

## POR UMA COMPREENSÃO DA TEORIA DO FATO JURÍDICO DE PONTES DE MIRANDA AFINADA AO PENSAMENTO INTEGRAL DO AUTOR: DA DEFINIÇÃO À APLICAÇÃO DO DIREITO

FOR AN UNDERSTANDING OF THE THEORY OF THE LEGAL FACT OF PONTES DE MIRANDA ATTACHED TO THE ENTIRE THOUGHT OF THE AUTHOR: FROM THE DEFINITION TO THE APPLICATION OF LAW



Isabella Silveira de Castro<sup>1</sup>

**RESUMO:** Pontes de Miranda, notório jurista brasileiro, é o grande precursor do que se convencionou denominar de Teoria do Fato Jurídico, esquema representativo do fenômeno jurídico sobremaneira utilizado, principalmente entre os civilistas. No entanto, apesar da popularidade de sua teoria, não se pode afirmar ser Pontes de Miranda compreendido em toda sua complexidade. Assim, o presente artigo pretende demonstrar como a aplicação da teoria interpretativa de Pontes de Miranda, dita Teoria do Fato Jurídico, de modo desintegrado de suas formulações de Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito acaba por desvirtuar o pensamento do autor e descaracterizá-lo. Em suma, o objetivo é propor que a leitura da teoria interpretativa pontesiana seja afinada com uma compreensão global de seu pensamento. Para tanto, serão apresentadas as percepções de Pontes de Miranda sobre o fenômeno jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pontes de Miranda. Teoria do Fato Jurídico. Positivismo. Filosofia do Direito.

**ABSTRACT:** Pontes de Miranda, a notorious brazilian jurist, is the great precursor of what is conventionally called the Theory of the Legal Fact, a representative scheme of the juridical phenomenon widely used, mainly among civilists. However, despite the popularity of his Theory, it cannot be said that Pontes de Miranda is understood in all its complexity. Thus, this article intends to demonstrate how the application of Pontes de Miranda's interpretative theory, known as the Theory of the Legal Fact, disintegrated from his formulations of General Theory of Law and Philosophy of Law, ends up distorting the author's thinking and mischaracterizing it. In short, the objective is to propose that the reading of the Pontesian interpretive theory is attuned to a global understanding of his thought. Therefore, Pontes de Miranda's perceptions about the legal phenomenon will be presented.

**KEYWORDS:** Pontes de Miranda. Theory of the Legal Fact. Positivism. Philosophy of Law.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Contextualização e influências de Pontes de Miranda. 2. O positivismo peculiar de Pontes. 3. A concepção de ciência do direito em Pontes de Miranda. 4. Elementos de Teoria Geral do Direito a partir de Pontes. 5. Direito e interpretação. 6. A

<sup>1</sup> Mestra em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Graduada em Direito pela PUC-Campinas. Administradora da página @direitocivilporelas.

manutenção da visão ponteana sobre direito e interpretação no tratado de direito privado. 7. Constituição e legalidade. 8. À guisa de conclusão: leitura da Teoria do Fato Jurídico integrada ao pensamento global de Pontes e crítica à sua aplicação apartada. Referências.

**SUMMARY:** Introduction. 1. Contextualization and influences of Pontes de Miranda. 2. Pontes' peculiar positivism. 3. The conception of the science of law in Pontes de Miranda. 4. Elements of General Theory of Law from Pontes. 5. Law and interpretation. 6. The maintenance of Pontes' vision on law and interpretation in the private law treaty. 7. Constitution and legality. 8. By way of conclusion: reading of the Theory of Legal Fact integrated to Pontes' global thinking and criticism of its separate application. References.

## **Introdução**

Pontes de Miranda é, sem sobra de dúvidas, um grande expoente do Direito brasileiro. Detentor de vasta obra bibliográfica, se destacou por deixar uma contribuição autêntica à Ciência Jurídica nacional. O autor alagoano transitou da dogmática jurídica à sociologia, perpassando os mais variados campos do conhecimento, sem nunca prescindir da profundidade que lhe é própria. A magnitude de seus escritos dificulta o estudo exaustivo de seu pensamento e sua prolixidade e erudição explicam o porquê de ser “muito citado e pouco conhecido”<sup>2</sup>.

Neste interim, o presente artigo objetiva revelar como a aplicação da teoria interpretativa de Pontes de Miranda, dita Teoria do Fato Jurídico, de modo desintegrado de suas formulações de Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito acaba por desvirtuar o pensamento do autor e descaracterizá-lo. Em suma, o que se pretende é propor uma leitura da teoria interpretativa ponteana afinada com uma compreensão global de seu pensamento.

O trabalho tem relevância por ser um contraponto a estudiosos de prestígio que ignoram a construção de Teoria Geral do Direito de Pontes ao interpretarem a Teoria do Fato Jurídico e, inclusive, por vezes afirmam fazê-lo conscientemente, por vislumbrarem no Tratado de Direito Privado o rompimento do autor com seu antigo pensamento,<sup>3</sup> construído sobretudo

---

<sup>2</sup> É o que afirma Paulo Roberto Lima em depoimento concedido ao programa Tempo e História exibido pelo canal TV Justiça, no mesmo programa Marcos Bernardes de Mello reitera a ideia: “o problema do Pontes é este, pouco lido”. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=fmEy\\_gmSbvc&t=438s](https://www.youtube.com/watch?v=fmEy_gmSbvc&t=438s).

<sup>3</sup> “O espírito da Escola do Recife pode ser observado principalmente na fase inicial de Pontes de Miranda. Essa influência, contudo, não é tão visível, em seu Tratado de Direito Privado, pois com algumas exceções presentes nos capítulos introdutórios, nos quais Pontes demonstra sua costumeira erudição e saber enciclopédico, no Tratado de Direito Privado ele faz uma análise mais dogmática do Direito, que inclusive se afasta, em certo sentido, das suas próprias recomendações presentes, por exemplo, na sua jovem e magnífica obra Sistema de Ciência Positiva do Direito”. ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, p. 6, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>. Data de acesso: 03 jul. 2019.

no Sistema de Ciência Positiva do Direito, apesar de Pontes de Miranda ter expressamente declarado, posteriormente a finalização do Tratado, ter se mantido fiel a tudo que escreveu em Sistema.<sup>4</sup> Ao longo do artigo mostraremos como o autor alagoano sinaliza, no próprio Tratado de Direito Privado, a manutenção de suas crenças.

Serão também investigados os posicionamentos de Pontes de Miranda acerca de temas relacionados com os limites e as possibilidades da interpretação jurídica, muito em voga na contemporaneidade.

Para cumprir seu objetivo o trabalho traça um panorama geral do pensamento ponteano, apresentando brevemente as ideias do autor. Contudo, apesar da exposição se pretender sintética, cuidou-se para que não fosse reducionista, pois o simplismo excessivo no tratamento de concepções basilares só pode resultar na deformação do pensamento que se almeja dilucidar, que é justamente o que se combate. Pontes é Pontes,<sup>5</sup> como observou Clóvis Beviláqua, e merece ser compreendido em toda sua complexidade.

## 1. Contextualização e influências de Pontes de Miranda

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, popularizado por seu sobrenome, nasceu em 1892 e faleceu em 1979, com 87 anos.<sup>6</sup> Formou-se bacharel em Direito e Ciências Sociais em 1911, com apenas 19 anos, pela Faculdade de Direito do Recife.

