

Os sistemas jurídicos na visão pontesiana

Antônio Maria Iserhard¹

Resumo: Para Pontes de Miranda, há vários sistemas jurídicos na vida social, os quais refletem as formas e os estágios sociais alcançados em cada círculo social. Cada sistema jurídico está vinculado diretamente com a fonte de direito, surgida espontaneamente da coletividade. Neste sentido, podemos dizer que o sistema jurídico é o próprio processo social de adaptação, na medida em que revela, traduz e reflete o grau evolutivo alcançado na vida social. Assim, cada círculo, social correspondendo a seu sistema jurídico, a seu tipo de direito, sendo o direito produto de relações sociais, travadas no interior de cada círculo, defende o autor a tese da pluralidade de ordenamentos jurídicos, recusando a redução monista, que pretende ver o direito como simples redução do Estado. No entender de Pontes, cada pessoa pode pertencer a mais de um sistema jurídico, portando a mais de um círculo social, coexistindo através das relações sociais, com vistas a perspectivas de experimentar a adaptação ou corrigir defeitos de adaptação, dentro de um processo interativo de mão dupla, que vai do indivíduo ao círculo social, e deste ao indivíduo, em crescente dilatação do espaço social, num segmento evolutivo, à cata da harmonia, do equilíbrio e da estabilidade do direito, no devenir permanente do aperfeiçoamento do processo de adaptação social. Tendo os círculos por sistemas relativamente fechados, rechaça o dogma da plenitude lógica do direito, fruto do racionalismo-dedutivista, pelo que denuncia a existência de lacunas no âmago dos sistemas de direito. Os sistemas jurídicos não são perfeitos, completos e acabados, o que está em conformidade com a natureza mutável e instável da naturalidade do problema do direito, por ele concebido.

Palavras-chave: Ponte de Miranda, círculo social, sistemas jurídicos

Abstract: According to Pontes de Miranda, there are several juridical systems in the social life, which reflect the way and the social phases reached in each social circle. Each juridical system is directly connected with the necessity of laws that came up in a spontaneous way through the collectivity. In this sense, we can say that the juridical system is the social process of adaptation itself showing the degree of evolution reached in the social life. Thus, each social circle, according to its juridical system and its sort of law, is the product of social relations carried out inside each social circle. This is what the author defends on the thesis of the plurality of the juridical orders, refusing the Monist reduction that intends to see the law as a simple reduction of the State. In Pontes understanding, each person can belong to more than one juridical system therefore, to more than one social circle, existing simultaneously through the social relations, analyzing the perspectives to test the adaptation or correct the adaptation flaws in an interactive process that goes from the person to the social circle and vice versa in an expanding process of the social space in an evolutionary section, looking for harmony, balance and the stability of the law in the permanent search for the improvement of the social adaptation. Being the circles, systems relatively closed, the dogma of the logical plenitude of the law is ruled out as a result of the deductive rationalism that denounces the existence of blanks inside the law systems. The juridical systems are not perfect, complete and finished what agrees with the mutant and unstable nature of the law problem.

Key-words: Pontes de Miranda, social circle, juridical systems

Há vários sistemas jurídicos na vida social, os quais refletem as formas e os estágios sociais alcançados em cada círculo social. Cada sistema jurídico está vinculado diretamente com fonte de direito, surgida espontaneamente da coletividade. Neste sentido, podemos dizer que o sistema jurídico é o próprio

¹ Professor Doutor em Direito pela UFSC. Professor de Graduação e Pós-Graduação do curso de Direito da UCS.

processo social de adaptação, na medida em que revela, traduz e reflete o grau evolutivo alcançado na vida social.

No entender de Pontes, cada pessoa pode pertencer a mais de um sistema jurídico, portanto a mais de um círculo social, coexistindo através das relações sociais, com vistas e perspectivas de experimentar a adaptação ou corrigir defeitos de adaptação, dentro de um processo interativo de mão dupla, que vai do indivíduo ao círculo social, e deste ao indivíduo, em crescente dilatação do espaço social, num segmento evolutivo, à cata de harmonia, do equilíbrio e da estabilidade do direito, no devenir permanente do aperfeiçoamento do processo de adaptação social.

Para Pontes de Miranda constitui necessidade em todos os tempos, na formação dos sistemas jurídicos, a orientação metodológica adequada, razão pela qual não recomenda o emprego de métodos puramente intuitivos ou dedutivos.

Fala em sistemas jurídicos e não em sistema jurídico, porquanto cada círculo social compreendido pela sociedade reveste determinada ordem social, pelo que atestamos a profunda e íntima dependência existente entre a forma social e o ordenamento jurídico vigente.

