 81)⁶⁶".

PONTES DE MIRANDA, a exemplo do que disse antes SAVIGNY, também combateu o direito arbitrário, fruto da imposição de regras que não respondem às necessidades sociais. Contudo, a nosso ver, foi mais longe do que o jurista alemão, porquanto apontou a metodologia indutiva como o caminho apto a livrar o direito,

⁶⁵THIBAUT y SAVIGNY. *La codificación*. Trad. de José Diaz Garcia. Madrid, Halar, 1970. p. 54.

N. Tradução do alemão para o espanhol, onde colhemos a citação e a vertemos para o idioma nacional.

⁶⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p. 357.

progressivamente, das marcas da violência de que se ressentia ainda hoje, por se apresentar como imposição de regras arbitrárias de órgãos governamentais, ao invés de ser procurado e descoberto nas próprias relações sociais.

O jurista brasileiro não concordava, assim, com o significado atribuído ao direito por SAVIGNY em termos de poder da vontade reconhecida pela ordem jurídica, denunciando o manifesto vício subjetivista de que se acha impregnado o referido conceito.

Não obstante discordar de SAVIGNY que a marca do direito pudesse recair sobre a vontade, não podemos negar a influência do jurista alemão sobre o pensamento pontesiano, máximo no que concerne à origem espontânea do direito, concebido enquanto fenômeno de paz, concepção esta em franca oposição ao que sustentava IHERING, como ele mesmo confessa.

"Para apoiar a teoria de Savigny só restaria a era pré-histórica, sobre a qual não dispomos de dados. Mas, se for lícito aventurar suposições sobre a mesma, contraponho às especulações de Savigny, que aponta essas eras longínquas como palco da formação ingênua e pacífica dum direito gerado pela consciência popular, a minha própria teoria, diametralmente oposta⁶⁷".

E a posição de IHERING de que o direito se funda na luta dispensa maiores tratativas, em virtude do que já dissemos alhures, daí não ficando difícil imaginar que para ele os tempos primitivos seriam marcados pela crueldade, pela brutalidade e quejandas atrocidades.

Em magnífico trabalho filosófico publicado no ano de 1953, cujo título "Garra, Mão e Dedo" é bastante sugestivo por indicar a rastreação antropológica e sociológica empreendida por PONTES DE MIRANDA, procurando garimpar arqueologicamente as origens do conhecimento humano, afirma baseado em estudos etnográficos, que, nas assembléias primitivas, o poder pessoal era escasso ou nenhum.

Embora não constitua nosso propósito analisar a obra referida, não poderíamos, no entanto, deixar de gizar algumas passagens e tecer considerações a respeito, sempre no

⁶⁷IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Trad. de Richard Paul Neto. 2. ed. Rio de Janeiro, Rio, 1980. p. 26.

sentido de apoiar o que estamos tratando, de modo que o filósofo brasileiro assim se expressou na mesma:

"O primeiro homem que saiu do grupo, da assembléia, em companhia de outro, para verificar *se* lá estava a rena, que o outro apontara com o dedo, ou com um ruído da boca, foi o precursor de Leonardo, de Galileu, dos planejadores da economia do século XX, e estava *muito longe* do outro, já homem também, que - percebendo a desigualdade de percepção, de indicação de *um* objeto, entre dois ou mais - admitiu que, ainda pelo silêncio, *se pudesse* chegar a acordo. O acordo pelos *pesos*, pelo pensamento, como o étimo revela, fez à reflexão. Era a reflexão a dois, a muitos, a todos talvez. Não precisava ainda de palavras. Poderia ter sido simples movimento, deliberação em ato. A formulação discursiva foi posterior a tudo isso.

"A reflexão supôs, portanto, o respeito do próximo, o estarem juntos os homens sem luta; no terreno econômico, o dividir as presas, de que dão testemunho as formas comunísticas primitivas⁶⁸".

Pelo visto, PONTES DE MIRANDA parte do princípio de que foi a convenção, o acordo pelo pensamento, que levou o homem a refletir, o que para ele supõe o respeito ao próximo e a reunião sem luta, situando, na indicação dos objetos, resultante do diálogo, o início do próprio conhecimento humano, assim se expressando:

"O ato humano de resolução ou de apropriação pela força põe-se aquém da reflexão e da distribuição racional, com respeito (se não amor) do próximo. É animalidade regressiva, e infra-humano; é o homem a suprimir-se⁶⁹".

Rechaça, pois, as teorias que pretendem assoalhar a origem do conhecimento e por evidente o nascimento do direito na luta, a exemplo do próprio THOMÁS HOBBS, que imaginou um estado de guerra permanente de todos contra todos, um estado de anomia que os homens teriam experimentado originariamente, bastante expressiva na fórmula "o homem é o lobo do outro homem", sintetizadora de sua clássica obra "O Leviatã", constituindo-se num dos precursores do direito força. Sua discordância abissal com a teoria hobbesiana ele próprio a expressa:

⁶⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Garra, mão e dedo*. São Paulo, Martins, 1953. p. 144.

⁶⁹Idem. *Ibidem*. p.145.

"De modo que a interpretação desses atos como *atos de luta* não têm nenhuma consistência objetiva. Está dentro do intérprete. Tão-só dentro dele. É como vômito do seu estado interior, é como se se pusesse o corpo humano pelo avesso, de vísceras para fora, é como se se houvesse raspado todo o cultural, todo o humano mesmo, para só se deixar ver o carnívoro, o homem sem as preocupações artísticas, generosas, doadoras de si, ou agremiadoras, inter-ajudantes, do caçador ou do pescador do plistoceno. Portanto, rente ao leão, ao tigre, à pantera. Porque o homem do plistoceno, esse mesmo foi capaz de profundo sentimento artístico, de que se desenterraram as provas mais cabais, e de sentimentos de solidariedade humana, que repelem a hipótese de vida à maneira de lobos hobbesianos. Esse homem já era além do simples carnívoro. Muitos desses homens longínquos valeram mais, para o homem, do que aqueles pensadores⁷⁰".

Para PONTES DE MIRANDA, a luta não é o fator importante na estrutura das sociedades, motivo pelo qual a coação não constitui o requisito predominante na constituição do direito. Pelo que expusemos anteriormente, o jurista brasileiro justifica o emprego da força para restaurar o equilíbrio nos casos em que a ordem social é rompida, porquanto as regras jurídicas, como normas de conduta que são, têm por função social realizar o direito, torná-lo efetivo, o que ocorre na generalidade dos casos de forma espontânea. Contudo, sempre que isso não seja possível, aí então e tão somente nesses casos é que se impõe o emprego da força.

Em livro publicado no ano de 1913, chamado "A Moral do Futuro", escreveu PONTES DE MIRANDA:

"A luta é instrumento e processo imediato de equilíbrio existencial, anima as partes vencedoras, apassiva o vencido e neutraliza os elementos estranhos dissolventes.

"Mas a luta não é, com ser legítima e natural, a condição fundamental das organizações sociais⁷¹".

Entendemos que a citação efetuada já consagra uma das partes integrantes do conceito de direito pontesiano, formulado ainda de forma incipiente na obra "À Margem do Direito", publicada em 1912, portanto um ano antes do livro a que ora nos referimos.

⁷⁰Idem. Ibidem. p. 122.

⁷¹_____. A moral do futuro. Rio de Janeiro, Briguiet, 1913, p. 11.

A parte do significado do direito por nós aludida é a que trata de corrigir os erros ou defeitos de adaptação do homem à vida social. Convém dizermos que o jurista nacional assim definiu o direito no "Sistema":

"A adaptação e os movimentos (regras jurídicas) para corrigir os defeitos de adaptação do homem à vida social (o que é também processo de adaptação) contêm todo o Direito⁷²".

Aliás, tal conceito já havia sido noticiado no trabalho publicado na Revista de Direito Público, intitulado "Matéria Social e Elemento Jurídico", um pouco antes da vinda a público do "Sistema", porém publicado no mesmo ano de 1922, conforme já tivemos o ensejo de reproduzi-lo.

No mesmo trabalho reportado, PONTES DE MIRANDA desfere duras críticas à definição do direito de IHERING, por vislumbrar na mesma um instrumento de opressão a serviço do capitalismo, porquanto este o considera como uma instituição coativa, senão vejamos:

"A teoria de Ihering define o direito, mas o direito do capitalismo, mais especulativa e menos cinicamente do que Mandeville, na fábula das abelhas, definiu a dupla moral da sociedade aristocrática: moral de licença quase sem limites para os dirigentes e ricos, para os pobres moral cristã de trabalho e de submissão. Desde que há determinação intencionalmente técnica de atos ou abstenções, aí está o direito; no próprio complexo dos costumes a diferenciação do fenômeno jurídico corresponde a certa inserção de intencionalidade técnica. Desde que se proceda à revelação e formulação das regras segundo critério científico e não se rebaixe o direito à condição de instrumento coativo do capitalismo, progressivamente decrescerá o elemento despótico e bem assim a sanção material, que será substituída pela obediência espontânea ao direito⁷³".

PONTES DE MIRANDA tinha bem presente que o direito, como fato social que é, não se confunde com a regras jurídicas, caracterizadoras de determinado momento histórico, consistentes em criações abstratas do homem, por isso mesmo que devem servir de esquemas de interpretação da realidade, cumprindo a função de prever o coexistir humano.

⁷² _____ . Sistema de ciência positiva do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. 284.

⁷³ _____ . Matéria social e elemento jurídico. Revista de Direito público e de administração federal, estadual e municipal, Rio de Janeiro, 1924. p. 270-1.

Todavia, isto não impede que revelem e se formulem regras jurídicas nos moldes científicos, ou seja, com a utilização de metodologia adequada, que só pode ser a indutiva, a fim de que as regras se situem rente à vida, o que contribuirá significativamente para reduzir a necessidade do uso da coação. Trata-se, pois, da aplicação sociológica pontesiana do princípio da diminuição do "quantum" despótico.

Para o sociólogo brasileiro, quanto mais se aperfeiçoarem os processos legislativos, menos necessidade terá o homem de ser coagido, o que decrescerá a quantia de violência de que se ressentem o direito ainda hoje, tal se devendo a problema governamental, caminhando-se então para o cumprimento espontâneo do direito. Aqui entra a contribuição que o político pode dar ao jurídico, através da ciência. Desse assunto cuidaremos no último capítulo.

Na crítica endereçada a IHERING por ele definir o direito como instituição coativa, que a seu ver seria o direito do capitalismo, PONTES DE MIRANDA não consegue disfarçar sua postura política manifestamente socialista, aliás, suficientemente confessada nas obras "Anarquismo, Comunismo, Socialismo" e "Os Novos Direitos do Homem", publicadas ambas em 1933. Na primeira assim se posiciona:

"O que somos é socialistas: queremos o Estado responsável pelos 5 Direitos do Homem, o Estado unívoco, o Estado que sabe o que quer e como se move e para onde vai, e não o Estado indiferente ou movido por uns contra outros, sem finalidade clara, titubeante, tateante, trôpego, indeciso⁷⁴".

PONTES DE MIRANDA defendia um Estado socialista, o que se daria com a execução dos cinco direitos do Homem, os quais deveriam estar assegurados constitucionalmente. Tais direitos fundamentais seriam: o direito à subsistência, com o correlato dever de trabalhar ou, caso o indivíduo não possa, que tal direito seja dever da sociedade; o direito do trabalho, assegurado pelo direito de ação do indivíduo; o direito à educação, concernente ao preparo indispensável à vida social, à profissão e à dignidade humana; o direito à assistência, para tudo que seja necessário à saúde e ajuda humana, fora do

⁷⁴ _____ . Anarquismo, comunismo, socialismo. Rio de Janeiro, Adersen, 1933. p.135.

N. Ver também do mesmo autor "Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos), 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1979. p. 489-515.

direito à subsistência; e o direito ao ideal, definido como direito à ocupação preferida, excetuada a do trabalho para viver⁷⁵.

Na segunda obra referida há pouco está a reforçar o que dissemos, especificamente no capítulo III, ao versar "Os Novos Direitos Fundamentais", senão vejamos:

"Fora da violência, que não pode durar sempre, do subjetivismo irracional, de que as *ditaduras sem finalidade precisa* nos dão exemplo, só há um meio de congregar os espíritos, um só ponto em que se apóiem, para que a integração política se possa dar: este meio é a constituição socialista; o ponto de acordo social, os novos *direitos fundamentais*, em que se trace o contorno jurídico do Estado, com que se marquem as margens e a altura até onde possam ir as águas que fluirão⁷⁶".

A partir das passagens recém referidas, inferimos que em PONTES DE MIRANDA os cinco direitos fundamentais do homem constituem soluções objetivas para que decresça o elemento de violência contido nas regras jurídicas, com a conseqüente diminuição da coação, acarretando, em contrapartida, o aumento da realização espontânea do direito.

Por decorrência, haverá menos necessidade de o homem ser coagido na medida em que se aprimorarem as funções do Estado, eis que, no entender do jurista brasileiro, a arbitrariedade é questão governamental e não jurídica, o que requer medida jurídico-política.

Se bem entendemos o sentir pontesiano, para que as mãos dadas, símbolo do direito, não se separem, o caminho apontado é o Estado socialista. O Estado capitalista seria simbolizado pelas mãos descruzadas. O primeiro é fenômeno de paz; o segundo, luta.

⁷⁵N. Síntese por nós elaborada da definição dos novos direitos do homem, na obra "Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos)", 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1979 à p.491.

⁷⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Os novos Direitos do homem*. Rio de Janeiro, Alba, 1933. p. 37.

5. A função adaptante do direito

Uma das teses do pensamento jurídico pontesiano, conforme já vimos no tópico precedente, é que o direito é uma ordem de paz, e não de coação. Seu significado do direito envolve dois aspectos, a nosso ver, complementares: o processo de adaptação e a correção dos defeitos de adaptação do homem à vida social, o que é também processo de adaptação, de modo que o processo de adaptação social encerra todo o direito.

"Adaptação e os movimentos (regras jurídicas) para corrigir os defeitos de adaptação do homem à vida social (o que é também processo de adaptação) contêm todo o Direito⁷⁷".

Observemos que o direito, no conceito do jurista brasileiro, cumpre as funções de adaptar e de corrigir erros de adaptação do homem ao meio social. Porém, essa dúplici função reside, no fundo, numa somente, que é de processo social de adaptação. Como explicar isto: adaptar e corrigir, para ao cabo só adaptar?

Já expusemos no primeiro capítulo que a palavra adaptar se atém à relação organismo versus meio. Portanto, trata-se de conceito que se aplica a tudo que existe. No entanto, por envolver noção fundamental na concepção jurídica pontesiana, deve ser melhor aclarada.

Em PONTES DE MIRANDA, a adaptação constitui uma força universal, que determina e governa a evolução histórica, seja biológica ou social, porquanto à base de tudo está a interação do organismo com o meio. Para ele, o processo de adaptação é constantemente variável, a generalização é o único elemento que se mantém através de todas variações e o espaço social é o campo onde se processam as relações de adaptações.

"adaptação é a variação, pela qual algo se realiza pelo mais curto caminho e tempo, com menor gasto de energia e menor força do que sem a variação⁷⁸".

Ele vê que na variação do direito reside a adaptação. Neste sentido cabe observar que não é somente o conteúdo do direito natural stammleriano que varia⁷⁹, mas também o

⁷⁷ _____ . Sistema de ciência positiva do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p.284.

⁷⁸ _____ . Idem. Ibidem. p.195.

direito positivo, segundo a visão do jurista brasileiro. Assim é que a função do direito, consistente em conciliar os interesses da coletividade com o dos indivíduos, é processo de adaptação, na perspectiva dele.

Seu conceito de adaptação revela-se, destarte, global, o que poderia ser expresso na fórmula adaptar é viver. Dentro dela, para exprimi-la, dentre outros processos sociais de adaptação social, dos quais sete são os principais, o direito constitui processo específico.

Trata-se, pois, de lição que ele aprende na biologia e aplica na sociologia: "as sociedades também possuem o seu meio vital, no qual se realizam as assimilações e desassimilações necessárias⁸⁰". Recordemos que foi nesses termos que definiu o direito no ensaio de psicologia jurídica produzido, publicado sob o título "À Margem do Direito". Pelo que vimos no mesmo capítulo, uma das primeiras conseqüências da definição do direito como relação de adaptação, ou seja, como processo social de adaptação, é a de que o direito deve ser encarado como um fato, um fato social, acrescentamos nós. Assim, embora reconhecamos o papel importante cumprido pela adaptação no conceito universal de direito sustentado por PONTES DE MIRANDA, que, por sua vez, compreende não somente o mundo orgânico mas também o inorgânico, mostrando-se coerente em suas articulações, somos levados a dissentir do uso da terminologia adaptar por ele empregada ao caracterizar o jurídico.

Justificamos nossa posição no sentido de fugirmos do biologismo pontesiano, para ficarmos com o seu sociologismo. Nessa linha, um dos passos decisivos a darmos é abandonar a expressão adaptação pelos ressaibos biológicos de que se ressentia e denuncia. Contudo, isso não equivale a eliminarmos a idéia que a referida palavra contém. Aliás no próprio autor tematizado vamos encontrar o termo substituto especificamente sociológico para a adaptação. No prefácio do "Sistema" escreveu:

"Quando o filósofo KANT pretendeu mostrar a naturalidade do Direito mediante a máxima de coexistência (*determinação das condições*

⁷⁹N. Rudolf Stammler buscou edificar uma teoria do direito natural de conteúdo variável, em que a forma do jurídico é permanente e o conteúdo é que varia, face sua produção por contingências empíricas e históricas.

V. o próprio autor tematizado no "Sistema", Tomo II, p.67.

⁸⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. 191.

segundo as quais pode coexistir com a de todos a liberdade de cada um), elevou à categoria de princípio a priori o que apenas pode considerar-se por sombra de lei de constância. De fato, assenta o Direito em determinação de condições, com as quais se torna possível e se facilita a coexistência, não porém da liberdade (conteúdo material assaz mutável), mas dos próprios homens, que têm congregadas em si necessidades de diferentes espécies: variáveis e invariáveis⁸¹”.

Nesta passagem referida, o jurista brasileiro, que já se mostrava um crítico impenitente do filósofo de Königsberg, reconhece que o direito assenta em condições determinadas, facilitadoras da coexistência dos homens. Que condições são essas? Só podem ser as condições de vida, ou seja, os elementos sociais, tais como o político, o econômico, o moral e demais elementos sociais que, por sua vez, constituem as diversas classes de relações que concorrem para o coexistir humano.

Desse modo, todas as condições sociais de existência ocorrem para a criação do direito, que não é obra humana, ao contrário das regras jurídicas, as quais o representam, promovendo a coexistência humana.

A partir disso, entendemos que quem diz adaptar quer dizer coexistir, de maneira que reformulado o conceito de direito pontesiano, passamos a concebê-lo como processo social de coexistência ou de corrigenda dos erros ou defeitos de coexistência dos homens ao meio social.

Se quiséssemos, poderíamos ainda substituir a expressão adaptar por ajustar, adequar ou aperfeiçoar, utilizadas tais palavras no sentido denotativo, ou seja, do dicionário, e não ficaria comprometido o significado jurídico pontesiano. Entretanto, optamos por coexistir, dado a idéia que passa de condições simultâneas de existência, da interdependência dos elementos sociais, que entram na composição do direito.

Como vemos, além do termo usado decorrer naturalmente da exposição pontesiana, consoa mais com a natureza sociológica do fenômeno jurídico.

Reformulado o conceito jurídico pontesiano, animados que fomos pelo propósito de emprestar-lhe atualidade sociológica, longe, portanto, de pensarmos em alterar-lhe a substância, mas apenas mostrar que, se a função do direito radica na conciliação dos interesses coletivos com os dos indivíduos, nada melhor para expressá-la como processo

⁸¹Idem. Ibidem. p.XXVI (Prefácio).

social de coexistência. Esse é o conceito instrumental que enxergamos no direito, a partir da própria mira pontesiana.

Entretanto, o coexistir social a que nos referimos só pode ser o humano, porquanto é entre homens que se verifica o processo de coexistência. Tal advertência pode parecer desnecessária, mas assim não a entendemos, eis que essa é a linha divisória em que nos afastamos do mestre brasileiro.

É que até agora somente cuidamos do conceito do direito pontesiano relacionado à vida humana, embora já tivéssemos antecipado no início deste item que o mesmo se estende ao orgânico e ao inorgânico. Da passagem que transcrevemos a seguir, retirada do "Sistema", o autor deixa entrever o que afirmamos:

"Nunca nos esqueçamos de que há no Direito humano, que vulgarmente é o único a que chamamos "Direito", o meio empregado por certo processo mais alto de evolução mental, misto de consciência, de subconsciente e de inconsciente. A razão e a consciência são resultados de contínuas e profundas seleções, são frutos que pressupõem a sucessiva evolução mental⁸²".

Conforme constatamos, PONTES DE MIRANDA deixa transparecer que o direito não é somente atributo do homem, deixando entrever que, ao lado do direito humano, existe outro direito, pertencente a outro mundo. Segundo ele, o que vulgarmente denominamos direito é o resultado de certa evolução mental, ou seja, de certa conscientização.

Como veremos a seguir, não somente vislumbra o direito pertencente ao inorgânico, mas assevera a existência do mesmo entre animais. É o que recolhemos do "Sistema":

"Tem-se de exprobar qualquer teoria que considere o Direito processo de adaptação que apenas existe nas sociedades humanas. Quando entre animais, inclusive entre insetos, há proibição de entrada de qualquer deles por algum lugar, ou qualquer restrição ou preferência no tocante às relações sexuais, há Direito. Seria metafísica insolente afirmar-se que o Direito só existe entre homens, e até mesmo (por que havemos de sustentar que tudo já conhecemos?) que nada no mundo inorgânico foi e é primeiro passo para a coexistência sem luta⁸³".

⁸²Idem. Ibidem. Tomo II, p.187.

⁸³Idem. Ibidem. p.251-2.

Talvez a posição pontesiana de sustentar a existência do direito no que chama, na obra "Garra, Mão e Dedo", de sociedades animais e mesmo no mundo inorgânico seja única no mundo. Nesse particular não seremos nós que iremos acompanhá-lo. Que fique a sós com o seu biologismo cósmico.

Efetuada essas incursões, em que pensamos haver melhor situado o significado do direito pontesiano, pois o coexistir traduz o equilíbrio, a harmonia, a estabilidade, aspirado pelo direito na perspectiva do jurista brasileiro, com a vantagem de situá-lo no âmbito do social, o que corresponde também ao propósito por nós almejado ao propor a substituição do termo adaptação por coexistência, reformularemos a questão posta anteriormente, ainda irrespondida, nos seguintes termos: Como explicar que o direito cumpra as funções de coexistência e de corrigenda de coexistência do homem ao social, o que é também coexistência?

Acontece que o direito representado pelas regras jurídicas, além de estabelecer o processo de coexistência dos homens, ou seja, das relações sociais, é também um corretivo do processo de coexistência. Noutras palavras, o direito expressa a paz, mas, sempre que esta é rompida, acode o elemento coativo para novamente restabelecê-la.

Uma parte do direito realiza espontaneamente a coexistência social, que, por se constituir na maioria delas, caracteriza o jurídico como fenômeno de paz. A outra parte é a que corrige os defeitos de coexistência social, a que contém a coação, o que não deixa de servir também imediatamente à coexistência humana.

Creemos assim haver explicado o porquê de as duas funções do direito se reduzirem a uma somente. Todavia, convém esclarecermos que os defeitos de coexistência se dão face à própria imperfeição das regras jurídicas, eis que nem sempre formulam o direito que deveriam, o que torna difícil, senão impossível, o seu cumprimento, aliada à consideração de que elas são meros esquemas de representação da realidade que os fatos traduzem. Os defeitos de coexistência se verificam ainda pelo desconhecimento da regra e, dentre outros casos, por evidente, a violação intencional da mesma, pois a sociedade não é constituída de seres humanos perfeitos.

Dentre algumas considerações que faz no "Sistema", uma das conclusões a que chega o sociólogo brasileiro é a seguinte:

"Que o direito, fenômeno social, é processo de adaptação ou de corrigenda dos defeitos de adaptação do homem à vida social. É oportuno notar que, se a moral prevalecesse, de si só, em todas as relações humanas, isto é, se a sociedade fosse constituída de seres perfeitos, não se daria o que pretendeu W. SCHUPPE, mas o que nesta obra deixamos expresso. Quer dizer: não seria *superfluo* o direito, como escreveu aquele filósofo, - a forma das relações constituiria o direito. O direito não pressupõe a imperfeição humana, que ele corrija; o governo, sim. O direito, que seria *superfluo*, somente poderia ser uma *parte* do direito, a destinada a corrigir os *defeitos* de adaptação do homem à vida social, e não a que exprime a própria adaptação⁸⁴".

O autor tematizado justifica nesta passagem referida a função coativa do direito como uma necessidade decorrente da imperfeição humana pressuposta pelo governo, o que significa dizermos que o problema da correção dos defeitos de coexistência do homem à vida social passa pela política. Não é outro o entendimento sugerido, quando diz que o governo pressupõe a imperfeição humana, mas o direito não.

PONTES DE MIRANDA, ao que sabemos, apresenta concepção evolutiva do fenômeno jurídico. Concebido como processo social de coexistência, experimenta permanente variação, dado o revolver constante dos fatos, sempre no sentido de estabelecer a mais perfeita coincidência possível entre as regras jurídicas e as relações sociais. Porém, para caminhar para a perfeição jurídica, mesmo sabendo que se trata de um ideal, mas que não impede de marchar para ela, faz-se necessário apontar algumas medidas de natureza política, pois o problema é político por excelência.

Neste caso, o sociólogo brasileiro aponta o princípio da diminuição do "quantum" despótico, para livrar o homem da necessidade de ser coagido à coexistência ou à corrigenda de defeitos de coexistência, o que acarretará o crescimento desta última.

Com a redução da quantidade de despotismo, aumentará na razão inversa o crescimento da coexistência social ou ainda mais coexistência, menos coação. Essa é a receita pontesiana. Como isso se dará na prática? Bem, esse é um problema que a política formula ao direito, cuja solução político-jurídica passa necessariamente pela ciência. Disso

⁸⁴Idem. Ibidem. Tomo III, p.51.

cuidaremos no capítulo pertinente, mas podemos adiantar que a resposta está ligada à democratização dos meios de produção do direito, pelo já insinuado por nós dantes.

No "Direito de Família", publicado em 1917, o jurista brasileiro, já antecipando o que viria sustentar mais tarde no "Sistema", sustentava:

"O direito não visa obrigar, embora eventualmente obrigue: o seu fim imediato é regular, pacificamente, a conduta dos homens, e só em caso de controvérsia emprega, subsidiariamente, a coerção. Nesse ponto discordamos de R. VON IHERING e dos que lhe seguiram a exagerada doutrina do direito-força, da lei-norma essencialmente coercitiva. O característico do direito não é a coerção, mas a eficácia, a respeitabilidade, o valor, a sua força de aplicação. (*Gültigkeit*). Não há dúvida que um princípio de direito não faz parte da ordem jurídica senão quando ele vale (*gilt*), isto é, um direito que não está em vigor não é direito no verdadeiro sentido da palavra; mas isso não quer dizer que a coerção caracterize o direito: no estado normal ou pacífico a regra jurídica dá a cada sujeito de direito a convicção, a certeza psico-jurídica de ser assegurada no que tem, ou deverá ter, e em tais ocasiões as regras de direito não são normas de coação, mas de garantia (*sind nicht sowohl Zwangsals Wielmehr garantierte Normen*); mas se alguém viola o direito ou contraria direitos subjetivos, a garantia deixa de ser psicológica e manifesta-se exteriormente, em pé de guerra, como diria UNGER, e só então se tem a regra jurídica em sua feição obrigatória ou coercitiva. Assim o que caracteriza o direito é a sua força de aplicação (*Gültigkeit*): no estado pacífico, a simples convicção, que se tem dessa força de aplicação (*der Überzeugung von seiner Gültigkeit*); no sentido de litígio, a subsidiária intervenção da força externa, a coação do Estado, que só então lhe dá a obrigatoriedade material⁸⁵".

Desta citação podemos recolher a preocupação pontesiana de eliminar tanto quanto possível a idéia de força que impregna o direito ainda hoje. Assim é que procura afastar do jurídico a marca da obrigação e da coerção, essas somente se justificando em casos de litígio, para caracterizá-lo como eficácia, respeitabilidade, valor, garantia, convicção, essas no estado pacífico.

Não obstante as distinções que estabelece entre o estado pacífico e o estado de litígio, aponta uma característica comum entre eles, consistente na força de aplicação, a qual pode ser desdobrada da seguinte maneira: No estado de paz é caracterizado o direito pela

⁸⁵ _____ . Direito de família. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. p.IX.

simples convicção da força de aplicação e no estado litigioso é caracterizado pela subsidiária intervenção coativa do Estado. A primeira caracterização é de ordem interna, psicológica, enquanto a segunda é de natureza externa, material.

Isso nos leva a dizer que a função de coexistência do direito é de natureza jurídica no estado de paz e de ordem política no estado de luta, eis que conta com a intervenção subsidiária do Estado. Como essa intervenção política se dirige para a coexistência pacífica, travando uma verdadeira luta para a obtenção da paz, entendemos que ela é de natureza político-jurídica.

Como disse o jurista brasileiro no "Sistema":

"O direito não pode deixar permanecer qualquer defeito de adaptação e não deve ter outro fito que o de prover eficazmente ao equilíbrio social⁸⁶".

Cumprido, destarte, o direito função adaptante que lhe é específica, exercida rumo à perfectibilidade da sua realização espontânea, o que implica a extinção progressiva do elemento despótico, pois este é correlativo daquela. Pelo que arrazoa PONTES DE MIRANDA, se os homens fossem perfeitos, não haveria necessidade de governos, o que pressuporia a anarquia, com a privação de qualquer elemento de violência na sociedade, mas, como os membros dessa são imperfeitos e violentos, justifica-se a existência de governos.

Assim, a diminuição da quantia de violência dos seres humanos depende da redução da violência e da imperfeição deles. Para tanto, concorre o processo corretivo de coexistência a fim de obrigar as condutas humanas a se pautarem em conformidade com o preconizado nas regras jurídicas, estas induzidas dos fatos.

Mas, como dissemos antes, o direito é apenas um dos processos sociais de coexistência, visto que, ao lado dele, existem outros que também contribuem para o provimento eficaz do equilíbrio social, que realizam função adaptante, diz PONTES DE MIRANDA, no que preferimos dizer função de coexistência. Comparemos, por exemplo, os processos sociais jurídicos, morais e religiosos, pelas lentes do próprio jurista nacional:

⁸⁶ _____ Sistema de ciência positiva do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p.273.

"O domínio moral e o jurídico podem ser o mesmo em certa extensão, mas não coincidem toda a vastidão de um e de outro. Nem todas as regras jurídicas têm conteúdo moral, nem todas as relações morais são conteúdos de normas jurídicas. Se bem estudarmos o alcance da experiência religiosa, ética e jurídica, a posição de forças avançadas, que cada uma assume na proteção dos resultados conseguidos e na segura aquisição de novos para a adaptação do homem à vida social, notaremos que muita vez a moral preenche as lacunas deixadas pelo direito, o que denuncia na consciência ética maior sensibilidade que na consciência jurídica, e que onde o direito recua ou deixa sem provimento a hipótese e onde a moral já não impõe valores éticos de fidelidade ao prometido, de abstenção de excessivos lucros, etc., ainda existe a religião com os valores religiosos de abnegação. Assim o dever jurídico acaba onde, muitas vezes, continua a moral, e todos eles desaparecem onde ainda vigora o religioso, que é algo ultrasensível das funções de adaptação⁸⁷".

Isso dá bem a dimensão do que para representa para o equilíbrio social cada processo específico de coexistência. Por não coincidirem o jurídico, o moral e o religioso em toda a extensão de seus respectivos domínios é que guardam cada um deles uma função específica de coexistência, enquanto processos sociais, servindo o processo moral muitas vezes para suprir a ausência de regramento deixada pelo jurídico, como pode acontecer de o jurídico cobrir com o seu manto determinadas consciências insensíveis que perseveraram em manterem-se assim a descoberto.

Por outro lado, onde às vezes falha o elemento moral em prover com eficácia a coexistência social e o jurídico se mostra lacunoso em dar o provimento eficaz, ainda existe a religião, que é algo de coexistência ultra-sensível, cujos valores se mostram não raro suficientemente fortes para sensibilizar as consciências recalcitrantes.

⁸⁷ _____. Matéria social e elementos jurídicos. *Revista de Direito público e de administração federal, estadual e municipal*, Rio de Janeiro, 1924. p.285-6.