O período em que Pontes de Miranda está na faculdade, início do século XX, é marcado pelo apogeu do Positivismo Jurídico. Já existiam os movimentos da Escola da Exegese francesa, da Jurisprudência dos Conceitos alemã e da Jurisprudência Analítica inglesa e as ideias de Kelsen começavam a ser difundidas, embora a obra Teoria Pura do Direito só fosse vir a ser publicada em 1934.

Pontes de Miranda se insere na fase intercalar entre o positivismo do século XIX e

---

<sup>4</sup> Na segunda edição de Sistema da Ciência Positiva do Direito, Pontes de Miranda acrescenta capítulo intitulado “De 1922 a 1972” em que retifica seu pensamento e declara que “o que escrevemos em 1922 e repetimos na 2ª edição continua sendo o que pensamos e continua em toda obra”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo III, p. 317).

<sup>5</sup> “Pontes é Pontes. É pensamento autônomo”. (BEVILAQUA, Clóvis; PINHEIRO, Nunu; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O Direito como Ciência Positiva na Obra de Pontes de Miranda: discursos proferidos no banquete de 26 de fevereiro de 1923, incluído o do homenageado*. Rio de Janeiro: Livraria Científica Brasileira, 1923).

<sup>6</sup> ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Biografia Pontes de Miranda. Disponível em: <http://www.academia.org.br/academicos/pontes-de-miranda/biografia>. Acesso em: 27 jul. 2019.

o neopositivismo do século XX, é considerado por alguns como um neopositivista,<sup>7</sup> por outros como positivista sociológico,<sup>8</sup> mas não pode ser classificado como reprodutor de nenhuma das escolas da época, pois desenvolve pensamento autêntico, conforme constata Clóvis Beviláqua: se Pontes teve precursores, não teve modelos.<sup>9</sup> Suas influências são diversificadas, pode-se apontar Francis Bacon, Conte, Durkheim, Spencer, Einstein, Russel e outros, mantida sempre a marca de originalidade de seu pensamento.

Pontes também é produto da Escola do Recife, movimento cujo pioneiro foi Tobias Barreto e, apesar dos traços distintivos entre os juristas que dela participaram, é marcada pelo monismo, evolucionismo e rechaço à metafísica.<sup>10</sup> Pinto Ferreira afirma que “o espírito da Escola de Recife sobrevive na grandiosa obra de Pontes de Miranda, (...) defendendo as duas principais ideias do movimento, a saber, o monismo e o evolucionismo, além da linha ideológica da filosofia científica”.<sup>11</sup>

Outrossim, vivenciou as duas grandes guerras mundiais e assistiu a ascensão de Estados autoritários, o que talvez seja o porquê de manifestar em seus escritos preocupação com a diminuição do *quantum* despótico e apreço aos valores da democracia, liberdade e igualdade.<sup>12</sup>

## 2. O Positivismo peculiar de Pontes

O positivismo jurídico é corrente de pensamento iniciado no século XIX na Europa. Surge, portanto, como pensamento tipicamente oitocentista, influenciado pelo ambiente liberal e pós-revolucionário em que se desenvolve.<sup>13</sup> É marcado pela busca de uma postura científica em face do direito, típica do cientificismo do século XIX, herdeiro do iluminismo.<sup>14</sup> O positivismo no período não foi só jurídico, foi, antes disso, geral, alcançando o direito, como

---

<sup>7</sup> MACEDO, Silvio de. *Pontes de Miranda e a universalidade de sua mensagem cultural*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.34.

<sup>8</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.422.

<sup>9</sup> BEVILAQUA, Clóvis; PINHEIRO, Nunu; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O Direito como Ciência Positiva na Obra de Pontes de Miranda*, cit., p. 15.

<sup>10</sup> FERREIRA, Pinto. A Faculdade de Direito e a Escola de Recife. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 14, n. 55, p. 5-20, jul/set. 1977, p. 14.

<sup>11</sup> FERREIRA, Pinto. *A Faculdade de Direito e a Escola de Recife*, cit., p.9.

<sup>12</sup> A preocupação do autor fica evidente na obra PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002.

<sup>13</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito. *Argumenta Journal Law*, v. 10, n. 10, p. 143-166, p. 144, 2009.

<sup>14</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito*, cit., p. 144.

pontua Larenz:

Como movimento de ideias geral (europeu), o <<positivismo>> abarcou na Alemanha, no decurso do segundo terço do século XIX, mais ou menos todas as ciências do espírito. Não importa, porém, averiguar aqui, em particular, em que medida se verificou a influência da filosofia social «positivista» de AUGUSTO COMTE, dos filósofos britânicos (BENTHAM, J.ST.MILL), ou das ciências da natureza, especialmente da «teoria da evolução» de DARWIN, e saber até que ponto isso correspondeu a uma revivescência do velho «empirismo», da psicologia associacionista de LOCKE, e, na ciência do Direito, também da Ética utilitarista de um THOMAS HOBBS. Basta que se saiba que a ciência do Direito teve uma plena participação no pendor geral para o positivismo. Como movimento adverso, não só do Direito naturalracionalista-dedutivo e da atitude metafísica de base da filosofia idealista alemã, como do romantismo e da velha «Escola Histórica».<sup>15</sup>

Apresentou manifestações diversificadas a depender do país: na França erigiu a Escola da Exegese; na Alemanha, a Jurisprudência dos Conceitos e na Inglaterra, a Jurisprudência Analítica. As escolas são corriqueiramente apresentadas em uma linearidade progressiva, que “serve de combustível para glorificação da positividade jurídica vigente”<sup>16</sup>, apesar da falta de unidade genealógica entre elas, “no sentido de que não se pode, em muitos casos, identificar uma relação de parentesco ou influência recíproca entre elas”,<sup>17</sup> e apesar da diversidade teórica que se encontra em cada uma.<sup>18</sup>

Há, contudo, traços comuns presente em sua maioria, são eles: i) o rechaço por alguns ou a não consideração, por outros, das teorias metafísicas dentro do discurso científico do direito; ii) a opinião generalizada de que o direito válido não está necessariamente relacionado com o direito justo; iii) a aceitação do monismo em vez do dualismo jurídico, iv) a ênfase na consideração do Estado como principal ou única fonte de direito válido e v) a reivindicação da palavra escrita como forma própria do direito e diferenciadora do jurídico e do moral.<sup>19</sup> Os contornos apresentados, porém, não estão presentes em sua totalidade em necessariamente todas as abordagens.

O rechaço a metafísica decorre do fato das ciências naturais serem o paradigma científico dominante à época, em que “o saber válido deveria estar fundamentado na realidade ‘posta’, naquilo que existe de ‘fato’ e pode ser mensurado” e não em construções meramente

---

<sup>15</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Casousete Gulbenkian, 1997, p. 44.

<sup>16</sup> HESPANHA, António M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. 3. ed. [S. l.]: Europa-América, 2003, p. 21.

<sup>17</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito*, cit., p. 146.

<sup>18</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito*, cit., p. 146.