Concorrem para a formação dos sistemas jurídicos as relações sociais, donde são extraídas indutivamente as regras jurídicas apontadas pelos fatos, as quais irão reger a vida social. “Nos grupos sociais primitivos, quase todo ou todo o sistema jurídico era composto pelo costume.”²

Situa como o círculo primeiro, grupo social a revelar as regras jurídicas, o contato estabelecido entre dois seres, momento em que o indivíduo transcende a si próprio, ampliando o sentimento individual, numa continuidade sempre crescente no sentido de formar grupos cada vez maiores, mais largos, dentro dos quais restam compreendidos no seu interior, grupos menores.

Contudo, mesmo na formação de círculos cada vez mais largos, o integrante, que é o indivíduo, será o mesmo, único elemento definitivo, enquanto o clã, a fátia, a tribo, a cidade, a nação, e o Estado são unidades provisórias, voltadas a formação da universalidade chamada humanidade, que é o grande círculo para o qual avança a sociedade.

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 serão 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 moral.³

³ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. V Tomo IV. p. 371.

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo I. p. 233.

Os sistemas jurídicos devem se conformar ao que os fatos apontam, por isso concorrendo para sua formação os valores a serem hauridos nas mais diversas disciplinas, que por sua vez devem afluir de maneira interdisciplinar, para a composição da unidade sistemática do direito.

Os sistemas jurídicos são heterogêneos, produtos de cada círculo social, recipiendários de circunstâncias e contingências travadas no tecido social. Por isso, o único critério para o surgimento do direito é ter valor social. A sociologia é o pano de fundo estendido, sobre o qual repousam todos os processos de adaptação social, na construção da ordem jurídica.

Os diferentes sistemas jurídicos não têm as mesmas fontes de direito. Nem todos tem a mesma graduação de regras jurídicas, nem, ao admitirem 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 sempre só do seu país (A. L. GOODHART, *Modern Tehories of Law*, Oxford, 1932, 2).⁴

Por conseqüência, economia, política, ciência, arte, religião e moral, dão algo de seu, sem, no entanto, desaparecer, para erigir os sistemas jurídicos, através do processo de juridicização, o que faz direito positivo, vigente, o que antes era somente outro processo social de adaptação, que não o direito.

As regras jurídicas, que, por sua vez, formam os sistemas jurídicos, são resultantes da dinâmica social, dos valores que o grupo social consagra, por mais primitivo que seja.

Se no início o direito era obra inconsciente, dos usos e costumes brotados espontaneamente, apresentando-se de forma bastante rudimentar, dominado pela tradição, que tinha na imitação e na repetição sua própria vivência, nem por isso podemos deixar de afirmar que não tenha existido onde quer que tenha havido qualquer espaço social.

Espaço social e direito estão intimamente correlacionados. Assim, à medida que o par andrógino vai sendo envolto pelo grupo social e este pelo Estado, evoluindo no sentido de edificar círculos cada vez mais largos, o espaço social se dilata e por decorrência lógica os sistemas de direito, o que bem demonstra a profunda dependência havida entre ambos.

O espaço social coincide com as relações sociais, que servirão de suporte fático para a revelação das regras jurídicas regentes dos fatos sociais. Porém, nem tudo é contemplado literal, lógica e completamente pela regra jurídica, escapando determinados casos fáticos à hipótese de incidência da regra de direito, eis que não há uma identificação plena entre o sistema social e o sistema jurídico.

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo III. p. 374

É correto dizermos que o espaço social, lugar em que se travam as relações sociais, não é coincidente com a intensidade e extensão dos sistemas jurídicos, não obstante serem produtos do meio social.

De modo que não temos um sistema jurídico fechado, completo e acabado, restando sempre uma brecha social que refoge à hipótese de incidência do jurídico, quer pela geração de um vazio jurídico, configurado pela anomia, ausência de regras jurídicas para reger o caso fático, quer pela falta de direção e sentido da regra existente com o fato, pois em que pese existir a regra jurídica, está a exigir de parte do intérprete a corrigenda adequada, para conformara exegese da norma aos moldes mais atualizados.

São as duas índoles de lacunas existentes nas regras jurídicas, as quais podemos alcunhá-las de lacunas normativas e lacunas valorativas, as primeiras caracterizadas por padecer da falta de regras para reger a coexistência social; enquanto que a segunda ordem de lacunas é marcada pela incompletude e insuficiência de alcance de sentido na normação, para contemplar os fatos do social.

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 (*achte Lücken*) e, às segundas, impropriamente ditas ou falsas (*unechte Lücken*). Viu LORENZ BRUTT 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 a ERNST ZITELMANN.⁵

Como vemos, Pontes não se deixou amarrar à corrente da plenitude lógica do sistema jurídico, admitindo a existência de lacunas na ordem jurídica, que somente podem ser supridas pela segura via indutiva da investigação científica, denunciando dessarte a insuficiência dos caminhos intuicionista e dedutivista, através da acurada crítica aos métodos de interpretação do direito, precedentes a fase da investigação livre de ciência, vícios subjetivistas antropomórficos e animistas de que se ressentem.