IV - CAPÍTULO: O objeto do Direito em PONTES DE MIRANDA

1. Sistemas sociais e sistemas jurídicos

Após havermos estudado no capítulo anterior o conceito de direito em PONTES DE MIRANDA, não poderíamos deixar de abordar também o seu objeto. Antes, porém, convém recuperarmos algumas distinções de ordem epistemológica, estabelecer a clarificação de determinados conceitos explicitados, a fim de que possamos melhor encaminhar o tema que ora nos propusemos enfrentar.

Neste sentido, faz-se necessário dizermos que a ciência do direito não se confunde com o direito, confusão, aliás, bastante freqüente na literatura jurídica contemporânea, que muito preocupou PONTES DE MIRANDA a ponto de ele, mesmo após muito ter contribuído para distingui-los no "Sistema", não hesitar mais uma vez em tratar de desfazê-la, no capítulo final que inseriu nessa obra referida, como podemos ver:

"Direito é processo social de adaptação; o que o Direito apanha, ou tem de apanhar, da Ciência, ou de outro ou de outros processos de adaptação, se fez seu, porque disso se serviu, ou tem de se servir, para a sua atuação como processo social, específico, de adaptação. O que, por fora do Direito, sabemos dele e sobre ele, não é Direito, não é elemento do sistema jurídico; é estrutura lógica de enunciados, de proposições, e de funções proposicionais, *sobre* o Direito. Então, tem-se de chamar Ciência do Direito, como há a Ciência da Vida, que é a Biologia, a Ciência dos astros, que é a Astrologia, a Ciência da Religião, que não tem conteúdo religioso, a Ciência da Moral, que não é sistema moral, a Ciência da Arte, que não é Arte, a Ciência da Economia, que não é Economia, a Ciência da Política, que não é Política, e a própria apreciação da Ciência, a Filosofia, que se sobrepõe à Ciência que se examina, para se *saber* como e até onde ela chegou e chega, como processo social de adaptação, à estrutura lógica das proposições e à de funções proposicionais!".

Distingue, portanto, o direito enquanto processo social de adaptação, de coexistência dizemos nós, e a ciência do direito, entendida esta como uma estrutura lógica de enunciados, de proposições e de funções proposicionais sobre o direito. Para ele, a ciência do direito é

¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. 303 -4.

exame que se faz por cima do fenômeno jurídico, no sentido de buscar aperfeiçoar as regras jurídicas que o expressam, contribuindo decisivamente para a construção de sistemas jurídicos mais estabilizados. Por isso dissemos que a ciência jurídica é indicativa, descritiva e não imperativa, na visão pontesiana. Já o direito, para ele, é normativo, porquanto procura regradar o comportamento humano, servir de processo de coexistência social.

PONTES DE MIRANDA passa o ensinamento de que a ciência jurídica investiga o extensional, ou seja, aquilo que está por fora do direito, expresso em enunciados e proposições. Por outro lado, o direito como processo social de coexistência cinge-se ao intencional, eis que se vale dos demais processos de coexistência social para prover o que lhe parece mais acertado, fazendo jurídico o que antes era econômico, político, moral ou pertencente a qualquer outro elemento de coexistência social. É esse o material que entra na composição das regras jurídicas, representativas do direito na concepção do jurista brasileiro.

Por não conterem as regras jurídicas todo o direito, servindo, por isso, apenas de esquemas de representação do mesmo, com ele também não se identificam. Assim, do mesmo modo que PONTES DE MIRANDA não confunde o direito com as regras jurídicas, também não faz confusão entre a ciência do direito, que é conhecimento a respeito do direito com o conhecimento direto das regras jurídicas.

Para ele, a ciência do direito tem por objeto as relações sociais, ou seja, as relações humanas, as relações jurídicas e não as normas jurídicas. A ciência jurídica ocupa-se então da pesquisa do direito nos fenômenos sociais, a fim de que as regras jurídicas sejam reveladas e não da pura abstração normativa.

Esse aspecto da obra pontesiana foi lucidamente gizado no magnífico trabalho de DJACIR MENEZES, intitulado "A Teoria Científica do Direito de PONTES DE MIRANDA", elaborada para fins de concurso de professor na Faculdade de Direito do Ceará e que veio a público no ano de 1934, pelo que verificamos:

"Se a ciência jurídica cumprisse restringir-se às normas impostas, ao *ius cogens*, dados variáveis no tempo e no espaço, destituía-se inteiramente da possibilidade de base científica, diz MIRANDA. O seu objeto está nas relações sociais, que não são deformadas ou anuladas pela

vontade, pelo autoritarismo, pois são fatos que estão em escala sociológica, condicionados por leis sociológicas, e nessa escala é que se manifestam os fenômenos jurídicos.

"Quando Eltzbacher diz: a *ciência jurídica é a ciência das normas do direito*, cuja pesquisa objetiva está nos fatos sociais, onde elas se contêm, afirma-se em plena concordância com PONTES DE MIRANDA²".

A ciência jurídica pontesiana alicerça-se nos fatos, nas relações sociais, que, por sua vez, são condicionadas por leis sociológicas, manifestantes dos fenômenos jurídicos.

Estabelece ainda a distinção entre a ciência e a ciência do direito, considerando a primeira como processo social de adaptação, quer dizer de coexistência, cuja apreciação é feita por cima, através da filosofia, que se sobre põe a ela para saber como e até aonde aquela chegou e chega na estruturação lógica das proposições e funções proposicionais.

Procedidas essas elucidações conceituais, a nosso ver necessárias, comecemos propriamente a tematização, atentando que o direito é produto dos círculos sociais, pelo que se origina da comunidade, dos grupos sociais, precedendo até mesmo a própria sociedade, sendo ainda anterior ao Estado, na perspectiva pontesiana.

Para procurar o direito, o jurista brasileiro propõe a investigação da relações sociais, quer dizer, dos fatos, através da observação e da análise, a fim de que ele possa ser induzido, quando então o mesmo é retratado nas regras jurídicas, criações abstratas do homem. Essas regras jurídicas constituem a expressão do direito na visão pontesiana e podem apresentar-se em forma escrita ou não escrita, dependendo do sistema social em que elas se acham, o que justifica a diversidade de fontes jurídicas para com os respectivos sistemas jurídicos.

Entre os sistemas sociais ou círculos sociais e os sistemas jurídicos existe profunda dependência. "O direito exprime a forma de existência dentro dos círculos³". Nas sociedades contemporâneas quase todo o direito se encontra codificado, pelo que há enorme prestígio da lei escrita, à exceção dos países de tradição de direito não escrito. "Nos grupos sociais primitivos, quase todo ou todo o sistema jurídico era composto pelo costume⁴". Mas a

²MENEZES, Djacir. *A teoria científica do Direito de Pontes de Miranda*. Fortaleza, Menezes, 1943. p. 78.

³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p. 27.

⁴Idem. Ibidem. Tomo IV, p. 371.

variação de determinada fonte do direito não se opera somente no tempo, também ocorre no espaço. Não se processa tão só entre países diversos, mas dentro do mesmo país se verificam alterações nas formas de expressão do jurídico. Conforme registrou PONTES DE MIRANDA na "Introdução à Política Científica":

"A cada círculo social corresponde o seu tipo de direito, o seu sistema. Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam explicação *intrínseca* dos fatos (isto é, dos fatos sociais por fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. No "Sistema", destruímos cabalmente tal concepção. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência *dentro* deles. E qualquer círculo, e não só os políticos no sentido estrito, tem o direito que lhe corresponde. Ninguém pode negar o direito da Igreja, o da maçonaria, o das coletividades religiosas, e até o das sociedades particulares e dos simples grupos profissionais⁵".

Sustenta a existência de vários sistemas jurídicos dentro de uma mesma sociedade, por sua vez integrada de vários círculos sociais, de molde que determinado indivíduo está suscetível a mais de um ordenamento jurídico, bastando para tanto integrar mais de um grupo social. Assim, se alguém pertencer a determinada Igreja e integrar certo partido político, por exemplo, essa pessoa estará sujeita a mais de uma ordem jurídica. Trata-se da pluralidade de sistemas jurídicos defendida pelo jurista nacional, cujo princípio ordenador é o que os fatos acusam.

Como diz o autor tematizado, o direito é fórmula da coexistência dentro dos círculos. Em outras palavras, são as condições simultâneas de existência social que constituem o jurídico. Essas condições a que nos referimos são os elementos políticos, religiosos, morais, econômicos e demais elementos sociais que se entrelaçam na gênese do direito.

Na concepção pontesiana, o primeiro círculo social a revelar regras jurídicas teria sido o par andrógino, estabelecido pelo contato entre dois seres humanos, em que cada um transcende a si próprio, ampliando o sentimento individual, numa continuidade sempre crescente, no sentido de formar grupos cada vez mais largos, dentro dos quais restariam compreendidos grupos menores.

⁵ _____, *Introdução à política do Direito*. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p.68.

Afirma que o único elemento definitivo dos círculos sociais é o indivíduo, porquanto é o único que permanece na formação dos círculos cada vez mais amplos, a iniciar pelo par andrógino, tendo continuidade com o clã, a fratria, a tribo, a cidade, a nação, o Estado e outros intermediários, todos provisórios, haja vista que estão voltados à formação do grande círculo universal chamado humanidade, que constitui uma fatalidade sociológica. Trata-se aqui da formulação pontesiana do princípio sociológico da crescente dilatação dos círculos sociais, de que já falamos noutro capítulo.

Afirma PONTES DE MIRANDA no "Sistema":

"A esta noção de grupos sociais, de círculos, que são os organismos sociais, e a que corresponde o direito próprio, ajusta-se o que pensava HERBART quando entendia afirmar: tantos fins comuns são possíveis, tantas sociedades existem; de modo que cada indivíduo pode pertencer a muitas e, pois, estar sujeito (e está sempre) a mais de um sistema jurídico econômico ou moral⁶".

Na concepção pontesiana, os processos de coexistência social, constituídos pelas respectivas classes de relações sociais, quais sejam políticas, econômicas, religiosas, morais e outras, que, por sua vez, compõem seus pertinentes sistemas sociais ou círculos, apresentam dentro de cada um deles seu sistema jurídico. A eles, que são a forma que o jurídico reveste em cada sistema social, pode vincular-se cada indivíduo.

Ressalta evidente a heterogeneidade dos sistemas jurídicos no autor tematizado, produtos que são dos mais diferenciados círculos, compostos por variadas classes de relações, que outra coisa não são senão as condições de existência, os elementos sociais.

A única condição para a construção dos sistemas jurídicos no pensamento pontesiano reside na conformação ao que os fatos apontam, eis que as regras jurídicas integrantes daqueles devem a estes se ater. Portanto, são os fatos sociais que determinam a unidade dos sistemas jurídicos na visão de PONTES DE MIRANDA.

Refere-se no "Sistema":

"Os diferentes sistemas jurídicos não têm as mesmas fontes de direito. Nem todos tem a mesma graduação de regras jurídicas, nem, ao admitirem

⁶ _____ Sistema de ciência positiva do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. 23.

regras jurídicas extralegislativas, seguem os mesmos critérios. Daí não se deve generalizar quanto a outros sistemas o que juristas e teóricos afirmam somente vendo algum sistema jurídico, quase só do seu país (cf. A.L. GOODHART, *Modern Theories of Law, Oxford, 1932,2*)⁷".

Implícito nesta referência pontesiana, temos presente o profundo ensinamento sociológico de MONTESQUIEU na obra "O Espírito das Leis", ao advertir para o perigo do importismo de instituições. Desse modo, o jurista brasileiro também apresenta idêntica cautela, pelo que está a recomendar a ordem dos fatos.

Outro aspecto para o qual chama a atenção é o da grave confusão existente nos sistemas jurídicos entre o papel da lógica e o da investigação. A esta cabe explicitar e inserir previamente nos sistemas jurídicos as regras jurídicas nutridas nos fatos sociais, a fim de que possa interpretar e aplicar as regras com base neles, pelo que deve preceder a todo raciocínio logicista. À lógica cumpre o papel de demonstrar, num segundo momento, após explicitadas as regras jurídicas pela atividade investigativa, como as regras podem ser aplicadas a situações semelhantes que se apresentarem, respondendo, destarte, ao critério de previsibilidade exigido por todos os sistemas jurídicos. Não é outro o entendimento a que chegamos, quando o jurista brasileiro diz:

"Não se há de exigir que o sistema jurídico seja sistema lógico em que tudo resulte como consequência necessária e que a lógica possa sempre levar à formulação de regras jurídicas por mera dedução, nem retire ao juiz e até ao jurista a revelação de regras jurídicas, uma vez que não firmam o sistema jurídico. Não se limita isso à analogia, à *reductio ad absurdum*, ou a argumentações *a fortiori*⁸".

Assim é que a função dos sistemas jurídicos, na visão pontesiana, é a de estabelecer regras que harmonizem e estabilizem a instabilidade gerada pela política, pela economia e demais processos de coexistência social, que nem sempre se mostram como instrumentos eficientes para o equilíbrio social. Portanto, não concebe os sistemas jurídicos como pontos de partida apriorísticos, como se fossem um conjunto de regras deduzidas abstratamente de

⁷Idem. Ibidem. Tomo III, p.374.

⁸Idem. Ibidem. Tomo II, p.248.

alguns princípios naturais imutáveis, tão afeito aos moldes do escolasticismo⁹. Por não ver os sistemas de direito como produtos de pura inteligência cerebrina, como algo estático e hipostasiante da realidade social, vai procurar, em última instância, na própria dinâmica dos fatos, a solução reclamada pelos problemas sociais. É que as regras jurídicas satisfazem o critério de previsibilidade, enquanto subordinadas aos fatos. Esses é que dão a palavra definitiva na ótica pontesiana. Ele mesmo é quem nos fala:

"A ciência do direito estuda os fatos da vida jurídica, as relações, e delas extrai as regras que as devem reger. Outra não poderia ser a sua missão. As regras é que são abstratas; as relações, não. E é de relações, e não de normas, que se constitui a matéria social, em que a ordem social se estabelece. Não é, pois, abstrata, mas concreta. Como o legislador não é infalível, pode não formular a norma que *devera*, e então nem todo o direito eficaz e vivo está na lei (*nicht alles wirksame Recht ist ausgesprochen*). A coisa como que se opera, mas então devemos dizer que apenas entre a ordem real e a dogmática, entre a matéria e o espírito, que a procura dominar. Se chamarmos jurídica à última ordem, será porque nos viciamos em considerar a lei (regra jurídica) tudo quanto parte do legislador: é o despotismo, é a tirania legislativa, é o privilégio *politico* de certa função *cientifica*. Para fugirmos a isto, é ao método indutivo, sociológico, que devemos recorrer¹⁰."

Como vemos, as regras jurídicas é que são abstratas, não os fatos donde elas derivam, de modo que nem sempre os sistemas jurídicos têm a solução que as relações sociais exigem, por não haver coincidência em sua extensão entre o conteúdo normativo da regra jurídica e os fatos sociais para os quais ela se dirige. Face a esse descompasso existente entre o teor normativo da regra e a ordem fática por ela visada é que o jurista brasileiro assinala que nem todo o direito eficaz e vivo está na lei. Aliás, admitir o contrário seria sustentar a infalibilidade do legislador, princípio jurídico esse repellido pelo autor brasileiro.

Por serem as regras jurídicas impotentes para encerrar toda a complexidade dinâmica do social, reclamando, por sua vez, respostas sempre atualizadas para o problema da vida

⁹N. O escolasticismo é relativo à escolástica, que é a filosofia que via no direito regras que se deduziam, logicamente, de alguns princípios naturais tidos como se fossem imutáveis.

Este conceito foi utilizado no mesmo sentido do autor tematizado, no "Sistema", Tomo II, p.247.

¹⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 29-0.

humana, é que elas experimentam constante mutação, seguindo ao traçado sociologicamente. É o que mostra o nosso jurista.

Recomenda para os legisladores o caminho da indução, a fim de que os sistemas jurídicos não sejam obra do puro dedutivismo, decorrentes da logicidade abstrata, que faz derivar as regras jurídicas de princípios racionalistas tidos como imutáveis, inquestionáveis e inabaláveis. Tal preocupação constatamos na seguinte passagem:

"Imaginar regras prévias, a que se reportem os julgamentos e pelas quais se modelem as relações, denuncia sobrevivência de teologismo ou de metafísica da concepção do direito: em vez de nos contentarmos com as relações, queremos seres, ainda abstratos (regras), de que dimanem os fatos. Quando o monismo exclui ou pretende excluir o pluralismo, é que começa de atuar como elemento intelectual puro, deformador da realidade. Se assim pensássemos, teríamos que procurar tais regras e cairíamos, ou no apriorismo ou no estrito empirismo, porque ou elas não seriam perceptíveis e proporíamos que disputariam a verdade, ou estariam reveladas nos preceitos, adágios e mais cristalizações, verbais ou escritas dos costumes e a elas nos ateríamos como dados espontâneos e indiscutíveis. Poderia, às vezes, ser útil tal proceder; porém não seria científico. É outra a missão do cientista do direito: observar, analisar e estudar as relações de responsabilidade e delas induzir as regras¹¹".

Embora abstratos os sistemas jurídicos, haja vista que são compostos de regras jurídicas, não aceita o sociólogo brasileiro que os mesmos possam ser construídos a partir de princípios apriorísticos, o que afiguraria sobrevivência metafísica, incompatível com a sistematização positiva da ciência do direito, cuja missão é observar, analisar e estudar as relações sociais, delas induzindo as regras jurídicas, o que evidencia sua preocupação metódica, de natureza sociológica, no surgimento dos sistemas de direito.

Adverte, destarte, para o perigo das construções abstratas dos sistemas jurídicos. A edificação destes em idealidades faria com que operassem no vazio. Nesse sentido, encarece a necessidade de o conteúdo das regras jurídicas revestirem conteúdo positivo, descoberto nos valores sintetizados nos processos de coexistência social, suporte fático imprescindível para apontar o direito, conforme registrou no "Tratado de Direito Privado":

¹¹Idem. Ibidem. p. 236-7.

"Os sistemas jurídicos são *sistemas lógicos*, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, prevêm (ou vêem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as marcassem. Em verdade, para quem está no mundo em que elas operam, as regras jurídicas marcam, dizem o que se há de considerar jurídico e, por exclusão, o que se não há de considerar jurídico. Donde ser útil pensar-se em termos de topologia: o que entra e o que não entra no mundo jurídico. Mediante essas regras, consegue o homem diminuir, de muito, o arbitrário da vida social, a desordem dos interesses, o tumultuário dos movimentos humanos à cata do que deseja, ou do que lhe satisfaz algum apetite¹²."

Pelo demonstrado, verificamos que a logicidade dos sistemas jurídicos, sob a mira pontesiana, se funda numa lógica dos fatos, como já dissemos alhures, e não numa lógica vazia. Não obstante o autor tematizado tenha consciência de que as regras jurídicas são veiculadas por meio de conceitos jurídicos, estes não devem perder de vista os fatos da vida, levado em consideração o relativismo da expressão jurídica, dada a imperfeição de que se ressente a linguagem. A fim de que os conceitos jurídicos tenham correspondência com os fatos sociais, propõe a interação das várias classes de relações sociais, o que implicará a construção de sistemas jurídicos eficazes na promoção da coexistência do "eu" com o "socius", ou seja, do indivíduo com a sociedade.

Em apoio a sua tese de que os sistemas jurídicos devam ser alicerçados a partir das relações sociais, para somente em momento posterior servir de critério previsível às hipóteses fáticas que exurgirem, podendo então funcionarem dedutivamente, aponta o direito consuetudinário. "Os fatos sociais são as relações e são as relações o que os julgamentos traduzem. A extração das regras é processo posterior, porque, no próprio direito costumeiro, os fatos precedem à norma, que eles descrevem¹³".

Como vemos, o costume, considerado a fonte mais antiga do direito, antes de se constituir em expressão normativa, o que ele traduz são fatos, pelo que fica demonstrado que o fato precede a norma. A lógica, pois, presta sua contribuição posteriormente, após induzidas as regras jurídicas das relações sociais.

¹² _____. *Tratado de Direito privado*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983. Tomo I, p. IX (Prefácio).

¹³ _____. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 236.

Por conseqüência, podemos afirmar que os sistemas jurídicos, para PONTES DE MIRANDA, são edificados com base nos fatos, mediante indução das regras jurídicas, as quais os integram, e também da lógica, embora esta atue posteriormente, para satisfazer o requisito da previsibilidade dos sistemas de direito.

É ele próprio quem diz no "Sistema":

"Grande parte do direito é síntese de realidades, revela-se em princípios, que se impõem aos homens, quer pela força mesma das circunstâncias materiais (costume, etc.). quer pela inteligência (recepção racional), quer pelo sentimento, ou se produz *imediatamente*, como reação para o equilíbrio, ou *mediatamente*, como providência consciente ou inconsciente, mas, aparentemente, voluntária e lógica¹⁴".

A idéia de círculos sociais utilizada pelo sociólogo do direito brasileiro serve para traduzir as variadas formas que a comunidade atinge, por meio de permanentes experiências sociais, cujas condições de existência econômica, religiosa, moral, política, artística e científica, que são as principais, determinam o surgimento de sistemas jurídicos cada vez mais renovados, atualizados, dado serem reflexos das próprias formas sociais coletivas em sua marcha evolutiva de coexistência. "Quando começam a operar-se as transcendências do círculo, principia o novo Direito¹⁵".

Para PONTES DE MIRANDA, o direito é uma continuação consciente de uma coexistência inconsciente, o que bem atesta a dimensão evolutiva do mesmo. Iniciado com o costume, percorre trilha progressiva, para atingir os sistemas jurídicos hoje conhecidos, verificando-se a passagem de um círculo social a outro. É a idéia de dilatação crescente dos círculos sociais, presente no pensamento pontesiano. "O direito não é conteúdo de regras, mas vida; não é entidade metafísica, mas evolutiva e vital¹⁶". Como notamos, o jurídico não é decorrente de imposição de ditames, tampouco é considerado como um dado abstrato, daí por que não se confunde com as regras, que não passam de traços exteriores mais ou menos acidentais de representação do direito. Esse é o sentir do jurista brasileiro.

¹⁴Idem. Ibidem. p.226.

¹⁵Idem. Ibidem. Tomo I, p.258.

¹⁶Idem. Ibidem. Tomo IV, p.245.

Nos sistemas jurídicos concebidos por PONTES DE MIRANDA, ressalta evidente a manifesta vantagem em relação aos sistemas de direito normativos, que, por sua vez, pretendem fundar a ordem jurídica a partir de princípios racionais, sustentados em premissas hipotéticas, confiando cegamente na lei, que constitui apenas uma das formas de expressão do direito, mesmo assim deduzidas logicamente da pura razão, fazendo com que os lidadores do direito, ao invés de procurarem o direito na vida, procedam à autópsia de anacrônicas codificações, para achá-lo na morte.

É rente aos fatos da vida que o jurídico deve ser encontrado, ensina o mestre brasileiro. Pelo que sabemos, tal lição não foi ainda suficientemente assimilada pela comunidade dos juristas, muito contribuindo a dificuldade de transpor a metodologia empregada nas chamadas ciências naturais para as ciências sociais, mundos esses inseparáveis metodologicamente na visão pontesiana.

Sobre essa dualidade de sistemas jurídicos, ou seja, de um lado, os sistemas propostos pelo sociólogo brasileiro e, de outro, os sistemas jurídicos tradicionais, a que ele denomina, respectivamente, de sistema científico e sistema do individualismo, assim discorre no "Sistema":

"A diferença entre o sistema do individualismo e o científico está em que aquele é menos econômico, mais dispendioso, mais difícil e mais imperfeito, e, sobretudo, necessariamente imperfeito. Os resultados do último serão melhores, mais exatos, mais previsíveis: aquele se serve da analogia como meio de aplicação da regra jurídica; esse teria de empregá-la para saber a extensão em que deveria aplicar-se o princípio induzido. O que salva de inteira ruína a organização vigente e de inocuidade a legislação atual é o princípio da solução conciliatória nos casos particulares, o equilíbrio dos interesses rivais¹⁷";

Insinua o sociólogo do direito nacional que ao lidador do direito não basta somente conhecer determinados sistemas jurídicos, devendo também reunir conhecimentos de sociologia, principalmente, e freqüentar outras áreas do saber, o que bem evidencia sua preocupação interdisciplinar e cultural, imprescindível, a nosso ver, para a construção de

¹⁷Idem. Ibidem. p.281-2.

sistemas jurídicos nos moldes vislumbrados por ele. "O que importa é não perder de vista os fatos¹⁸".

No fundo, propõe que os sistemas jurídicos sejam obra de ciência, devendo, para tanto, ser convocadas todas as ciências. Na sua visão, o objeto da ciência do direito são as relações sociais, que são o material com que vai trabalhar o cientista do direito, consistentes nas relações econômicas, religiosas, morais e demais classes de relações, suscetíveis de serem investigadas por ele.

Do que estudamos em PONTES DE MIRANDA, decorre que o direito também tem por objeto os fenômenos sociais, que são as condições de existência econômica, religiosa, moral e demais condições sociais, que concorrem simultaneamente para a coexistência jurídica. Portanto, não são as normas jurídicas o objeto do direito, meros esquemas de representação da realidade, onde o jurídico se encontra e deve ser descoberto.

2. O problema das fontes do direito

O problema das fontes do direito reveste-se de significativa importância para qualquer teoria jurídica, portanto considerado fundamental para a ciência do direito. Em outro capítulo, tivemos a preocupação de demonstrar a relatividade delas na concepção da ciência jurídica pontesiana. Neste item, não deixando de retomarmos o tópico já abordado, face à profunda identificação temática, pretendemos aprofundá-lo, porém tratando-o com mais sistematicidade, sempre sob a perspectiva do jurista brasileiro.

Inicialmente cumpre lembrarmos que a palavra fonte é multívoca. Com ela podemos fazer alusão à origem do direito, ou seja, às causas originárias do fenômeno jurídico. Também pode ser apresentada como expressão do direito. Para alguns, significa a autoridade donde promana o direito; para outros, traduz o fundamento de validade das normas jurídicas.

Como vemos, a primeira dificuldade reside em estabelecermos o sentido em que iremos abordá-la. Essa é a problemática que introduzimos, cuja resposta semântica dependerá do ângulo de abordagem do investigador. E nisso reside nossa angústia

¹⁸Idem. Ibidem. p.319.

epistemológica, qual seja a de analisar no autor tematizado o significado das fontes do direito, para ver qual é o sufragado por ele.

Pelo que estudamos até este momento, podemos eliminar de plano o último sentido. Nas preocupações pontesianas, não tem lugar a possibilidade da existência de um fundamento de validez das normas jurídicas, no sentido de que uma norma superior possa dar validade a todas as demais, tidas estas como inferiores, mesmo que aquela seja de direito positivo, a exemplo da regra de reconhecimento proposta por HERBERT HART, ou ainda esteja fora do direito vigente, como acontece com a norma fundamental idealizada por HANS Kelsen. Como vimos, em PONTES DE MIRANDA o reconhecimento é o fundamento de todas as regras jurídicas, o que equivale dizermos, de todas as fontes do direito.

A propósito do tema suscitado, disse o jurista brasileiro:

“O fenômeno do reconhecimento do direito não lhe dá todo o conteúdo do conceito; não só porque é entidade metafísica a consciência geral e nem sempre é por todos reconhecido o preconceito jurídico, o que não impede a aplicação muitas vezes exata e inevitável, como porque é nos fatos (relações sociais) que devemos procurar o direito e não no fenômeno psíquico-social de reconhecimento. Neste ponto, afastamo-nos inteiramente de WINDSCHEID, cujo parecer reputamos por insustentável¹⁹”.

Dissente PONTES DE MIRANDA de WINDSCHEID e de todos aqueles que procuram enxergar o direito fora dos fatos, em fenômeno psicológico da sociedade, face à manifesta subjetividade apresentada, que pode fatalmente degenerar em arbítrio. Neste sentido, vale lembrarmos que WINDSCHEID, ao lado de SAVIGNY, foi um dos grandes artífices da teoria da vontade, intérprete do significado do direito subjetivo, tão vigorosamente combatido pelo jurista brasileiro, como tivemos o ensejo de examinar.

Também o penúltimo significado utilizado para o conceito de fontes jurídicas deve ser rechaçado, visto o jurista pátrio não admitir que o direito possa ser obra de uma autoridade, seja ela legislativa, judiciária ou executiva. O direito para ele não é criado e sim descoberto, é produto dos círculos sociais e não criação abstrata do homem, como é a regra

¹⁹Idem. Ibidem. Tomo III, p.230.

jurídica, que, por sua vez, não se confunde com o direito. Já insistimos o bastante nesta linha, por isso não voltaremos a tratá-la.

Ao cuidar da expressão fontes do direito, entendemos igualmente que o nosso jurista está a repulsar a antepenúltima definição sugerida. Vejamos:

“A expressão - fonte do direito - é metafísica, porém excelente: lei, princípio costumeiro, *auctoritas prudentium*, etc., são fontes e tão-somente isto; como tais supõem a água que por elas passe submetida a leis naturais, que independem delas. No prestígio da legislação política foi grande o papel da escrita assim, acidentalmente, o processo de expressão serviu ao despotismo²⁰”.

Pelo que depreendemos desta passagem reproduzida, PONTES DE MIRANDA enxerga além das expressões visíveis do direito, que são a lei, o costume e demais formas de manifestações do jurídico, mirando o que passa sob eles, que são as causas configuradoras do direito. Assim é que entendemos a referência transcrita, de que a expressão fontes do direito supõe a água que por elas passe, submetida a leis naturais, que independem delas.

Insinua o autor estudado que uma coisa são as formas de manifestação do direito, outra são as causas dessa manifestação. É nesse sentido de procurar descortinar as origens do direito que vai a preocupação do sociólogo brasileiro, a qual, com certeza, não é a mesma que interessa à dogmática jurídica, cujos lidadores empreendem seus estudos a partir das expressões do direito, sem descer às profundezas das investigações sociológicas.

Portanto, entendemos residir no primeiro sentido apresentado para a locução fontes jurídicas o centro das preocupações dominantes que movem o sociólogo do direito brasileiro. É isso que buscaremos desenvolver.

Ao discorrer sobre a lei e o direito, PONTES DE MIRANDA dá bem a dimensão do que iremos tratar, senão vejamos:

“*LEX* e *IUS*. O conhecimento da lei é conhecimento *indireto*, *imperfeito* e *parcial* do direito, porque a lei não é o conteúdo efetivo da ciência jurídica, como o documento constitui simples elemento de cognição indireta e não o conteúdo efetivo da história. Daí a diferença específica entre os que interpretam a lei e pretenderam construir ciência de raciocínio e os que revocam a indagação jurídica à trilha da observação

²⁰Idem. Ibidem. p. 230-1

(análise), da indução e da experiência. Leis escritas nada mais são que os traços exteriores, mais ou menos acidentais, do conteúdo real do direito objetivo: de maneira que se há mister extrair toda a soma de realidade que elas representam, sem nos privarmos de buscar fora das leis tudo que possa completar a porção, talvez pequena, que dela tiramos²¹.”

A lei, a exemplo das demais formas de expressão do jurídico, não passa de mero esquema simbólico de representação do conteúdo do direito, de modo que com ele não se confunde. Tudo o que ela faz é aspirar retratar o mais exatamente possível o conteúdo efetivo do direito, encontrando na realidade social. Essa é a idéia passada pelo jurista brasileiro ao referir que as leis escritas nada mais são do que traços exteriores, acidentais, do conteúdo real do direito. Daí que o direito não nasce com a criação da regra jurídica. Nesse momento ele é apenas expressado graficamente, ressentindo-se das vicissitudes da linguagem jurídica, além das insuficiências do método utilizado para encontrá-lo, razões pelas quais não há uma identificação completa entre a lei e o direito, como não há entre este e o costume e assim por diante, o que nos levou a falar de relatividade do valor da expressão legal e das fontes jurídicas no pensamento pontesiano.

Desimporta ao direito se a lei escrita ou qualquer outra forma de manifestação dele o apreenda ou não, pois ele existe na realidade social, criado pelas condições de existência econômica, política, moral, religiosa e demais elementos, independentemente. Como expôs o discípulo pontesiano DJACIR MENEZES na “Introdução à Ciência do Direito”:

“A hipertrofia do direito escrito, nas tarefas apressadas de congressos políticos, como nô-lo mostra o espetáculo dos povos modernos, justificou a compreensão errônea de que é o legislador quem cria o direito, identificado com a lei. Foi preciso todo o trabalho de crítica de Ehrlich, de Geny, de Zitelmann, de Kantorowicz, etc., sobre a lacunosidade na lei, para que se fosse vislumbrado a verdade²²”.

Por não ser o direito pura criação do cérebro, mas produto dos grupos sociais, da coletividade, é nas relações travadas no seio deles, ou seja, nos próprios fatos que o direito deve ser revelado, através de metodologia adequada, que permita a observação direta ou a análise da experiência, para então induzi-lo, passando o mesmo a ser representado em regras

²¹Idem. Ibidem. p.289 -0.