<sup>19</sup> BERNAL, Andrés Botero. Capítulo 3: El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. In: In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; NUÑEZ, Álvaro; BLANCO, Verónica Rodríguez; ESPECTOR, Ezequiel. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 63-171, vol. 1, p.69.

ideais.<sup>20</sup> Busca-se conferir ao direito a objetividade própria das ciências naturais, retirando de sua construção enquanto ciência qualquer juízo de valor, motivo pelo qual se diferencia o direito válido e justo. Nesta mesma linha, rejeitam-se construções que admitam a existência concomitante de dois direitos, um positivo e outro natural, que se sobrepõe àquela.<sup>21</sup>

As três escolas juspositivistas do século XIX corriqueiramente apresentadas são as mencionadas alhures: Escola da Exegese, Jurisprudência dos Conceitos e a Jurisprudência Analítica.

A Escola Exegética francesa foi marcada pelo positivismo legalista e estatista. Parte do dogma de que todo direito se reduz à lei e constitui sistema fechado e completo, os Códigos são enaltecidos e exige-se do juiz apenas aplicação mecânica e literal do texto legal. A exegese também influenciou na visão do que deveria ser o discurso acadêmico-universitário do direito: a reprodução da norma enquanto o professor de direito deve, com sua inteligência, desvendar sentido sábio e racional da norma soberana para permitir sua adequada aplicação sem enfraquecer sua letra, sua literalidade<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. *UNIFESO-Humanas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 120-140, p. 123, 2014.

<sup>21</sup> “Antes de adentrarmos em considerações mais profundas sobre o sentido mínimo do positivismo jurídico, é preciso realizar algumas esclarecimentos preliminares. A primeira delas consiste em enfatizar a diferença entre direito natural e jusnaturalismo e entre direito positivo e juspositivismo. No âmbito da Filosofia do direito, as expressões direito positivo e direito natural são utilizadas para indicar os objetos, temas ou assuntos dos quais versam o jusnaturalismo e o juspositivismo. Se os primeiros podem ser concebidos como um conjunto de normas em sentido genérico (prescrições) – apenas conjecturalmente, para os fins desta distinção – os últimos constituem teorias ou doutrinas que afirmam proposições acerca de seus respectivos objetos. Assim, o jusnaturalismo pode ser concebido como a corrente teórica que afirma a existência do direito natural e analisa as possíveis relações existentes entre o direito natural e o direito positivo. Por sua vez, o positivismo jurídico pode ser concebido – ao menos de modo preliminar – como sendo a corrente teórica que estuda a existência e a validade do direito positivo (das regras jurídicas e dos ordenamentos jurídicos). Desse modo, enquanto o direito natural e o direito positivo podem ser compreendidos como linguagem-objeto ou de primeiro nível, o jusnaturalismo e o juspositivismo seriam metalinguagens ou linguagens de segundo nível, exatamente por tomarem as primeiras como objeto de seu discurso. Esta distinção é importante para que não se confunda o objeto de estudo de uma teoria com ela mesma, ou seja, não devemos confundir o direito positivo com a corrente teórica que afirma proposições sobre ele”. (RODRIGUES, Renê Chiquetti. Uma investigação sobre a suposta superação do positivismo jurídico pelo neoconstitucionalismo. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 70, Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/53697/R%20-%20D%20-%20RENE%20CHIQUETTI%20RODRIGUES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 jul. 2019).

<sup>22</sup> Sobre esta escola positivista: “Entonces, ya es posible ir sacando algunas conclusiones, aunque sean parciales y, obviamente, aceptando que partimos, como es normal en los textos docentes, de generalidades, máxime la gran variedad de autores y los diversos momentos en que escribieron: (...) v) La exégesis, en cuanto discurso, fue legicentrista en el plano jurídico (hipercentralidad de la ley-código dentro del derecho, aunque dicha centralidad no implicó, como la leyenda negra cree, la exclusión de otras fuentes como la doctrinaria), estatista en lo político (con alguna posible simpatía hacia la democracia representativa), y burguesa en lo socio-económico (al ayudar a romper los moldes político-económicos previos y al colaborar en la cimentación de los nuevos). vi) Sin embargo, una vez cimentado el poder del Estado, si este se convierte en un régimen totalitario (especialmente si este es producto y expresión del querer de las mayorías), la exégesis podría constituirse en una estrategia de dominación (aunada a las concepciones metafísicas y absolutistas que sustentan el discurso totalitario), lo que explicaría, en alguna medida, la mirada negativa que en la actualidad se sigue dando en torno a esta escuela y, peor aún, la

Por sua vez, a Jurisprudência dos Conceitos alemã<sup>23</sup>, ou pandectista, adaptou o historicismo da Escola Histórica às exigências de uma tarefa sistemático-dogmática, atribuindo ao costume jurídico força normativa<sup>24</sup> e objetivando o alcance de um sistema intrinsecamente lógico, construído por meio de conceitos<sup>25</sup>. Neste contexto, o discurso científico teria o fim de formação de uma unidade.<sup>26</sup>

Quanto a Jurisprudência Analítica inglesa, pensada para ambiente anglo-saxônico em que precedentes tem força normativa, ela é caracterizada por conceber o direito como sistema lógico-formal e só admitir como jurídico o costume consagrado por órgão judiciário do Estado, cuja vontade é a fonte de juridicidade.<sup>27</sup>

No século XX o positivismo ganha novas formas com o positivismo kelseniano, Movimento do Direito Livre, sociologismo, etc. Pontes vive neste entremeio, tem contato com as antigas e novas manifestações positivistas. O período foi propício para que pudesse avaliar as manifestações do positivismo do século XIX com olhar crítico sem, contudo, recusá-lo, mas adotando postura alternativa sob influência de suas novas formas de manifestação.

Só que o positivismo ponteano é cheio de peculiaridades e não pode ser identificado com o de algum pensador específico da época, suas influências são múltiplas. Esta

---

continua y muy equivocada concepción que suele atribuir los peligros de la exégesis a todo positivismo. vii) La exégesis, en tanto legicentrista y estatalista, conllevó, igualmente, una visión de lo que debería ser el discurso académico-universitario del derecho (pero este ideal no se logró plenamente, puesto que en las facultades de jurisprudencia existieron, a la par del exégeta, profesores que criticaron el modelo, especialmente en la segunda mitad del siglo XIX): la reproducción (no necesariamente pasiva) de la norma en tanto que el profesor de Derecho debe, con su inteligencia, desentrañar el sentido sabio y racional de la norma soberana para permitir su adecuada aplicación sin menoscabar su letra, su literalidad, lo que, por demás, supone que en la exégesis, el jurista – como doctrinario y como juez letrado– siempre se concibió, en la práctica, a pesar de las diferentes normas decimonónicas que prohibían o limitaban la interpretación, como intérprete autorizado de la voluntad de la ley, que remplazó a la voluntad general. viii) La exégesis dio un impulso crucial para la juridificación del derecho, esto es, que el derecho pasó a ser propiedad de un discurso-saber-experto: el de los abogados, de manera tal que este ya no es un atributo de las cosas, de las necesidades del hombre, ni de las comunidades, sino que es un discurso progresivamente técnico elaborado por juristas para interpretación de los mismos; se logró así la instauración definitiva del abogado como intermediario necesario entre la ley y la sociedad (lo que implicó, por demás, una pérdida progresiva del valor simbólico tanto del juez-lego como de los jurados-ciudadanos, en tanto se les consideraba poco idóneos para comprender y, por ende, aplicar el derecho positivo)”. (BERNAL, Andrés Botero. El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, cit., p. 89).