Para ele, cabe à política científica, ou seja, à política jurídica dar a solução adequada para o problema das lacunas do ordenamento, por meio do indutivo método científico.

Não vê os sistemas jurídicos como algo estático, hipostasiado, produto de intelecção cerebrina, donde possa ser extraído todas as respostas reclamadas pelos fatos sociais, mas sim como algo estável, dinâmico, mutável, adaptável às realidades ditadas pelos fatos sociais.

Portanto, não podemos conceber os sistemas jurídicos como pontos de partidas apriorísticos, nos moldes escolasticistas, como se o direito fosse um

⁵ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo I. p. 156.

conjunto de regras, que se deduz, logicamente, de alguns princípios naturais imutáveis.

No fundo, os sistemas jurídicos são reflexos dos próprios processos sociais de adaptação, variando àqueles na medida em que estes experimentarem mutação.

Cabe-nos atentar que os sistemas jurídicos são integrados por regras jurídicas abstratas, formados a partir da extração das regras de direito da realidade social, concreta, que é a matéria social, das relações sociais, donde são retiradas as regras jurídicas para compor os sistemas de direito.

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 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 'político' de certa função 'científica'. Para fugirmos a isto, é ao método indutivo, sociológico, que devemos recorrer.⁶

Irresigna-se com relação ao sistema artificial de elaboração, interpretação e aplicação das leis, que faz derivar o direito positivo da vontade subjetivista, como se esta fosse todo o conteúdo do direito. Nem o voluntarismo antropomórfico, nem a vontade animista da lei, por padecer de impessoalidade e objetividade na observação, indução e experimentação dos fatos sociais, podem prover os sistemas jurídicos de regras compatíveis com as relações. Ao contrário, estabelecem um divórcio entre o direito e o fato, apresentando-se como insuficientes para reger a coexistência social.

As regras imperativas componentes dos ordenamentos jurídicos são impotentes para interromper o fluxo social, por isso mesmo que variam para se adaptar aos rumos sempre demarcados sociologicamente.

Os fenômenos político, econômico, religioso, moral, artístico e jurídico coexistem, provocando a dilatação dos círculos sociais em constante devir evolutivo, adaptando socialmente os sistemas jurídicos em todos os tempos e lugares.

A idéia de círculos sociais serve para traduzir as variadas formas que o coletivismo atinge, através de permanentes e constantes experiências sociais, cujos conteúdos religioso, moral, econômico, político ou outro qualquer, faz surgir sistemas jurídicos cada vez mais renovados, atualizados, reflexo das próprias formas sociais coletivas, que a sociedade adquire em sua marcha evolutiva e adaptante. "Quando começam a operar-se as transcendências do círculo principia o novo Direito."⁷

⁶ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo IV. p. 29/30.

⁷ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo I. p. 258.

Embora admita que a sociedade pode produzir o direito, o autor o vê como produto de grupos, de círculos sociais, da coletividade, não confundindo o social e o coletivo, pelo que vislumbramos na formação de cada círculo a adaptação cada vez mais larga e mais aperfeiçoada dos sistemas jurídicos, regradores da vida em sociedade.

Exige dos juristas e dos legisladores a mesma serenidade, recomendada pela indução, a fim de que os sistemas jurídicos não sejam obra de puro dedutivismo, que faz derivar as regras jurídicas de princípios racionalistas tidos como imutáveis, sobre os quais não cabe qualquer questionamento, apresentando-se como se fossem verdades inabaláveis.

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 atuar como elemento intelectual puro, deformador da realidade. Se assim pensássemos, teríamos de procurar tais regras e caíramos, ou no apriorismo ou no estrito empirismo, porque ou elas não seriam perceptíveis e proporíamos soluções 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 regras.⁸

Repugna a Pontes pretender retirar da premissa maior aplicada à premissa menor uma conclusão lógica, sem primeiro verificar a legitimidade do ponto de partida, sua devida conformação com os fatos sociais. Para que a regra se aplique ao fato, mister seja primeiramente extraída das relações sociais.

Pelo que verificamos, não rechaça de um todo o método dedutivo, porém este deve ser utilizado num segundo momento, após a extração indutiva das regras jurídicas dos fatos sociais. A dedução lógica somente pode ser adotada, quando indesmentíveis os fatos sociais.

Combate, pois, o silogismo lógico, forma cômoda de solucionar os conflitos sociais, que parte de uma regra apriorística aceitável como dogma, produto da imaginação cerebrina, sem satisfazer a condição de verificabilidade, pela qual se procura subsumir o fato, prescindindo das circunstâncias e contingências que este reveste, para daí chegar a uma ilação lógica, infensa a toda e qualquer valoração, eis que o ponto de partida, ou seja, a regra, não passa de hipótese concebida ou ficção pensada, acarretando um fosso entre os fatos sociais e as regras de direitos, que os devem reger.