²²MENEZES, Djacir. *Introdução à ciência do Direito*. 2. ed. Porto Alegre, Globo, 1938. p.153.

jurídicas. E a representação do direito em leis escritas não traduz, pois, a realidade social, muito embora não deixem elas de cumprir sua função de coexistência dos indivíduos ao meio social. “Sempre a representação empobrece a realidade²³”.

EUGEN EHRLICH ensinou nos seus “ Fundamentos da Sociologia do Direito”:

“A base imediata da ordem legal na sociedade humana são exclusivamente os fatos do direito: os hábitos, as relações de dominação e de posse, as declarações de vontade, sobretudo nas suas formas mais usuais como estatutos, contratos, declarações de última vontade. São destes fatos que derivam as regras do agir que determinam o comportamento do homem na sociedade. Por isso, de forma direta, somente estes fatos são decisivos para a ordem legal e não as prescrições jurídicas que orientam os tribunais em suas decisões ou os órgãos estatais em seus atos. No entanto, as prescrições jurídicas adquirem importância na medida em que as decisões dos tribunais e os atos dos órgãos governamentais influem sobre os fatos do direito, provocando mudanças nos hábitos, nas relações de dominação e de posse, nos estatutos, nos contratos e nas declarações de última vontade; as decisões dos tribunais e os atos dos órgãos governamentais, motivados por prescrições jurídicas, conduzem por seu turno ao surgimento de novas normas para o comportamento dos homens na sociedade²⁴”.

Se invocamos a figura do sociólogo alemão, é porque vinculamos o seu pensamento ao do jurista brasileiro. Na citação recém-efetuada, podemos estabelecer essa vinculação, constatando a influência marcante das idéias do primeiro na mentalidade do segundo. É que EUGEN EHRLICH, antes de PONTES DE MIRANDA, já se dava conta de que são os fatos jurídicos que fundam a ordem legal, ou seja, os sistemas jurídicos, constituindo sua base imediata, sendo deles que derivam também as regras do agir que determinam a conduta humana.

Por isso, refere o pensador alemão que somente os fatos do direito, de forma direta, são decisivos para a ordem jurídica e não as prescrições ou regras jurídicas, as quais servem de pauta normativa orientadora para as decisões dos tribunais e atos dos órgãos estatais.

²³Idem. Ibidem. p.152.

²⁴EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Trad. de René Ermani Gertz. Brasília, UNB, 1986. p.151.

Distingue EUGEN EHRLICH as regras do agir, que determinam o comportamento do homem na sociedade, derivadas dos fatos do direito, consistentes nos hábitos, nas relações de dominação e de posse, nas declarações de vontade e demais relações jurídicas, acrescemos nós, e as prescrições jurídicas, que orientam os tribunais em suas decisões ou os órgãos estatais nos seus atos. As últimas somente passam a interessar na medida em que as referidas decisões e os aludidos atos influem sobre os fatos jurídicos, provocando mudanças nos mesmos, desencadeando o surgimento de novas normas comportamentais, ou seja, regras de agir.

No fundo, o que estabelece o sociólogo alemão é a distinção entre o direito vivo e as normas jurídicas, nominados, respectivamente, de regras do agir e prescrições jurídicas, ao dizer que as primeiras são derivadas dos fatos do direito, que são a base imediata e direta da ordem legal, insinuando que as segundas são impostas e constituem a base mediata e indireta da ordem jurídica, do que inferimos que ele procura situar o direito nos fatos da vida, por ser mais rico do que o previsto nas prescrições de direito.

Tal conclusão pode ser reforçada através das próprias palavras do jurista alemão, na mesma obra mencionada:

“As normas jurídicas que derivam dos preceitos jurídicos sempre se referem às relações sociais, mas esta referência é muito diversificada. Nunca a soma das normas jurídicas que vigoram para os tribunais e outros órgãos estatais coincidiu com a soma do direito social; sempre existiu uma grande quantidade de relações jurídicas na sociedade que não estava submetida às normas jurídicas²⁵”.

Destarte, para empregarmos sua próprias palavras, o direito social não coincide com a soma das normas jurídicas por serem estas menores do que aquele, face uma grande quantidade das regras jurídicas não estarem submetidas às normas de direito. O que conta para o sociólogo estrangeiro são as regras do agir, porquanto são essas que ordenam de fato as relações sociais.

Podemos dizer, ainda, que sua preocupação radica na efetividade ou eficácia das normas e não na vigência formal.

²⁵Idem. Ibidem. p.151-2.

Desse modo, há em EUGEN EHRLICH duas ordens jurídicas, a decorrente dos fatos do direito, criada pela própria sociedade, e a composta pelas prescrições jurídicas, executada através dos tribunais e dos órgãos governamentais, que, por sua vez, para ele, são impostas pela sociedade, cuja redação está a cargo do legislador. Ambas as ordens jurídicas compõem o direito na sociedade.

Assim como em PONTES DE MIRANDA são os fatos que decidem sobre o direito, também em EUGEN EHRLICH eles têm a última palavra, de maneira que, para ambos, as fontes jurídicas são os fatos do direito, consistentes nas diversas classes de relações sociais.

Como grifou o sociólogo brasileiro:

“Para que a lei, como qualquer regra jurídica, se aplique à risca, e sirva integralmente á ordem social, será preciso que se ajuste exatamente às realidades que vai reger; ou por ser forma das relações sociais, ou, ainda, por exprimir o que é necessário para melhor adaptação social. O único método que nos pode ministrar a norma com tais condições de harmonia e de eficácia é a indução, porque trabalha com o real e dele tira o que, normalmente, o rege, bem como o que lhe é de mister para mais perfeitamente prosseguir a vida. Não se quer o direito além do positivo, o que se afirma e prova é que o direito positivo, o direito vivo nas realidades, pode ser revelado pela lei, mas nem sempre a lei o revela, porque os métodos empregado são maus, pela enorme probabilidade de erros a que estão sujeitos. E não só: é inseparável, na realidade da vida, do direito formal o social, porque aquele, conquanto pareça autônomo e decisivo, não pode ser efetivado sem o outro: depende, portanto, irremissivelmente, do segundo²⁶”.

Pelo verificado anteriormente, as semelhanças no modo de encarar o direito entre o jurista brasileiro e o jurista alemão é evidente. PONTES DE MIRANDA, a exemplo de EUGEN EHRLICH, também fala no direito social, do qual o direito formal depende para ser efetivado. Esses eram os aspectos que queríamos registrar em relação a ambos, a nosso ver pertinente para o tópico abordado, eis que remete ao problema das fontes jurídicas. Evidente que dentre eles existem divergências, a começar pela própria metodologia utilizada. Aliás, neste sentido, o sociólogo brasileiro andou alguns passos à frente do seu predecessor, ao utilizar a metodologia indutiva para o conhecimento do direito, que, por sua vez, faltou à

²⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1972. Tomo III, p. 294 -295.

ofensiva sociológica do jurista alemão, não o livrando dos ressaibos subjetivistas, não obstante a tendência científica do direito apontada por ele, cerrando fileiras em torno do movimento do direito livre. “O Estado não cria o direito, ele apenas pode dar ordens²⁷.” Essa frase sintetiza tudo o que dissemos até agora.

Disso depreendemos não haver motivos para a sustentação exclusiva da lei como fonte do direito, eis que ela é apenas um meio de expressão do direito, porém insuficiente, já que não se identifica com os fatos jurídicos integrantes da realidade social. Como doutrinou o mestre brasileiro:

“Quando se cogita da teoria do direito, de filosofia do direito, ou de sistema científico, de modo nenhum se há de parar no estudo das fontes do direito. Tem-se de expor o que se passa na criação das regras jurídicas, na sua incidência e na sua aplicação. A sentença é um ato jurídico (um fato, eventual na função do processo social de adaptação), como acontece com a lei, o costume, o exercício dos direitos, das pretensões, das ações e das exceções, bem como dos remédios jurídicos processuais, quaisquer que sejam²⁸.”

A maior preocupação pontesiana é a de expor o que acontece desde a criação das regras jurídicas, passando pela incidência e desembocando em sua aplicação. Neste sentido, afasta-se dos lidadores dogmáticos do direito, que vão logo partindo do estudo das fontes jurídicas tradicionalmente consideradas, ficando no puro juridicismo, descurando completamente dos aspectos sociológicos que as envolvem. Portanto, ele não admite que o jurista, o qual, no seu entendimento, é o sociólogo especializado, se detenha tão somente a estudar a lei, os costumes, a sentença e outros atos jurídicos, sem atentar para as suas causas. E tal tarefa deve ser acometida ao investigador do direito, que é sistematizador científico dos dados positivos do direito.

Em PONTES DE MIRANDA, todas as fontes jurídicas são provisórias e retificáveis, porquanto se tratarem de criação abstrata do homem, que, por sua vez, as induz dos fatos. Nele, a luta entre elas para ver qual deve ser utilizada em determinada situação não constitui

²⁷EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília, UNB, 1986. p.147.

²⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro. Borsoi, 1972. Tomo IV, p.365.

questão de lógica ou de argumentos, mas sim uma questão de fato. Desse modo, não há porque a lei se arrogar em pólo privilegiado, quase exclusivo na solução dos conflitos exsurgidos no meio social. Segundo ele, todas as fontes jurídicas devem ser estudadas objetivamente.

Por conseguinte, não há qualquer limitação na escala das fontes jurídicas e a lei constitui simples artificialidade dentre elas, se comparada, por exemplo, com os costumes, pois reveste de oficialidade o provimento do direito, enquanto este busca provê-lo concreta e materialmente, por meio dos próprios fatos, conforme ensina o nosso jurista:

“Quando falamos de fontes do direito, o que procuramos definir ou enumerar é apenas o que vemos como procedência imediata. Por isso, aludimos ao que no momento se apresenta como uma das maiores fontes. Às vezes, a lei não fez mais do que por em regra jurídica escrita o que antes era regra de costume, já então reconhecida como regra jurídica ou ainda não juridicizada. Aliás, a lei apanha para os seus princípios o que antes só era moral, econômico, político, religioso, ou artístico. Não se pode deixar de reconhecer a relevância do que, no momento, se tem por fonte do direito, como também o que dele foi raiz²⁹.”

Trata-se aqui de determinados casos em que a lei não faz mais do que apanhar para si a regra de costume, já juridicizado ou não, e dar-lhe a forma escrita, justificando, destarte, o porquê de não se atribuir maior ou menor importância de uma fonte em relação a outra, pois a relevância dela não está no momento em que ela se mostra, mas também naquilo que lhe serviu de origem. Isso só está a evidenciar que o prestígio alcançado por certo processo de elaboração do direito, no caso a lei escrita, deve-se a sua própria formalidade, não assentando em qualquer razão de ordem fática, o que não justifica por si só qualquer primado em relação às demais fontes do direito. Como diz o próprio PONTES DE MIRANDA:

“Existe a lei? Então *alguém* a faz. Assenta nisto o prestígio dos fetiches, dos reis, dos instintos, dos congressos, dos corpos legislativos. E da *maior visibilidade* do órgão político, com as suas solenidades e exibições tradicionais, é que deriva o maior prestígio da lei *votada*, em relação a outros processos elaborativos do direito³⁰”.

²⁹Idem. Ibidem. p.366.

³⁰Idem. Ibidem. p.211.

Com acuidade, apontou o jurista pátrio que o prestígio das regras jurídicas escritas em relação a outras fontes do direito assenta na exteriorização solene da feitura da mesma, eis que é votada por um corpo político. Não convém esquecermos que, se a legislação é a expressão mais visível do direito, nem por isso é a única fonte jurídica, nem a mais adequada à realidade social, pelo que devemos lembrar ainda que o costume, primitivamente, constituiu todo o direito. Já lembramos noutra lugar que nem todos os sistemas jurídicos apresentam as mesmas fontes. Assim que:

“A classificação das fontes do sistema jurídico (e.g. regras jurídicas constitucionais, leis, decretos, resoluções, avisos e outras fontes) tem de ser com atendimento rigoroso do que se passa no espaço e no tempo em que se examina o sistema jurídico. O que muito importa é que se tenham as próprias classes como efeitos de regras jurídicas. Se uma passa à frente das outras, ou de outras, ou apenas de outra, é que foi assim que estatuiu regra jurídica inserta na classe superior³¹.”

Em PONTES DE MIRANDA, o contato com a realidade é o apoio necessário para que todos os sistemas jurídicos não incursionem pelo reino das abstrações. Por isso, cada sistema de direito deve oscilar ao sabor das correntes da vida social, sempre revoltas, a fim de que as regras jurídicas possam retratar o que se passa nas relações sociais, perseguindo-se continuamente a verdade jurídica. Sobre essa, interroga-se e responde o jurista brasileiro:

“Que é a verdade jurídica? A solução, o enunciado em que há inteira conformidade da regra jurídica com o caso concreto. Como a regra jurídica não é a lei, porque nem todo o direito positivo está nos textos, e como o caso concreto não é, do seu natural, individuado, inconfundível, e requer análise, classificação, reconhecimento, segundo o critério vigente e os métodos científicos, segue-se que há dois paralelismos o texto e o caso em si; a regra jurídica e o caso, consoante o entendem a doutrina e a prática atuais³²”.

Ressalta PONTES DE MIRANDA, mais uma vez, a falta de coincidência entre o texto legal e o caso apresentado, atentando novamente para a insuficiência da regra jurídica

³¹Idem. Ibidem. Tomo II, p.295.

³²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p.131-2.

ante o fato concreto, por ela não conter todo o direito positivo, motivo pelo qual as fontes jurídicas não podem encerrar o direito vivo, que se encontra nos fatos, nas relações sociais. É nesse descompasso entre as regras jurídicas e o direito que consiste a problemática das fontes jurídicas como processos incompletos para oferecer soluções à vida social.

Porém, o jurista nacional não se atém tão somente a diagnosticar o problema, mas também mostra soluções, pelo que aponta duas maneiras de intervenção científica na revelação do direito após a elaboração da regra jurídica. A primeira, na interpretação da regra jurídica, e a segunda, no conhecimento do caso jurídico a ser regido, com o que entende abrandar a tirania legislativa, que é sempre mais intencional do que efetiva. Como ele bem apanhou:

“A regra jurídica escrita pretende ser a figuração objetiva, realizada no espaço, da norma social. Mas há outros meios para se perceber o direito vivo, que, como os outros fatos naturais, pode ser objeto dos métodos científicos: observação e experimentação. Fenômeno de dupla face é o jurídico: uma, concernente à elaboração exterior do direito (leis, decretos, avisos, etc.); outra, às íntimas e fortes tendências que ao mesmo tempo produzem e são produzidas pela ordem social³³”.

Mostra-nos PONTES DE MIRANDA que os processos empregados na revelação do direito são imperfeitos, defeituosos, impregnados de soluções contrárias que mentem as suas funções. Por isso, para procurar aproximar das regras jurídicas o direito vivo, propõe o método científico. Empreende ele esforço no sentido de fazer com que as fontes jurídicas possam traduzir o mais exatamente possível o direito. Quer ver as expressões jurídicas, consistentes nas leis, decretos, avisos, etc., que representam a face externa do fenômeno jurídico, espelhar com mais fidelidade o direito vivo produzido pela ordem social.

Aspecto importante de que se ocupa na escala das fontes dos sistemas jurídicos é o da verticalidade e o da horizontalidade, em que pode haver, respectivamente, graduação hierárquica das regras jurídicas e nivelamento, caso em que têm o mesmo patamar, como ele próprio esclarece:

³³Idem. Ibidem. p.131.

“No mencionar o que é direito, conforme o sistema jurídico, tem-se de definir o que se nomeia (e.g., leis, decretos, regulamentos, regimentos, instruções, avisos). Há verticalidade, quase sempre partindo-se, em descida, do que é regra jurídica constitucional; e há horizontalidade, porque, por exemplo, regulamento do Poder Executivo e regimento de Tribunal ou do Poder Legislativo, não ficam acima ou abaixo um do outro³⁴”.

Na verticalidade das fontes jurídicas, a graduação hierárquica das regras têm como ápice a regra jurídica constitucional, a partir da qual descemos até aos graus menores, tais como avisos e portarias, passando, evidentemente, pelas regras jurídicas ordinárias e outras advindas do processo de elaboração legislativa. Esse é apenas um dos processos de produção de regras jurídicas para o jurista brasileiro, de modo que, para ele, há regras jurídicas reveladas pelas decisões judiciais. Essas, não obstante estar acima delas a regra jurídica constitucional, também apresentam gradações, haja vista que existem nos sistemas jurídicos regras provenientes de diferentes graus de julgamento, tais como os proferidos por juízes de instâncias diversas.

Com relação à horizontalidade das fontes de direito, cumpre atentarmos para o exemplo já mostrado, onde se verifica que regras jurídicas decorrentes de diferentes processos de produção legislativa, no caso o regulamento do poder executivo e os regimentos do tribunal e do poder legislativo, situam-se no mesmo nível hierárquico, não se podendo falar em verticalidade.

Aspecto curioso que nos assaltou foi o de como ficaria a regra jurídica consuetudinária em relação à regra jurídica escrita, sob esses aspectos categoriais pontesianos da horizontalidade e da verticalidade. Que relação podemos estabelecer entre elas sob essa ótica?

Tal curiosidade nos foi sugerida pela própria leitura do autor tematizado, quando ele mesmo refere que os costumes tanto podem desaparecer, pela superveniência de uma regra escrita, quanto também podem, se posterior à lei escrita, torná-la ininvocável, fazendo-a também desaparecer. Mas, leiamos a passagem a que nos reportamos, para uma análise mais profícua:

³⁴Idem. Ibidem. Tomo III, p.364.

“O costume manifesta a regra jurídica, sem precisar ter sido editado, ou escrito. Quando se escrevem os costumes, procede-se como se se gravasse a voz de alguém; aí, a voz do grupo social. As regras jurídicas costumeiras nascem, através de atos que lhes revelam a incidência e a aplicação; podem sofrer modificações; e podem desaparecer, ou pela criação de novo costume, ou pela superveniência de lei escrita, que as abroge ou derogue. Aliás, pode o costume, posterior a lei escrita, chegar ao ponto de torná-la ininvocável e derogá-la ou ab-rojá-la. Por onde se vê que existem costumes ab-rogatícios e costumes derogatícios, e não somente costumes que criam o que no sistema jurídico não existia³⁵”.

Interessa-nos particularmente examinarmos a questão da horizontalidade e da verticalidade na relação entre o costume e a regra jurídica escrita, conforme dissemos. Assim que, se a lei escrita pode revogar o costume, como também pode se dar o inverso, ou seja, de um costume posterior à regra escrita revogá-la, entendemos que, não obstante se tratar de processos legislativos diversos, eis que a regra jurídica escrita é revelada pelo poder legislativo e a regra jurídica consuetudinária é revelada pela comunidade, situando-se no mesmo plano horizontal, pode também operar simultaneamente a verticalidade entre eles, quer dizer, pode haver graduação. O que está a demonstrar que devemos atinar para as fontes do direito no tempo e no espaço, consoante está a ensinar o mestre brasileiro.

Portanto, no enfoque pontesiano das fontes jurídicas manifesta-se a horizontalidade e a verticalidade das regras jurídicas, aspecto, a nosso sentir, bastante significativo como forma de contribuição à temática da hermenêutica.

Importa ainda atinarmos para outra contribuição importante às fontes jurídicas, recolhida da obra pontesiana, consistente no seguinte:

“O que em todas elas está organizado é o *poder* e não a *função* de legislar, de *administrar*, de *aplicar a lei*: a lei arbitrária, mas surgida das fontes constitucionais, não pode inserir-se no direito, não serve à administração, nem se aplica, e cada julgamento dos tribunais muitas vezes marca o índice numérico da sua inadequação aos fatos, da repulsão social, da ineficácia da imposição pelo Estado. Não é direito: é lei. Não tem existência social como fenômeno de direito objetivo, mas política, como fenômeno de vontade e de pressão do *poder*³⁶”.

³⁵Idem. Ibidem. p.364-5.

³⁶Idem. Ibidem. Tomo IV, p.89.

Ao que aspira o jurista brasileiro é organizar a função de legislar e não ao poder, o que se dará, no seu entender, pela ciência, através de metodologia indutiva, quando, então, a lei será esvaziada de arbítrio, pois passará a ser fundamentada nos fatos do direito. Ao invés da lei imposta pelo Estado, o que ele está a reclamar é a sua decorrência natural das condições sociais de existência. Sua preocupação está voltada para eliminar, tanto quanto possível, a subjetividade dos processos de produção das regras jurídicas, visando a reduzir a proporções cada vez menores as diferenças existentes entre estas e o direito vivo, entre os fatos jurídicos e as suas formas de expressão, enfim, entre as fontes jurídicas e o direito.

“Em síntese, a preponderância das fontes do direito é questão de fato, e não de direito; e a hierarquia postulada pela lei escrita é como o gesto de violência, que exterioriza com mais vigor e excesso cênico a força muscular, porém que lhe não acrescenta nenhuma partícula nova³⁷”.

Assim, a força inspiradora de determinadas cristalizações do direito, consistentes nas fontes jurídicas de determinado momento e lugar, não se conserva no tempo e espaço, cedendo lugar a novas formas apontadas pelos fatos. Isso contribui para que não haja prestígios de uma fonte do direito em relação à outra, porquanto todas, a seu turno, cumprem determinado papel histórico, no sentido de atender às necessidades do momento. Nesta linha, basta lembrarmos a existência da autoridade dos jurisconsultos romanos durante séculos até o surgimento de Justiniano, estabelecendo a compilação do direito romano. Não deve ser deslembrado, também, o desempenho da escolástica, do direito e da escola histórica.

Tudo isso mostra que, para o jurista brasileiro, o primado reivindicado pela lei em relação às demais fontes não se trata de uma questão hierárquica, justificada a priori e formalmente, mas sim de uma questão de fato.

³⁷Idem. Ibidem. p.215.

3. O mito da plenitude dos ordenamentos jurídicos

O dogma da plenitude lógica do direito correspondeu a determinado contexto histórico, até certo ponto, justificável pelas condições da vida política à época. Recém-saída de uma revolução, movida pelos ideários de liberdade, igualdade e fraternidade, a França procurou assegurar legalmente esses princípios, fazendo-os insculpir no código napoleônico, surgido em 1804, portanto logo após a Revolução de 1789, que, por sua vez, marcou o advento das codificações.

Ora, se a Revolução se fez para restabelecer a ordem pública, resgatar a credibilidade das instituições, fortemente corrompidas no sistema feudal, em que a justiça estava peitada, e os juízes eram parciais, comprometidos, naquele período denominado de “antigo regime”, era bastante natural que a nova ordem surgida ficasse assegurada.

Assim, os exegetas franceses se encarregaram da atividade de não permitir que o Código Civil Francês experimentasse modificações interpretativas, arvorando-se em guardiães do texto legal como se fosse sagrado. Interpretá-lo seria profaná-lo. Infundia-se a crença generalizada de que o código napoleônico encerrava em seu bojo as respostas para todos os problemas que exurgissem da riqueza da complexidade social. Por isso, o máximo que se permitia era uma interpretação literal ou gramatical, dada a temeridade de que pudesse ser alterado o sentido do Código. A nosso ver, a referida forma de interpretação não se configura como tal, pois nada é acrescido ao texto legal.

Nessa época, dominavam as crenças da infalibilidade do legislador e da infalibilidade da lei, aspectos esses já suficientemente estudados por nós no item “voluntarismo subjetivista” e “animismo legalista”, razão pela qual não vamos insistir no tema.

Mas, se, como dissemos, era até aceitável essa postura assumida de não alterar o Código, o que chegou mesmo a ocorrer no início, dada a própria marcha dos acontecimentos, que não implicava modificações substanciais na vida social, a dinâmica do tempo logo mostrou as insuficiências de toda e qualquer codificação que se pretenda lançar para a posteridade como uma obra perfeita e acabada, como foi o caso do código napoleônico. Desse modo, os fatos logo denunciaram a incompletude da codificação francesa, mostrando

que a riqueza da vida humana é demasiadamente complexa para se deixar abroquelar por legislações hipostasiadas.

Por conseguinte, já em 1888, EUGEN EHRLICH afirmou que a lei tem lacunas. Antes dele, em 1812, RITTER HUGO já reconhecera que as leis não eram a única fonte do direito. Porém, deve-se a ERICH JUNG, em 1900, a afirmação da ilusão da plenitude lógica do direito, complementado posteriormente por ERNST ZITELMANN, que, por sua vez, formulou, em 1903, o princípio da inevitabilidade das lacunas³⁸.

PONTES DE MIRANDA, por sua vez, atento aos novos ventos soprados do lado alemão, do qual sofreu influência avassaladora no seu pensamento jurídico, respirou os ares dessa nova hermenêutica, prestando também sua contribuição para desmitificar o princípio da plenitude lógica do direito.

Ao rechaçar o princípio da plenitude do ordenamento jurídico, reconheceu a existência de lacunas, conforme podemos constatar na sua obra “Sistema de Ciência Positiva do Direito”, publicada em 1922, a qual consumira dez anos de esforço e sacrifício, pelo que ele próprio está a confessar nas palavras que dirigiu ao Brasil, quando desta primeira edição, demonstrando ímpar atualização aos problemas epistemológicos:

“A plenitude lógica do direito foi ilusão muito tempo acariciada pelos legistas, temerosos da existência de um *vazio* de lei. Mas a não existência da plenitude lógica, isto é, o reconhecimento de que há lacunas no ordenamento jurídico, não exime o juiz de proferir despachos ou sentenças. Pode dizer que a lei invocada pela parte não provê ao seu caso, ou que provê de modo contrário, ou ainda, que o Estado não se interessou por editar regra jurídica para a espécie em debate. O que importa é que o juiz, pretextando lacuna ou obscuridade da lei (note-se: da lei, e não do ordenamento jurídico), não se furte àquele dever formal de obrar, que está à base da sua função específica³⁹”.

Já em 1922, o jurista brasileiro não reduzia o direito à lei, como sucederia mais tarde com o normativismo jurídico kelseniano, visualizando que a ordem jurídica não se cingia somente aquela. Atribuía o não-reconhecimento da existência de lacunas na ordem jurídica e,

³⁸N. Consultar a respeito PONTES DE MIRANDA, no *Sistema*, Tomo II, p. 225-7 e Djacir Menezes, na obra “Introdução à ciência do Direito”, p. 167.

³⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo II, p. 305-6.

por conseqüência, a crença na logicidade plena dessa ao receio dos legalistas que pretendiam ter na lei a panacéia jurídica, dado o fundado receio de que a mesma pudesse conter um vazio.

Tal vazio certamente poderia comprometer a plenitude legal, deixando espaço para o arbítrio, comprometendo a segurança das relações jurídicas que a lei, arvorando-se perfeita e acabada, pretendia infundir. Alguns exegetas mais extremados chegavam a sustentar, inclusive, que, se a lei não provesse a hipótese fática apresentada, o juiz deveria se abster de julgar.

Porém, o nosso Código Civil de 1916, que passou a vigorar em 1917, reconhecia a existência de lacunas na lei, ao empregar as expressões jurisprudência e praxe forense no Projeto primitivo, especificamente no artigo 8º da Lei de Introdução, e, no artigo 13, referia-se a princípios deduzidos do espírito da lei:

“Projeto primitivo, art. 8º da Lei de Introdução: Uma lei só pode ser derogada ou revogada por outra, mas jurisprudência assentada e a praxe podem suprir as lacunas, na conformidade dos arts. 12 e 13. No art. 13 referia-se a princípios que se deduzem do espírito da lei⁴⁰”.

Como noticia ainda PONTES DE MIRANDA, mais adiante foi melhor redigido o referido dispositivo legal, que, ao invés da expressão “espírito da lei”, passou a utilizar “princípio de direito”, com a nova redação que lhe deu o artigo 7º:

“Durante a elaboração do Código Civil brasileiro, já se reconheciam as lacunas da lei escrita, mas posteriormente de melhor maneira se redigiu o artigo, que apenas falava em jurisprudência e praxe forense. Em vez de espírito da lei, empregou-se, no art. 7º, a expressão princípio do direito⁴¹”.

Em nosso entendimento, ao sufragar o princípio da relatividade do valor da expressão legal, o jurista brasileiro estava convencido de que as palavras da lei não poderiam exprimir sempre a mesma coisa, não se podendo, a toda evidência, pretender

⁴⁰Idem. Ibidem. Tomo III, p. 275 (nota de rodapé n.50).

⁴¹Idem. Ibidem. p. 275-7.

congelar no tempo o sentido das mesmas, razão pela qual fechava com SAVIGNY, quando dizia que toda codificação é o produto de um fracasso.

A influência do pensamento de ERNST ZITELMANN no jurista brasileiro é bastante marcante no que diz respeito ao tema em análise, lançando luzes às investigações jurídicas então iniciadas por ele, como podemos ver:

“ESPAÇO SOCIAL, DIREITO E LACUNAS DAS LEIS. - Nova questão. Há casos que incidem em espaço vazio de Direito (*im rechtsleeren Raum*), isto é, que escapam aos tentáculos literais, lógicos ou completados da regra jurídica? Então haveria lacunas no Direito, o que é assaz diferente de lacunas na lei. Mas há nisso lastimável confusão: o espaço jurídico não preexiste à extensão das relações, posto que preexista à da lei. Às vezes ocorre não coincidirem a intensidade legal e a do Direito, não só em dimensão como em direção ou qualidade. Por modo que duas espécies de lacunas podem existir na regra jurídica: as lacunas quanto à extensão, algo de quantitativo, que o intérprete completa, e as lacunas qualitativas, quanto à direção, que exigem do intérprete a corrigenda da lei. Às primeiras chamou ERNST ZITELMANN verdadeiras lacunas (*echte Lücken*) e, às segundas, impropriamente ditas ou falsas (*unechte Lücken*). Viu LORENZ BRÜTT em tal distinção escusada análise e profligou-lhe, por desnecessária, a sutileza; mas a observação dos casos de uma e de outra índole dão ganho de causa e ERNST ZITELMANN⁴²”.

A exemplo de ERNST ZITELMANN, também PONTES DE MIRANDA identificou duas espécies de lacunas nas regras jurídicas, denominando-as de lacunas quanto à extensão e quanto à direção, correspondentes, respectivamente, às lacunas verdadeiras e falsas do jurista alemão.

Coerente com o seu entendimento acerca do direito e da lei, inconfundíveis sob o seu ponto de vista, procurou o jurista brasileiro dispensar ao tema em tela tratamento adequado, contribuindo, a nosso ver, para a clarificação do mesmo. Como ensinou o mestre nacional, as lacunas são decorrentes da não-coincidência entre a intensidade da lei e a do direito, podendo tal ocorrer não somente em relação à dimensão, mas também quanto à direção.

Como referiu o nosso jurista, há lamentável confusão em falar-se na existência de lacunas no Direito, sugerindo que este não as apresenta por coincidir com as próprias relações jurídicas, donde ele deve ser descoberto. Insinua ainda que, se as relações sociais

⁴²Idem. Ibidem. Tomo I, p. 156.

preexistissem ao espaço jurídico, poderíamos então falar em lacunas no Direito. Todavia, para ele, convém lembrarmos, onde existe espaço social há direito, de modo que nele o direito é produto dos círculos sociais.

A nosso juízo, andou bem o jurista brasileiro ao falar em lacunas na regra jurídica, mais expressivo do que dizer lacunas na lei. Esta, enquanto identificada com a norma jurídica escrita, restringe as demais formas de expressão do direito, parecendo que todas as fontes jurídicas se limitam somente a ela.

É que na concepção pontesiana de regras jurídicas comporta a lei, os costumes, a jurisprudência e demais modos, porque se expressa o direito, por isso sendo mais feliz o uso da locução lacunas das regras jurídicas, ao invés de lacunas da lei, deveras restritiva, razão por que não situa bem a dimensão do problema.

Outro aspecto por nós vislumbrado é que constitui uma impropriedade no pensamento do autor brasileiro falar-se em lacunas no direito, porquanto não é este que as admite e sim suas formas de expressão, consistentes nas regras jurídicas, que não se confundem com ele.

Entendemos que as lacunas extensivas vislumbradas por PONTES DE MIRANDA poderiam ser chamadas de supletivas, na medida em que o intérprete completa o hiato existente entre a regra jurídica e o direito, dada a não coincidência em extensão entre eles, pelo que está a justificar a função esquemática cumprida pela primeira na representação do segundo. Já as lacunas, quanto à direção, antevistas pelo mesmo, deveriam ser alcunhadas de corretivas, eis que sua função é a de corrigir a direção da regra jurídica. Nessa segunda espécie de lacunas, não estamos diante da falta de uma regra jurídica para prover o caso concreto, porquanto ela existe. Porém, deve ser direcionada a ajustar-se à realidade social.