<sup>23</sup> Para a jurisprudência dos conceitos “a construção dedutiva do sistema depende absolutamente de um conceito fundamental determinado quanto ao seu conteúdo, conceito que não é, por sua vez, inferido do direito positivo, mas dado previamente à ciência jurídica pela filosofia do direito. Só pode ser direito o que se deixa subordinar a este conceito fundamental”. No entanto, os conceitos ulteriores são fruto de processo lógico-dedutivo racionalista. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Casousete Gulbenkian, 1997, p. 26).

<sup>24</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, cit., p. 404.

<sup>25</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Casousete Gulbenkian, 1997, p. 21.

<sup>26</sup> BERNAL, Andrés Botero. El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, cit., p. 69.

<sup>27</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, cit., p. 405.

multiplicidade de referências, aliás, foi a tendência dos juristas brasileiros da época.

Miguel Reale, ao trabalhar com as correntes do pensamento jurídico afirma a existência de uma escola, designada por ele de “Jurisprudência Brasileira”, que “assinala a convergência de múltiplas solicitações e influências, sem resultarem afetadas as raízes lusíadas e os ensinamentos romanísticos”.<sup>28</sup> A despeito de considerar prevalecente o elemento normativo ou técnico-dogmático, atribui aos juristas brasileiros um “vivo senso de concreção e equidade, mal interpretado pelos medíocres como preferência pelo casuísmo”.<sup>29</sup> Esta tendência, segundo ele, é visível em Pontes.<sup>30</sup>

### 3. A concepção de ciência do Direito em Pontes de Miranda

De acordo com Pontes de Miranda o Direito é processo de adaptação social<sup>31</sup> que tem por finalidade a paz social<sup>32</sup>. Mas Direito (objetivo)<sup>33</sup> e Ciência do Direito não se identificam. Enquanto aquele pode ser definido como conjunto de normas e possui caráter normativo; esta é indicativa, descritiva, é “exame que se faz por cima do fenômeno jurídico, no sentido de buscar aperfeiçoar as regras jurídicas”.<sup>34</sup>

---

<sup>28</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, cit., p. 408.

<sup>29</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, cit., p. 408.

<sup>30</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, cit., p. 408.

<sup>31</sup> “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 as variações e o espaço social é o campo onde se processam as relações de adaptações”. (ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. Tese (Doutorado em Direito) Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1994, p. 185. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106389>. Acesso em: 27 fev. 2018).

<sup>32</sup> “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 se manifesta para ajustar as mãos que se separaram”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo III, p. 332).

<sup>33</sup> Sobre a distinção entre direito objetivo e subjetivo: “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, tomando-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 emanaram”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, tomo I, p. 50).

<sup>34</sup> “Cumprir salientar que Direito e Ciência do Direito são, para Pontes, coisas diversas: “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

A Ciência do Direito tem como objeto as relações jurídicas, pois, para ele, toda Ciência deve voltar seu olhar aos fatos<sup>35</sup>. Outrossim, defende a unidade das Ciências, segundo sua compreensão a Ciência do Direito é “caso particular da Ciência”,<sup>36</sup> que é única. Inclusive, a classificação das ciências entre sociais e naturais não merece prosperar, tendo em vista que, segundo ele, toda ciência é natural e as ciências encontram unidade conferida por metodologia comum<sup>37</sup>.

Influenciado por Albert Einstein desenvolve o princípio da relatividade do conhecimento objetivo, segundo o qual todo o conhecimento é relativo, uma vez que obtido pela observação dos fatos, que são transitórios e variáveis conforme o tempo e o espaço<sup>38</sup>. Destarte, sendo os fatos mutáveis, o conhecimento é provisório. Este princípio é transposto pelo autor alagoano as mais diversas dimensões do fenômeno jurídico.

Mas o conhecimento há de ser objetivo e o único meio de se obter tal objetividade é através do método indutivo, o que constitui herança deixada por Francis Bacon.

Neste sentido, a Ciência do Direito é também indicativa cabendo “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”.<sup>39</sup>

As ideias de Darwin penetraram a obra de Pontes quem demonstra visão evolutiva em relação ao Direito e as Ciências em geral. Nas palavras de Antônio Iserhard “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”.<sup>40</sup>

---

ciência do direito é 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 reger o comportamento humano, servir de processo de coexistência social”. (ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. Tese (Doutorado em Direito) Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1994, p. 194. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106389>. Acesso em: 27 fev. 2018).

<sup>35</sup> “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”. (ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. Tese (Doutorado em Direito) Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1994, p. 17. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106389>. Acesso em: 27 fev. 2018).

<sup>36</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo III, p. 301.

<sup>37</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo III, p. 310.

<sup>38</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo IV, p. 94.

<sup>39</sup> ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. Tese (Doutorado em Direito) Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1994, p. 24. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106389>. Acesso em: 27 fev. 2018.

<sup>40</sup> ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*, cit., p. 149.

#### 4. Elementos da Teoria Geral do Direito a partir de Pontes

Consoante assinalado, para Pontes de Miranda a única forma de se alcançar o conhecimento é pela observação dos fatos e utilização do método indutivo, esta concepção reflete na construção empreendida por ele sobre o que são as regras jurídicas e quais as fontes do direito.

O Direito é apresentado em Pontes como a mais alta invenção do homem para promoção da paz social<sup>41</sup>. Contudo, apesar de reconhecer o Direito como invenção humana não o identifica com a lei, tampouco o concebe como criação do Estado ou de um legislador competente. O Direito é invenção do homem em sua perspectiva coletiva, existe enquanto realidade social, nasce das relações e, por isso, para descobri-lo deve o cientista do direito volver seu olhar aos fatos sociais, de onde extrairá as regras jurídicas. Portanto, as regras jurídicas são reveladas pela investigação, através do método indutivo, do Direito nas relações sociais. Sendo assim:

As leis não são produtos da inteligência individual, cujo mister é fabricar objetos, de instrumentos fazer instrumentos, variando indefinidamente a fabricação; 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.<sup>42</sup>

A lei não se identifica com a regra jurídica, são esquemas de representação das regras que se subordinam à verificação do Direito nas relações sociais e sofrem os influxos da relatividade que tudo atinge, de modo que alterações na realidade social reverbera na alteração da regra jurídica que almeja a lei representar. Por isso:

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 identidade.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Sobre o conceito de direito em Pontes de Miranda, indica-se: ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. Tese (Doutorado em Direito) Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1994. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106389>. Acesso em: 27 fev. 2018.

<sup>42</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *À margem do Direito*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1912, p. 93.

<sup>43</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo III, p. 320.

Insurge-se o autor contra a ideia de Direito criado pela mente humana a partir de idealismos abstratos, o que contribui para um subjetivismo arbitrário. Segundo Pontes, “não é só contra o arbítrio do juiz que se defende a sociedade; é contra o arbítrio do intérprete e do legislador”, razão por que impõe a utilização do método indutivo até ao legislador que, ao proceder seguindo o método científico, contribuirá para diminuição do *quantum* despótico:

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 dediquem, concorrendo para sua revelação.<sup>44</sup>

O fato de sustentar serem as regras jurídicas produto das relações sociais influi na forma como aborda as fontes do direito que, por coerência, são dadas pelo sistema social em que estão inseridas e são a ele relativas, de modo que não se pode elencar as fontes de direito *a priori*, nem estabelecer uma hierarquia entre fontes sem ter como referência sistema social específico.