No Direito, como nas ciências físicas, é grande o perigo das construções ideais; na Fisiologia, e, pois, no Direito, não têm outro valor as

⁸ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo IV. p. 236/237.

classificações e os silogismos, além do que lhes conferem as realidades, que os comprovam.⁹

Adverte para o perigo das construções abstratas, pelo que os sistemas jurídicos não podem se sustentar em formulações ideais, sob pena de operar no vazio, devendo por isso as regras jurídicas apresentar conteúdo positivo, descoberto e revelado nos valores sintetizados em todos os processos de adaptação social, suporte necessário para informar o direito.

Propõe a interação da religião, da moral, da arte, da política, da economia e da ciência, na formação das regras jurídicas e não a confusão, a promiscuidade, a mistura. Todos os referidos processos contribuem para a adaptação social da pessoa à sociedade.

Assim, quando uma regra religiosa, moral ou econômica se introduz no sistema jurídico, torna-se regra jurídica, sem que, contudo, se apaguem os traços característicos de processo social de adaptação originário, somente porque ela serviu de base para outro sistema, cumprindo função adaptante de interdependência.

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 nos 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 estabilizem a Política e a Economia, não que as instabilizem.¹⁰

Conforme defende o autor, existem sete principais processos de adaptação social do homem à vida social, consistentes na religião, moral, arte, direito, política, economia e ciência.

Todos eles têm pesos específicos. A ciência, constituída por enunciados de fato, acolhidos ou não pelo homem ou grupo social, não apresenta peso de despotismo, pois não estabiliza, nem instabiliza, configurando uma espécie de álgebra de soma zero.

Dentre tais processos de adaptação, o que oferece maior elemento de estabilidade é o direito, tocando à política o maior peso de instabilidade, seguida da economia.

Destarte, a função dos sistemas jurídicos não é outra senão a de ditar regras que harmonizem e estabilizem a instabilidade gerada pela economia e pela política, visto que muitas vezes a religião e a moral se mostram insuficientes para servir de instrumento de adaptação social ou corrigir defeitos de adaptação do homem ao social.

⁹ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo II. p. 118

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo II. p. 247

Os sistemas jurídicos são portanto, resultados da cooptação de valores advindos das próprias necessidades sociais, não se podendo à toda evidência prescindir das circunstâncias históricas de tempo e lugar, nem tampouco da contribuição da lógica das regras jurídicas, para formá-lo.

Mostra a grave confusão existente nos sistemas jurídicos entre o papel da lógica, que é o de demonstrar, com o da investigação, que é o de explicitar e de inserir, tanto nos momentos interpretativos ou de aplicação das regras jurídicas, procurando destacar a função da investigação como precedente a todo e qualquer raciocínio logicista, pois a lógica não pode se nutrir de abstrações, mas sim de matéria fática, real, encontrada na tessitura do social.

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.¹¹

Reconhece a pluralidade das fontes dos sistemas jurídicos, na medida em que aponta a observação dos fatos, para revelar as regras jurídicas, mantendo daí o ordenamento jurídico como sistema lógico.

Temos, assim, que a lógica surge em momento posterior à investigação fática do direito, cumprindo as regras jurídicas descoberta nos fatos, o critério de previsibilidade exigível em todo e qualquer sistema de direito, porém sempre suscetível de experimentar correções de adaptação, determinadas pelo curso inevitável dos acontecimentos sociais.

Portanto, os sistemas jurídicos não se constituem somente com a observação, a indução e a experimentação das relações sociais, mas também com a lógica, sendo que esta desempenha seu papel em momento posterior, para não operar no vazio, arrimada em princípios imutáveis, dos quais se deduziriam, logicamente, o direito.

O dogma da plenitude lógica do sistema jurídico, ranço racionalista, tem sido sempre reforçado pelo dedutivismo controlador, que faz derivar as soluções jurídicas de regras hipostasiadas, como se todo o direito vivo pudesse ser encerrado nas masmorras das vetustas, anacrônicas e esclerosadas codificações, como se o direito não adviesse dos fatos.

A idéia de sistema fechado, legado do exegetismo francês, não passa de fetiche, de tabu, de crença na infalibilidade do legislador, como se este tivesse poderes divinos, podendo tudo prever de forma onisciente, onividente e onipresente, nada escapando a sua provisão.

O absolutismo da correlação necessária entre o texto e o direito, que o Estado despótico pregara, o Estado constitucional herdou, e as chamadas escolas positivistas receberam como realidade social permanente, por falta de conhecimento sociológico, foi aspecto de momento histórico.¹²

¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo II. p. 248.