Com o reparo na denominação classificatória pontesiana por nós efetuada, o que, aliás, não chega a afetar substancialmente a natureza delas, estamos sufragando as espécies de lacunas nos moldes rotulados por ERNST ZITELMANN na sua obra “As lacunas do Direito”. Nela assim o jurista alemão se manifesta:

“Em resumo: nos casos em que geralmente se fala de lacunas; se trata em realidade de que falta na lei, para determinados fatos, uma regulação jurídica diferente da norma geral. E quando se fala de suprir lacunas, quer com isso dizer-se que o Juiz rompe aquela regra geral para estes fatos

especiais e os aplica um preceito jurídico novo, a maioria das vezes desenvolvendo outras regras especiais já existentes.⁴³”.

Eis aí demonstrados os dois casos de lacunas enxergados pelo pensador alemão. No primeiro, trata-se de corrigir a norma geral, a fim de que o aplicador do direito possa dar uma resposta adequada, da qual a lei é devedora. No segundo caso, estamos diante de uma lacuna que deve ser suprida, onde o Juiz estabelece uma ruptura com a regra geral, aplicando um novel preceito jurídico. São respectivamente, as lacunas impróprias e próprias de que fala ERNST ZITELMANN. Do estudo que ele empreende sobre o tema na obra referida, chega à seguinte síntese:

“Como resultado final, temos chegado à conclusão seguinte: São de duas espécies os casos em que se fala de lacunas, diferença que é impossível desconhecer não bem se tem prestado sobre ela atenção uma só vez; nos casos da primeira espécie se trata mais bem em realidade de correções; tão só nos da segunda de suprir lacunas.

“E esta diferença tem valor prático em uma porção de aspectos; entendo que para ambas espécies de lacunas, não pode aplicar-se o mesmo trato em todas as relações⁴⁴”.

Na essência, tanto o pensador brasileiro quanto o alemão dispensaram o mesmo tratamento ao tema das lacunas, ambos apostando na ciência do direito como solução para elas, pelo que DJACIR DE MENEZES rotulou suas contribuições epistemológicas de teoria científica do direito.

Contudo, a nosso ver, dissente o jurista pátrio do colega alemão em aspecto que pode ser considerado sutil, mas de grande significação à manutenção da coerência do pensamento jurídico daquele, que, por sua vez, reside na própria expressão utilizada por ERNST ZITELMANN para intitular sua grande obra, ou seja, “As lacunas do Direito”. É que, no pensamento de PONTES DE MIRANDA, são as regras jurídicas que contêm lacunas e não o direito, coincidente com as relações jurídicas, objeto da ciência do direito.

⁴³ZITELMANN, Ernst. Las Lagunas del derecho. Trad. de Carlos G. Posada. *La ciência del derecho*. Buenos Aires, Losada, 1949. p. 308.

N. Trata-se de uma tradução direta do alemão para o castelhano, donde colhemos a citação reproduzida, vertida por nós ao idioma nacional.

⁴⁴Idem Ibidem. p. 319.

Outro aspecto que visualizamos, a distinguir o pensamento dos respectivos pensadores, reside na recomendação da metodologia indutiva para a integração das lacunas, pelo jurista brasileiro, com vistas a minimizar o arbítrio do aplicador do direito.

Aliás, em discurso proferido pelo notável jurista CLÓVIS BEVILÁQUA a 26 de fevereiro de 1923, no banquete oferecido a PONTES DE MIRANDA, assim se expressara aquele:

“Mas o campo de aplicação das vossas idéias é muito mais vasto de que o do art. 7º da Introdução do Código Civil. Neste, a lei fala ao seu aplicador e lhe diz como há de bater na rocha do deserto, para que jorre a água cristalina, com que se desalterem os sequiosos de justiça. Vós ides muito além, - e mostrais ao legislador que a sua função é semelhante à do juiz. Também lhe cumpre prover às lacunas do direito vigente, investigando as relações sociais, que a vida coletiva desdobra, dilata, entretece e cria, para descobrir a disciplina que as deve reger. Legislador e juiz empregam o mesmo instrumento, que é o método objetivo, com as operações, que lhe são próprias: observação, experiência, comparação, classificação, indução, a que se adita essa forma especial da observação e da experiência, nos fenômenos sociais, que é a história⁴⁵”.

Não escapou, destarte, à argúcia de CLÓVIS BEVILÁQUA esse aspecto bastante significativo na obra pontesiana, que foi o de estender o campo de aplicação do contido no artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, mostrando que não é somente ao aplicador a quem cabe prover as lacunas do direito positivo, mas também ao legislador, que, por sua vez, deve investigar as relações sociais, nelas descobrir as relações jurídicas, ou seja, os fatos do direito, delas extraindo as regras que as devem disciplinar. É que PONTES DE MIRANDA buscava atacar o problema já no seu nascimento, na elaboração da regra jurídica, interessando-se pelo que se passava com ela desde esse momento.

Assim é que o mesmo método objetivo utilizado pelo legislador, pelo juiz e, diríamos, também pelo intérprete contribui decisivamente para solução das lacunas nas regras jurídicas, com o que se opera uma significativa redução das mesmas, eis que se uniformizam os momentos hermenêuticos.

Se as regras jurídicas não representam integralmente o direito, a sua efetiva realização passa necessariamente pela adoção do método científico, sob pena do legislador,

⁴⁵BEVILÁQUA, Clóvis et alii. *Três discursos sobre um jurista*. Rio de Janeiro, 1958. p. 7.

intérprete e juiz incorrerem no arbítrio ao desempenharem suas funções. Por isso é que a preocupação pontesiana é com a rigorosa observação e análise dos fatos, dos quais devem ser induzidas as regras jurídicas, pois somente desta maneira o direito serve eficazmente à vida.

A investigação do direito pelos juristas, no que pressupõe o sociólogo que o legislador, intérprete e juiz devem ser, é o critério seguro apontado por PONTES DE MIRANDA para diminuir a equação pessoal de todos eles, livrando os destinatários da lei dos perigos do arbítrio subjetivista.

Também em discurso proferido, ÁPIO CLÁUDIO DE LIMA ANTUNES, ao saudar PONTES DE MIRANDA, a 26 de setembro de 1956, por ocasião da conferência que este fez na Faculdade de Direito de Pelotas, assim se expressou em nome da Congregação:

“Na esteira de Zitelmann, mas já manejando o método indutivo que a este faltou, Pontes de Miranda pôs em relevo o novo capítulo do direito das gentes, o capítulo que se está a escrever, referente à repartição, no plano internacional, das competências legislativas⁴⁶.”

Vemos, pois, o apoio a nossa assertiva do manejo metodológico indutivo como modo de prover as lacunas das fontes jurídicas, utilizado pelo jurista brasileiro e que faltara ao seu colega alemão. Outrossim, vale notarmos que PONTES DE MIRANDA foi um crítico constante de todas as posturas epistemológicas, não se alinhando em gênero, grau e número com nenhuma delas, pelo que sempre procurou acrescentar ou suprimir algo, concordar em parte ou discordar, mostrando-se um pensador com luz própria, original. Pelo menos é isso que constatamos até essa altura do presente trabalho.

Entretanto, para que nós mesmos não deixemos uma lacuna neste estudo analítico entre o pensamento do jurista brasileiro e o do jurista alemão, convém identificarmos, na obra “As Lacunas do Direito”, a passagem donde colhemos a convicção de que o objetivismo metodológico do primeiro contrasta com a falta do método indutivo, objetivo, do segundo, com isso fugindo do perigo de legitimar nossa afirmativa na falácia de autoridade, em argumentos retoricamente manipulados, que não raramente discrepam da

⁴⁶Idem. Ibidem. p. 20.

realidade fática. Nesse sentido é que então procedemos à seguinte citação, extraída da referida obra do mestre alemão:

“ a atividade do jurista que intenta corrigir ou completar a lei, não é jamais uma atividade puramente lógica, cuja exatidão ou falsidade pudera demonstrar-se; as operações mentais pelas que o Juiz chega a suas conclusões, descansam mais bem em sua maior parte em valorações e apreciações; em impressões e concepções de um colorido subjetivo, as quais, pela lei mesma e unicamente por ela, não se deixam justificar; e a que os juristas chamam decisão por analogia é, em efeito, muito semelhante ao que assim chama a lógica, mas sendo dela, não obstante, especificamente diferente⁴⁷.”

Embora ERNST ZITELMANN entenda que o preenchimento das lacunas não consista numa operação de pura lógica, motivo pelo qual justifica tal atitude integrativa em valorações e apreciações, decorrente de operações mentais do julgador, não teve a preocupação de pôr um limite ao possível arbítrio deste, confiando a tarefa hermenêutica exclusivamente às suas impressões e concepções subjetivas. É o que inferimos da passagem recém-reproduzida.

PONTES DE MIRANDA, por seu turno, não se contenta com simples operações mentais que o jurista possa realizar para prover o problema das lacunas, pelo que propõe o método indutivo, único critério para a investigação segura do fenômeno jurídico. É que para ele a indução deve mirar o fato e não a norma, por isso que a atividade hermenêutica de correção e suprimento das lacunas deve ser iniciada já com o elaborador da lei.

Ademais, resulta inegável no jurista pátrio que a relevância do instrumental metodológico indutivo utilizado para integrar a contradição assente na ordem jurídica deriva da oposição existente entre os princípios de que o juiz deve decidir sempre e obedecer à lei, bem como dos princípios da existência e da inevitabilidade das lacunas, por evidente.

Em PONTES DE MIRANDA, cumpre o método indutivo a função integrativa dos sistemas jurídicos, face às inevitáveis lacunas existentes, dada a própria falibilidade

⁴⁷ZITELMANN, Ernst. Las lagunas del derecho. Trad. de Carlos G. Posada. *La ciência del derecho*. Buenos Aires, Losada, 1949. p. 308.

N. Vide nota apostada na referência de nº 43.

humana, que, por sua vez, não produz obra perfeita e acabada, ficando demonstrado o mito da plenitude lógica dos ordenamentos jurídicos.

Preocupado com o arbítrio que possa ter o julgador ao decidir, indica o método indutivo como o único caminho para diminuir a arbitrariedade de que se ressentem os sistemas jurídicos, a fim de que o juiz possa preencher a lacuna sem ficar entregue a si mesmo. Mas, como dissemos, estende a metodologia indutiva também ao legislador e ao intérprete, porquanto não é somente com relação ao arbítrio do juiz que a sociedade deve se defender, mas também daqueles.

Ninguém melhor do que o próprio PONTES DE MIRANDA para expressar seu pensamento a respeito, conforme verificamos:

“O método científico realiza na ciência tudo quanto nos é mister para que deflua sistematicamente, sem contradições, a atividade dos juristas (legislador, juiz, intérprete, executor, etc.). E só ele pode congui-lo. Assim, desde que nos orientemos pelo *método positivo*, observaremos o seguinte:

“I) Deixam de ser irredutíveis as doutrinas que negam e as que afirmam o direito natural, porque - se, nas lacunas, há o vazio de lei, é possível encontrar as *relações sociais*, de que se podem cientificamente tirar as regras jurídicas, então criadas pelo juiz ou pelo intérprete, o que se dá nos países anglo-saxões e, posto que menos livremente, em todo o mundo.

“II) Não há nenhum perigo na arbitrariedade do juiz, uma vez que se substitui o subjetivismo (aliás criticáveis no próprio legislador) pela *indagação científica*, objetiva, cujas seguranças são maiores. Revelam-se regras jurídicas como se descobrem leis físicas.

“III) Não há incompatibilidade entre a criação do direito pelo legislativo, pelo jurídico e pelo executivo: cada um utiliza, em momentos diferentes, com estudada sucessividade, o mesmo processo de *revelação científica* da norma. E isto se opera no sentido do princípio da crescente diminuição do elemento despótico: menos regalismo, menor prestígio artificial, mais eficaz intervenção da consciência humana, pelo melhor dos caminhos da solução - o da *indagação científica e positiva*.

“IV) Pela acessibilidade da ciência, torna-se fácil e normal a livre adesão ao que se *revela*; e então como que se democratiza, no bom sentido, a função de criar o direito, como já se democratizaram as idéias e as práticas de certas ciências⁴⁸.”

⁴⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p. 61-62..

Em síntese, essa é a proposta pontesiana para o problema das lacunas das regras jurídicas, cujo método científico, indutivo, objetivo, positivo se encarregará da supressão sistemática das contradições assentes nas atividades dos juristas. Em função de tudo quanto já dissemos, aliada à clarificação da citação efetuada, prescinde de mais comentários.

Destarte, resta demonstrado que o jurista brasileiro não se deixou prender à corrente da plenitude lógica dos sistemas jurídicos, ranço racionalista, sempre reforçado pelo dedutivismo controlador, o qual faz derivar as soluções jurídicas de regras abstratas hipostasiantes da realidade social, como se todo o direito vivo pudesse ser encarcerado no calabouço de codificações anacrônicas.

4. A insuficiência do silogismo lógico como solucionador de conflitos

Conforme já deixamos entrever páginas atrás, noutro capítulo, o silogismo lógico remonta ao “Organon” de ARISTÓTELES, cujo título foi atribuído pelos comentadores gregos para indicar o conjunto de suas obras⁴⁹. O Silogismo, palavra empregada por PLATÃO para o raciocínio em geral, eis que etimologicamente significa cálculo, foi encampado por ARISTÓTELES para traduzir a forma perfeita do raciocínio dedutivo, em que, estabelecidas algumas coisas discursivamente, outras necessariamente derivam. Por definição, o silogismo consiste numa dedução necessária⁵⁰.

Expusemos também, no mesmo contexto antes referido, que, em 1620, FRANCIS BACON revelou franca oposição ao “Organon” do sábio grego, desferindo duros ataques no seu tipo de raciocínio perfeito dedutivo ao dizer que a lógica aristotélica não é utilizável para a investigação científica, servindo mais para fixar e consolidar erros fundados em noções vulgares que para inquirir a verdade, de tal modo que é mais prejudicial do que útil. Referiu ainda que o silogismo consta de proposições formadas de palavras e que são símbolos de noções que, por sua vez, não podem constituir a base da realidade, porquanto

⁴⁹ N. Ver a respeito N. Abbagnano, “Dicionário de Filosofia”, da Editora Mestre Jou, p. 704.

⁵⁰ Idem. Ibidem. p. 863-4.

confusas e por responderem à abstração precipitada dos fatos, não podendo haver solidez sobre o que se constrói sobre elas. Por isso é que propunha a indução⁵¹.

A busca de um novo método por FRANCIS BACON supõe o rechaço do silogismo aristotélico, passando a se constituir em questão basilar das preocupações filosóficas modernas e, por que não dizermos, contemporâneas. Neste sentido, ainda que de passagem, não podemos deixar de lembrar os esforços empreendidos por RENÉ DESCARTES, para quem o silogismo é inútil como instrumento para descobrir novas verdades, servindo somente para expor verdades já conhecidas, agregando ainda que não só é inútil como perigoso, posto que a validade da sua forma independe do seu conteúdo, permitindo deduzir algo verdadeiro de falsas premissas⁵².

Estabelecida essa digressão, à guisa de melhor introduzirmos a temática, salta evidente que o silogismo lógico é uma forma de raciocínio dedutivista, que parte de uma premissa tomada como uma verdade inabalável, da qual se pretende fazer derivar logicamente uma conclusão. Portanto, do geral pretende-se descer até o particular.

Assim, o silogismo lógico envolve três elementos: a premissa maior, que é ponto de partida silogístico; a premissa menor, constituída pelo fato supostamente contido na premissa maior; e a conclusão, consistente na derivação lógica da aplicação da premissa maior na menor.

Contemporaneamente, essa problemática tem sido vinculada ao direito em termos de silogismo jurídico, tendo na lei a premissa maior, no fato a premissa menor e, na decisão jurídica, a conclusão. O tratamento dispensado ao tema, hodiernamente, é relacionado com o processo subsuntivo, ou seja, residente na questão de submeter o caso fático à regra jurídica, para daí construir a decisão legal.

A complexidade desse processo subsuntivo foi dimensionada mais recentemente, dentre outros, nos quais se inclui o nosso jurista tematizado, por KARL ENGISCH, que dedica uma obra inteira a abordá-lo, conforme podemos constatar ao compulsar sua

⁵¹ Vide nota e referência bibliográfica de nº 27, do item 3, capítulo II.

⁵² BACON, Francis. **Novum organum**. Trad. de Clemente Hernando Balmori. Buenos Aires, Losada, 1949. p. 12.

N. Trata-se de uma passagem do estudo preliminar e notas, efetuadas por Risieri Frondizi nesta obra, que é uma primeira versão do latim para o castelhano, por nós reproduzida com a devida tradução para o português.

“Introdução ao Pensamento Jurídico”. Para não ficarmos somente na alusão a essa obra, atentemos para a significativa passagem a seguir reproduzida e logo nos damos conta da extrema dificuldade que envolve o silogismo lógico:

“Uma primeira e mais complicada tarefa de que o jurista tem de se desempenhar para obter a partir da lei a premissa maior jurídica consiste em reconduzir a um todo unitário os elementos ou partes de um pensamento jurídico-normativo completo que, por razões *técnicas*, se encontram dispersas - para não dizer violentamente separadas. Mais exatamente, é tarefa do jurista reunir e conjugar pelo menos aquelas partes constituídas do pensamento jurídico-normativo que são necessárias para a apreciação e decisão do caso concreto⁵³”.

Por aí verificamos que a dificuldade começa já na própria fixação da premissa maior, que implica exigir do jurista estabelecer uma sistematização dos dispositivos normativos, reunindo-os num todo, para então estabelecer o ponto de partida, ao qual se dará a subsunção do caso fático, no que resultará a decisão jurídica.

Noutro capítulo, linhas atrás, já ferimos o tema em apreço, ao cuidarmos dos princípios lógicos pontesianos. Importa, doravante, aprofundarmos o assunto introduzido, para ver como o jurista brasileiro o atacou. Nesse sentido, vale lembrarmos que PONTES DE MIRANDA retomou o caminho percorrido por FRANCIS BACON, como ele próprio está a confessar:

“INDUÇÃO E DEDUÇÃO. - A indução é fecunda; ao passo que a dedução dá explicação completa, porém não ministra nenhum conhecimento novo na realidade baconiana, empírico-realista, o que não impede a utilização em formas sucessivamente mais simples, a fim de melhor explicar o fato complexo⁵⁴”.

O privilegiamento pela metodologia indutiva de parte do jurista brasileiro deve-se à descoberta de realidade, à lida com os fatos, pelo que relega à secundariedade a via dedutiva, por esta avançar somente no plano abstrato, substituindo um conceito por outro. PONTES DE MIRANDA lembra, que JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN já sonhava

⁵³ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1965. p. 93.

⁵⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 230.

com a aplicação do método científico, na obra “A Jurisprudência não é Ciência”, tomada aqui a expressão jurisprudência no sentido tradicional de ciência jurídica, como o próprio KIRCHMANN esclarece em escrito preliminar, aposto em nota de rodapé à página 11 da obra. Compulsando a mesma, para efeitos de registo histórico, constatamos que o jurista alemão reporta-se também a FRANCIS BACON, a exemplo do nosso jurista, pelo que retratamos a seguinte passagem, pertinente ao estudo em tela:

“Mas a partir da época de Bacon produziu-se uma mudança radical. O princípio da observação, da subordinação da especulação à experiência, ao que no fundo deve também seu valor à jurisprudência dos clássicos romanos, foi adotado por todas as ciências, e os resultados deste novo método confinaram pronto no maravilhoso. Os descobrimentos se sucederam uns aos outros. Se antes o que um século crera firmemente estabelecido por especulações ilusórias via arrombado, no seguinte, por outras especulações de não menor calibre, agora, em troca, se estava em posse de um solo firme. Os trabalhos e descobrimentos de um século continuavam sendo, nos que o seguiam, a base firme sobre a qual prosseguia a obra, que tem alcançado já as assombrosas dimensões que conhecemos. A jurisprudência, em câmbio, desde a época de Bacon, tem permanecido pelo menos estacionária. Suas regras, seus conceitos, não tem encontrado desde então expressões mais agudas⁵⁵.”

Parece que PONTES DE MIRANDA aceitou a provocação lançada por JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN em 1847, assim como outros, e buscou produzir obra científica, valendo-se do instrumental indutivo sinalizado, de forma que, ao recomendar a adoção do método indutivo à investigação científica do direito, com vistas à indicação das regras jurídicas, após atenta observação e análise das relações sociais, visava à construção dos sistemas jurídicos a partir dos fatos. Esse procedimento, por si só, afastou a idéia de sistemas jurídicos fechados, legado do exegetismo francês, da crença generalizada na infalibilidade do legislador, e comprometeu o dedutivismo lógico, que, por sua vez, pretende formalizar o direito a partir de premissas hipostasiantes da realidade social.

Assim, denunciava como sobrevivência metafísica ou teológica a imaginação de regras prévias para regulamentar os conflitos sociais, pelo que referimos linhas atrás,

⁵⁵KIRCHMANN, J. H. Von. *La jurisprudencia no es ciencia*. Trad. de Antonio Truyol y Serra. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949. p.36.

N. Trata-se a presente fonte de consulta de uma tradução castelhana, de onde recolhemos a passagem citada, a qual vertemos à língua nacional.

combatendo o silogismo lógico, fórmula cômoda de solução dos interesses individuais com os coletivos, por pretender infundir uma resposta partida de uma norma apriorística, produto da vontade, sem satisfazer o critério de verificabilidade. Ele mesmo advertiu:

“No Direito, como nas ciências físicas, é grande o perigo das construções ideais; na Filosofia, e, pois, no Direito, não têm outro valor as classificações e os silogismos, além do que lhes conferem as realidades, que os comprovam⁵⁶.”

Como vemos, PONTES DE MIRANDA adverte para o perigo dos silogismos não só no Direito, a que ele confere “status” de ciência, mas em todas as demais ciências e mesmo na Filosofia. É que ele não admite que o fato possa se subsumir à regra jurídica, prescindindo esta das circunstâncias e contingências sociais na sua formação, o que acarretaria um divórcio entre o mundo dos fatos e o mundo jurídico.

Na sua concepção, a lei não pode ser placitada de forma subjetiva pela personalidade de quem a faz, mas sim revelada objetivamente, a partir dos fatos que interessam ao direito, sob pena de se constituir em obra de metafísica e não de ciência.

Ao admitir a pluralidade das regras jurídicas na formação dos sistemas jurídicos, combate o jurista tematizado todo e qualquer dogmatismo, haja vista que fica afastado o prestígio exclusivo da lei escrita, marco de uma fase puramente racionalista das fontes do direito, no caso, a Escola Exegética Francesa, quando se cultuava exacerbadamente o espírito do legislador, a ponto de se sustentar a infalibilidade deste.

Ensina o mestre brasileiro que o absolutismo da correlação necessária entre o texto legal e o direito foi o aspecto de momento histórico, dada a falta de conhecimento sociológico, resultante da idéia de sistemas fechados, completos, acabados. Por conseguinte, a fórmula suíça que manda o juiz julgar como julgaria o legislador também não passa de mero fetiche, pois, no fundo, o dogma da infalibilidade da lei é mera recordação da vontade do legislador.

⁵⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo II, p. 118.

Ocorre que, para PONTES DE MIRANDA, os sistemas jurídicos não são sistemas construídos a partir de uma lógica pura, em que as regras jurídicas fossem resultantes de conseqüências necessárias, dedutivamente formuladas, como ele mesmo diz:

“O que importa é que se reconheça a pluralidade de fontes do sistema jurídico e que, se revela a regra jurídica, com a observação dos fatos, sem se precisar de leis, se mantenha o sistema jurídico como sistema lógico. A função da Lógica começa ao tecerem - se as regras jurídicas, sem que se negue a ocorribilidade de lapsos, de falhas, de faltas de regras jurídicas. O sistema jurídico resultou de captação e exame de necessidades sociais, mas o Homem não poderia dispensar a logicidade das regras jurídicas, que ele lançou e lança, nem, se necessário, o recebimento do que o meio lhe mostra com os dados do ambiente espacial-temporal, inclusive históricos⁵⁷”.

Está a rechaçar, desse modo, a filosofia escolástica que encarava o direito como regras deduzidas de princípios naturais imutáveis, deitando raízes na lógica aristotélica, recrudescida na Idade Média. Ao invés de imposição da lei, postura autoritária, fruto da metodologia dedutiva, quer as regras jurídicas extraídas dos fatos, objetivamente. É por isso que atenta para a desnecessidade de regras apriorísticas, independente da forma revestida por elas. Assim, propõe:

“Nas constituições, deve diminuir-se, tanto quanto for possível, e, quanto menos ficar, mais oculto se revelará o Estado, a tara despótica que sempre aparece. Mas tal atenuação é de mister fazer-se, não somente no poder executivo como no judiciário e no legislativo, não somente no sentido espacial (digamos assim) de lhes fixar competência, e sim também de submeter a restrita obediência dos métodos e processos científicos⁵⁸”.

No fundo, ao que PONTES DE MIRANDA visa mesmo é que as regras jurídicas sejam produtos elaborados por juristas, que são os sociólogos especializados, porquanto não vê como se possa deduzir unicamente da lei as respostas para os conflitos sociais, face à realidade raramente se encontrar em estado relativamente simples, devido à presença dos processos de coexistência. Com isso, persegue a eliminação gradual da quantidade de

⁵⁷Idem. Ibidem. p. 247.

⁵⁸Idem. Ibidem. Tomo IV, p.327.

violência de que se ressent o jurídico, o que implica conseqüentemente a diminuição da necessidade do emprego da coação pela artificialidade dos sistemas jurídicos.

Não importam para ele metafisicismo, nem fetichismo, nem apriorismo, nem teologismo, mas a segura investigação científica, que somente a metodologia indutiva pode ensejar, eis que é fornecida pela sociologia, para o uso convicto do conhecimento, como nos mostra:

“As concepções mecânica, biológica, sociológica e técnica tornam compossíveis a revelação de direito não compreendido nas fontes formais, a colheita de valores, não somente produzidos pela investigação, mas, também, pelo sentimento e pela intuição, e o relativo respeito da lei. De onde se tira que a pesquisa rigorosamente científica, a metodologia objetiva, oferece não somente garantia da segurança da ordem jurídica, como, também, da ordem social, a que não provê o método tradicional, nem as tentativas conciliantes, a que faltou o ânimo de romper com os processos clássicos de reconhecimento de fontes e de interpretação⁵⁹”.

Por aí verificamos que a lei escrita ou regra jurídica, na concepção pontesiana, constitui apenas a forma humana dada ao direito, considerada uma dentre as fontes jurídicas tradicionais, nem mais nem menos importante do que as outras, razão pela qual não pode ser, a priori, considerada a mais prestigiada, pois isso é questão de fato e não de argumentos lógicos.

Atentando para os sistemas de tradição romano-inglesa das fontes, em que ressalta a importância empírica do precedente e o de tradição romano-continental, onde se revela o racionalismo, observa que entre eles somente existe mera dissensão de gradação, pois, para o primeiro, a fonte do direito é o precedente judicial, enquanto, para o segundo, é a lei, porém nenhum deles satisfaz as exigências de justa organização judicial, pelo que aduz:

“O que se faz mister é análise real das fontes, a pesquisa com os recursos de métodos legítimos e rigorosos, que se apresentem imunes a parcialidades, a processos incompletos de cognição (empirismo, racionalismo). Praticamente, as duas tendências de muito que se convertem uma na outra, diminui a confiança que inspiravam e as influências do empirismo no continente e do racionalismo no povo inglês cada vez mais se acentuam. Pode-se dizer que o fenômeno se observa não só no terreno

⁵⁹Idem. Ibidem. Tomo III, p. 313.

do direito como na filosofia, na psicologia e noutros ramos do conhecimento humano⁶⁰”.

A nosso ver, o jurista brasileiro levanta um problema crucial na teoria jurídica contemporânea, que é o de qual seria o melhor dos sistemas jurídicos: o inglês, de tradição romanista, ou o ocidental, também de tradição romana. Para surpresa de todos quantos estão atentos à questão suscitada, responde que nem um nem outro, insinuando que a resposta não pode ser ministrada previamente, sem a investigação real das fontes, o que requer o emprego da via metódica indutiva.

Verificamos, destarte, a impossibilidade de os sistemas jurídicos anteciparem soluções para as relações intersubjetivas sem recorrer primeiramente aos fatos, eis que são resultantes deles. Em virtude disso é que o jurista brasileiro reputa insuficiente o dedutivismo racionalista para a explicação do fenômeno jurídico, pelo que salta manifesta sua inadequação enquanto instrumento operador de fazer coincidir o enunciado da regra jurídica com o fato social.

Dentro deste contexto que estamos explorando, não convém deslembrar de EUGEN EHRLICH que, por sua vez, negou o direito enquanto sistema de fontes abstratas, apontando para a necessidade da investigação sociológica do direito vivo. Nesse sentido, é bastante significativa a seguinte passagem que recolhemos da sua obra “Fundamentos da Sociologia do Direito”, publicada em 1912:

“Quando a ciência jurídica dominante dá tanto destaque à prescrição jurídica como objeto de pesquisa, isto acontece em decorrência do pressuposto tácito de que todo o direito se encontra guardado e subsumido nas prescrições jurídicas. Como - ainda segundo se pensa - na atualidade as prescrições jurídicas estão contidas de forma praticamente completa nas leis, às quais todo mundo tem acesso fácil, a tarefa do reconhecimento do direito da atualidade consiste na compilação do material a partir das leis e na determinação de seu conteúdo através de interpretação própria e na aplicação da interpretação na bibliografia e na administração da justiça⁶¹”.

⁶⁰Idem. Ibidem. p. 277.

⁶¹EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília, UNB, 1986. p.374.

A atualidade do pensamento do jurista alemão, do qual o jurista brasileiro é tributário, é manifesta. Não obstante os esforços desses e de outros, ainda se conserva o pensamento de que todo direito se acha contido nas prescrições jurídicas.

Dentre os juristas que se ocuparam de denunciar a incompletude do silogismo lógico como solucionador das controvérsias jurídicas, merece ser referido o nome de ROSCOE POUND, considerado a figura mais importante do pensamento jurídico norte-americano, lembrado por PONTES DE MIRANDA por se constituir um crítico da jurisprudência inglesa e anglo-americana, principalmente por apontar nelas o apelo excessivo a máximas e a regras de interpretação.

Pesquisando as obras de ROSCOE POUND, deparamo-nos com sua “Introdução à Filosofia do Direito”, onde identificamos o capítulo de número três, dedicado especificamente à aplicação da lei. Nele encontramos sua repulsa de que a aplicação da lei deve ser um processo puramente mecânico, o qual remota a ARISTÓTELES. Vale a pena reproduzirmos o feliz esboço histórico, efetuado pelo declinado jurista nessa obra, acerca da trajetória experimentada pelo processo de aplicação legal:

“Para Aristóteles, o ofício judicial era de natureza procustiana, forçando cada caso a obter no leito legal, se necessário por meio de operação cirúrgica. Tal concepção ia ao encontro das necessidades do direito estrito. Numa fase de maturidade legal, adaptava-se à teoria bizantina do Direito, representado pela vontade do imperador e pela do juiz, como legado do imperador, para aplicar e dar efeito àquela vontade. Na Idade Média, tinha uma base suficiente na autoridade e nas necessidades de um período de direito estrito. Mas tarde, adaptou-se bem à teoria bizantina de legislação que os publicistas franceses adotaram e tornaram corrente nos séculos XVII e XVIII. Nos Estados Unidos, parece ter sido requerida por nossas provisões constitucionais para uma separação de poderes. Mas, na prática, falhou não menos completamente do que a idéia análoga de uma separação radical da função judicial da legislativa⁶².”

Após denunciar o jurista norte-americano a ficção da integralidade lógica do sistema legal e da infalibilidade mecânica do processo lógico, do qual se deduzem e aplicam as regras jurídicas predeterminadas, arremata o capítulo dizendo:

⁶²POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do Direito*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar, 1965, p. 60.

“Na lei, algumas situações requerem o produto saído das mãos humanas, não de máquinas, pois não envolvem repetição, caso em que os elementos gerais são significativos, mas acontecimentos únicos, em que as circunstâncias especiais são significativas. Toda promissória é igual a qualquer outra. Toda fatura é igual a qualquer outra. Toda distribuição de dividendos repete as condições que vem repetidamente ocorrendo, desde a promulgação do Estatuto de Distribuições. Mas jamais dois casos de negligência foram ou serão iguais. Quando o que está em causa é a individualidade, no produto do moinho legal, recorremos a padrões. E o sacrifício de certeza, ao fazê-lo, é mais aparente do que real. Pois a certeza obtida por aplicação mecânica de normas fixas à conduta humana sempre foi de natureza ilusória⁶³”.

À exceção da metodologia indutiva proposta por PONTES DE MIRANDA, para evitar o arbítrio do legislador, do juiz e do intérprete da lei, no mais nosso conterrâneo não discrepa do pensamento de ROSCOE POUND, em relação ao mencionado, pois ambos concordam que a certeza obtida com a aplicação das regras jurídicas é ilusória.