À vista disso, o costume ganha contornos próprios:

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 abrogatícios e costumes que criam o que no sistema jurídico não existia.<sup>45</sup>

Da mesma forma que para o autor se diferenciam regra jurídica e lei, Direito e Ciência do Direito, há de se distinguir o sistema jurídico. Para Pontes de Miranda a fonte de direito surgida espontaneamente da sociedade delimitará o sistema jurídico de cada círculo social. Da realidade social são retiradas as regras jurídicas que integrarão o sistema jurídico e, após extraídas pelo método indutivo, poderão ser aplicadas aos casos similares.

Chama atenção ao fato que os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, contudo a lógica ponteana não é uma lógica vazia, mas, diversamente, indicada pela experiência, é lógica extraída dos fatos e orientada à explicação sociológica. Ademais, a relatividade sociológica é tida como princípio lógico, dela decorre que os fatos sociais variam conforme o seu campo de desenvolvimento temporal e espacial. Por consequência da aplicação deste princípio não se

---

<sup>44</sup> ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*, cit., p.87.

<sup>45</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo IV, p. 370.

concebe o sistema jurídico como estático e hipostasiado, mas sim como dinâmico, mutável e adaptável aos fatos sociais, superando o dogma da completude do ordenamento, tão cara aos positivistas clássicos.<sup>46</sup>

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.<sup>47</sup>

As ideias até então expostas reverberam no modo em que Pontes de Miranda concebia a interpretação do direito e atividade jurisdicional, que serão agora tratadas.

## 5. Direito e interpretação

Como visto, Pontes não adota o dogma da completude do ordenamento, reconhecendo a possibilidade de lacunas no sistema jurídico e, para solucionar os casos em que haja lacuna, propõe o proceder científico (indutivo) a partir do qual será possível que o juiz revele o direito dos fatos sem precisar recorrer a critério subjetivos.

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.<sup>48</sup>

Esclarece o autor, fazendo referência a Ernst Zitelman, que as lacunas podem ser quanto à extensão, “algo de interpretativo que o intérprete completa”<sup>49</sup>, ou quanto à direção, “que exigem do intérprete a corrigenda da lei”.<sup>50</sup>

Em todo caso, as lacunas devem ser integradas tendo em perspectiva os fatos, na contramão do pregado pelos positivistas clássicos que ora recorriam à vontade do legislador

---

<sup>46</sup> ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. Os sistemas jurídicos na visão pontesiana. *Direitos Culturais*, v. 2, n. 3, p. 33-48, p. 36, 2007.

<sup>47</sup> ISERHARD, Antônio Maria. *Os sistemas jurídicos na visão pontesiana*, cit., p. 36.

<sup>48</sup> MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo I, p. 156.

<sup>49</sup> MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo I, p. 156.

<sup>50</sup> MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo I, p. 156.

(subjetivismo exegeta), ora partiam da concepção de sistema jurídico dotado de uma racionalidade intrínseca a partir da qual se empregava o método dedutivo para solucionar as lacunas (pandectistas). Tanto o voluntarismo subjetivista - que, respaldado na crença da infalibilidade do legislador, investigava o *mens legislatoris* -, quanto o animismo legalista - dos que, de modo diverso, mas igualmente problemático, proclamavam a infalibilidade da lei e buscavam alcançar sua vontade (*mens legis*), como se algo anímico pudesse ter vontade -, são objeto de irresignação do autor.

O subjetivismo exegético 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 direito.<sup>51</sup>

O pensamento pontesiano se afasta também do kelsiniano. Para Kelsen, se o sentido de uma norma não é unívoco será possível, por meio da ciência, apenas mostrar o quadro de possibilidades interpretativas, ficando a cargo de quem aplica a norma o poder de decidir, por ato de vontade, uma das possibilidades em detrimento das demais.<sup>52</sup> Não se poderá afirmar que determinada interpretação é mais acertada, todas são corretas; assim, a recomendação de aplicação uma interpretação específica não pode ser feita em nome da ciência, pois está imbuída de juízo valorativo.<sup>53</sup> A escolha de uma das possibilidades reveladas é criadora de direito, ainda que somente ao caso concreto.<sup>54</sup>

Verifica-se que Kelsen, assim como Pontes, vislumbra a possibilidade de indeterminações no ordenamento, contudo difere-se de Pontes na medida em que seu sistema interpretativo é lógico-dedutivo da expressão legal e por admitir a “criação” do direito.

Em verdade, Pontes não dispensa o método dedutivo, mas atribui a ele papel secundário, que terá lugar apenas após a revelação da regra jurídica pelo método indutivo e enquanto não confrontado pelos fatos que podem implicar alteração da regra ou demandar a corrigenda da lei pelo intérprete e aplicador. Ademais, as lacunas são preenchidas pelo juiz sem que este crie direito e sim o revele pelo método indutivo.

E não é só. Apesar de afirmar a importância de se buscar a apuração linguística,

---

<sup>51</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo II, p. 190.

<sup>52</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 105.

<sup>53</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 107.

<sup>54</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 106.

Pontes de Miranda reconhece a deficiência da linguagem, que será sempre uma representação imperfeita da realidade, incapaz de atingir precisão absoluta, razão pela qual “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 dizer”.<sup>55</sup> Esta relatividade da expressão legal se deve também à relatividade dos sistemas jurídicos que são mutáveis e adaptáveis às transformações de seu sistema social de referência.

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 objetiva, da lei, ainda nos casos felizes, é relativo, e não absoluto, o valor da expressão legal.<sup>56</sup>

Neste sentido, todos que lidam com o direito (legislador, intérprete, magistrado) devem constantemente se amparar no método indutivo para considerar o sistema social do qual deflui a regra jurídica. Além disso, o legislador não é insuscetível de falhas e pode malogar na sua tarefa de revelação do direito formulando lei que não corresponda à efetiva regra jurídica, nestes casos, imprescindível reconhecer a livre revelação do 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 (nichtalles 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.<sup>57</sup>

Ao substituir a subjetividade do legislador ou da lei pela livre revelação do direito, democratizando os processos de revelação do direito, visa diminuir a arbitrariedade do juiz, do intérprete e do legislador<sup>58</sup>, afinal, vale reiterar: “não é só contra o arbítrio do juiz que se defende a sociedade; é contra o arbítrio do intérprete e do legislador”. A todos é permitido revelar o direito, contudo, a livre descoberta do direito se subordina a utilização de método científico, exigência que diferencia Pontes dos adeptos à Escola do Direito Livre.<sup>59</sup>

## 6. Constituição e legalidade

---

<sup>55</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo IV, p. 320.

<sup>56</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo IV, p. 291.

<sup>57</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo IV, p. 29.

<sup>58</sup> ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*, cit., p.88.

<sup>59</sup> ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*, cit., p.88.

Considerando as grandes discussões que se desenvolvem entorno da constitucionalidade de leis e interpretações jurídicas, vale tecer breve comentário sobre a postura ponteana a este respeito.