As regras jurídicas compreendidas pelos sistemas jurídicos devem ser descobertas, extraídas e reveladas através de processo democrático, e não mais criadas, fabricadas e edificadas pelo subjetivismo da vontade do legislador, resquício de despotismo que impregna os métodos de elaboração, interpretação, integração e aplicação do direito e se ressentem as fontes do sistema jurídico, represando as correntes agitadas de um novo direito, desejoso de seguir o seu próprio curso, que outro não é senão o leito da própria vida.

Essa é a naturalidade do fenômeno jurídico mostrada pelo autor, o que significa o mesmo de afirmarmos que o direito é social, pois cumpre função social e brota dos fatos. A natureza em Pontes é o dado, sem se preocupar na investigação do que é ontológico.

Pontes concebe os sistemas jurídicos como apresentando valor apenas simbólico, por mais intelectualizados e eficazes que sejam, pois na formulação das regras jurídicas opera-se a redução ao verbalismo humano, substituindo-se os conteúdos econômicos, morais, religiosos, ou de qualquer outro elemento de adaptação que possa conter, por elementos lógicos, para satisfazer o critério de previsibilidade atribuído às regras de direito.

Atenta de que todos os fenômenos jurídicos são complexos, o que faz com que a lógica não seja aplicada sempre de forma intermitente, de molde a solucionar as questões, pois muitas forças concorrem para a formação dos sistemas jurídicos, numa tentativa sempre constante de proceder a unidade do heterogêneo, cuja síntese, podemos dizer, constitui a própria ordem jurídica.

Preleciona que historicamente atravessamos três processos de identificação do direito, consistentes no empirismo, no racionalismo e na ciência, sendo que na empiria a formação e imposição do direito era abandonada aos fatos, deixando que o direito se formasse pela própria pressão dos elementos sociais, que são os elementos plurais das regras futuramente observáveis, já o racionalismo separa o fenômeno jurídico, anulando um dos termos que o compõem, qual seja, o real, ficando somente arraigado ao apego demasiado á subjetividade da razão, da qual espera extrair todo o necessário para o disciplinamento da coexistência social, fundando, dessarte, todo o critério de justiça na racionalidade; por fim, o critério científico, que por sua vez considera a regra escrita, o sentimento e a consciência jurídica, traduções do fenômeno jurídico, que são os próprios processos de adaptação ou de corrigenda dos defeitos de adaptação à vida social.

Pontes, que tem no reconhecimento o fundamento da existência das regras jurídicas, admite que a pessoa busque a regra de direito adequada e eficaz, intuitiva, dedutiva e indutivamente, com o escopo de aperfeiçoar o sistema jurídico, num esforço sempre continuado.

Contudo, para ele, somente a fase científica indutiva poderá apontar a partir dos fatos, as regras regentes da coexistência humana, realizando com relativa

¹² MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo II. p. 185.

segurança a passagem do indicativo do conhecimento científico para o imperativo das regras jurídicas, destinada à vida social.

Impende anotarmos que o autor, ao procurar capitalizar a positividade do jurídico, não despreza, nem rompe com o intuicionismo ou racionalismo, inobstante se tratarem de movimentos epistemológicos tacanhos e pouco fecundos para revelar as regras jurídicas, mas sim enceta objetivar o jurídico, a partir do conhecimento científico descrito e indutivo, com base nos fatos, não se preocupando com fetiches jurídicos, tais como o sentimento jurídico, a idéia do direito, a vontade do legislador, a vontade da lei e demais fenômenos míticos que impregnam o direito ainda hodiernamente.

Contribui Pontes para o aperfeiçoamento dos processos de adaptação consciente do indivíduo à vida coletiva, promovendo a democratização dos meios de revelar o direito, com o que o afasta dos preconceitos autocráticos e despóticos, que encaram as regras jurídicas como obra de legisladores absolutos, infalíveis, cujo defeito salta manifesto ao pretenderem explicar integralmente, através de um esquema simbólico, que constituem regras de direito, toda a complexidade do social.

Denuncia a insuficiência de toda e qualquer postura que procura explicar o direito a partir de determinado ângulo exclusivo, de um reducionismo unilateral, motivo pelo qual não convenceram os vários movimentos erigidos em torno do fenômeno jurídico, tentando justificá-lo.

Dentre tais movimentos, podemos citar o jusnaturalismo, que procurou fundar na razão humana o critério de justiça, a escola histórica, o movimento do direito livre, todos faltos da metodologia indutiva, da consciência da relatividade do conhecimento, fundamentalmente necessária, indispensável para a cristalização dos sistemas jurídicos e sua constante correção, dadas as contingências determinadas pelas condições e circunstâncias revestidas pelo ordenamento jurídico vigente, no respectivo círculo social.