Se trouxemos à baila o pensamento de ROSCOE POUND neste cenário, queremos dizer que não foi gratuito, senão porque vislumbramos sua influência no jurista pátrio e também, por que não dizemos, da própria jurisprudência sociológica norte-americana, face à menção que faz de outros integrantes dessa escola, em suas obras.

Por serem relativamente fechados os sistemas jurídicos, na concepção pontesiana, sempre que os fatos apontarem para outra solução, não contida nas regras que os integram, deverá ser procedida a adequação dos sistemas às novas circunstâncias alteradas socialmente. Nesta perspectiva, assim encara a lei:

“Para maior precisão e clareza, digamos que a lei escrita será tratada como certa fase intercalar na vida da regra jurídica, posterior à elaboração indutiva, que pode ser (posto que raro aconteça) obra do próprio legislador, e anterior à adequação dos fatos, quando o juiz dotado de conhecimentos científicos terá de ajustar, não o texto legal ao caso, mas a regra encaixada na lei à categoria de real, que é o fato da causa⁶⁴”.

⁶³Idem. Ibidem. p. 74.

⁶⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p. 277-8.

Como vemos, a concepção do jurista brasileiro a respeito da lei é no sentido de encará-la como etapa intermediária na vida da regra jurídica, uma vez que a tem como surgida posteriormente à feitura indutiva e antes da adequação dos fatos pelo juiz, exigindo deste conhecimentos sociológicos, para adequar não a lei ao caso, como é praxe do raciocínio lógico subsuntivo, mas sim ajustar a própria realidade da regra jurídica ao caso concreto, permanecendo rente aos próprios fatos.

5. A concepção valorativa das regras de direito

Em páginas anteriores, demonstramos que as regras jurídicas são formas de expressões do direito e cumprem a função de esquematicamente representá-lo, porquanto não se confundem com ele, de modo que não coincidem em extensão e direção o enunciado da regra e o significado do direito.

Enquanto o direito surge espontaneamente dos grupos sociais, eis que é produto dos círculos sociais, na visão pontesiana, as regras de direito são criações abstratas do homem. Neste divórcio entre ambos, medeiam as lacunas. Mas, se as regras jurídicas são formas, qual é o seu conteúdo? Parece-nos que a resposta a ser fornecida para este interrogante ensinará a justificação para o sugerido no tópico ora desenvolvido, ou seja, de que as regras de direito apresentam concepção valorativa.

É necessário, portanto, investigarmos o que se passa na formação das regras de direito, para que possamos identificar qual é o material de que elas são elaboradas. Ora já atentamos que, para PONTES DE MIRANDA, o importante é não perder de vista os fatos, pois deles devem resultar os preceitos jurídicos destinados a conciliar os interesses individuais com os coletivos. E os fatos, não são outra coisa, senão as próprias relações sociais donde são extraídas as prescrições jurídicas.

Como as relações sociais são compostas de várias classes de relações, tais como econômicas, políticas, religiosas, morais e outras, temos para nós que são estes elementos sociais que servem de substrato para a construção das regras jurídicas.

Portanto, as regras jurídicas integrantes dos sistemas de direito não são derivadas do puro raciocínio lógico, na ótica pontesiana, mas de uma base de natureza sociológica, onde se mesclam os mais diversificados componentes sociais, todos eles concorrendo para a indicação daquelas.

Assim, são as próprias condições de existência, constituídas pelas várias classes de relações sociais, que estão a fornecer os elementos para a consecução das regras jurídicas.

No artigo intitulado “Matéria Social e Elemento Jurídico”, publicado em 1922, PONTES DE MIRANDA discorre sobre os conteúdos que podem revestir a forma jurídica, passando o seguinte ensinamento:

“Outros conteúdos pode ter a forma jurídica, porque é forma de condições de existência corretiva, segundo a teoria científica da adaptação, exposta em dois trabalhos nossos *Eine biologische Darstellung des sozialen Problems in der Rechtswissenschaft* e no *Systema de Scientia Positiva do Direito*, 2 vols., no prelo; e nem todas as condições de existência são econômicas. Há valores intelectuais e morais, que não podem ser reduzidos, ainda que se dêem certas correlações e certa adaptação objetiva entre eles⁶⁵.”

Neste excerto referido, mostra o jurista brasileiro que as condições de existência são os substratos da forma jurídica, que, por sua vez, não se reduz especificamente ao conteúdo econômico, comportando ainda outros conteúdos. Deste fragmento reproduzido, salta evidente a familiaridade do autor nacional com a língua alemã, pela publicação do seu pensamento científico nesse idioma, o que está a justificar a forte influência que recebera dos juristas alemães. Importa-nos este registro, face a já haver exposto o seu conceito jurídico no estrangeiro, em termos de condições de existência ou corretiva, segundo a teoria científica da adaptação acolhida, antes mesmo de vir a público o seu “Sistema de Ciência Positiva do Direito”, que lhe valeu aplausos provenientes do exterior.

Mas, aspecto importante que devemos recolher do trecho recém-reproduzido é o fato de o nosso jurista considerar as condições de existência, no caso as classes de relações econômicas, morais e demais, como valores. Isto, por si só, é o bastante para não

⁶⁵ _____. Matéria social e elemento jurídico. *Revista de Direito público e de administração federal, estadual e municipal*, Rio de Janeiro, 1924. p. 263.

duvidarmos da concepção valorativa do fenômeno jurídico pontesiano, não fossem suficientes a dimensão social e cultural, implicadas na naturalidade do fenômeno jurídico sustentada por ele, conforme vimos em outra parte desta tese.

E são os valores que as regras jurídicas procuram regular, posto se dirigirem às relações sociais, donde elas promanaram. Talvez aqui seja oportuno voltarmos novamente ao tema da relação entre o direito e as expressões jurídicas, para melhor situá-los.

O direito é processo de coexistência social, pelo que definimos na visão do jurista brasileiro; portanto, é constituído das condições de existência, ou seja, dos elementos sociais. Enfim, o direito é vida. Já as regras jurídicas, consistentes nas leis escritas, consuetudinárias e outras, procuram expressar o conteúdo vivo do direito, no caso os valores contidos nas várias classes de relações sociais, por isso que as regras de direito são formas que este reveste.

No entanto, por serem criações humanas, as regras jurídicas não conseguem apreender todo o direito vivo encontrado nas relações sociais. Assim, as expressões do direito se ressentem da subjetividade na sua própria elaboração, para o que concorre a falta de métodos adequados, de modo que, para contornar tal dificuldade, o sociólogo brasileiro propõe o método objetivo como o único capaz de aproximar o mais que pode o conteúdo do direito de sua forma. E isto se opera pela observação e análise das próprias relações sociais, donde são extraídas indutivamente as regras que irão regê-las, pelo que já estudamos em capítulo pertinente.

Para nós, a partir da leitura que fizemos da produção pontesiana, suas regras jurídicas, formas de expressar o conteúdo vivo do direito, embora não coincida com este, são portadoras de valores, eis que estes não somente presidem as regras jurídicas na sua elaboração como também são os alvos delas, após terem sido elaboradas. Por conseguinte, os valores são os próprios processos de coexistência social ou de adaptação social, conforme insiste em dizer o nosso jurista.

No próprio PONTES DE MIRANDA encontramos o conceito de valores, como podemos ver nessa parte do “Sistema”:

“Valores são relações de adaptação; o valor positivo é influência adequada, isto é, de adaptação, e o negativo, influência inadequada, quer

dizer - que se não adapta e, pois, estorvante atuação do objeto no sujeito. Valores individuais são adaptações de um objeto a um sujeito; valores coletivos, adaptações de um objeto a muitos sujeitos; os valores passageiros são passageiras adaptações, e persistentes valores são adaptações duradouras. Tal o lado *objetivo* da relação de valor, lado biológico e fecundo⁶⁶.”

O jurista brasileiro busca definição objetiva para o valor, evadindo-se do ponto de vista que procura descortiná-lo levando em conta o sujeito. Desse modo rechaçou o conceito vulgar de valor, que, por sua vez, procura exprimi-lo em termos de estimação do objeto pelo sujeito. Para ele, o valor está na própria relação entre o sujeito e o objeto. Nem neste, nem naquele, mas no relacional. Considera a própria relação sujeito-objeto. Conforme já expusemos noutro capítulo, sua teoria dos jetos desenvolvida na obra “O Problema Fundamental do Conhecimento” é bastante significativa a respeito. Nela mostra que, na relação de conhecimento, um dos termos é o sujeito cognoscente e o outro é o objeto cognoscível, atentando que nenhum deles pode ser eliminado, sob pena de falecer a solução para o problema do conhecimento. Assim, não leva em conta só o conhecente ou somente o conhecível, mas a relação entre ambos. Sua preocupação em definir o valor de forma objetiva é explicada da seguinte maneira:

“Alguma coisa (objeto) *tem* valor para outra ou *é* de valor para ela (sujeito), se de qualquer modo a primeira influi na existência da segunda. Textualmente, com jogo de palavras, de que HEINRICH MATZAT se serviu, e procuramos manter: algo tem valor para algo, ou para alguém. O valor de um objeto para outro ou para um sujeito é a influência do objeto na existência de outros, ou do sujeito. Tal explicação permite a visão objetiva dos valores no que há neles de realizador da adaptação⁶⁷.”

Parece-nos que a nota distintiva da concepção dos valores em termos de objetividade reside exatamente na medida em que algo influi em algo ou em alguém. Portanto, o ponto forte incide sobre o verbo influir. Com isso, o jurista nacional foge do lugar comum que busca enxergar o valor em termos de estimação ou sentimento do sujeito, critério assaz subjetivo e que pode degenerar, não raras vezes, em arbítrio.

⁶⁶ _____, *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. 194.

⁶⁷Idem. Ibidem. p. 192.

Com relação à formação das regras jurídicas, a nosso ver, passa-se a mesma coisa, haja vista que várias classes de valores ocorrem para a sua constituição, como os valores econômicos, políticos, morais e outros, que são os substratos sociais necessários, a partir dos quais as regras são edificadas, de modo que todos esses valores influenciam na elaboração delas.

Quando PONTES DE MIRANDA propõe o método indutivo, objetivo, para a investigação do direito nos fatos sociais, neles colhendo as regras jurídicas que irão reger o comportamento humano, não está a indicar instrumento metodológico neutro, isento, avalorativo, mas sim está a exigir o rigorismo possível, permitido pela própria relatividade do conhecimento, princípio este que nunca convém ser esquecido, pois sempre foi uma constante em suas preocupações epistemológicas.

A incompreensão do conceito de objetividade na perspectiva pontesiana, tem concorrido para uma visão inadequada de sua postura metodológica, o que pode redundar em críticas imerecidas. No nosso entendimento, o jurista brasileiro jamais sustentou a neutralidade do conhecimento jurídico, tampouco defendeu métodos absolutos para o direito, motivos pelos quais não podemos tomar a palavra objetividade utilizada por ele como condição metódica da ciência do Direito, em termos de absolutidade, a exemplo do neopositivismo lógico, pelo que estudamos noutra parte.

O princípio da relatividade gnosiológica defendido por PONTES DE MIRANDA impede que sua ciência jurídica revista o caráter da neutralidade objetiva. Para ele, a objetividade do conhecimento é dada pelas relações sociais, ou seja, pelo próprio real que envolve as coisas e não por artifícios pensamentais. Ao investigar objetivamente o conhecimento do direito, não está à procura de uma convicção subjetiva, mas sim de uma convicção com base nos fatos, verificável empiricamente, o que não é sinônimo de certeza absoluta, pois o relativismo está presente em tudo, inclusive nos métodos de indagação do fenômeno jurídico.

Entendemos que o jurista brasileiro não herdou os enganos epistemológicos do neopositivismo lógico, embora tenha se familiarizado com os trabalhos de RUDOLF CARNAP, MORITZ SCHLIC, HANS HANN e de outros integrantes do referido movimento, cujo surgimento se deu em 1929, como ele mesmo está a apontar. Ao contrário de

determinados autores, não ligamos as obras produzidas por ele anteriormente ao Círculo de Viena, senão no sentido de que se constituíram numa antecipação das críticas posteriormente endereçadas ao mesmo. E as obras pontesianas, surgidas após o mencionado movimento epistemológico serviram ainda mais, a nosso ver, para consolidar suas posturas antes assumidas.

No trabalho apresentado no III Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito, com o título “A Teoria do Direito em Pontes de Miranda”, LOURIVAL VILANOVA estabelece o alcance do positivismo pontesiano deste modo:

“O positivismo do ‘*Sistema...*’ é o de uma fase epistemológica intercalar, arrimando-se num extremo nas investigações de AVENARIUS, de E. MACH, nas concepções de EINSTEIN e de BERTRAND RUSSEL; no relativismo advindo das investigações etnológicas e antropológicas e psicológicas; no outro extremo, PONTES antecipava-se ao positivismo lógico. Antecipava-se. Sua obra é de 1922. Sete anos antes do Círculo de Viena, recusava qualquer espécie de metafísica, cujos enunciados careciam de base empírica; inadmitia os juízos-de-valor como juízos suscetíveis de valores veritativos, uma vez que os valores não tinham outra objetividade que a de servirem aos *processos sociais de adaptação* - conceito central em sua sociologia geral; recusava o direito natural, pois qualquer direito compõe-se de regras de conduta providas de fontes que o sistema positivo determinava, rechaçava a distinção entre ciências naturais e ciências culturais, e entre estas, as ciências descritivas e as ciências normativas; aceitou o determinismo probabilístico⁶⁸.”

Em apoio a nossa exposição, disse bem LOURIVAL VILANOVA que o jurista brasileiro não admitia os juízos de valor enquanto suscetíveis de valores verdadeiros, o que podemos interpretar como encerrando valores absolutos em si mesmos, por isso que sua objetividade era a de servirem os processos de coexistência social. Recordando um pouco o que falamos antes, podemos enfatizar que os valores são aceitos por PONTES DE MIRANDA, na medida em que influem nas relações jurídicas e não por se traduzirem em estimativas partidas de posições subjetivas de alguém. Desse modo, os valores são as próprias relações de coexistência, ou seja, as condições de existência social.

⁶⁸VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes de Miranda. III Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito. João Pessoa, Grafset e Fundação Espaço Cultural da Paraíba, 1988. p. 321.

Vemos, destarte, que da definição de objetividade, requisito metodológico, depende a compreensão do atributo valorativo do fenômeno jurídico, por consequência de suas formas de expressão.

Podemos dizer, sem hesitarmos, que, na concepção das regras jurídicas, todos os valores se entrelaçam, porquanto constituem eles o conteúdo efetivo do direito. Aliás, são o próprio direito. As regras do direito não passam de tentativas fracassadas de formalização dos mesmos na sua inteireza, haja vista que consistem em simples representações do direito.

O próprio PONTES DE MIRANDA, ao falar da formação dos círculos sociais, os quais são as fontes jurídicas reais do direito, reportando-se à dinâmica experimentada pelos mesmos, face ao princípio sociológico da crescente dilatação social, deixa transparecer a existência de valores nas regras de direito, como vemos:

“Quando o novo estiver constituído, outras serão as situações sociais de vida, e outros, portanto, os valores com que se justificariam as novas instituições e as novas regras jurídicas, bem como as novas interpretações de uns e de outros. Noções gerais, como família, democracia, Estado, corporação, seriam desiguais, se as examinássemos em povos de idades diversas, ou de lugares diferentes⁶⁹.”

Como verificamos, os valores se modificam em função das próprias situações de vida de cada novo círculo social que se forma, o que determina, por decorrência, a alteração das regras jurídicas, pois a nova ordem deve assentar em outras justificativas, de modo que as regras do direito oscilam em virtude da mudança experimentada nos valores existenciais da sociedade.

No fundo, são os próprios valores que integram os círculos sociais, estando a exigir tratamento sempre renovado das regras jurídicas, sempre que os círculos se alargam para a formação de um novo.

Na formação da regra jurídica pontesiana, expressão abstrata do fato social, temos então que todos os processos de coexistência se entrelaçam, para procurar realizar plenamente o direito, servindo este de instrumento efetivo para o coexistir humano. Ao

⁶⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. 242.

falarmos em processos de coexistência, estamos nos referindo às condições sociais de existência, quais sejam os valores.

Assim sendo, também a ciência abarca influências valorativas, pois, na qualidade de processo de coexistência social que é, sujeita-se às variações experimentadas pelas condições de existência, no que dissente abissalmente da asepsia axiológica da teoria pura do direito kelseniana, por exemplo.

Ousamos asseverar que os processos sociais de coexistência cumprem a função de melhor aproveitar os valores na constituição do jurídico, pois são eles que concorrem para o aperfeiçoamento constante do direito, alcançando de maneira mais eficaz a sua realização, com o que se opera uma maior democratização da revelação do direito, libertando aos poucos o homem da necessidade de ser coagido.

Portanto, a criação abstrata das regras jurídicas leva em conta os valores morais econômicos, religiosos, políticos, artísticos, científicos e demais elementos de coexistência social.

Por conseguinte, os sistemas jurídicos são resultados da cooptação dos valores advindos das próprias necessidades sociais, não se prescindindo das circunstâncias históricas de tempo e lugar, que atuam na formação das regras que os integram.

Diante disto, na visão pontesiana, a ordem jurídica repousa sobre os valores sociais, critério único para o surgimento do direito e da elaboração das regras do direito. Sendo assim, os sistemas jurídicos devem conformar-se ao que os fatos apontam, pois todos os valores sociais concorrem para sua construção. Para tanto, a sociologia presta sua significativa contribuição, servindo como pano de fundo sobre o qual se estendem todos eles. Sem ela, o direito se perderá no campo das abstrações puras.

O direito vivo não pode assentar fora do mundo valorativo, também as regras jurídicas não podem ser criadas sem levá-los em consideração, porquanto estão voltadas para sua realização.

Sucintamente, o jurídico consiste num conjunto de relações para PONTES DE MIRANDA. E outra coisa não são essas senão a síntese dos valores, resultantes das condições de existência social.

V - CAPÍTULO: O normativismo dogmático e a política jurídica na perspectiva de PONTES DE MIRANDA

1. A política jurídica como critério de correção dos defeitos de adaptação do homem à vida social

Espiando os caminhos abertos por PONTES DE MIRANDA, encontramos o tratamento dispensado ao tema da política jurídica dentro de uma perspectiva não só original, mas também atualizada, numa antecipação do que viria suceder mais tarde com outros autores que se dedicaram ao assunto.

Está lá no “Sistema”, publicado em 1922, um capítulo inteiro em que aborda a política jurídica de maneira muito própria e específica, porém permanecendo a mesma difusa no restante dessa obra, bem como na “Introdução à Política Científica”, editada em 1924.

Na concepção pontesiana, o conhecimento do fenômeno jurídico envolve o “mais grave problema humano, que é o de boa e segura política jurídica¹. Ela se refere a aspecto prático do direito. No seu significado do jurídico, verificamos duas feições: uma que promove a adaptação dos indivíduos ao meio social e outra que corrige os defeitos deles de coexistência à vida. Na primeira, o ajuste se opera espontaneamente, por isso que é concebido como fenômeno de paz. Na segunda, se dá a intervenção humana, para corrigir os erros de coexistência, através da coação. É nesta última parte que vislumbramos a política do direito no pensamento jurídico pontesiano, pelo que podemos flagrar na seguinte passagem do “Sistema”.

“Ao erro do direito objetivo corresponde a injustiça social, que dá mais ou menos do que deve a certas classes ou pessoas. Donde se tira que as reivindicações político-jurídicas são movimentos legítimos enquanto constituem esforços para conseguir o devia ser e não é. A elaboração jurídica segundo métodos indutivos no legislar e no aplicar, diminuirá de modo considerável os motivos de luta e promoverá continuamente, com

¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. 209.

segurança e firmeza, a harmonia social, que é o único ideal imutável da vida humana².”

A preocupação de PONTES DE MIRANDA é com a obtenção do direito justo, motivo pelo qual reivindica à política jurídica a legitimidade na correção dos erros ou defeitos de coexistência social, apresentados pelo direito. No seu conceito de direito, cumpre ela função de livrar o homem cada vez mais da necessidade de ser coagido, concorrendo para o seu aperfeiçoamento.

Tem lugar aqui o já estudado noutro capítulo, quando examinamos a dupla face de jano do conceito jurídico pontesiano, de modo que, ao proceder a corrigenda dos defeitos de coexistência social, através da política jurídica, justifica-se sempre menos o emprego da força coativa, na luta desencadeada para pacificar os desvios de conduta social.

Conforme verificamos da passagem reproduzida, o nosso jurista não se deteve apenas na política legalista, preocupando-se também com a aplicação e, podemos acrescentar ainda, com a interpretação das regras jurídicas, tudo voltado à diminuição do elemento coativo de que se ressentia o direito e a conseqüente obtenção do equilíbrio e da harmonia social, objetivos perseguidos por ele.

As regras jurídicas, não obstante serem inconfundíveis com o direito, procuram contê-lo em toda sua extensão, porquanto constituem as formas por que o mesmo se expressa. Por razões já estudadas anteriormente, noutro capítulo, nem sempre o legislador elabora a regra que devesse para aplicar às relações sociais, devendo-se então corrigi-la, a fim de que possa ser interpretada e aplicada em conformidade com o que os fatos indicam. Ensina o mestre brasileiro:

“Têm por fito as regras de direito a realização do *justo*, substrato de certa idéia, que pode variar nas suas formas e elementos extrínsecos. Esta idéia é conforme à índole e aos pendores da organização social da época; e daí parece amanhã injustiça o que hoje reputamos por justo e julgaremos nós acertado o que aos nossos maiores se evidenciaria absurdo³”.

Por isso é que o direito deriva da realidade social na visão pontesiana, pois é pela variação das relações sociais que o mesmo também experimenta ajustes, adequações,

²Idem. Ibidem. Tomo II, p. 52.

³Idem. Ibidem. Tomo III, p. 224-5.

conformações a elas, no que reside seu caráter de processo de coexistência social. São, pois, as alterações ocorridas nas condições de existência que determinam a correção das regras de direito, cujo fito prático é a realização do justo.

Deixa entrever que o justo não pode ser definido aprioristicamente, porquanto o mesmo experimenta mutações em função da própria dinâmica social, exigindo do político jurídico o acompanhamento constante das oscilações sociais, para que possa formular a regra adequada à conciliação dos interesses individuais com os coletivos, função do direito.

O emprego da política jurídica na legislação, na interpretação e na aplicação do direito contribuirá para diminuir a marca da força de que se ressente o direito, dado o caráter despótico que o mesmo reveste, para fazê-lo avançar, progressiva e gradativamente, no sentido da obtenção do equilíbrio social, eis que o compromisso do investigador do direito é o de se orientar pela bússola da política, ancorado na ciência, para descobrir o direito legítimo, comprometido com a vida humana.

Trata-se aqui da verificação correlata dos princípios sociológicos pontesianos da dilatação dos círculos sociais e diminuição do *quantum* despótico, com os quais se processam, respectivamente, a expansão dos círculos sociais e a redução da quantidade de violência que impregnam tais círculos, no que cumpre a política do direito o papel de promover a constante busca do direito.

No significado do direito pontesiano, constatamos que o aspecto coativo dele está presente nas regras jurídicas, tal se devendo não à imperfeição do direito e sim à própria legislação, por isso que somente uma face do direito está a exigir a correção dos seus erros de coexistência humana à vida social. Nesta, portanto, é que deve, atuar a política do direito.

Em PONTES DE MIRANDA, a política jurídica funciona como uma espécie de âncora que a ciência empresta à política, para melhor organização do sistema social e, por consequência, da ordem jurídica, porquanto o problema do direito é, por natureza, humano, social, natural. Como ele mesmo diz:

“Sem o conhecimento das condições gerais e particulares da sociedade e do valor das forças representadas pelo direito forma das

realidades, não poderemos elaborar, cientificamente, o que é de mister para a intervenção eficaz, para os sistemas⁴.”

Isto implica observar e analisar os elementos econômicos, morais, religiosos e demais condições de existência social, de forma interdependente e objetiva, para que os erros de coexistência possam ser eficaz e seguramente corrigidos, com o que diminuirão as probabilidades de erros, dando-se reversivamente o aumento das probabilidades de acertos, melhor ajustando o direito às realidades vivenciais.

A política jurídica pontesiana revela-se marcadamente democrática, porquanto leva em consideração para sanar os defeitos das regras jurídicas o que os próprios fatos apontam, procurando revelar o direito e não criá-lo, com o que rechaça as fórmulas apriorísticas, nas quais se pretende embasá-lo. Por outro lado, afigura-se ela manifestamente socializadora, o que pode ser percebido pelo próprio caráter evolutivo apresentado pelo fenômeno jurídico, operada com a ampliação dos grupos sociais, para formar círculos cada vez mais largos, o que implica o envolvimento de um contingente humano sempre mais amplo, não devendo ser deslembado também o conteúdo de justiça almejado.

Por conseguinte, não é descuidado dizermos que o conceito de direito em PONTES DE MIRANDA mira constantemente o justo, cabendo à política jurídica a tarefa de provê-lo com acerto.

Nesta mesma linha de PONTES DE MIRANDA, identificamos o pensamento de OSVALDO FERREIRA DE MELO, senão vejamos:

“O escopo da Política do Direito deverá ser a busca e a realização de normas capazes de proporcionar relações justas e socialmente úteis a todos os atos humanos, que não podem ser apenas condicionados pela relação Estado-obediência e pela relação capital/ trabalho/ salário, mas buscados fora dos lugares dominados pelo economicismo, pelo formalismo e pela burocracia. Certos ideais humanísticos e até esotéricos de cultura (como foram concebidos na alta Idade-Média e na era do Renascimento e de certa forma politizados pelo Iluminismo), propondo, a valorização ética e criativa dos atos humanos em favor de um ambiente de tolerância, paz e alegria, deveriam inspirar a posição do legislador e do juiz para a partida de uma ação revisória de todo o conteúdo do direito vigente, cujas

⁴Idem. Ibidem. Tomo IV, p. 226.

matrizes estão, em boa parte, nos impulsos de dominação e de manutenção de privilégios, na deificação do domínio (e conseqüente destruição) da natureza e na mitologia do nacionalismo exacerbado, que só produz ódios, opressões e desconfianças⁵.”

Esses lugares vislumbrados por OSVALDO FERREIRA DE MELO, onde devem ser buscadas as condições para a concretização das relações justas e socialmente úteis a todos os atos humanos, PONTES DE MIRANDA os identifica nas várias classes de relações sociais de ordem econômica, moral, política, religiosa e de outra natureza, também com o mesmo fito de estabelecer um corretivo para o direito vigente, aproximando-o cada vez mais do direito vivo.

PONTES DE MIRANDA, além de se inspirar numa diretriz marcadamente socializante, propôs medidas efetivas de caráter político-jurídico nesta direção, como, por exemplo, os cinco novos direitos do homem, consistentes nos direitos à subsistência, ao trabalho, à educação, à assistência e ao ideal, cuja execução punha o Estado na linha socialista⁶.

Acredita o jurista brasileiro que a correção dos defeitos das regras jurídicas, missão atribuída à política jurídica, ensejará a socialização e a democratização do fenômeno jurídico, com o que se dará a inutilidade e o desprezo do envelhecido arcabouço de preceitos jurídicos, construídos a partir de princípios apriorísticos, eivados de ranços dedutivistas, tão afeitos ao moldes escolásticos.

Para ele, o direito se expressa através das regras jurídicas, porém experimenta permanente variação, pelo que recusa todo e qualquer assujeitamento do jurídico ao autoritarismo dos legisladores, devendo estes, outrossim, guiarem-se na consecução do justo pela metodologia indutiva, que, por sua vez, responde à exigência prática de política jurídica científica.

Sustenta que devemos afastar-nos de investigações transcendentais, metafísicas, subjetivistas, para somente verificarmos a que provê objetivamente as regras jurídicas, porquanto, para a elaboração científica do que é necessário à intervenção eficaz nos

⁵MELO, Osvaldo Ferreira de. Considerações sobre política jurídica. *Seqüência*. Florianópolis, UFSC, (15): 9-13, dez, 1987. p. 9-10.

⁶N. Ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Os novos direitos do homem*. Rio de Janeiro, Alba, 1933.

sistemas jurídicos, devemos conhecer as condições gerais e particulares da sociedade, bem como o valor das forças representadas pela forma jurídica.

A fim de que o direito possa se achar permanentemente atualizado com a dinâmica social, capaz de corrigir os erros ou defeitos de adequação das regras jurídicas aos fatos, ensejando a coexistência social, deve, na perspectiva pontesiana, orientar-se por segura política jurídica científica.

Entende PONTES DE MIRANDA que “o problema jurídico é o problema humano por excelência: dele dependem todos; sem ele, nenhum outro se resolve de modo duradouro e eficaz⁷.” Desse modo, ele somente pode ser solucionado com a política jurídica.

Ao se reportar aos problemas jurídicos em geral, tal como à questão social, como questão de direito que é, após referir que todos são problemas de política jurídica, assevera:

“A verdadeira política científica é a que, no trato de tais problemas, em vez de empregar processos sentimentais ou racionalistas, prefere o método objetivo, o contato com as realidades e a indagação concreta e segura. Assim, aumenta a segurança da execução e diminuem as probabilidades de erros⁸.”

Assim trata todos os problemas sociais como sendo de legislação, pelo que devem ser solucionados com o emprego do método científico. Advertência que faz em relação à política do direito é no sentido de a mesma não se ater à lei do menor esforço, evitando práticas imitativas com prescindências da análise dos fatos, pelo que podemos constatar:

“A política jurídica não deve comprazer-se em transplantações. O que lhe é de mister é a análise das relações sociais e a escolha do que mais serve ao corpo social. Não consiste somente em imitar e restaurar, como parecia a LE PLAY, a função da sabedoria política⁹.”

Tal passagem nos faz lembrar MONTESEQUIEU, que já chamava a atenção para o perigo do importismo de instituições. Assim também ocorre no direito, pois não devemos

⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. XXX.

⁸Idem. *Ibidem*. Tomo II, p. 128.

⁹Idem. *Ibidem*. Tomo IV, p. 324.

adotar soluções, a não ser que os fatos sociais recomendem. É o que ensina PONTES DE MIRANDA.

PONTES DE MIRANDA procura fundar a política na ciência, atendo-se exclusivamente à observação dos fatos, procurando revelar no geral o que se encontra latente no singular, simplificando tanto quanto possível a legislação, para a obtenção de dados relativamente precisos, objetivos, extraídos das relações sociais, econômicas, estéticas, morais, religiosas, políticas, etc., pois, na gênese das regras jurídicas, todos os processos sociais de coexistência se entrelaçam.

Na concepção pontesiana, a política jurídica tem compromisso com a vida, por isso sua função é a de buscar aprimorar as regras de direito, para que elas retratem o mais exatamente possível o direito, que também é vida para ele.

Seu esforço foi empreendido no sentido de aproximar o direito da vida social, de buscar a paz, a felicidade, aspirações do ser humano, motivos pelos quais defende o aperfeiçoamento constante das regras jurídicas, para o que propõe a política jurídica. “A finalidade política do Direito deve ser a realização da maior soma possível de utilidade para o corpo coletivo¹⁰.”

Esta adequação do direito à vida, aspiração da política jurídica pontesiana, pode ser vista mais nitidamente na seguinte passagem:

“Quando o homem procura, pela pesquisa dos fatos sociais, melhorar as suas condições de vida, regular a instabilidade, precipitar as adaptações e corrigir os defeitos de adaptação, representa ele, agora sem a companhia dos outros vertebrados, o grande drama da sua insurreição. Após a tremenda luta, consegue afeiçoar o meio, hostil e variável, à relativa estabilidade da índole do animal e, agora à do homem. O fim e melhor diríamos a razão de todas as instituições sociais, principalmente políticas e jurídicas, é assegurar a continuidade da vida, conforme as necessidades derivadas da própria natureza humana, representadas pela diferença entre o meio terrestre e o que é de mister para o perfeito desenvolvimento do ser humano¹¹.”

Como vemos, o fim das instituições político-jurídicas é o de assegurar a continuidade da vida, pelo que devem manter a harmonia e a estabilidade do homem à vida social,

¹⁰Idem. Ibidem. Tomo I, p. 226.

¹¹Idem. Ibidem. Tomo III, p. 119.

melhorando, pela investigação das relações sociais, suas condições de vida. “E porque a estabilidade depende da perfeição e esta do equilíbrio, *forma física da justiça*, não podem ter o direito e a evolução social outro desígnio, outra finalidade, que a crescente realização do justo, *forma social do equilíbrio*¹².”

PONTES DE MIRANDA, no “Sistema”, divide a ciência jurídica em três partes, conforme estudamos no primeiro capítulo. São elas: a teórica, a histórica e a técnica. Não obstante serem inseparáveis entre si, entendemos que nesta última reside a dimensão prática da política jurídica, por se utilizar do trabalho histórico-teórico, para melhor aplicar os dados historicamente apreendidos e teoricamente formulados nas regras jurídicas, ao que melhor corresponde a determinada situação.