Pontes preocupava-se com a sucumbência do Estado Democrático provocada por reformas constitucionais ilegítimas. Por isso, via a rigidez constitucional, a aplicabilidade imediata, as cláusulas pétreas e o controle de constitucionalidade como importantes mecanismos assecuratórios da perenidade da Constituição.<sup>60</sup>

Aqui nos ateremos aos aparelhos de defesa da Constituição. Afirma Pontes que “a grande lição dos nossos dias é que as Constituições precisam ter aparelho de defesa”<sup>61</sup> e que “deixa-la à mercê dos Parlamentos é perigoso”.<sup>62</sup>

Ressalta a relevância da verificação judicial dos atos legislativos, de execução e de justiça (por meio dos recursos extraordinários)<sup>63</sup> e esclarece que a técnica ofereceu dois meios para promoção desta defesa, quais sejam, “o tribunal constitucional, qualquer que fosse o nome que se lhe desse; os tribunais ordinários, na simples aplicação do princípio geral de que a lei superior corta a inferior”.<sup>64</sup>

Em seguida critica os tribunais constitucionais por seu caráter político que estimula ou seu hipertrofiamento ou sua impotência, demonstrando preferência pela verificação de constitucionalidade pelos tribunais ordinários:

A experiência mostra que esses [tribunais ordinários] se mantêm, como é preciso, no terreno jurídico, discutindo e decidindo com espírito jurídico. Aquele [tribunal constitucional] tende a diferenciar-se desses, fazendo-se mais corpo político do que judicial, ganhando em oportunismo o que perde em estabilidade, mais resolvendo do que decidindo, mais pesquisando o que mais convém do que comprando os textos de valor jurídico e político desiguais. Não só. Na história, ou se mostram inoperantes ou se hipertrofiam. Foi o que aconteceu, respectivamente, com os vinte e cinco conservadores das liberdades inglesas, instituídos para defender a Magna Carta Inglesa, e com os éforos criados por Teopompo, eleitos pelo povo, ante os quais, ao passarem, os próprios reis se levantavam. O que se tem visto é que ou se fletem, ou se fortalecem individualmente, transformando-se em oligarquias.<sup>65</sup>

Destarte, evidente que Pontes (i) atribuía superioridade hierárquica às normas

---

<sup>60</sup> SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. *Revista do Mestrado em Direito da UFAL*, n. 1, p. 1, 2005.

<sup>61</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 86.

<sup>62</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade*, cit., p. 87.

<sup>63</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade*, cit., p. 87.

<sup>64</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade*, cit., p. 87.

<sup>65</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade*, cit., p. 87.

constitucionais, (ii) considerava indispensável garantir mecanismos de verificação judicial de constitucionalidade e (iii) admitia o controle difuso de constitucionalidade, inclusive manifestando certa predileção por ele.

Como o objetivo do presente artigo não é se aprofundar na doutrina de direito constitucional de Pontes de Miranda, tecidas estas considerações, pararemos por aqui.

## **7. A manutenção da visão ponteana sobre direito e interpretação no tratado de Direito Privado**

Em que pese as afirmações por alguns juristas de que Pontes de Miranda teria abandonado as ideias reproduzidas na obra *Sistema da Ciência Positiva do Direito* quando elaborou seu *Tratado de Direito Privado*, é nítido em várias passagens a manutenção de sua concepção. Ademais o autor expressamente reconhece a continuidade de seu pensamento.<sup>66</sup>

Ainda no prefácio do *Tratado de Direito Privado*, Pontes se refere à “revelação” do direito<sup>67</sup>; critica o voluntarismo subjetivista e o animismo legalista<sup>68</sup>; ressalta a importância de precisão dos conceitos, afirmando, contudo, que sempre subsistirão dúvidas, confirmando sua postura relativista<sup>69</sup>; afirma a necessidade de ler a lei “na história, no texto e na exposição sistemática”,<sup>70</sup> enfim, faz um resumo de todo pensamento que desenvolve no *Sistema*.

De fato, Pontes de Miranda não se aprofundou e resgatou com profundidade a base de todo seu pensamento desenvolvido em *Sistemas*, até porque o propósito do *Tratado de Direito Privado* não é ser obra de Filosofia do Direito. Entretanto, isto não significa que o autor tenha abandonado suas crenças, como fica nítido no prefácio do *Tratado* e em diversas passagens em que ele resgata algumas ideias, como a da relatividade da expressão legal e revelação na regra jurídica.

---

<sup>66</sup> Na segunda edição de *Sistema da Ciência Positiva do Direito*, Pontes de Miranda acrescenta capítulo intitulado “De 1922 a 1972” em que retifica seu pensamento e declara que “o escrevemos em 1922 e repetimos na 2ª edição continua sendo o que pensamos e continua em toda obra”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo III, p. 317).

<sup>67</sup> “Interpretar é revelar as regras jurídicas que fazem parte do sistema jurídico, pode ter sido escrita e pode não estar escrita (...)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, tomo I, p. 17).

<sup>68</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, tomo I, p. 14 e 16.

<sup>69</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, tomo I, p. 17.

<sup>70</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 17.

## **8. À guisa de conclusão: leitura da teoria do fato jurídico integrada ao pensamento global de Pontes e a crítica à sua aplicação apartada**

Segundo o pensamento de Pontes de Miranda, o fenômeno jurídico diz respeito à sucessão de causas e efeitos decorrentes das normas jurídicas, as quais, uma vez existentes e eficazes, produzem um processo em cadeia em dois mundos: no mundo dos fatos e no mundo jurídico, sendo este parte daquele.

Pontes afirma, logo no início do Tratado de Direito Privado, que “Tudo nos leva, por conseguinte, a tratar os problemas do direito, como o físico: vendo-o no mundo dos fatos, mundo seguido do mundo jurídico, que é parte dele”.<sup>71</sup> A apresentação do autor do mundo jurídico como dimensão do mundo dos fatos demonstra coerência com sua concepção de direito como fenômeno social, exigindo o direcionamento do olhar do jurista aos fatos.

Nota-se, também, quando ele identifica a abordagem do direito com a da física, a reafirmação da ideia de unidade das ciências, conferida pelo método científico comum a todas elas, qual seja, o indutivo. Nesta rota, reitera a concepção de regra jurídica como fato social<sup>72</sup>.

Pela construção de Pontes, o mundo compõe-se de fatos. Porém é necessário distinguir, no mundo dos fatos, o que é mundo jurídico. Só assim a inteligência humana será capaz de entender, intuir e dominar o direito.<sup>73</sup> O elemento qualificador do jurídico é a incidência. Os fatos do mundo, quando interessam ao direito, tornam-se fatos jurídicos mediante a incidência de norma. Por conseguinte, o mundo jurídico é composto pelos fatos jurídicos e integra o mundo dos fatos<sup>74</sup>.

Não se deve confundir o mundo dos fatos com o mundo natural. O mundo dos fatos é mais amplo e abarca tanto o mundo natural como também uma parcela do mundo dos pensamentos. Pontes esclarece que “quando se fala de fatos alude-se a algo que ocorreu, ou ocorre, ou vai ocorrer”, portanto, o mundo dos fatos “é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros se vão dar”. Dentro do mundo dos fatos está o mundo jurídico, que se passa no mundo dos pensamentos, que é parte do mundo total.

---

<sup>71</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 49.

<sup>72</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 55.