A fórmula suíça que manda o juiz julgar como julgaria o legislador não passa de mero fetiche, em que pese a sua evolução em relação aos outros sistemas legais de interpretação, pois no fundo não passa de recordação da vontade do legislador, subjetivismo tão combatido por Pontes, dado o caráter pessoal de que se reveste, a exemplo do animismo legalista, que procura atribuir vontade à lei.

Critica a tripartite separação dos poderes, miragem jamais existente, pois os poderes nunca foram independentes, daí por que a tarefa de elaboração das regras jurídicas não pode ser obra somente do legislador, como se fosse a única fonte existente.

Admite a pluralidade de fontes do direito na formação dos sistemas jurídicos, não tendo em conta a lei como fonte privilegiada, pois cada círculo social apresenta sua própria cultura, podendo eleger e destacar, dentre as regras jurídicas, as que mais respondem ao seu contexto 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 admitiriam.¹³

Por não ser o legislador infalível, nem sempre formula a regra que deveria, daí por que o direito não poder estar todo na lei.

Entretanto, forçoso é reconhecer que o prestígio alcançado pela lei escrita deveu-se ao marco racionalista, sustentado inicialmente pela escola exegética francesa, depositária da fé inabalável na interpretação literal e gramatical, arraigada nos mitos da segurança e certeza jurídicas, inspirados nos princípios da igualdade, da liberdade e da fraternidade, insculpidos nas codificações que se seguiram a partir do código napoleônico em 1804, princípios em cujo nome se erigiu a revolução francesa.

Tal racionalismo foi o responsável pela armação de sistemas jurídicos fundados em princípios imutáveis, ideais, abstratos, que infundiu o dogma da plenitude lógica do sistema jurídico, sem lacunas, que faz o jurista procurar o direito na autópsia, na dogmática mumificada, em vetustos arcabouços jurídicos, divorciados das realidades sociais, que somente as relações podem apontar, a partir da verificação dos fatos.

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 reatividade de hoje, que é adulta, e o retrato de outrora, para descobrir, não mais a imagem exata, e sim os traços que indiquem a identidade.¹⁴

Não existem sistemas jurídicos fechados, completos e acabados que possam encerrar toda a complexidade do social, pois estes são reflexos dos círculos sociais, dos grupos que, por sua vez, integram a sociedade, da coletividade, que igualmente são sistemas abertos, em constante evolução, dada a permanente dilatação dos círculos sociais em devir adaptativo do homem versus meio, numa interação que expande e integra os círculos menores nos sistemas cada vez maiores.

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 direito'.¹⁵

Como não existem sistemas absolutamente fechados, o direito sofre permanentemente a adaptação social, provocado pelos demais processos sociais de adaptação, buscando constantemente o equilíbrio, a estabilidade. O sistema de direito é estável e não estático, dados aos valores sociais que provocam sua

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo III. p. 374.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo III. p. 320/321.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo III. p. 275/276.

instabilidade no sentido de crescente adaptação, às vezes experimentado recuos e desvios, mas que não o impedem de fazê-lo sempre avançar em direção e sentido do aperfeiçoamento, sempre perseguido, mesmo se sabendo da impossibilidade do seu atingimento, pois não se pode levar em conta, na indagação indutiva do fenômeno jurídico, todos os elementos que entram nas relações sociais de onde são extraídas as regras jurídicas aplicáveis aos fatos, por falta de metodologia absoluta, constituindo a indutividade da naturalidade do direito, via apta a atingir a verdade aproximada, face à própria relatividade do conhecimento jurídico.

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 histórico.¹⁶

Logo, verificamos as razões pelas quais não podemos sustentar a exclusividade da lei como fonte dos sistemas jurídicos, não podendo, a toda evidência, somente ela dar soluções para todos os problemas que exurgirem no seio social. Constitui obra humana induzida dos fatos, por isto mesmo provisória e retificável, a exemplo das demais fontes.

Pretende o autor libertar o direito das amarras absolutistas, perseguindo a eliminação gradual da quantidade de despotismo de que se ressentem o jurídico, determinada pela crescente adaptação, pleiteando a desnecessidade de o homem ser coagido pela artificialidade de um sistema jurídico, colocado como inquestionável, cuja aceitação não pode ser objeto de dúvidas, como um cânone sagrado.

Mas o jurista não deve se comportar como um guardião dos textos sagrados, como um padre escolástico no monastério reproduzindo o saber, a exemplo dos copistas medievais, porém deve investigar o direito na vida social, único lugar em que pode ser encontrado.

No entender de Pontes, a lei, forma humana superior, é simplesmente uma das fontes do direito, meio técnico e não todo o direito, eis que defende a pluralidade das fontes jurídicas. É uma fase intermédia entre o pedido pelas circunstâncias e o efetivamente aplicado no processo de correção dos defeitos de adaptação.