Vislumbramos, nesta terceira parte da ciência jurídica pontesiana, uma preocupação nitidamente utilitarista, pelo que não podemos negar à sua ciência do direito a apresentação de certo utilitarismo geral, eis que PONTES DE MIRANDA não defendia o utilitarismo estreito, incompatível com o seu determinismo metodológico.

Cumpra a essa parte técnica proceder à passagem do indicativo da ciência para o imperativo das regras jurídicas, que é o pedido que o jurídico faz ao político por meio da ciência, para transformar a descrição em prescrição, a indicatividade da ciência em ação, quando então começa a incidência da regra jurídica.

Na “Introdução à Política Científica”, mostra o jurista brasileiro a diretriz da política jurídica:

“A verdadeira política científica não quer que se aplaine, de uma vez, todo o campo social, nem que se postule a igualdade humana, princípio abstrato que os fatos desmentem; mas é a própria sociologia que nos mostra a melhor diretriz, que é a da evolução efetiva, concreta, dos fenômenos da vida em comum: a constante diminuição das desigualdades arbitrárias¹³.”

Em PONTES DE MIRANDA, a política jurídica deve ser científica, ou seja, utilizar-se do instrumental metodológico científico, que somente pode ser o experimental indutivo,

¹²Idem. Ibidem. p. 63.

¹³_____. *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p. 106.

apto a permitir a observação e a análise dos fatos, a fim de que sejam extraídas as soluções corretivas para as regras jurídicas. Nele, a política jurídica é uma parte especializada da política científica.

Ele não postula o nivelamento dos homens, posto que seria disfarçar a desigualdade dos destinatários das normas. Reivindica, outrossim, a igualdade dos pontos de partida para cada um, o que não implica negar a desigualdade real, nem deixando, por isto, esta de ser justa. Propõe solução individual-científica para o problema humano. Tal posição fica bastante clara ao tratar dos rumos da política científica:

“Hoje, quando a ciência se encaminhou para a indutividade, e colhe as leis da natureza, onde as há, aproveita-o a técnica, a utilizar aquelas leis, a serviço do povo, a que espiritualmente eleva e liberta dos grilhões do trabalho excessivo. A exploração, que então se dá hoje, observamos, resulta das instituições, dos maus processos políticos, legislativos e de administração, que ainda correspondem à falsa ciência especulativa e despótica. À proporção que se atende aos fatos da vida, diminuem as injustiças, vê-se *claro* no mundo real e apresenta-se-nos, a nós todos, a generalização dos benefícios como o único e seguro caminho para a felicidade dos indivíduos. As verdades científicas postulam a democracia, mas a democracia sabiamente socializadora. A missão da política é a cultura do homem¹⁴.”

Sintetiza esta passagem tudo o que dissemos até agora sobre a política jurídica. A preocupação pontesiana reside na diminuição das injustiças, para o que recomenda o atendimento aos fatos da vida, com o que se aspirará à democracia socializadora. Deixa igualmente entrever que, para a persecução do justo, muito dependerá do redirecionamento a ser dado às instituições, no sentido de organizar as funções políticas, legislativas e administrativas, ao invés dos poderes, o que acarretará na eliminação gradativa da quantia de violência presente no direito.

Na medida em que a política do direito pontesiana cumpre a finalidade de diminuir os erros de coexistência social, pelo que busca a justiça concreta, exerce precípua função pedagógica, posto que também está voltada para a redução e o combate à ignorância humana,

¹⁴ _____, *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 354-5.

impediente de enxergar o direito como processo social evolutivo para a adequação do indivíduo ao social.

Como dissemos neste tópico, a política jurídica pontesiana é o próprio direito enquanto processo social de coexistência, eis que a corrigenda dos erros ou defeitos de adaptação que ela visa eliminar não deixa de ser também processo de coexistência ou adaptação, como diz PONTES DE MIRANDA. Isto pode ser verificado na seguinte passagem:

“direito científico (política jurídica positiva): é o processo de adaptação, que pressupõe o conhecimento do que efetivamente exercem, no tempo e no espaço, isto é, nos homens ou no povo de determinado país e em determinado momento histórico, as várias forças ou regras de adaptação social. Os dados, com que se opera, não se limitam ao conhecimento das regras, mas dos próprios efeitos dos elementos inorgânicos (economia, fatores físicos, etc.)¹⁵.”

Portanto, cabe à política jurídica intervir, corrigir e evitar os enganos de adequação do homem ao mundo social, na medida em que visa aperfeiçoar as regras jurídicas, expressões do fenômeno jurídico, concorrendo para alcançar a simetria, o equilíbrio e a estabilidade delas, a fim de que melhor proveja a coexistência social, no que está a prevenir os males sociais.

Concorre a política do direito, para que a condição de previsibilidade que deve satisfazer as regras do direito estabeleça uma identificação mais aproximadamente possível entre elas e as relações intersubjetivas, travadas no coexistir humano.

Conforme constatamos, o investigador do direito desenvolve uma missão política ao influir na matéria social, para apontar respostas mais compadecentes com a realidade vivencial. É o jurídico a reclamar do político soluções mais consentâneas aos interrogantes sociais, as quais o puro juridismo é insuficiente para fornecer.

Como diz o nosso jurista na obra “Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro”:

¹⁵Idem. Ibidem. Tomo III, p. 165.

“A política científica é o aproveitamento *oportuno*, metódico e sistemático da consciência: só se intervém quando se *sabe* que se *deve* intervir¹⁶.”

A ciência constitui um dos instrumentos de redução da violência das regras jurídicas, a qual, uma vez obtida, facilita sua intervenção no tratamento dos problemas sociais. No prover eficazmente o equilíbrio social, reside o escopo da política científica pontesiana.

No fundo, a política jurídica reivindica a legitimidade para estabelecer a corrigenda da inadequação da regra jurídica ao fato social, buscando ampliar a generalidade das regras de direito dentro de cada círculo social, tendo como desígnio o justo.

2. O direito como fenômeno social poliédrico

Na investigação político-jurídica do fenômeno jurídico, PONTES DE MIRANDA recusa toda e qualquer teoria que procura explicar o direito somente por um dos ângulos sociais, quer seja econômico, político ou de outra natureza. Não incorre na falta cometida pelo unilateralismo que só enxerga uma das faces do jurídico. Sua postura, ao pesquisar o direito, não é absoluta, posto que não parte de um dedutivismo viseirado, que a tudo pretende prover a partir de princípios concebidos abstratamente, tampouco se faz refém da armadilha lógica da plenitude dos sistemas jurídicos.

Considera perigoso encarar o fenômeno jurídico somente por um aspecto, razão pela qual convoca todas as ciências para explicá-lo de maneira interdependente, sem fragmentar o fenômeno social, que é o direito. É ele mesmo quem adverte:

“Na política jurídica, que é a mais delicada missão que possa haver, faz-se preciso todo o cuidado para que não descubra um dos aspectos da realidade. O mal dos exclusivistas, religiosos, moralistas, ou adeptos do materialismo histórico, etc., consiste na restrição das medidas ao estreito campo da especialidade, que os absorve e domina (KANT: razão-prática; COMTE, síntese subjetiva: supremacia do fato moral; MARX: economia): são mais instrumentos do que agentes; em vez da atividade, que se exige, porque é caracteristicamente ativa ou reativa a missão da

¹⁶ _____ Fontes e evolução do direito civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981. p. 21.

adaptação consciente, temos a passividade resultante do domínio de um dos critérios sobre o espírito dos dirigentes¹⁷.”

A preocupação pontesiana é no sentido de não deixar descoberto qualquer aspecto da realidade social; por isso, sua crítica aos unilateralistas, os quais tudo pretendiam explicar a partir de determinada visão reducionista da realidade. O materialismo histórico, por exemplo, procura descortinar o fenômeno social a partir do determinismo econômico, em que o direito seria mero reflexo deste. Ensina o nosso jurista, ao contrário do que vaticinou KARL MARX, que, se o conteúdo da maioria das regras jurídicas é de natureza econômica, isto não significa que todas elas revistam tal recheio, eis que podem conter, além do elemento econômico, o moral, religioso, político ou de outra ordem.

Por isso é que sustenta o entrelaçamento de todos os processos sociais de coexistência na constituição do direito, porquanto são as relações sociais o material com o qual deve trabalhar o jurista, pelo que deve coexistir neste o cientista e o sociólogo. É das relações econômicas, políticas, religiosas, morais e outras, dos elementos reais, que devem ser induzidas as regras jurídicas, com o que o conhecimento ganhará em eficácia e objetividade.

Assim o jurista brasileiro não dá primazia a determinado elemento social, pois todos concorrem para a formação do direito, pelo que não há justificativa fática para considerar o econômico como conteúdo da forma jurídica. Para ele, nem o direito é forma, tampouco a economia é conteúdo, o que se traduz numa ilusão decorrente da posição em que se acha o investigador.

Daí por que o direito, tido como fato social, não deve ser confundido com determinado período histórico em que houvera predominado certo aspecto. Neste sentido é que PONTES DE MIRANDA enxerga o direito, enquanto instrumento coativo, como produto do capitalismo, caracterizado por um conjunto de regras temporárias, inconfundíveis com o direito social, o qual deve ser revelado cientificamente, com o que decrescerá o elemento despótico e, por consequência, a sanção, que, por sua vez, será substituída progressivamente pela aquiescência espontânea às regras jurídicas.

¹⁷ _____ . Sistema de ciência positiva do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 303.

Como vemos, PONTES DE MIRANDA encarece a necessidade de não descurar da integralidade das relações sociais, arredando qualquer critério que pretenda subordinar o fenômeno jurídico a único aspecto da vida. Para tal missão, aponta a política jurídica. Esta, para cumprir sua função corretiva dos sistemas jurídicos, visando atingir o justo, leva em consideração as variadas feições do fenômeno social, no caso, as diversas classes de relações sociais, a partir das quais corrige as regras do direito. Enfatiza o autor tematizado:

“Se o fenômeno social é poliédrico, segundo a imagem que convencionamos empregar, é fácil compreender que possamos explicá-lo ou vê-lo pela superfície da religião, da moral, do direito, da economia ou da política¹⁸.”

Na visão poliédrica pontesiana, todos os processos sociais de coexistência se vinculam, a fim de que o fenômeno jurídico comporte explicação interdependente, para o que concorre o método indutivo, utilizado pela política jurídica. O jurista brasileiro evita o utilitarismo, pela mesma razão que combate o materialismo histórico, por apresentar o inconveniente do unilateralismo, de maneira que, ao empregar a expressão utilidade social, o faz no sentido ordinário da palavra, sempre atinente aos fatos na sua concretude. Observa então:

“No direito, devemos evitar o termo utilidade, que pouco ou nada exprime e que tem o inconveniente de ser suspeito de unilateralismos filosóficos (utilitarismo, materialismo histórico, etc.). Sempre que nos referimos à necessidade e à eficácia dos fenômenos jurídicos seremos explícitos na caracterização dos fatos, e assim evitamos dar novo sentido às palavras do vocabulário usual ou criar outra, que talvez fosse demasiado geral para fenômeno tão restrito, posto que tão complexo na substância geradora, como é o jurídico. A utilidade social, que é a do sentido ordinário da palavra, por vezes aludiremos; domina o mundo dos fatos concretos¹⁹.”

Não foi outro o sentido por nós vislumbrado na parte técnica da sua ciência jurídica, quando dissemos, no tópico anterior, que ela comporta uma dimensão de utilitarismo geral,

¹⁸Idem. Ibidem. p. 296.

¹⁹_____. Matéria social e elemento jurídico. Revista de Direito público e de administração federal, estadual e municipal. Rio de Janeiro, 1924. p. 274.

ou seja, de utilidade social, eis que PONTES DE MIRANDA recusa a atitude utilitarista, dada sua visão estreita do fenômeno social. Neste sentido, não podemos deixar de realçar o desenvolvido por OSVALDO FERREIRA DE MELO no campo da política jurídica, ao dar atenção a questões que não são suficientemente estudadas. Do seu artigo “Utilidade social da norma, uma questão de política jurídica”, publicado na revista *Seqüência*, recolhemos o seguinte excerto, face à sintonia estabelecida com o jurista nacional tematizado:

“Um outro ponto que deve ser salientado nesse esforço crítico, refere-se ao reducionismo que pretende o utilitarismo clássico com relação ao *justo*, o qual ficaria dependente do *útil*. Da mesma forma haveria uma desconsideração quanto aos elementos ideológicos nas desigualdades entre os homens, na história das dominações econômicas e políticas, ficando a complexidade das interações sócio-culturais reduzida à simples hierarquização de interesses e desejos que, assim enunciados, justificariam o mecanismo das opressões²⁰.”

É contra a opressão e a dominação que se direciona a política do direito em PONTES DE MIRANDA, por isso é que foge do utilitarismo estreito, justificador deste estado de coisas denunciado por OSVALDO MELO. Como este bem diz, o justo não pode ficar condicionado ao útil. Por isso é que o justo, na visão pontesiana, deve ser buscado a partir da observação e análise atenta das relações sociais e não só de determinada classe de relação, a fim de que possa habitar no mundo dos fatos concretos.

Ao contrário do utilitarismo clássico benthamiano, PONTES DE MIRANDA sustenta que os interesses, os desejos e as necessidades de cada um serão melhor satisfeitos na medida em que melhorarem as condições de existência social de todos. Radica aí a diferença entre a individualização e a socialização. Como frisou OSVALDO MELO: “Se o valor *utilidade* pudesse ser arbitrado segundo os interesses, desejos e necessidades de cada um, não haveria como atribuí-lo a uma norma senão através do autoritarismo e da dominação²¹.”

Aponta o jurista pátrio:

²⁰MELO, Osvaldo Ferreira de. Utilidade social da norma, uma questão de política jurídica. *Seqüência*, Florianópolis, UFSC, (9): 9-16, jun. 1984. p. 11.

²¹Idem. *Ibidem*.

“A adoção de segura política jurídica é um dos maiores fatores de felicidade dos povos. O direito é suscetível de aperfeiçoar-se e, cada vez mais, servir à ordem social. Mas tal evolução não se opera *necessariamente*; não é *fatal*, e sim apenas *possível*”²².”

Interessante é a coincidência, neste sentido, entre a posição pontesiana defendida no “Sistema de Ciência Positiva do Direito”, em 1922, e a postura sustentada por ALF ROSS mais recentemente, em 1958, na sua obra “Sobre o Direito e a Justiça”. Nesta estabelece ALF ROSS:

“A necessidade fatal ou destino nada tem que ver com o determinismo. Ela é inevitável. A necessidade determinista, pelo contrário, é fundamento da intervenção orientadora da ciência aplicada. Falando metaforicamente, podemos dizer que enquanto que as causas empurram aos efeitos, o destino faz que a meta futura predeterminada atraia aos sucessos”²³.”

A exemplo do jurista brasileiro, ALF ROSS também se inclinou pelo determinismo, pelo que recusou o fatalismo metafísico, herdado do historicismo, de que a história está traçada por um destino. Para ambos, cabe à ciência intervir, em função das circunstâncias e contingências, e estabelecer certas tendências, verificadas certas condições, o que evidencia suas posturas empiristas. Porém, a nosso ver, o jurista pátrio dissente do jurista inglês, na medida em que adota o método indutivo no seu determinismo fático, a fim de que o político jurídico possa intervir nas relações sociais de maneira menos subjetiva possível.

Convém aqui registrarmos que o jurista brasileiro se antecipa a ALF ROSS no sentido não só de tematizar a política jurídica, como também de não abordá-la em termos exclusivamente de problemas de política legislativa. Neste último, “a política jurídica não só cumpre o papel de guia para o legislador, senão também o de guia para as autoridades que administram o direito, em particular os juizes.”²⁴

²²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 252.

²³ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Universitaria, 1977. p. 331.

N. Trata-se de uma tradução do inglês para o castelhano, donde colhemos a presente citação e a vertemos para o idioma nacional.

²⁴Idem. *Ibidem*. p. 321.

Em PONTES DE MIRANDA, a política jurídica, adstrita ao método científico, constitui a bússola orientadora que deve seguir o legislador, o juiz e também o intérprete, com o que se dará a uniformidade de funções hermenêuticas no sentido de todos, cada um a seu tempo, perseguirem o justo.

Noutro aspecto em que coincidem é no relativo ao objetivo buscado pelo direito, o qual, para ALF ROSS, reside em “aperfeiçoar a idéia de justiça inerente a ele. A política jurídica é a doutrina que ensina como alcançar este objetivo.”²⁵

A idéia de aperfeiçoamento da justiça, presente no objetivo da política jurídica, em ALF ROSS, é a mesma encontrada no jurista brasileiro, conforme verificamos ao estudar a função corretiva exercida pela política do direito na sua concepção, sempre no sentido de procurar se aproximar do mais justo possível.

PONTES DE MIRANDA também já reconhecia antes de ALF ROSS a existência de uma política jurídica diversa da política moral, da política econômica, da política religiosa, porém estas como partes especializadas da política científica. Este, por sua vez, distinguia a política jurídica da política do bem-estar, da política cultural e da política do poder, determinadas por objetivos diferentes, no caso, de ordem econômica, cultural e política, mas considerava a política jurídica como um ramo da política cultural.

Assim, enquanto PONTES DE MIRANDA tem a política jurídica como uma parte da política científica, ALF ROSS reputa aquela como um ramo da política cultural. Se atentarmos que no conceito de ciência natural pontesiano está compreendido o social e o cultural, como já tivemos a oportunidade de abordar, podemos dizer que entre eles não há grandes dissensões, máxime porque ambos utilizam a política jurídica sociologicamente, residindo a divergência em nível de metodologia científica.

Como apontou acuradamente OSVALDO FERREIRA DE MELO em trabalho intitulado “A Contribuição de Miguel Reale para a Política-Jurídica”, publicado na Revista Sequência:

“Entretidos com a exclusiva função de explorar o sistema positivo, muitos juristas se negam a ver no Direito um papel transformador e progressista, e consideram inoportuno, senão inconseqüente, todo esforço

²⁵Idem. Ibidem. p. 317.

para a justificação da norma. Parece que a maioria dos estudiosos das ciências sociais e econômicas aceitam como dogmático ou questão de fatalidade que o Direito seja a expressão da vontade das classes dominantes e um meio de garantir toda dominação. Pouco se tem feito no mundo jurídico para recuperar a real posição que deve ter o Direito no processo global de transformação do presente e na construção do futuro.²⁶”

A percuciente observação de OSVALDO MELO, no sentido de constatar o descaso de muitos juristas para enxergar o fenômeno jurídico dentro de uma linha transformadora, já consistia uma preocupação em PONTES DE MIRANDA, por isso é que tinha a política jurídica como a mais delicada missão do jurista, face à mesma envolver o problema jurídico, humano por excelência.

A dimensão da política jurídica pontesiana, tratada há mais de setenta anos, mas cuja atualidade é indiscutível, pode ser avaliada já nas primeiras linhas dedicadas especificamente ao tema no “Sistema”:

“A política científica não quer o proselitismo para a luta contra homens, mas para a luta contra os males, as condições desfavoráveis, contra as quais só a inteligência vence e só a ciência pode aumentar as probabilidades de vitória. Em vez do predomínio, a administração. Em vez da luta, o trabalho. Em vez da má concorrência, a administração justa e sábia. O ideal político das nações deve ser *produzir* sabiamente e sabiamente *distribuir*, único expediente para promover a adaptação de cada uma delas à vida universal e dos homens que as compõem aos círculos sociais a que pertencem. Mas, para tal desígnio, cumpre convocar todos os demais processos adaptativos²⁷”.

Nesta citação estão contempladas as várias partes em que se divide a política científica na concepção pontesiana, dentre as quais se evidencia a política jurídica, que, por sua vez, não prescinde da ciência, nem dos demais processos sociais de coexistência, na promoção da conciliação dos interesses individuais aos coletivos. Ressalta nitidamente sua preocupação de comprometer a política do direito com a vida, no que ela concorre para a diminuição dos defeitos de ajuste do homem ao meio em que está inserido.

²⁶MELO, Osvaldo Ferreira de. A contribuição de Miguel Reale para a política-jurídica. *Seqüência*, Florianópolis, UFSC, (22): 15-29, jun. 1991. p. 16.

²⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 309.

Conforme citação de OSVALDO MELO, o jurista espanhol JOSÉ LUIS ESTEVEZ advertia que “A elaboração de uma Política do Direito é, neste século, a tarefa primordial que têm os juristas²⁸.” Este teria dito isto há mais de quarenta anos. Como vemos, o nosso jurista já tinha consciência, no início do século, da importância reservada para a delicada missão da política jurídica.

Se procedemos a tais comparações é para realçar a originalidade dispensada ao tema por um jurista conterrâneo, que, segundo nos consta, tratou pela primeira vez deste assunto aqui no Brasil, revestindo-se o mesmo de caráter atual ainda hoje.

Face à política jurídica pontesiana se nutrir de fatos, de realidades, para melhor prover o problema jurídico na coletividade, nos diversos círculos sociais, enseja a democratização do direito, criando perspectivas de socialização jurídica. A visão poliédrica do fenômeno jurídico, por não descobrir quaisquer dos elementos sociais, no que atesta a integração deles na gênese das regras jurídicas, apresenta uma base profundamente democrática, a partir da qual se dará o crescimento socializante dos círculos sociais.

Portanto, o compromisso da política jurídica em PONTES DE MIRANDA é com a democracia e com a socialização, com o que se atingirá o justo possível. Nesta ótica, contribui ela para a eliminação progressiva do voluntarismo e do subjetivismo político, que são despóticos. Ele mesmo nos diz:

“Estudos das relações sociais (elaboração científica do direito) e crescente socialização dos bens da vida são os dois processos para conseguirmos marchar na direção do melhor. À medida que avançarmos, diminuirá o elemento despótico. Ciência, política religiosa, moral, jurídica, etc., e liberdade são os três faróis que nos podem guiar. E só eles com segurança nos pode guiar!²⁹”

Com isto responde a política jurídica à necessidade de livrar o direito do elemento despótico que o caracteriza, diminuindo gradualmente a marca do absolutismo que o reveste, para inscrevê-lo no espaço democrático, tendente à socialização, pelo que se dará o atendimento consciente às prescrições contidas nas regras jurídicas, aproximando-se o

²⁸MELO, Osvaldo Ferreira de. A contribuição de Miguel Reale para a política jurídica. *Seqüência*, Florianópolis, UFSC, (22): 15-29, jun. 1991. p. 17.

²⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 343.

indicativo resultante das relações sociais com o imperativo das regras, tudo operado cientificamente.

Importante também esclarecermos que, na concepção poliédrica do fenômeno jurídico, se opera a utilização político-jurídica dos elementos sociais que servem à constituição de todos os processos sociais de existência, sem que isto signifique uma produção ou modificação destes elementos, enquanto processos sociais, o que compete a cada um deles. Desse modo, a política jurídica apenas apanha e faz jurídico o que antes era somente religioso, moral, econômico ou pertencente a qualquer outro processo, sem que estes percam suas funções sociais de coexistência do indivíduo ao coletivo. Por isso é que todas as condições de existência se entrelaçam na gênese do fenômeno jurídico.

3. A política jurídica como solução das lacunas e obscuridades das regras jurídicas

Não pretendemos recuperar neste contexto o que dissemos no capítulo anterior sobre as lacunas no direito, mas tão somente verificarmos em que medida a política jurídica pode servir de contribuição efetiva para o preenchimento dos vazios normativos, na perspectiva pontesiana.

No tópico anterior, referimos que o jurista nacional não se limitou a tratar a política jurídica como problema de política legislativa, embora reconheça que “um dos fins capitais da boa política científica, objetiva, adespótica - é a cada vez mais perfeita e mais precisa legislação prática³⁰”. É que, na sua concepção, a política jurídica serve igualmente de guia para o legislador, o juiz e o intérprete das regras jurídicas, no que, a nosso ver, presta significativa contribuição para o problema da hermenêutica jurídica.

Interroga-se PONTES DE MIRANDA:

“que existe no lugar das lacunas? o *nada* ou o *direito natural* ? - e isso envolve problemas relevantes, mais ainda o é para a *interpretação*

³⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 327.

*das leis, para a doutrina da divisão dos poderes e, em geral, para toda a política*³¹.”

Sua preocupação é saber o que se passa na criação das regras jurídicas, como proceder para evitar o problema das incompletudes legislativas, pelo que exige do investigador do direito a especialização sociológica, de cuja síntese resulta o jurista, a fim de que este proceda à observação e à análise das relações sociais, delas induzindo as regras que irão disciplinar o comportamento humano.

O direito, na sua visão, existe nos fatos, comportando ao pesquisador jurídico descobri-lo e revelá-lo nas regras jurídicas, devendo estas se manterem enquanto responderem ao critério de verificabilidade que só as relações jurídicas podem comprovar.

Contudo, dada a própria falibilidade humana, somada ainda à falta do desenvolvimento de um instrumental metodológico, nem sempre o legislador formula a regra que devera para regular a conduta humana, acarretando um divórcio entre o direito vivo e a regra jurídica formulada. Esta, por sua vez, padece ainda das imperfeições da linguagem, o que acarreta, não raro, defeitos de redação bastante comprometedores de uma leitura normativa mais compatível com o desiderato visado por elas.

Aqui é que tem lugar a política jurídica em PONTES DE MIRANDA, para procurar sanar os defeitos de ajuste da regra jurídica às situações da vida, buscando a conciliação do indivíduo com o coletivo. Porém tal operação somente é possível, face à intervenção eficaz do jurista nas relações sociais, enquanto sujeito cognoscente.

Trata-se da função político-jurídica cumprida pelo significado do direito pontesiano a que aludimos no item primeiro deste capítulo.

Conforme já tivemos oportunidade de aludir noutro lugar, coube ao autor tematizado mostrar essa passagem do político ao jurídico, que, por sua vez, se dá na incidência da norma aos casos que ela visa reger. Neste momento é que intervém o político do direito para corrigir os defeitos de ajustamento das regras jurídicas às relações intersubjetivas que elas têm por escopo regulamentar.

³¹Idem. *Ibidem*. Tomo III, p. 60.

Assim é que ao legislador compete a missão de boa e segura política legislativa, quando da criação das regras do direito, procurando elaborá-las em consonância com o que os fatos apontam, com vistas a obter o equilíbrio social. Ao intérprete também toca a grave tarefa de exercer a função de político-jurídico, posto que não basta a ele valer-se da analogia ou dos chamados princípios gerais do direito, mas sim revelar o direito a partir das realidades, com o que livrará o jurídico de interpretações subjetivistas e arbitrárias. De igual sorte, toca ao juiz arvorar-se em político do direito, decidindo segundo a conformação das regras jurídicas com os fatos sociais.

Por conseguinte, a política jurídica pontesiana responde pelo critério de como tornar possíveis as atividades legislativa, interpretativa e judiciária, a fim de que o justo seja permanentemente o fito visado pela regra jurídica.

Bem registrou CLÓVIS BEVILÁQUA em discurso proferido a 26 de fevereiro de 1923, na saudação a PONTES DE MIRANDA, ao reportar-se ao “Sistema” deste:

“Como quer que seja, há lacunas no direito escrito, e é forçoso preenchê-las. Para consegui-lo há somente um meio, que é conhecer as relações sociais em jogo, e delas colher a regra jurídica latente na vida coletiva. Não vos arreceiais do arbítrio do juiz, porque ele não decidirá segundo a sua fantasia, mas investigando, objetiva e cientificamente, a regra jurídica existente, que a lei ainda não declarou, nem o costume, espontaneamente, formulou. E a aprovação mostrará que não há conformidade entre a norma proposta e a necessidade sentida³².”

Com muita argúcia, o autor do anteprojeto do Código Civil Brasileiro em vigor assimilou a posição pontesiana acerca do fenômeno jurídico, o qual não identifica com a regra jurídica escrita nem com a consuetudinária ou qualquer das suas formas de expressão.

Neste sentido é que dissemos, noutra parte, constituir uma impropriedade, na visão pontesiana, falar em lacunas no direito, posto que lacunosas são as formas de expressão, dada a vicissitude de que se ressentem, por não poderem conter todo o direito de que necessitam os grupos sociais.

Destarte, flagrou CLÓVIS BEVILÁQUA, com muita pertinácia, na obra pontesiana, a atitude político-jurídica do julgador, quando refere que este deve decidir após investigar

³²BEVILÁQUA, Clóvis et alii. *Três discursos sobre um jurista*. Rio de Janeiro, 1958. p. 7.

objetiva e cientificamente as relações sociais, formulando então a regra jurídica, ainda não declarada nem formulada.

Como vemos através do reconhecimento do civilista brasileiro, no que PONTES DE MIRANDA está a admitir, ao juiz é permitido criar a regra jurídica a partir dos fatos sociais, numa atitude manifestamente de político do direito, visando suprir a lacuna deixada pela ausência da norma ainda não expressa.

Aliás, já vimos no capítulo precedente, consoante citação reproduzida, que não existe incompatibilidade entre a criação da regra jurídica pelo legislativo, pelo judiciário e pelo executivo, porquanto todos utilizam, sucessivamente, o mesmo processo de revelação científica das regras, operando isso no sentido da mais eficaz intervenção da consciência humana e do menor prestígio artificial, o que concorre para a redução da quantidade de violência de que se ressentem as normas jurídicas.

Temos que a política jurídica, em relação ao julgador, cumpre a finalidade de dirigir-lhe certas regras sobre interpretação e aplicação das leis, as quais ele mesmo deve revelar a partir do que colheu nas relações sociais, pelo que expõe o jurista patricio:

“A aplicação da lei tem o fim político, teórico, de realizar o direito, e o objetivo jurídico, prático, de por termo às contendas (segurança extrínseca). Se atinge aquele, ou não, no caso concreto, é problema de crítica científica, política-jurídica, do julgado, enquanto há recurso, ou ação contra a coisa julgada. Se atinge, ou não, a esse, é problema jurídico prático (interesse das partes), enquanto há recurso, ou ação contra a coisa julgada. Após isso, o problema é somente científico para quem quer que seja³³.”

Pelo que verificamos, resta demonstrada a atividade jurídico-política do julgador, quando da aplicação da lei com vistas a realizar o direito e solucionar os conflitos existentes entre os indivíduos e o coletivo. Não obstante o jurista brasileiro identificar três aspectos que podem envolver a prestação jurisdicional, fazendo ressaltar, respectivamente, a crítica científica, na realização do direito, a dimensão prática do jurídico, no objetivo de pôr fim às contendas e à ciência, após a decisão ter se tornada definitiva, entendemos que todos estes aspectos são partes incidíveis do mesmo problema, que é de natureza política jurídica.

³³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo II, p. 307-8.

A cisão estabelecida pelo jurista brasileiro é tão somente de caráter disciplinar, eis que o julgador, na condição de político do direito, está não somente preocupado em aplicar o direito, mas em aplicá-lo bem, eis que sua decisão poderá ser questionada cientificamente, podendo resultar em novas orientações para outros casos que se apresentarem.

O momento processual referido por PONTES DE MIRANDA é onde devem ser conciliadas as partes teórica, prática e técnica da ciência, incindíveis pelo que dissemos. É onde o político se socorre da ciência para ir em direção ao jurídico.

A HERMANN KANROTOWICZ ocorreu o problema da criação da regra jurídica pelo juiz, pois sua preocupação era a de não ferir o princípio da representação política afeto diretamente ao povo, que os delega a seus representantes para criar as regras. Propôs então o jurista alemão a eleição dos juizes e correlata responsabilidade como forma de contornar este aspecto legal, ao que redargui o jurista brasileiro não resolver tal expediente, posto que a ciência não mostra o direito livre como obra somente do juiz. Para obviar tal dificuldade aponta o nosso jurista o método científico, pelo que deve a ele se sujeitar o descobridor do direito e formulador da regra jurídica, seja ele juiz, legislador ou intérprete, pois são considerados investigadores do direito e, na tarefa hermenêutica, devem se haver com metodologia indutiva.

Concorre assim a política jurídica para estabelecer a uniformidade dos processos de criação das regras jurídicas, com o que contribuirá para, senão evitar, pelo menos reduzir às proporções mínimas as incompatibilidades existentes entre as formas de expressão do direito.

Já mencionamos que o mais grave problema humano é o de prover concretamente o justo. Para tanto, PONTES DE MIRANDA mostra o caminho da política jurídica, no qual deverá andar o investigador do fenômeno na sua busca de aproximar cada vez mais o direito da realidade social. No procurar tornar harmonizáveis, conciliantes a criação legislativa e a judicial consiste o propósito político jurídico, pois estará concorrendo para a correção dos erros dos processos de coexistência social.