<sup>73</sup> “Por falta de atenção aos dois mundos muitos erros se cometem e, o que é mais grave, se priva a inteligência humana de entender, intuir e dominar o direito”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 49).

<sup>74</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 52.

Ora, se o mundo dos fatos tudo engloba (mundo natural e do pensamento), por que Pontes não se ateve à dicotomia entre natural vs. ideal? Qual o propósito de ter como referência o mundo dos fatos para elucidação do fenômeno jurídico?

A explicação para tanto se respalda no rechaço de Pontes à metafísica e conceitos à priori. Observa Iserhard que Pontes de Miranda, preocupado com a redução do *quantum* despótico, “procura fazer a passagem do indicativo dos fatos para o imperativo das regras jurídicas, através da observação das relações sociais (...) contribuindo para a redução do hiato estabelecido pela dicotomia do ser e do dever ser”<sup>75</sup>. Com isso, acaba por antecipar as críticas que seriam dirigidas a Kelsen e superá-las:

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<sup>76</sup>.

Para quem lê o Tratado de Direito Privado sem conhecer as influências teóricas de seu autor ou sem ter tido prévio contato com o Sistema de Ciência Positiva do Direito pode passar despercebida a moldura do mundo dos fatos que, diferentemente do que aparenta, não abrange o mundo total.

O mundo dos fatos só contempla o factível, a “factibilidade” é seu elemento distintivo, algo meramente ideal, sem nenhuma possibilidade de concreção, não integra o mundo dos fatos e, conseqüente, tampouco o mundo jurídico. É o que se infere da passagem em que afirma: “só se vê o fato como *novum* no mundo”<sup>77</sup>. O uso do termo “*novum*” remete a Francis Bacon, uma das influências de Pontes,<sup>78</sup> que em obra intitulada *Novum Organum*

---

<sup>75</sup> ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*, cit., p.97.

<sup>76</sup> ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*, cit., p.284.

<sup>77</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 49.

<sup>78</sup> “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 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 conceitos”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo IV, p.229).

defende a eliminação, por meio da aplicação de método indutivo, dos preconceitos na ciência, os quais, segundo ele, obstam a obtenção da verdade.<sup>79</sup>

Neste interim, a ciência jurídica, se tem a pretensão de ciência, deve estar respaldada na experiência, motivo pelo qual se justifica a opção de Pontes em trabalhar com o que designa de mundo dos fatos.

Seguindo a mesma lógica, afirma que os direitos subjetivos, os deveres jurídicos, bem como outros elementos do mundo jurídico, não se passam no mundo natural, das percepções sensoriais, passam-se – ou melhor, *são*<sup>80</sup> – no mundo do pensamento. Embora integrem o mundo dos pensamentos, os elementos jurídicos *são*, existem, tratam-se de “fatos do mundo do pensamento”.<sup>81</sup> E mais, tais fatos jurídicos têm uma referência empírica cuja evidenciação lhes comprova a existência, de modo que “toda prova de direito é prova de *fatos* que o antecederam”<sup>82</sup>, estes fatos anteriores, necessários para provar o fato jurídico são: a) o fato da existência de regra jurídica, escrita ou não escrita, que faz alusão *in abstracto* a fato de ocorrência possível no mundo natural e b) o fato da verificação concreta, isto é, no mundo empírico, da situação descrita *in abstracto* pela regra jurídica existente.<sup>83</sup>

A comprovação da existência de fato do mundo jurídico se dá, destarte, através da revelação da existência de dois fatos, um *abstracto* e outro concreto. Por isso diz-se que o fato jurídico apresenta dois suportes fáticos que concorrem para sua formação, o suporte fático *abstracto* e o suporte fático concreto. Contudo, a existência do fato jurídico independe de sua comprovação. O fato jurídico existe a partir da incidência da regra jurídica sobre suporte fático concreto, incidência esta que, justamente por operar no plano do pensamento, é infalível:<sup>84</sup> “o

---

<sup>79</sup> “Novum Organum. Obra de Francis Bacon (1627), cujo título já representa seus objetivos, fundamentação de um novo método científico e defesa da lógica indutiva, uma vez que se contrapõe ao *Órganon*, o conjunto de tratados de lógica e método científico de Aristóteles. Bacon procura mostrar que a verdade, na ciência, surge da união da experiência e da razão, segundo um processo que constitui o ponto de partida do método experimental. Precisamos antes de tudo libertar-nos de nossos preconceitos ou ídolos. Estes elementos perturbadores do conhecimento serão eliminados graças ao método indutivo. O interesse da ciência não é somente especulativo ou contemplativo. Importa, antes de tudo, estender o poder do homem sobre a natureza através da aplicação do saber científico na técnica. Para tanto, o homem precisa conhecer as leis que regem o universo, pois “só vencemos a natureza obedecendo-lhe”. Esta obra teve grande influência no desenvolvimento da concepção empirista de ciência experimental e foi um dos pontos de partida de discussão do problema do método científico no pensamento moderno”. (JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008).

<sup>80</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 53.

<sup>81</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 54.

<sup>82</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, tomo I, p. 51.

<sup>83</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 53.

<sup>84</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 53.

homem não organizou a vida em sociedade deixando à margem a não incidência, porque teria sido o ordenamento alóxico, em sistema de regras jurídicas em que estas poderiam *não ser*".<sup>85</sup>

Vale lembrar que Pontes acredita ser o direito técnica por meio da qual o homem ordena a vida social e que - influenciado por Bacon quem defendia a aplicação do saber científico sobre a técnica para estender o poder do homem<sup>86</sup> - "o mundo social reflete sempre o grau do conhecimento humano".<sup>87</sup>

A dimensão do mundo jurídico é delineada pelas regras jurídicas, de cuja incidência decorrem os fatos jurídicos que, por sua vez, produzem efeitos jurídicos. Regra, fato e efeito jurídicos, são estes os elementos que compõem o mundo jurídico.

As normas jurídicas, mais eficiente criação do homem para submeter o mundo social,<sup>88</sup> determinam consequências jurídicas para o caso de verificação empírica de hipótese por ela prevista, chamada, como mencionado, de suporte fático abstrato. O suporte fático abstrato é descrição de um evento de ocorrência possível no mundo natural e pode conter diversos elementos descritivos da situação hipotética.

O fenômeno jurídico tem início quando ocorre no mundo natural fato que apresente *in concreto* os elementos do suporte fático abstrato. Esta verificação concreta da hipótese descrita genericamente por norma jurídica designa-se incidência. A norma incide sob o fato concreto imprimindo-lhe conteúdo jurídico e produzindo, conseqüentemente, o fato jurídico. A aptidão genérica da norma para incidir é designada eficácia. O suporte fático concreto que apresenta todos os elementos descritivos por norma para sua incidência é dito suficiente.

O fato jurídico nada mais é que o próprio fato concreto qualificado como jurídico, mediante a incidência da norma sobre suporte fático suficiente. O suporte fático abstrato se "cola"<sup>89</sup> ao suporte fático concreto. A norma atribui juridicidade ao fato concreto,<sup>90</sup> é a partir dela que se identificam, dentro do mundo dos fatos, aqueles diferenciados por reproduzirem situação descrita por regra jurídica e, em função disso, serem considerados juridicamente relevantes.<sup>91</sup>

O fato concreto juridicizado é alçado ao mundo jurídico, onde produzirá efeitos jurídicos. Existente fato jurídico, uma vez dentro do plano de pensamento, ter-se-á efeitos

---

<sup>85</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 50.