Não podem as leis escritas, nem tampouco os costumes representar com precisão a imediatidade da vida e a consciência social. A lei é apenas um símbolo, mera proposta, por isso não se identificando com a própria coisa simbolizada, no caso as relações sociais.

Seguindo esse raciocínio, podemos afirmar ser a lei simples pauta normativa dirigida ao comportamento humano, sem, no entanto, abarcar todas as manifestações que soem exsurgir do agir social. Por isso mesmo, que o apego ao estreito legalismo mutila a realidade social, caso seja tomado como ponto de partida

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo II. p. 247.

inquestionável, imutável e apriorístico, a partir de premissas axiomáticas, como se fossem princípios imanentes. O momento hermenêutico, que faz derivar a interpretação do fenômeno jurídico das regras jurídicas, deve ser posterior à indução das regras dos fatos, sob pena de incidirmos em idealidade, incorrendo em abstrações. Não podemos utilizar a lógica dedutivista, senão no segundo momento, após terem sido extraídas as regras de direito das relações sociais.

Entretanto, sempre que os fatos apontarem para outra solução, que não a contida nas regras jurídicas, deverá ser operada a adequação do sistema jurídico às novas circunstâncias ditadas pela mutação do sistema social, em evolução sempre crescente do processo adaptativo e corretivo do direito.

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 aos fatos, quando o juiz dotado de conhecimentos terá de ajustar, não o texto legal ao caso, mas a regra encaixada na lei à categoria de real, que é o fato da causa.¹⁷

O sistema jurídico é forma que o direito reveste internamente, onde atuam os processos sociais de adaptação, coexistindo nele o indivíduo e o organismo total, o “eu” e o “socius”.

O ordenamento do direito apenas traduz a adaptação acarretada nos círculos sociais, cujos termos são o corpo social e o indivíduo, que por sua vez sofrem a interação do meio ambiente, variando no próprio indivíduo o metabolismo, mas cuja conciliação é cabente aos fatos.

Pela análise das relações jurídicas do passado, do presente e da história objetiva, poderá ele nos fornecer o conhecimento do que é e do que precisa ser feito, para ocorrer a adaptação recíproca entre o homem e o organismo social.

A segurança de tal desiderato somente poderá ser dada pelo método indutivo, pois qualquer outro caminho se ressentiria de garantia eficaz.

Na escala das fontes jurídicas, a lei constitui simples artificialidade, ao pretender dotar de caráter oficial a pesquisa do justo, ao contrário do costume, que procura prover de modo concreto e material, por meio dos próprios fatos, a indagação do direito.

A exemplo da doutrina, da jurisprudência, da praxe, não passam os costumes e a lei de processos técnicos, que é um dos aspectos da ciência do direito, operada para o descobrimento do próprio jurídico positivo. Não há qualquer limitação dentre as fontes do direito.

Ao se reportar aos sistemas de tradição romano-inglesa e de tradição romano-ocidental, atenta que a diferença de concepções repousa somente na divergência de graduação, pois enquanto no sistema inglês do ‘common law’ vale

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo III. p. 277/278.

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

Porém, a seu ver nem racionalismo, nem empirismo são suficientes para atender aos imperativos de justiça que uma ordem social deve conter, dada a própria insuficiência de metodologia de que se ressentem, impossibilitando maior completude ao processo de conhecimento, em que pesem as influências cada vez mais acentuadas do legalismo no povo inglês e do precedente judicial no povo ocidental.

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 parciaisidades, a processos incompletos de cognição (empirismo, racionalistamo).¹⁸

Diz o autor que os processos empregados na revelação do direito são imperfeitos, defeituosos, impregnados de soluções contrárias, mentindo à sua função, por isso sendo inevitável apartar da lei o direito vivo e aplicado.

Chama atenção para o fato de restarem liquidados os dogmas da infalibilidade da lei e da plenitude lógica, pelo que adota a exposição integral do direito enquadrada em sistema positivo do direito, apostando no método indutivo como única solução para descobrir o direito nas realidades, oferecendo maior garantia do que nos pode dar a eleição dos legisladores ou a artificiosa separação dos poderes realizada por Montesquieu.

Insurge-se Pontes contra a decrépita concepção do direito como conjunto de princípios apriorísticos, dos quais se deduzem conseqüências lógicas, fazendo do sistema jurídico um edifício abstrato, erigido nos moldes escolásticos, consubstanciando a própria idade média do direito, o que prevaleceu até o final do século XIX.

À propositura do método indutivo científico, cumpre o desiderato de buscar a diminuição das probabilidades de erro, com o máximo de segurança, de garantia objetiva, com o que procura fazer convergir os elementos revelados nas fontes do direito, enfim nos sistemas jurídicos com os processos sociais de adaptação.