Assim adverte PONTES DE MIRANDA nas três seguintes proposições:

“a) dois princípios são hoje fundamentais na vida funcional das organizações judiciárias - o de não denegar justiça (o juiz tem de decidir o que se lhe submeter) e o de obedecer à lei, isto é, ser fiel a ela, só resolver fundado em lei; b) se há lacunas na ordem jurídica, aqueles princípios se chocam, porque o juiz não pode ser obrigado a resolver fundado em lei, se há casos que a lei não atinge; c) se o juiz tem de resolver - como quer, por exemplo, a Introdução do Código Civil Brasileiro, art. 5, última parte, e o dizem outros - e se há lacunas, qual o processo *mais acertado* para não deixar de decidir³⁴?”

Aponta com bastante lucidez o jurista brasileiro a incompatibilidade existente nos sistemas jurídicos, no caso específico do nosso país, dos princípios de que ao julgador é dado obedecer à lei e decidir sempre, posto que inconciliáveis face à existência de lacunas na ordem jurídica. Como então decidir com base na lei, se esta apresenta lacunas? É o que se questiona.

É verdade que aponta o método científico para solver o problema. Porém este, como instrumento de revelação do jurídico que é, não opera por si só, exigindo sua utilização pelo investigador do direito, o qual, no nosso entendimento, exerce função de política jurídica. É que cabe a ele, o julgador, a tarefa de criar a regra jurídica não prevista para a situação sob julgamento, pelo que deve descer aos fatos e induzi-la, para então realizar o direito (fim político) e solucionar o caso (objetivo jurídico), o que lhe exige, por certo, preparo científico.

Pelo que vemos, PONTES DE MIRANDA não se detém somente no estudo das fontes jurídicas tradicionais; procura saber o que corre por baixo delas, ou seja, o que se passa na criação das regras jurídicas, na sua incidência aos fatos e na sua aplicação, a fim de prover o problema hermenêutico de forma eficaz através da política jurídica.

Por meio da política do direito, fica superado o problema das contradições de ordem prática e teórica apresentadas pelos sistemas jurídicos, haja vista que as atividades dos juristas, sejam eles intérpretes, legisladores ou juizes, podem ser sistematizadas com segurança, com base nas relações sociais, donde são extraídas as regras do direito, afastando-se o temor da arbitrariedade dos lidadores do jurídico, ao se substituir o

³⁴Idem. Ibidem. Tomo III, p. 60.

subjetivismo que lhes é inerente pela indagação científica. Este é para nós o horizonte mirado por PONTES DE MIRANDA.

Conseqüentemente, proporcionarão os sistemas jurídicos garantias efetivas de diminuição de probalidades de erros, libertando gradativamente o indivíduo da marca coativa de que ainda se ressentem o direito, com o que se dará mais eficazmente o processo jurídico de coexistência social.

A política jurídica tem a missão de efetuar a passagem do subjetivo das relações sociais para o objetivo das regras jurídicas, para o que se serve da ciência, de modo que se encontra nos próprios fatos a solução para o problema hermenêutico e não em princípios racionais, deduzidos da pura abstração.

Primeiramente, o político do direito procura conhecer o real; posteriormente, extrai o que é fundamental para a construção dos sistemas jurídicos, a fim de que possa intervir eficazmente na ordem jurídica, satisfazendo a exigência que a política faz ao direito no sentido de diminuir a instabilidade dos sistemas de direito.

Enquanto a hermenêutica tradicional visa solucionar o problema das incompletudes dos sistemas legais a partir da interpretação das fontes formais, previstas pela ordem jurídica, o que equivale a encontrar respostas artificiais, posto que decorrentes de fórmulas hipostasiantes da realidade social, o jurista brasileiro evade-se do puro juridismo e mostra a trilha sociológica para elas.

A preocupação constante de PONTES DE MIRANDA é marchar para a direção da democratização dos processos de produção das regras jurídicas, procurar constantemente libertar o direito das amarras e dos grilhões despóticos, realizar a passagem do direito imposto para o direito espontâneo. É a presença permanente no seu pensamento do direito como fenômeno de paz.

Acena com a política jurídica como o caminho para aumentar as probabilidades de acertos dentro dos sistemas jurídicos, corrigindo-se pela análise dos fatos os defeitos de justiça e de segurança encerrados pelas regras jurídicas, pois “a correção de qualquer medida legislativa ou administrativa, no sentido de maior justiça ou segurança, implica a correção correspondente do sistema vigente³⁵.”

³⁵Idem. Ibidem. Tomo IV, p. 201.

É que PONTES DE MIRANDA procura uma justificativa a posteriori para o problema das lacunas, visando solvê-las a partir das próprias relações jurídicas e não em princípios apriorísticos derivados da pura razão abstrata. Em outras palavras, a solução para as antinomias jurídicas exige respostas sociológicas e não fórmulas ocas. Para tal missão é indispensável o jurista, que é o próprio político do direito na visão pontesiana.

À política jurídica compete fornecer critérios para o aperfeiçoamento dos processos hermenêuticos, estender ao legislador, intérprete e juiz o meio adequado na busca da solução mais justa, mais humana, mais social nas relações de coexistência travadas pelos indivíduos no meio em que vivem, eis que as formas de expressão do jurídico consistentes nas regras jurídicas de naturezas diversas não passam de pedidos que a política formula ao direito para diminuir a instabilidade dos sistemas jurídicos.

Neste sentido, refere PONTES DE MIRANDA que, na proporção do atendimento dos fatos sociais, diminuirão as injustiças, generalizando-se os benefícios rumo à felicidade dos indivíduos, como já reproduzimos no início do presente capítulo.

Conforme verificamos, a política jurídica pontesiana abre perspectivas para a fundamentação do direito em bases profundamente democráticas e socializadoras, ao buscar suprir as lacunas jurídicas sem perder de vista os fatos.

4. A política jurídica e o método indutivo

Não constitui nosso propósito voltarmos novamente a tratar do método indutivo, objeto de tematização do capítulo segundo desta tese, mas apontar o quanto ele está vinculado à política jurídica em PONTES DE MIRANDA, a ponto de ele próprio afirmar no e em relação ao “Sistema de Ciência Positiva do Direito”:

“A convicção fundamental, de ordem prática, que resulta deste livro, é a de que a verdadeira diretriz da política jurídica não é *sentimental*, nem tampouco *racionalista*, mas *positiva e científica*³⁶”.

³⁶Idem. Ibidem. Tomo I, p. XXXIV.

A partir desta confissão pontesiana, sentimo-nos encorajados a afirmar que em todo o “Sistema” perpassa a política jurídica, intimamente conectada com o método indutivo, outra diretriz que também norteia toda a obra referida. Como dissemos em outro lugar, neste mesmo capítulo, o jurista brasileiro dedicou apenas um capítulo ao tema da política jurídica, porém ela se acha difusa na obra mencionada. Este foi o convencimento a que chegamos, após cumpulsá-la e estudá-la atentamente. E neste sentido é que segue o esforço por nós ora empreendido, procurando resgatá-la.

Também já acusamos que a política jurídica cumpre a função de corrigenda social. Assim é que a vislumbramos presente no conceito de direito pontesiano. Esta assertiva que fizemos está cada vez mais confirmada, na medida em que ouvimos do próprio autor tematizado:

“O erro *diminui*, do infusório ao homem e na própria história deste. Que outra certeza poderia ser mais confortadora e mais fecunda, para o pesquisador e para o sábio?³⁷”

Trata-se aqui da concepção por ele formulada no sentido de que o investigador do direito deve concorrer para a correção dos erros ou defeitos de adaptação do homem à vida social, devendo, para tanto, valer-se de instrumental metodológico adequado, a fim de que possa promover com segurança e eficácia a conciliação dos interesses individuais com os coletivos.

Vislumbramos igualmente a formulação dos seus princípios sociológicos da crescente dilatação dos espaços sociais e a correlata diminuição da quantidade de violência contida no direito, para o que deverá contar com o método científico indutivo.

O propósito político-jurídico pontesiano identifica-se com seu próprio significado do direito, porquanto busca realizar a corrigenda constante dos defeitos de coexistência do homem à sociedade, em esforço sempre perseguido para atingir a forma mais perfeita que o jurídico possa revestir, no que implica o crescente alargamento dos círculos sociais com a reversiva diminuição da quantidade de despotismo. Nesta concepção evolutiva do fenômeno

³⁷Idem. Ibidem, p. XXXV.

jurídico, ressalta seu caráter evolutivo, progressista, cuja direção é rumar para a integração da humanidade, no que revela sua face socializadora.

Para ele, a política jurídica deve procurar a regra adequada e eficaz, não mais intuitiva ou dedutivamente, fases cronologicamente superadas, mas indutivamente, visando aos fatos, voltada para o aperfeiçoamento incessante dos sistemas jurídicos, motivo pelo qual deve ser acolhido o método científico, indutivo, objetivo, o que aumenta a segurança e diminui, na razão inversa, as probabilidades de erros.

Pretere, destarte, os processos sentimentais e racionalistas, ao optar pelo cientificismo, que, por sua vez, permite avançar progressivamente os processos de revelação do direito, tornando-os cada vez mais democráticos, no que segue a política jurídica positiva baseada nos fatos. Critica com isto o método dedutivo, utilizado por fugir à orientação sociológica e se abroquelar em princípios absolutos.

Preconiza que a política jurídica é convicção de ciência e não diretriz sentimental ou racionalista, resultando daquela sua dimensão prática, cuja estrada deve percorrer o investigador caminhante com os recursos da indução, com a única certeza possível de estar sempe avançando no sentido de proceder à diminuição dos erros de coexistência social. Podemos dizer que as corrigendas dos defeitos de coexistência do indivíduo ao coletivo dependem da evolução político-jurídica.

O político-jurídico, na visão pontesiana, deve atuar consciente da relatividade de sua intervenção na busca do justo, porém seguro de que o caminho mais consentâneo para extrair as regras jurídicas das relações sociais e depois dirigi-las aos fatos reside na via indutiva, que vai do particular para as generalidades, pois, somente desta maneira o direito cumprirá sua função de ajustamento do *eu* ao *socius*, de modo que, tomar como ponto de partida qualquer princípio a priori, metafísica ou ideal, desviaria ao seu propósito político-jurídico.

Ao se pronunciar sobre o que deve envolver a justiça na dimensão indutiva da política jurídica, assim discorre o autor trabalhado:

“A noção de justiça é mais larga, porque não somente serve de atributos aos atos da vida interior do direito, isto é, envolvidos pela ordem jurídica, como também aos que são exteriores a ele e envolvem ou não a atmosfera interna da juridicidade: justo ou injusto é o ato que se praticou de acordo com a lei vigente; mas justo ou injusto pode ser o próprio

enunciado, pois o erro do legislador, o engano do sentimento ou defeituosa indução de política jurídica, também se valoriza no sentido de maior ou menor eficácia, de atribuição de direito mais adequada ou menos adequada ao desígnio adaptativo ou corretivo de adaptação, que caracteriza o fenômeno jurídico³⁸.”

Demonstra o nosso jurista uma profunda preocupação com a noção de justiça, posto que procura aquilatá-la na sua expressão mais ampla, não a circunscrevendo apenas no espaço interior dos sistemas jurídicos, mas descortinando-a na própria proposição formulada pelo legislador a respeito do direito, quando induz a regra jurídica dos fatos sociais, pois do enunciado adequado da regra muito depende ela.

Ele chama a atenção para a importância do significado de justiça, ao mesmo tempo em que visualiza sua consideração não somente no direito, como objetivo a ser perseguido por este, mas também pela própria ciência do direito, o que pode ser constatado pela ressalva efetuada no sentido de que o justo ou injusto pode ser do enunciado, insinuando que o conceito de justiça passa pela própria ciência.

De qualquer modo, deixa transparecer que o critério do justo deve ser definido pela política jurídica indutiva, único modo de obter maior eficácia no processo social de coexistência.

No seu entendimento, não há outro caminho senão o indutivo para atingir a objetividade na indagação do direito, pois todos os outros padecem da falta de impessoalidade, prenes que estão de vícios subjetivistas antropológicos e animistas. Porém, para a descoberta do jurídico nas relações sociais, é imprescindível a atividade político-jurídica.

Ocorre que o emprego da política na legislação ou na aplicação do direito contribuirá significativamente para diminuir a marca da força que impregna o jurídico, dado o caráter que ele reveste, fazendo-o avançar progressivamente rumo ao equilíbrio social, pois o compromisso do investigador do direito é o de se orientar pelo mostrado nos fatos, donde pode ser descoberto e revelado, indutivamente, o direito legítimo, produto das mais justas aspirações humanas e, por isso, deve estar comprometido com a vida.

³⁸Idem. Ibidem. Tomo II, p. 156-7.

Através da política jurídica indutiva, o jurista brasileiro procura tornar harmonizáveis a criação legislativa e a criação judicial da lei, revolve o problema doutrinário da interpretação das leis e da divisão tripartite de poderes, mostra como deve ser revelado o direito e colmatadas as lacunas das regras jurídicas e busca integrar a incompatibilidade estabelecida pela ordem jurídica entre o julgador não poder se eximir de sentenciar e de ter que decidir com base na lei.

Vejamos qual é a receita pontesiana na prática para obviar a impossibilidade da perfeição na independência dos poderes legislativo, executivo e judiciário, eis que dos outros aspectos já cuidamos suficientemente. No Brasil, por exemplo, temos um executivo forte; nos Estados Unidos, o poder forte é o judiciário; e, na Inglaterra, o legislativo, o que demonstra que a divisão de poderes desenvolvida por MONTESQUIEU não passa de mero artifício. Para PONTES DE MIRANDA:

“ O equilíbrio é pura miragem, em que, amante das abstrações, se compraz o racionalismo, com a política de conceitos, de que é exemplo a perfeita independência com que sonhara Montesquieu³⁹. ”

Por não existirem provas de que efetivamente tenha existido a separação de poderes em algum lugar, não passa de pura miragem na expressão do político-jurídico brasileiro. É contra o desequilíbrio das funções executiva, judiciária e legislativa, cujas respectivas esferas de atribuições e competências não são respeitadas entre si, experimentando invasões mútuas constantes, gerando a hipertrofia de poderes, que PONTES DE MIRANDA aponta a política jurídica indutiva como solução, acarretando a uniformidade de investigação entre elas e dificultando o arbítrio:

“Do Poder Legislativo, pois que a lei se fará segundo os dados e materiais de observação, de estatística, etc., e não segundo a opinião, o pendor ou o *credo* político dos legisladores, a que não se dará autoridade despótica para impô-la às populações, por intermédio da violência do Executivo e da *sub-consciência* do Judiciário. Não legisla por *poder* legislar, mas por ter *descoberto* a regra jurídica, o preceito capaz de servir à ordem social.

³⁹ . Introdução à política científica. Rio de Janeiro, Garnier, 1924. p.106.

“ Do Executivo, porque, em vez da doutrina vigente de discricionariedade dos atos de tal poder político, se lhe exigirá a mesma sujeição aos critérios científicos.

“ E do Judiciário, porque não poderá preferir a regra *a* de exegese, em vez da regra *b*, o que é possível no atual sistema de interpretação, nem se sentirá perturbado, no caso de lacunas, pela contradição dos dois princípios, - obrigação de julgar e dever decidir *de acordo com a lei*. Se a lei não contém, compacto, sem lacunas, o direito, - a alguém compete revelá-lo; e o mesmo acontecerá se for errada ou imperfeita, porque o estado atual da mentalidade humana não deve permitir que se pratique, *conscientemente o mal social*. Se a doutrina mostrou o que falta, o que corrige ou o que substitui, e de casos tais demos exemplos no *Sistema* (II, 275,278), a ela há de recorrer o juiz, e não sabemos porque seja melhor do que a própria a elaboração alheia. O fim da sua função não são os dispositivos escritos, a guarda fetichista e religiosa de documentos e dogmas, mas a justa atuação nos fatos da vida. E o *justo* é o que , para a sociologia e a ciência positiva do direito, constitui o acertado⁴⁰”.

Eis a demonstração do que dissemos acerca da política pontesiana. Como comprovamos, o justo, escopo da política do direito, passa pela ciência positiva do direito, o que configura o “Sistema” como obra de política jurídica na sua inteireza, posto que ela está voltada à investigação dos fatos sociais, donde deve resultar o direito por meio do instrumental sociológico indutivo.

Vemos assim que o jurista brasileiro apresenta soluções concretas para o problema da divisão dos poderes, não ficando somente no sabor das denúncias de que se trata de um mito a separação deles; vai além, ao apontar o caminho indutivo prático da política jurídica, o que se constitui em significativa contribuição hermenêutica.

Pelo que verificamos, é possível a harmonia e a independência entre as funções legislativas, executivas e judiciárias, desde que elas sigam a via indutiva da política do direito, porquanto cabe à ciência do direito e à sociologia indicar o justo contido nos fatos, de modo que a categoria do justo, em PONTES DE MIRANDA, comporta uma base fática, positiva, pelo que não pode ser definido aprioristicamente.

Ao apontar o político-jurídico brasileiro que não há inconvenientes em o juiz arvorar-se em legislador, posto que segue o mesmo método deste, afigura-se-nos que ele está convencido da existência do justo nas relações sociais, o qual é possível revelar

⁴⁰Idem. Ibidem. p. 244 -5.

indutivamente nas regras jurídicas. Tal entendimento nos foi sugerido a partir da seguinte passagem referida por LOUIS ALTHUSSER na obra “Montesquieu, a Política e a História”, em que cita MONTESQUIEU:

“Antes de haver leis feitas, havia relações de justiça possíveis. Dizer que não há mais nada de justo ou de injusto do que ordenam ou proibem as leis positivas, equivale a dizer que antes de se ter traçado o círculo, nem todos os raios eram iguais. Portanto têm de se admitir relações de equidade anteriores à lei positiva que as estabeleceu...⁴¹”.

Se bem recordamos, o conhecimento, em PONTES DE MIRANDA, só é possível na medida em que as relações são investigadas. Por conseguinte, o conhecimento jurídico do justo, tarefa da política jurídica, verifica-se a partir do estudo das relações sociais, eis que é nelas que ele deve ser descoberto e revelado nas regras jurídicas. E ao legislador compete efetuar essa passagem do indicativo das relações para o imperativo das regras.

Valemo-nos mais uma vez das palavras de LOUIS ALTHUSSER na mencionada obra:

“Trata-se pois de um apelo ao legislador, um apelo para que o legislador, instruído das ilusões da consciência comum, crítico desta consciência cega, se regule pela consciência esclarecida do estudioso, isto é pela ciência, e na medida do possível ponha em conformação as leis conscientes que dá aos homens com as leis inconscientes que os governam. Não se trata portanto de um ideal abstrato, de uma tarefa infinita que afetaria os homens porque impotentes e errantes. Trata-se de uma correção da consciência errante pela ciência adquirida, da consciência inconsciente pela consciência científica. Trata-se portanto de passar as aquisições da ciência para a própria prática política, corrigindo esta prática dos seus erros e da sua inconsciência⁴²”.

Conforme estudamos em PONTES DE MIRANDA, com a ciência o conhecimento ingressa na fase da consciência, uma vez que ela se serve da indução para melhor ajustar o homem à realidade social através das regras do direito, e pela política jurídica processa-se

⁴¹ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a política e a história*. 2. ed. trad. de Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa, Presença, 1977. p.51-2.

⁴² Idem. *Ibidem*. p.50.

a correção dos defeitos de adequação do indivíduo ao coletivo, para o que também concorre o instrumental indutivo, pois é o único que desce até os fatos.

Atentando para a passagem recém-grifada, identificamos em MONTESQUIEU, pelos comentários que o filósofo francês LOUIS ALTHUSSER faz de sua obra, o mesmo sentido de correção científica da consciência vista pelo jurista brasileiro, coincidindo ainda na correção como a parte prática da política.

Assim, forçoso é reconhecermos a inspiração do pensamento de MONTESQUIEU na própria concepção do significado do direito pontesiano, especificamente na parte relativa à correção dos defeitos de ajuste do indivíduo ao social, onde se acha a dimensão prática da política jurídica.

Por conseguinte, com a política jurídica, implícita a utilização do método científico indutivo, oferecem os sistemas jurídicos garantia efetiva da diminuição das probabilidades de erros na aplicação das regras jurídicas, com o que liberta aos poucos o homem da coação para a coexistência social, porquanto as regras de direito se ajustam melhor às relações sociais, ensejando uma hermêutica jurídica mais justa.

5. O direito é processo social de adaptação e não conjunto de normas

O título encimado é bastante significativo, pois sintetiza duas posturas epistemológicas antitéticas a respeito do fenômeno jurídico, sustentadas, respectivamente, pelo positivismo sociológico de PONTES DE MIRANDA e pelo normativismo dogmático de HANS KELSEN.

Despertados que fomos do sono profundo da dogmática pela leitura das obras jus-filosóficas pontesianas, ainda ecoando nos nossos ouvidos as palavras de ALF ROSS em relação à “Teoria Pura do Direito” do jurista alemão, quando referiu que “são poucos os filósofos do direito de nosso tempo que, direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente, não devem algo a Kelsen⁴³, resolvemos empreender um mapeamento da

⁴³ ROSS, ALF. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Eudeba, 1977. p. 66.

N. Trata-se de uma tradução do inglês para o castelhano, donde colhemos a presente citação e a vertemos para o idioma nacional.

mais importante obra de filosofia do direito de PONTES DE MIRANDA, que é para nós o “Sistema de Ciência Positiva do Direito”, visando verificar até que ponto os fatos dão ganho de causa a ALF ROSS.

Pode parecer um despropósito quereremos identificar a influência do jurista alemão no brasileiro, principalmente porque é sabido que o “Sistema de Ciência Positiva do Direito” foi publicado pela primeira vez em 1922, reeditado cinquenta anos mais tarde, ou seja, em 1972, e a “Teoria Pura do Direito” teve sua primeira edição em 1934, surgida novamente em 1960 com a segunda edição. Como vemos, cronologicamente parece impossível buscarmos influências de uma obra aparecida doze anos mais tarde numa outra antes editada.

Entretanto, após haveremos pesquisado o “Sistema”, identificamos, em várias passagens ao longo desta obra, alusões ao pensamento jurídico kelseniano, como se PONTES DE MIRANDA já conhecesse suficientemente as principais teses sustentadas pelo jurista alemão na “Teoria Pura do Direito”, doze anos após. É evidente que o jurista brasileiro não citava a reportada obra kelseniana, posto que a mesma ainda não existia àquela época.

Contudo, tal fato nos impressionou tanto, que passamos a mapear o “Sistema” e verificar as passagens em que o nosso jurista se antecipava a não somente revelar o que o jurista alemão sustentaria mais tarde, mas também a criticar as principais idéias fortes do seu colega. Neste mapeamento, deparamo-nos com a menção à seguinte obra de Hans Kelsen: “Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen, 1911⁴⁴”. Noutros momentos do “Sistema”, ela surge com o título completo, contendo essa redação: “Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, Tübingen, 1911⁴⁵”.

Dessa forma, de imediato passamos à cata de um tradutor alemão, a fim de que o referido título fosse vertido ao idioma nacional, para sabermos do que se tratava. Não precisamos ir muito longe, eis que, ao largo da pesquisa desta tese, nos deparamos com a citação da mesma pelo filósofo LUIS RECASÉNS SICHES na sua obra “Direções

⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p. 282.

⁴⁵ Idem. *Ibidem*. Tomo IV, p. 188.

Contemporâneas do Pensamento Jurídico”, como uma das principais obras do jurista alemão.

Vejamos:

“As principais obras de Hans Kelsen sobre Teoria pura do Direito e do Estado são: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz* (Problemas capitales de la teoria de Derecho político desarrolladas partiendo de la doctrina sobre la proposición jurídica), 1911.⁴⁶”

Assim, vimos que se tratava da obra “Problemas Capitais da Teoria do Direito Político desenvolvidos partindo da doutrina sobre a proposição jurídica”, publicada por Hans Kelsen em 1911.

Porém, nenhuma relação podíamos ainda estabelecer entre as idéias kelsenianas sustentadas na “Teoria Pura do Direito” em 1934 e o seu conhecimento pelo jurista brasileiro já em 1922. Faltava-nos o elo de ligação. Compulsando “O problema da Ciência do Direito” de MACHADO NETO encontramos mera alusão à obra importante da HANS KELSEN de 1911, não indo além disso, pelo que podemos ler nos seus próprios escritos: “Embora seja de 1911 sua primeira obra importante, a produção intelectual de Hans kelsen é toda ela contemporânea da época de desmoronamento inicial da cultura e do mundo burgueses,...⁴⁷”

Como vemos, a obra de MACHADO NETO não nos fornece o liame que procuramos estabelecer entre o pensamento de ambos os juristas, especificamente no relativo às suas respectivas obras em cotejo, porquanto sequer diz o nome da obra a que se reporta.

Contudo, a vinculação que procuramos vamos encontrar no próprio HANS KELSEN, mais precisamente no prefácio à segunda edição da “Teoria Pura do Direito”. Suas palavras são bastante elucidativas a respeito:

“É evidente que uma teoria cujo primeiro esboço se encontra no meu livro *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*, aparecido em 1911 não poderia ficar sem alteração durante tão longo período de tempo. Muitas alterações são já visíveis na minha *General Theory of Law and State*

⁴⁶SICHES, Luis Recasés. *Direcciones contemporâneas del pensamiento jurídico*. Barcelona, Labor, 1929. p.108.

N. A presente citação foi vertida por nós para o idioma nacional.

⁴⁷MACHADO NETO. *O problema da ciência do direito*. Salvador, Progresso, 1958. p.117.

(Cambridge, Mass., 1945) e na minha *Theorie Pure du Droit* (tradução francesa da Reinen Rechtslehre elaborada pelo Prof. Henri Thévenaz, Neuchâtel, 1953). No presente trabalho chamo expressamente a atenção, em notas de rodapé, para as mais importantes alterações. Trata-se quase sempre do desenvolvimento mais conseqüente de princípios; no conjunto, - assim o espero - dos frutos de uma explicitação ou desimplicação que deflui de tendências que são imanentes à própria teoria, a qual permanece inalterada quanto ao seu núcleo essencial⁴⁸.”

Eis a comprovação de que o jurista brasileiro já tinha conhecimento em 1922 do esboço da “Teoria Pura do Direito” de HANS KELSEN, que, por sua vez, permaneceu inalterada no seu núcleo essencial como ele mesmo está a confessar, quando das suas aparições em 1934 e 1960.

Efetuada estas considerações, passaremos a proceder a confrontação das teses de ambos os pensadores do direito, no sentido de demonstrarmos a validade do que afirmamos em relação a ter o jurista brasileiro se antecipado às críticas endereçadas posteriormente à nomidada obra kelseniana, no pressuposto de que conhecia suficientemente suas idéias.

Antes, apenas queremos esclarecer que estamos trabalhando com a segunda edição do “Sistema de Ciência Positiva do Direito”, lançada em 1972, a qual constitui uma reprodução fiel da primeira edição de 1922, à exceção de um último capítulo inserido com o título “de 1922 a 1972”, que deixaremos fora da tematização para não incorrerem em comparações desarrazoadas. Tal esclarecimento se faz necessário, a nosso juízo, para que não pensem os leitores que estamos cometendo algumas impropriedades.

Para que não parem dúvidas sobre o que dissemos, prestemos atenção às palavras do editor, quando do lançamento da segunda edição do “Sistema” em 1972:

“O autor acedeu em ser reeditada a presente obra, que foi lançada em 1922, em homenagem à Independência do Brasil. Esgotara-se em 1923, tal o retumbante êxito que tivera. Exigiu que o texto fosse fielmente o mesmo, apenas com um capítulo final, novo, com o título *De 1922 a 1972*, porque foram as sugestões dos seus amigos e admiradores, que consideraram o texto de 1922 o início do caminho que se seguiu⁴⁹.”

⁴⁸KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 4. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Armênio Amado, 1979. p.13.

⁴⁹PONIES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo I, p.XI.

Ao iniciarmos propriamente a empreitada a que nos propusemos e para melhor articularmos a temática dentro do capítulo ora finalizando, convém dizermos desde já que a política jurídica não tem lugar na “Teoria Pura do Direito” de HANS KELSEN, arredada pelo seu próprio purismo metodológico. É ele mesmo quem nos diz:

“Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já lhe não importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito⁵⁰.”

Na afirmativa categórica que faz sobre a ciência jurídica não ser política do Direito, fulmina, desde o início, qualquer pretensão do investigador jurídico no sentido de procurar encontrar espaço para a política jurídica na sua teoria do direito puro.

A depuração sociológica e ideológica procedida em sua teoria não deixa cômodo para o questionamento do justo, impedido pela posição da neutralidade axiológica ostensivamente assumida, conforme expôs OSVALDO FERREIRA DE MELO em magnífico trabalho intitulado “A política jurídica na visão kelseniana”:

“A redução científica proposta por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito e confirmada na Teoria Geral das Normas pode nos oferecer, no máximo, uma noção de justiça formal que se confundirá com um rigoroso e frio conceito de legalidade. Não parece ser resistente o argumento de uma mundividência pressuposta nos ordenamentos positivos, pois os exemplos humanos parecem incontáveis. É, assim, o inconformismo com o conceito formalístico da validade da norma que põe em relevo a importância e a oportunidade de se retomarem os estudos de Política Jurídica, disciplina cuja autonomia Kelsen reconheceu, em que pese a ela não haver dedicado maior atenção⁵¹.”

Destarte fica afastada qualquer possibilidade de vislumbrar a política jurídica na “Teoria Pura do Direito”, pois dela não cuidou. No entanto, secundando os passos de OSVALDO MELO, sentimo-nos motivados a dedicar maior atenção a ela, face à nossa

⁵⁰KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 4. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Armênio Amado, 1979. p.17.

⁵¹MELO, Osvaldo Ferreira do. A política jurídica na visão kelseniana. *Seqüência*, Florianópolis, UFSC, (21): 9-23, dez. 1990. p.12.

própria inquietude epistemológica frente à posição cômoda do normativismo jurídico. Daí a nossa justificativa em abordar a política jurídica na perspectiva pontesiana.

Um dos principais aspectos em que incide a divergência pontesiana e kelseniana reside no dualismo do “ser” e do “dever ser”. A cisão do “ser” e do “dever ser” operada no jurista alemão, não teve acolhida no jurista brasileiro, que, por sua vez, sustentou a unicidade da ciência, não separando o mundo da natureza do mundo da cultura. Tal dualismo é sem sentido para o nosso jurista, como podemos ver:

“Pretende-se exista na distinção entre o *dever* e o *ser*, o *Sollen* e o *Sein*, a razão de não serem da mesma natureza a regra jurídica e a lei científica. Mas o *ser vigente* (*Geltung*) é independente do *verificar-se* (*Wirkung*); a lei pode ser votada e nunca se aplicar e então seria absurdo que o sociólogo a tivesse por fenômeno da vida jurídica do país...⁵²”.

Conforme verificamos, PONTES DE MIRANDA não confunde as leis sociológicas com as leis jurídicas, porém as considera como sendo da mesma natureza. Entendemos que ele procura superar o marco do “dever ser”, indo além do conceito normativo do direito, visando inscrevê-lo num conceito mais amplo, não reducionista, sociológico. A disputa estabelecida entre o jurista brasileiro e o alemão, podemos enfocá-la em termos, respectivos, de eficácia e vigência. É que, enquanto este último se ocupa com o aspecto formal da norma, aquele cuida da sua verificação no mundo dos fatos, preocupando-se com a sua efetividade, de modo que podemos dizer que, neste último, o direito “é”, enquanto, para o outro, o direito “deve ser”; desimporta sua correspondência fática. Em PONTES DE MIRANDA, o direito brota dos fatos; em HANS KELSEN, ele advém das normas. Neste sentido, observamos que faltou no jurista alemão o sociólogo existente no seu colega brasileiro.

Deste dualismo insolúvel resultou a classificação das ciências em causais e normativas, formulada por HANS KELSEN, correspondentes, respectivamente, ao “ser” e ao “dever ser”, dualismo que remonta a EMMANUEL KANT. Já em PONTES DE MIRANDA não há separações entre as ciências, pelo que vimos, posto que todas elas são convocadas

⁵²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo II, p.213-4.

para o estudo do fenômeno jurídico. Observa ainda que não existem ciências do normativo e sim ciência dos fatos, conforme colhemos nele próprio:

“A ciência do direito mostra como se produz o direito, o que ele é, a sua função, como se aplica a regra jurídica; descreve o caminho que toma a evolução social; e induz as leis sociológicas que interessam à vida jurídica: aponta a estrada, que se percorre, do livre brotar do direito⁵³.”

Aliás, já dedicamos um capítulo inteiro à temática da ciência em PONTES DE MIRANDA, onde tivemos a oportunidade de salientar que compete à ciência do direito investigar as relações jurídicas, ou seja, estudar o direito contido nos fatos sociais, que, se a sua finalidade é revelar normas, não devemos entender por estas o “germe lógico” e sim o que está na vida. A preocupação pontesiana é a de procurar revelar nas regras jurídicas o direito vivo, para nos valermos de uma expressão empregada por ele, mas antes dele por EUGEN EHRLICH.