<sup>86</sup> JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

<sup>87</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo IV, p. 153.

<sup>88</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., tomo I, p. 19.

<sup>89</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 52.

<sup>90</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p.52.

<sup>91</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p.52.

jurídicos. Isto porque, a incidência de norma eficaz é infalível, entretanto a constatação da incidência depende da adequada valoração dos fatos e, se tratando de função humana, é suscetível a falha; bem como a aplicação do efeito jurídico, que constitui ato político, pode ou não se dar, no mundo factual, e diz respeito a efetividade da norma, não há garantia absoluta da consolidação dos efeitos prescritos<sup>92</sup>.

Nota-se, assim, uma teoria interpretativa respaldada em fatos que, para além de uma concepção do direito como mera realidade ideal, encara o fenômeno jurídico a partir da cíclica interação entre regra jurídica e fatos sociais, o que justifica a caracterização de Pontes por alguns como positivista sociológico.<sup>93-94</sup>

Porém, a aplicação da teoria do fato jurídico de modo apartado das construções do autor alagoano sobre direito, regra jurídica e interpretação podem levar a descaracterização do seu pensamento, transfigurando-o no exegetismo que tanto criticou.

Para uma aplicação da teoria do fato jurídico fiel ao pensamento integral de seu criador é necessário, a princípio, ter em vista que, para ele:

(i) A regra jurídica é produto das relações sociais e devem ser descobertas por meio do método indutivo.

(ii) Uma vez descobertas as regras jurídicas, podem ser aplicadas aos casos semelhantes com emprego do método dedutivo.

Contudo, considerar apenas estas duas premissas não é suficiente para evitar o desvirtuamento do pensamento de Pontes. Não basta entender que o autor acredita serem as regras jurídicas reveladas dos fatos e que, uma vez reveladas admite o método indutivo. É necessário compreender a relatividade atribuída à expressão normativa, sua proposta para solução de lacunas, a liberdade que concede ao juiz, etc.

Do contrário, a teoria do fato jurídico aproximar-se-á de uma aplicação mecânica de regras por um intérprete súdito das possíveis arbitrariedades do legislador e escravo da rigidez de um sistema fechado que, fotografando a realidade passada, busca transpô-la ao presente.

---

<sup>92</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p.62.

<sup>93</sup> ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*, cit., p. 279.

<sup>94</sup> “Dado o crescente interesse pelo estudo objetivo dos fatos sociais, compreende-se a orientação preferida por certos juristas, levados a ver nessas pesquisas [sociológicas] o grande instrumento de libertação da Jurisprudência das garras de uma ordenação legal relativamente estática, em perene conflito com o cambiante drama coletivo. No Brasil, essa orientação que já possuía os antecedentes notáveis de Tobias Barreto, Sílvio Romero, Pedro Lessa e João Arruda, adquire desenvolvimento na obra de Pontes de Miranda, para quem ‘o Direito pressupõe no jurista o sociólogo que fundamentalmente deve ser’, pois tanto o legislador como o juiz não deveriam usar ‘de outros métodos antes de empregar a ciência principal que é a Sociologia’, garantia objetiva do Direito”. (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, cit., p. 422).

Para que isso não aconteça é imprescindível que a aplicação da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda seja amparada por suas seguintes ideias:

(a) A revelação do direito é livre, pode (e deve) ser empreendida pelo intérprete, juiz e legislador com o emprego do método indutivo, contribuindo, com isso, para a diminuição do *quantum* despótico.

(b) A relatividade atinge toda Ciência e disso decorre que todo o conhecimento, inclusive o jurídico, não é absoluto, diversamente, é mutável, reflexo do tempo e espaço em que se desenvolve.

(c) Não só a Ciência é relativa, mas também as regras jurídicas e, via de consequência, os sistemas jurídicos compostos por elas. Isto porque as relações sociais das quais exsurtem são transitórias e igualmente sujeitas às variações do tempo e do espaço. Destarte, as regras jurídicas se alteram, adaptando-se às transformações dos círculos sociais. Da mutabilidade das regras jurídicas decorre que o sistema jurídico será, da mesma forma, mutável e adaptável.

(d) A regra jurídica como expressão linguística sempre será imperfeita, pois não se justifica em si mesma, mas em referência ao que quer dizer e descrever, por isso “exprime algo de mutável que as palavras quiseram dizer”<sup>95</sup>.

(e) A lei não se confunde com a regra jurídica, são meras representações destas imperfeitas pelo limite da linguagem e por representarem estaticamente o que é dinâmico e mutável.

(f) O legislador não é infalível, pode falhar em sua tarefa de revelar a norma, por isso, não se pode confundir o sistema jurídico com o primado da lei e deve-se reconhecer ao juiz a possibilidade de livre descoberta do direito.

(g) O controle de constitucionalidade difuso é importante mecanismo de defesa do Estado Democrático de Direito.

## Referências

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Biografia Pontes de Miranda*. Disponível em: <http://www.academia.org.br/academicos/pontes-de-miranda/biografia>. Acesso em: 27 jul. 2019.

---

<sup>95</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., tomo IV, p. 320.

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>. Acesso em: 03 jul. 2019.

BERNAL, Andrés Botero. Capítulo 3: El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; NUÑEZ, Álvaro; BLANCO, Verónica Rodríguez; ESPECTOR, Ezequiel. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 63-171, vol. 1.

BEVILAQUA, Clóvis; PINHEIRO, Nunu; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O Direito como Sciencia Positiva na Obra de Pontes de Miranda*: discursos proferidos no banquete de 26 de fevereiro de 1923, incluído o do homenageado. Rio de Janeiro: Livraria Científica Brasileira, 1923.

FERREIRA, Pinto. A Faculdade de Direito e a Escola de Recife. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 14, n. 55, p. 5-20, jul./set. 1977.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito. *Argumenta Journal Law*, v. 10, n. 10, p. 143-166, 2009.

HESPANHA, António M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. 3. ed. [S. l.]: Europa-América, 2003, p. 21.

ISERHARD, Antonio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. Tese (Doutorado em Direito) Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1994. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106389>. Acesso em: 27 fev. 2018.

ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. Os sistemas jurídicos na visão pontesiana. *Direitos Culturais*, v. 2, n. 3, p. 33-48, 2007.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Casousete Gulbenkian, 1997.

MACEDO, Silvio de. *Pontes de Miranda e a universalidade de sua mensagem cultural*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. [S. l.]: Saraiva, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *À margem do Direito*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1912.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, tomo I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo II.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo IV.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Renê Chiquetti. *Uma investigação sobre a suposta superação do positivismo jurídico pelo neoconstitucionalismo*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/53697/R%20-%20D%20-%20RENE%20CHIQUETTI%20RODRIGUES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 jul. 2019.

SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do Direito de Pontes de Miranda. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 97, p. 271-282, jan./mar. 1988.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. *Revista do Mestrado em Direito da UFAL*, n. 1, p. 45, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. *UNIFESO-Humanas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 120-140, 2014.

Recebido em: 09/08/2021

1º Parecer: 10/08/2021

2º Parecer: 18/08/2021