Nem metafisismo, nem fetichismo, nem apriorismo, nem teologismo, mas segura investigação científica, que só o método indutivo pode dar, fornecido pela sociologia para a convicta utilidade do conhecimento.

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

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo III. p. 276/277.

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 prevê o método tradicional, nem as tentativas conciliantes, a que faltou o ânimo de romper com os processos clássicos de reconhecimento de fontes e de interpretação.¹⁹

As regras jurídicas que compõem o sistema jurídico cumprem a exigência de não haver contradição para a manutenção da unidade do próprio sistema. São normas feitas pelo direito, enquanto processo social de adaptação, cujo material é retirado da vida social. Por isso, a unidade do sistema jurídico é um esforço sempre perseguido, procurando-se coar nos processos sociais de adaptação, completando e corrigindo o que pode ser objeto de incidência do jurídico, no primeiro momento, para, posteriormente, proceder a aplicação judicial. É neste entrelaçamento que vamos encontrar a gênese da regra jurídica, por meio da investigação científica dos processos sociais de adaptação.

Consoante Pontes, as regras jurídicas se sustentam, bem como a própria ordem jurídica, enquanto coincidirem com a comunidade, por isso a transitoriedade de alguns sistemas, que se desviaram da trilha evolutiva.

Toda ascensão depende dos acertos evolutivos. Quando se quebram fios com que se tecem, progressivamente (mais felicidade comum, menos pressão), mais se arrebentam os sistemas jurídicos. Sistema jurídico não vive mais do que o grupo social (cf. G. HISSERL, *Recht und Zeit*, Frankfurt a. M., 1955, 11). As trepidações sociais atingem os sistemas jurídicos, com sérias conseqüências para mal e para bem.²⁰

O contato com a realidade é o apoio necessário para que todo o sistema jurídico não incursione pelo reino das abstrações, por isso flutua cada sistema de direito ao sabor das correntes fluidas do rio social, que o atingem sempre que as relações sociais se modificam, pois a verdade das regras de direito deve apresentar correspondência com o sistema jurídico, na medida em que estão contidas e são extraídas das próprias relações sociais, às quais reclamam providências para adaptar ou corrigir os defeitos de adaptação social.

Acredita o autor firmemente na atividade reformadora dos sistemas jurídicos, pelo que deve partir das várias classes de relações sociais e não de fantasias e abstrações hipostasiadas. Propõe solução científica para o fenômeno humano, mostrando a face poliédrica do fenômeno social, jungida a estrito método indutivo.

Para tanto, acena com a política jurídica como o caminho para aumentar as probabilidades de acerto e diminuição das probabilidades de erro, que possa conter o sistema jurídico, corrigindo, desse modo, pela análise das relações sociais

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo III. p. 313.

²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo III. p. 372.

os defeitos de justiça e de segurança encerrado 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 vigente.”²¹

A descoberta do sentido e da direção de regra do direito passa pela procura do elemento histórico, que é o dado sociológico, suscetível de sofrer variação entre a elaboração e a feitura da regra jurídica, bem como nos momentos hermenêuticos subseqüentes.

Para o autor, devemos nos afastar de toda e qualquer investigação transcendente, metafísica, subjetivista, para verificarmos a que provê, objetivamente, a regra de direito. Para a elaboração científica do que é necessário à intervenção eficaz nos sistemas jurídicos, devemos conhecer as condições gerais e particulares da sociedade e do valor das forças representadas pela forma jurídica.

Preleciona o autor que os sistemas jurídicos estão prenhes de aforismos, regras e preceitos, resultado da imposição de ditames racionais. Porém a questão deve ser posta não em termos de fundamentar lógica ou ideologicamente a ordem jurídica, mas sim em fundamento de fato.

Segundo Pontes, o sistema jurídico deve deixar as raias do atomismo e do individualismo jurídico para incursionar no âmbito do socialismo jurídico, pois o direito é social e a presença do Estado como mediador dos conflitos sociais, por si só representa mitigação ao individualismo originário do direito, acenando que se caminha rumo à socialização do direito.

Para tanto, somente resta o caminho da solução científica, seja que, da política jurídica, que deve ser posta e não imposta despoticamente, guiada pelos fatos, de que se induz, para suprir com eficácia ao equilíbrio social, fito do direito, pois “seria inferior à vida o sistema jurídico, se não atendesse à sugestão dos fatos”.²²

A evolução do sistema jurídico depende da adoção de método científico seguro, a fim de que possa avançar no processo de adaptação social, com o que concorre necessariamente a política jurídica, a fim de que erros sejam diminuídos e acertos e correções das relações sociais sejam cada vez mais aperfeiçoados, esvaziando o direito do caráter despótico de que se ressente, para introduzi-lo na senda da democratização, ensejando a redução da instabilidade do jurídico.

Referências

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo I ao V.

²¹ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo IV. p. 201.