Enquanto que para o jurista brasileiro a ciência do direito é resultado da verificação do que “é”, para o jurista alemão ela é derivada do “deve ser”. Desse modo, “ser” e “dever ser” constituem as fronteiras epistemológicas que separam, respectivamente, o pensamento jurídico pontesiano e o kelseniano.

Para PONTES DE MIRANDA, todas as ciências são causal-explicativas, ou seja, indicativas, pelo que pode o conhecimento adquirido cientificamente ser utilizado prescritivamente. Portanto, normativas são as regras jurídicas. Vemos mais uma vez, neste momento, a passagem do indicativo da ciência jurídica ao prescritivo das regras jurídicas, o que exige função de política jurídica, posto que se trata do pedido que o jurídico faz ao político, através da ciência, para que as expressões do direito o reflitam o mais exatamente possível. Trata-se do propósito político-jurídico contido no significado do direito pontesiano, no sentido de procurar corrigir constantemente as regras jurídicas para visar sempre o justo, o que pode ser alcançado pela conciliação dos interesses individuais com os coletivos. Encontra-se em HENRI POINCARÉ que “a ciência está no indicativo; a ação, no imperativo⁵⁴”.

⁵³Idem. Ibidem. Tomo IV, p.188.

⁵⁴ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a política e a história*. 2. ed. Trad. de Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa, Presença, 1977. p.51.

Pelo que vemos, o jurista brasileiro repele a distinção kelseniana entre ciências causais e ciências normativas, porquanto a ciência jurídica não prescreve normas. Apenas as indica. Enfatizou a respeito:

“A distinção entre o critério sociológico, causal-explicativo, e o normativo ou da aplicação jurídica, não pode separar a sociologia e o direito: os métodos são os mesmos, e prática jurídica é apenas o tema, e não a elaboração científica do direito; quer dizer: na aplicação não está a matéria do conhecimento, mas apenas o fim de utilidade, como a composição de produtos químicos não é a imediata direção ou finalidade da pesquisa científica⁵⁵.”

Novamente vem à balha as questões sociológicas e normativas, inseparáveis sob a perspectiva pontesiana, eis que apresentam os mesmos métodos. Trata-se do princípio da unidade metodológica sustentado pelo jurista brasileiro, pelo que estudamos no pertinente capítulo. A divergência metodológica entre este último e o jurista alemão é solar, haja vista que consagram métodos antípodas. Enquanto HANS KELSEN toma como ponto de partida para o estudo do direito a metodologia lógico-dedutiva, PONTES DE MIRANDA é adepto do método indutivo na pesquisa do direito. O primeiro concebe o direito como conjunto de normas derivadas logicamente a partir de determinados princípios apriorísticos; já o segundo o conceitua como processo social de adaptação resultante da elaboração livre dos fatos, donde deve ser retirado indutivamente o direito. Entre ambos os juristas verifica-se, respectivamente, o privilegiamento da lógica e da sociologia. É que, em PONTES DE MIRANDA, a lógica cumpre função secundária, atuando após serem extraídas indutivamente as regras jurídicas das relações sociais; quando então pode ser aplicada aos casos idênticos, sempre que não desmentida pelos fatos. No entanto, concorre ela para que as regras jurídicas respondam ao critério de previsibilidade da ciência jurídica, requisito de todo conhecimento.

Aliás, devido a esta primazia sociológica adotada por PONTES DE MIRANDA para a solução dos problemas humanos, no caso do jurídico por excelência, é que fomos tentados a identificar nele o que chamamos de silogismo sociológico, servindo este para se contrapor

⁵⁵PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo II, p.217-8.

ao silogismo lógico, que, por sua vez, se molda perfeitamente ao estilo de HANS KELSEN. Com relação ao método, fez notar o nosso jurista: “Até aqui tem sido dedutivo, dogmático, o método do direito, ao passo que é decriptivo, indutivo, o da sociologia⁵⁶”.

A crítica pontesiana perpetrada contra a erosão dos valores da teoria pura de HANS KELSEN, o qual estabeleceu uma assepsia axiológica na construção de sua ciência do direito, eis que não pretendia contaminá-la de aspectos políticos, sociológicos, morais, ideológicos e de outras naturezas, pode ser flagrada na seguinte passagem:

“A questão de saber *como* será possível a elaboração livre do direito não é problema jurídico, posto que interesse à ciência do direito. É problema moral e político. Certamente ao cientista será preciso estudá-lo, mas somente porque, na integridade, e não apenas em parte, lhe deve preocupar o fenômeno social⁵⁷.”

Pelo que podemos constatar, existe no jurista brasileiro, ao contrário do alemão, uma preocupação bastante pronunciada com a política jurídica, porquanto nos arriscamos a dizer que todo o seu “Sistema” a envolve. Nisto consiste uma das profundas dissenções entre eles. E pensamos que a política jurídica pode servir de perspectiva viável para a superação do normativismo, convicção esta que vislumbramos em PONTES DE MIRANDA, resultante de sua franca oposição à dogmática jurídica como podemos ver:

“Para a Teoria Social do Direito seria impertinente qualquer investigação de vontade, de imperativo. Certamente, para a dogmática jurídica, a norma pode ser designada como um querer que tem por conteúdo um dever, mas à dogmática cabe o estudo do sentido e valor das regras como imposições, ao passo que não se dá o mesmo no tocante à sociologia do Direito ou à Teoria do Direito.

“O julgamento contido na regra jurídica não é simplesmente julgamento, não indica somente, - diz que deve ser: é imperativo; é norma de julgamento (Beurteilungsnorm). Trata-se de ponto que não permite discussão, salvo se dermos ao termo imperativo senso restrito, que aliás lhe é usual. Na essência, a regra do direito afirma que determinada ação é anti-social. O julgamento da lei é o *prius* lógico; os imperativos são apenas meios para o fim de suscitar o que o legislador aprova e combater o que lhe parece mau⁵⁸.”

⁵⁶Idem. Ibidem. Tomo IV, p.63.

⁵⁷Idem. Ibidem. Tomo II, p.217.

⁵⁸Idem. Ibidem. Tomo I, p.281-2.

Trata-se aqui das críticas desferidas pelo jurista pátrio às concepções subjetivistas, que, por sua vez, procuram encarar o fenômeno jurídico como um ato emanado puramente da vontade, como se o direito pudesse ser criado à base de puro raciocínio lógico. Neste sentido, esclarece o jurista brasileiro que a criação abstrata é da norma e não do direito, o qual é produto espontâneo dos círculos sociais.

Mais uma vez verificamos a pressuposição do jurista na investigação do direito, posição esta manifestamente assumida por PONTES DE MIRANDA para mostrar que o imperativo da norma jurídica é resultante da indicatividade dos fatos, de forma que, por revestir um lastro sociológico, a concepção do direito no autor nacional não é reducionista, ao oposto do ocorrido com o conceito do direito para o jurista estrangeiro. Destarte resta contraposta a sociologia jurídica pontesiana à dogmática normativa kelseniana, o que abre espaços para a articulação da política jurídica, que é a mais grave missão do jurista na ótica pontesiana.

Critica o jurista brasileiro a contradição existente na teoria da imperatividade, face à admissibilidade do direito subjetivo como abstrato e da concretude das situações criadas pela imperatividade, pelo que denuncia haver “a vaga concepção do direito subjetivo e da ação como efeitos de reflexo (Reflexwirkungen) do direito⁵⁹.”

A HANS KELSEN lançou acerbas críticas em relação a sua norma fundamental gnosiológica, o que equivale a desferir duros golpes na própria teoria jurídica kelseniana. Uma das increpações arremetidas pelo jurista brasileiro contra a teoria do pensador alemão podemos sentir na passagem que segue:

“Mais descomedida é a teoria de KELSEN, para quem se trata de juízos hipotéticos sobre a vontade do Estado, e a ordem jurídica apenas é a soma de tais julgamentos⁶⁰.”

A respeito da norma fundamental kelseniana, remetemos o leitor para o estudo que empreendemos no capítulo terceiro sobre o reconhecimento das regras jurídicas, por isso que prescindimos de maiores cuidados a ela neste momento.

⁵⁹Idem. Ibidem. Tomo II, p.169.

⁶⁰Idem. Ibidem. p.171.

Traindo agora o nosso propósito inicial de somente confrontar o “Sistema” com as teses sustentadas na “Teoria Pura do Direito”, visando demonstrar as críticas antecipadas lançadas pelo jurista brasileiro ao jurista alemão, de modo que procedemos ao mapeamento das referências que o primeiro faz daquela que foi considerada pelo próprio HANS KELSEN como sendo o primeiro esboço da “Teoria Pura do Direito”, inalterado quanto ao seu núcleo essencial, por isso que nos abstermos de citar a própria “Teoria Pura do Direito”, procuraremos doravante chamar atenção para um aspecto bastante significativo, a nosso juízo, envolvendo a norma fundamental kelseniana, visando colocá-la em termos atuais.

É que na “Teoria Geral das Normas”, obra póstuma de HANS KELSEN, a norma fundamental recebeu nova conceituação, abandonando-se o estatuto lógico transcendental da *hipótese*, como era admitida na “Teoria Pura do Direito”, passando a encará-la como uma *ficção*, amparado na justificativa de que se trata de um produto do pensamento. Contudo, não se afastou da função assumida para a norma base, como também é conhecida, continuando a mesma a servir de fundamento de validade do ordenamento jurídico.

Entendemos que, nesta estratégica mutação de conceitos de *hipótese* para *ficção*, evidencia sua preocupação de fugir às críticas jusnaturalistas, aliás, reconhecidas estas em sua obra, “A justiça e o Direito Natural”, publicada em apêndice à 2ª edição alemã da “Teoria Pura do Direito” de 1960.

Entretanto, importa-nos registrar que HANS KELSEN deu conceituação nova para sua norma fundamental, critério de validez da ordem jurídica, procedendo à alteração de *hipótese* para *ficção*, pelo que podemos notar:

“O fim do pensamento da norma fundamental é: o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, e a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de norma. Este fim é atingível apenas pela via de uma ficção. Por conseguinte, é de observar que a norma fundamental, no sentido da *vaihingeriana* Filosofia do Como-Se não é hipótese - como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei -, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada

pela consciência ou então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade⁶¹.”

Se fizemos esse destaque, foi para gizar que o jurista alemão recorreu à *Filosofia do Como-Se* de HANS VAHINGER para qualificar sua norma fundamental, mas que antes dele o jurista brasileiro já havia recorrido a ela e mostrado o papel da ficção no campo do direito, numa antecipação lúcida do que viria ocorrer somente mais tarde com o jurista alemão, como vemos:

“Nos Tomos I e II(1ª ed., I, 59 e 358, e II, 49, 183, 185 e 311; 2ª ed., I, 71, II, 95, III, 51,191,193), mostramos o que se havia de acolher da filosofia do *como se* de HANS VAHINGER⁶²”, publicada em 1920, registramos.

Maiores conseqüências acerca do aspecto que havemos por bem destacar refogem os limites deste trabalho, cujo propósito foi o de mapear os caminhos percorridos por PONTES DE MIRANDA no “Sistema”, antes do surgimento da “Teoria Pura” de HANS KELSEN, demonstrando que o primeiro, naquela obra, respondera “aos quesitos fundamentais da teoria normativista do grande jurista vienense Hans Kelsen⁶³”, seguindo a esteira dos caminhos abertos pelo seu discípulo maior DJACIR MENEZES.

Para finalizarmos, somos forçados a concordar com a percuciente observação lançada por ALF ROSS, no sentido de que são poucos os filósofos do direito de nosso tempo que, direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente, não devem algo a HANS KELSEN. PONTES DE MIRANDA, pelo que vemos, muito deve ao filósofo alemão, pois teve neste uma fonte importante de inspiração, mesmo para não concordar com suas teses centrais e colocar-se em posição diametralmente oposta.

⁶¹KELSEN,Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986. p.329.

⁶²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. Tomo III, p.319.

⁶³MENEZES, Djacir. Kelsen e Pontes de Miranda. **Estudos de filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen**. (Coord.). Munir Karam, Luiz Regis Prado; conferencistas Miguel Reale ... et alii. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984. p.32.

CONCLUSÕES

Eis que chegamos ao momento conclusivo da tese. Estamos hesitantes sobre o que dizer nesta oportunidade, após havermos tematizado “O conceito de Direito em PONTES DE MIRANDA”, a partir de uma análise crítica e reflexiva, onde procuramos recuperar sua memória histórica, bem como a importância de sua contribuição epistemológica para a teoria jurídica contemporânea, pelo que procedemos a uma incursão sobre sua imensa e profunda obra, visando a salientar o caráter atual das suas idéias jurídicas, como forma de também prestarmos nossa contribuição para o mundo jurídico.

O objeto temático privilegiado nos levou a proceder a uma investigação da sua produção marcadamente interdisciplinar, a fim de que pudéssemos comprovar a definição única para o direito por ele sempre sustentada, um dos objetivos específicos do nosso trabalho.

Nesta incursão epistemológica visando a compreender o seu significado do direito, tivemos que percorrer os caminhos de sua ciência, sua visão metódica, o próprio objeto do jurídico, culminando em sua perspectiva político-jurídica frente ao normativismo dogmático. Sinteticamente estes foram os tópicos que desenvolvemos ao longo da tese.

Não constitui nosso propósito transformar estas conclusões num resumo fiel do que exploramos no curso do trabalho; também não faremos uma crítica genérica sobre o estudado. Buscaremos, outrossim, resgatar algumas idéias fortes constantes do texto, objetivando apontar possíveis contribuições para o domínio do conhecimento jurídico.

Assim, a tematização da ciência em PONTES DE MIRANDA nos fez descobrir o princípio da relatividade do conhecimento jurídico, lastreado na assertiva de que “o relativismo banha com suas águas todo o domínio do conhecimento”. A influência recebida de ALBERT EINSTEIN é reconhecida por ele mesmo. Esse relativismo pontesiano caracteriza a ciência, invade seu método, ataca seu conceito de direito, impregna o objeto deste e se insere na sua política jurídica, traduzindo-se em postulado epistemológico, sempre a acompanhá-lo de forma que, para ele, “o mundo social sempre reflete o grau do conhecimento humano”.

Tal identificação permitiu-nos contribuir para o desfazimento de enganos epistemológicos cometidos sobre sua postura jusfilosófica, pois foi muitas vezes visto como positivista extremado, adepto da neutralidade e de método objetivo rigoroso, fruto da incompreensão de suas teses.

Seu positivismo é de natureza sociológica. Sua naturalidade do fenômeno jurídico não pode ser confundida com neutralidade, posto que o natural envolve o social, o cultural e tampouco sua objetividade pode ser encarada como requisito absoluto para a concepção da ciência jurídica que defende, visto que se trata do método indutivo, relativo por essência.

Ao enfrentarmos o tema da relatividade do valor da expressão legal, apontamos que nenhuma forma é exata para o autor tematizado, motivo pelo qual procuramos desmitificar a leitura às vezes feita dele no sentido de enxergá-lo como portador de uma linguagem absoluta. Seu rigor conceitual não vai tão longe. Nesta linha, procuramos examinar a relação do jurista brasileiro com o neopositivismo lógico ou Círculo de Viena, movimento semiológico e epistemológico surgido em 1929. Assinalamos que algumas obras de PONTES DE MIRANDA precedem o neopositivismo, por isso antecipando-se a este e não se deixando arrastar por determinadas teses posteriormente sustentadas por tal movimento. De modo que o autor brasileiro, influenciado pelo relativismo do conhecimento, não identificou a ciência com a linguagem, tese central do Círculo de Viena, levada a extremo pela corrente fisicalista que se formou dentro dele. Neste sentido, o jurista brasileiro não somente se antecipou ao referido Círculo, como também se antecedeu em relação a determinadas críticas posteriormente lançadas a este movimento semiológico.

Entretanto, a familiaridade que teve com as obras de alguns expoentes do Círculo de Viena, principalmente com os trabalhos de RUDOLF CARNAP, MORITZ SCHLICK E HANS HANN, posteriores a 1922, permitem-nos dizer que PONTES DE MIRANDA introduziu o neopositivismo no Brasil, no que não estamos sozinhos nesta posição.

Identificamos em PONTES DE MIRANDA o jurista do aperfeiçoamento; por isso nada nele é absoluto. Sua visão metodológica está comprometida com a observação e a análise dos fatos, donde devem ser indutivamente colhidas as regras jurídicas, cujo propósito político-jurídico é o de satisfazer o justo, residente na conciliação dos interesses individuais com os coletivos. Através do método científico indutivo, busca reduzir a

quantidade de despotismo existente nas expressões do direito, o que concorre para a redução dos erros de adequação do homem ao social, livrando-o da necessidade de ser coagido. Trata-se o primeiro de princípio sociológico formulado por ele, o qual, por sua vez, contribui para a tarefa político-jurídica, representado por este outro.

Na ótica pontesiana, cumpre a metodologia indutiva importante função hermenêutica, pois serve para solucionar os princípios legais assentes na ordem vigente de que o juiz não pode denegar justiça e deve decidir sempre com base na lei, servindo ainda para colmatar as lacunas existentes nas fontes jurídicas, porquanto fornece critério seguro e eficaz para o julgador, o intérprete e o legislador, uniformizando os critérios adotados por esses nos diferentes momentos em que atuam.

A influência de FRANCIS BACON na sua posição metodológica é manifestamente confessada. Sua repulsa ao método dedutivo, racionalista, pode ser expressada na rica metáfora dirigida ao modo deste operar, que “é bem semelhante ao das rodas do moinho quando giram à noite sem a provisão de grãos para moer”. Não obstante, cumpre este último função lógica importante, pois, após induzidas as regras jurídicas, pode ser desta deduzida a aplicação aos casos idênticos, respondendo pela condição de previsibilidade que toda ciência exige. Deve, porém, satisfazer também o critério de verificação; por isso importa não perder de vista os fatos.

Para fugirmos do biologismo pontesiano, preferimos encarar o seu conceito de direito como processo social de coexistência, ao invés de processo social de adaptação, o que não alterou em substância o seu significado, até porque a opção que fizemos decorre naturalmente dele próprio. Destacamos os dois aspectos que envolvem o seu conceito de direito, que por sua vez é concebido como fenômeno de paz. Mostramos que a nota coativa do direito em PONTES DE MIRANDA reside enquanto corrigenda dos defeitos de coexistência do homem ao mundo social, também residindo aí a dimensão de política jurídica que o mesmo apresenta. A comparação que fizemos em relação ao pensamento de IHERING ajudou a clarificá-lo.

O haver sustentado que o reconhecimento é o fundamento das regras jurídicas, aspecto este que flagramos em duas passagens de sua obra, em que uma delas remete à outra, representa enorme contribuição para a teoria jurídica contemporânea, na medida em que

tratou deste tema antes de HANS KELSEN, na “Teoria Pura do Direito”, ter procurado a condição de validade da ordem jurídica na norma fundamental gnosiológica e de HERBERT HART falar em norma de reconhecimento, que, por sua vez, cuidou do tema após o jurista alemão. Efetuamos então o desenvolvimento desta anotação pontesiana, com o objetivo de dizer algo de novo relativo ao seu pensamento.

Sua concepção original da produção do direito pelos círculos sociais demonstra a natureza evolutiva do fenômeno jurídico, originado no par andrógino, quando o indivíduo transcende a si próprio para formar o social, passando pelo clã, sempre em crescente dilatação, até atingir a humanidade, cuja integração é uma fatalidade sociológica em PONTES DE MIRANDA. De forma que sustenta existir direito onde há espaços sociais, sintetizado na sua fórmula: “não há círculo social sem direito e este tem de ser produzido”. A preocupação epistemológica pontesiana é para com a investigação do direito vivo, seguindo a esteira de EUGEN EHRLICH. Aliás, a influência recebida do pensamento jurídico alemão é bastante expressiva, evidenciada ao cotejarmos seus trabalhos com os de HERMANN KANTOROWICZ e ERNST ZITELMANN, por exemplo. Deste inclusive recebeu a missiva transcrita pelo editor no início do “Sistema”, da qual recolhemos o seguinte excerto: “e muito me agradou ver que esforços científicos alemães, como os meus também encontram amigos científicos e esclarecidos para além dos mares”, numa demonstração de reconhecimento do grande jurista alemão para com o seu colega brasileiro.

Ao abordarmos o problema das fontes do direito sob o ponto de vista pontesiano, almejamos explicitar sua contribuição em ponto tão decisivo para a teoria jurídica. De tal modo, que não se limita ao estudo do direito partindo delas, ou seja, do que se convencionou tradicionalmente chamar de fontes jurídicas. Foi mais fundo na questão para procurar saber o que se passa sob essas, não se detendo meramente nas expressões do direito. Ao versar este ângulo do seu pensamento jurídico, resultou esclarecida a distinção que faz entre o direito e as regras jurídicas, estas, simples traços acidentais daquele, funcionando como meros esquemas de representação do mesmo. Daí as distinções que constatamos no sentido de que o direito surge espontaneamente das relações sociais, devendo ser descoberto e revelado pelo jurista, enquanto que a regra jurídica é criação abstrata do homem. Para ele, o problema

das fontes é questão de fato, motivo pelo qual não haver justificativa a priori para o primado da lei.

Sua contribuição para a teoria jurídica do direito é bastante expressiva. Numa demonstração ímpar de atualização às correntes epistemológicas recém-florescidas no início do presente século, pôde contribuir para a desmitificação da plenitude lógica dos ordenamentos jurídicos, concorrendo para dissipar as ilusões há muito acalentadas pelos legalistas, receosos da existência de um vazio na lei. Neste itinerário se mostraram de extrema valia para ele os trabalhos de ERNST ZITELMANN, especificamente sua obra “As lacunas do Direito”. Nossa preocupação neste tópico não consistiu apenas em contar a visão do jurista brasileiro, mas também o de revelar algo implícito nele relativo a este tema, que foi o havermos vislumbrado a impropriedade de se falar em lacunas no direito na obra pontesiana, eis que as lacunas existem nas regras jurídicas, que são a expressão do direito e com ele não confundem.

Contribuiu também o jurista brasileiro para reforçar as denúncias do silogismo lógico enquanto fórmula para a solução dos conflitos sociais. Atualizado com a forma de abordagem do problema, tratou-o em termos de subsunção, atinando para a dificuldade em pretender subordinar os fatos da vida ao enunciado da regra jurídica, quando esta é resultado de operações do puro abstrato. Isto nos permitiu falar em silogismo sociológico pontesiano, porquanto nele os fatos precedem à lógica. Esta constitui operação secundária na sua visão metodológica. No entanto, PONTES DE MIRANDA não fica somente no denunciamento estéril, por isso que propõe a solução metodológica indutiva como forma de solução dos conflitos sociais, servindo igualmente para o preenchimento das lacunas jurídicas.

Uma das contribuições que reputamos haver prestado no presente trabalho reside no item destinado à concepção valorativa das regras de direito pontesiana, tema bastante difuso na sua obra, pelo que procuramos reuni-lo visando a apontar as condições de existência social na gênese da regra jurídica, contaminando-a com os elementos econômicos, políticos, morais, religiosos e outros concorrentes para sua formação.

No entanto, a originalidade maior da obra reside na tematização que dispensamos à política jurídica na perspectiva pontesiana, enquanto possibilidade de superação do

normativismo dogmático, se é que pode haver originalidade dentro das chamadas ciências sociais.

Na definição única do direito pontesiano como “Processo de adaptação social ou corrigendas de defeitos ou erros de adaptação do homem à vida social”, contém a política jurídica. Para ele, nela reside a função mais delicada que possa haver, porquanto envolve o problema humano de prover eficazmente o justo através da correção dos defeitos de ajustamento do indivíduo ao coletivo, o que exige a revisão constante das regras jurídicas, a fim de que elas se coloquem em conformidade com a vida.

Nesta dimensão político-jurídica identificada no significado do direito em PONTES DE MIRANDA, bem como a sua tematização a partir do seu “Sistema”, onde a encontramos implícita, haja vista ter a ela dedicado somente um capítulo, talvez consista nossa modesta contribuição.

O enfoque dado ao direito como fenômeno social poliédrico escapa a todo e qualquer reducionismo, seja ele normativista, utilitarista, economicista e outros, posto que o jurista brasileiro contempla todos os ângulos pelos quais pode ser visto o direito. É que PONTES DE MIRANDA busca a objetividade do jurídico na realidade social.

A política jurídica atrelada ao método indutivo pode se constituir em perspectiva apta e competente para a solução dos problemas, como, por exemplo, a solução das lacunas e obscuridades da lei. Essa é a visão que nos passa o autor brasileiro.

Outra contribuição que prestamos consiste no confronto apresentado entre as idéias pontesianas e kelsenianas, pelo que julgamos ter demonstrado que o jurista brasileiro conhecia, já em 1922, as teses principais do pensador alemão encontradas na “Teoria Pura do Direito” de 1934, conforme verificamos ao nos debruçarmos sobre o “Sistema de Ciência Positiva do Direito”. Não somente as conhecia, como também as tinha criticado, visto que o nosso jurista já possuía conhecimento de uma obra de HANS KELSEN de 1911, que, por sua vez, se tratava do esboço da teoria pura aparecido bem mais tarde.

Neste confronto travado entre as teses pontesianas e as teses kelsenianas, firma-se o entendimento do jurista brasileiro de que à ciência do direito importa o “ser” e não o “dever ser”, enfatizando que o importante é a análise dos fatos, a investigação das relações sociais e

nisso se aparta da dogmática jurídica, que é a indagação de princípios apriorísticos. Com PONTES DE MIRANDA dissemos: o direito “é”, e não o direito “deve ser”.

De resto entendemos que a face política jurídica inspiradora permanente do justo no significado do direito pontesiano, pode servir de significativa contribuição para repensar o normativismo dogmático, podendo contribuir para justificar o direito em bases legítimas, comprometendo-o com mudanças sociais. Como ressaltou OSVALDO FERREIRA DE MELO, citando o jurista espanhol JOSÉ LUIZ ESTEVEZ: “A elaboração de uma política do Direito é, neste século, a tarefa primordial que têm os juristas”.

Nosso objetivo não foi outro senão o de identificar e recuperar o propósito político-jurídico de PONTES DE MIRANDA, como dimensão importante contida no seu significado do direito. Esperamos ter prestado nossa contribuição.

BIBLIOGRAFIA

- ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu a política e a história**. 2. ed. trad. de Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa, Presença, 1977.
- BACON, Francis. **Novum organum**. Trad. de Clemente Hernando Balmori. Buenos Aires, Losada, 1949.
- BEVILÁQUA, Clóvis et alii. **Três discursos sobre um jurista**. Rio de Janeiro, 1958.
- COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e Neutralidade Ideológica em Kelsen. **Estudos de filosofia do Direito**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**. Trad. de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. et. alii. São Paulo, Abril Cultural, 1978. .
- EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília, UNB, 1986.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1965.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo, Atlas. 1980.
- HART, H. L. A. **El concepto de Derecho**. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Abelado. Perrot, 1968.
- _____. **Derecho y moral**. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Depalma, 1962.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Trad. de Richard Paul Neto. 2. ed. Rio de Janeiro, rio, 1980.

KANTOROWICZ, Herman. *La Lucha por la Ciencia del Derecho*. Trad. de Werner Goldschmidt. **La ciência del Derecho**. Buenos Aires, Losada, 324-373, 1949.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do estado**. Trad. Universidade Nacional Autônoma do México, Imprensa Universitária, 1958.

_____. **A justiça e o Direito natural**. 2. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Armênio Amado, 1979.

_____. **Teoria geral das normas**. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do Direito**. 4. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Armênio Amado, 1979.

KIRCHMANN, J. H. Von. **La jurisprudencia no es ciencia**. Trad. de Antonio Truyol y Serra. Madrid, Instituto de Estudios Politicos, 1949.

MACEDO, Sílvio de. **PONTES DE MIRANDA e a universalidade de sua mensagem cultural**. Rio de Janeiro, Forense, 1982.

MACHADO NETO, A. L. **História das idéias jurídicas no Brasil**. São Paulo, Grijalbo, 1969.

_____. **O problema da ciência do Direito**. Bahia, Progresso, 1958.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Considerações sobre política jurídica. Seqüência**. Florianópolis, UFSC, (15): 9-13, dez, 1987.

_____. Utilidade social da norma, uma questão de política jurídica. **Seqüência**. Florianópolis, UFSC, (9): 9-16, jun. 1984.

_____. A contribuição de Miguel Reale para a política-jurídica. **Seqüência**, Florianópolis, UFSC, (22): 15-29, jun. 1991.

_____. A política jurídica na visão kelseniana. **Seqüência**, Florianópolis, (21): 9-23, dez. 1990.

MENEZES, Djacir. **A teoria científica do direito de Pontes de Miranda**. Fortaleza, Mendes, 1934.

_____. Energia Social e fenômeno jurídico. (Dir.) Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. **Ciência do Direito - Revista dos juizes e juristas brasileiros**. Rio de Janeiro, Calvino Filho, Ano I, Tomo II, 11-17, 1934.

_____. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro, Rio, 1975.

_____. **Introdução à ciência do Direito**. 2. ed. Porto Alegre, Globo, 1938.

_____. Pontes de Miranda e o neo-positivismo Lógico. **III Congresso Brasileiro de Filosofia do direito**. João Pessoa, Grafset, 173-7, jul. 1988.

_____. **Tratado de filosofia do Direito**. São Paulo, Atlas, 1980.

_____. Kelsen e Pontes de Miranda. **Estudos de filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen**. (Coord.) Munir Karam, Luiz Regis Prado; conferências Miguel Reale...et alii. São Paulo, Revista dos Tribunais, 31-45, 1934.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues. Brasília, Universidade de Brasília, 1982.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **O direito como obstáculo à transformação social**. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Fábris, 1988.

OLIVEIRA, Mozar Costa de. **O conceito de lei na metafísica e na ciência positiva do Direito (Santo Tomás de Aquino e Pontes de Miranda)**. Dissertação Submetida ao CPG/USP. São Paulo, 1983.

PRADE, Péricles. O Jectismo de Pontes de Miranda. **O Estado**, São Paulo, p. 38, fev 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 4 tomos, 1972.

_____. **Introdução à política científica**. Rio de Janeiro, Garnier, 1924.

_____. **À margem do Direito**. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1912.

_____. **A moral do futuro**. Rio de Janeiro, Briguiet, 1913.

_____. **Anarquismo, comunismo, socialismo**. Rio de Janeiro, Adersen, 1933.

_____. **Comentários à constituição de 1946**. 2. ed. São Paulo, Max Limonad, v.I, 1953.

_____. Por que filosofar. **Revista Brasileira de Filosofia**, fasc. 52 (XIII): 471-495, out-nov-dez 1963.

_____. **Direito de família**. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

- _____. **O Problema fundamental do conhecimento**. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.
- _____. **Fontes e evolução do Direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1981.
- _____. **Garra, mão e dedo**. São Paulo, Martins, 1953.
- _____. **Matéria social e elemento jurídico. Revista de Direito público e de administração federal, estadual e municipal**, Rio de Janeiro, 261-286, jan-fev., 1992.
- _____. **Princípio da relatividade gnosiológica e objetiva. Revista do Brasil**, (XVII): 387-394, abr-ago., 1921.
- _____. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, Tomo I, 1983.
- _____. **A Sabedoria dos instintos**. 2. ed. Rio de Janeiro, Garnier, 1924.
- _____. **Introdução à sociologia geral**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- _____. **Os novos direitos do homem**. Rio de Janeiro, Alba, 1933.
- POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do Direito**. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar, 1965.
- ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la justicia**. 4. ed. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Eudeba, 1977.
- SICHES, Luis Recasés. **Direcciones contemporâneas del pensamiento jurídico**. Barcelona, Labor, 1929.

SILVA, Justino Adriano Farias da. **Pequeno opúsculo sobre a vida e obra de Pontes de Miranda**. Porto Alegre, EST, 1981.

STERNBERG, Theodor. **Introducción a la ciência del derecho**. Trad. de José Rovira y. Ermengol. Barcelona, Labor, 1930.

THIBAUT y SAVIGNY. **La codificación**. Trad. de José Diaz Garcia. Madrid, Halar, 1970.

VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes de Miranda. **III Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito**. João Pessoa, Grafset e Fundação Espaço Cultural da Paraíba, 321-8, 1988.

VITA, Luis Washington. **Panorama da filosofia no Brasil**. Porto Alegre, Globo, 1969.

WARAT, Luis Alberto et alii. **O Direito e sua linguagem**. 2. versão. Florianópolis, UFSC, 1980.

_____. **La norma fundamental kelseniana como critério de significação**. **Estudios de Derecho**. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de La Universidad de Antioquia, 40-62.

ZITELMANN, Ernst. Las Lagunas del derecho. Trad. de Carlos G. Posada. **La ciência del derecho**. Buenos Aires, Losada, 325-373, 1949.