V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

ANA PAULA BASSO

OSCAR SARLO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ana Paula Basso, Oscar Sarlo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-275-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias do direito. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

As pesquisas apresentadas no Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico, no V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, no Uruguai, reunindo brasileiros e uruguaios, trouxe diferentes abordagens quanto à forma idealista da normatividade na ciência jurídica, especialmente sob a perspectiva do judiciário.

Diante da visão de importantes doutrinadores, sejam do lado do positivismo ou do realismo jurídico, como H. L. A. Hart, Adrian Vermeule, Dworkin, Ralph Poscher e Niklas Luhman, os trabalhos debatidos proporcionaram elementos de circunspeção quanto aos modos como atuam os juízes e às diferentes técnicas de interpretação e aplicação do Direito.

O principal aspecto que se buscou destacar foi analisar o porquê que uma decisão foi tomada, ou seja, qual foi o seu motivo e qual finalidade é a pretendida. Conjectura-se frente às fontes do Direito, o posicionamento do judiciário. Importa, ir além, examinar se essas razões admitidas pelo judiciário são aceitáveis, podendo ser tidas como certas também para a sociedade.

É no campo das teorizações que surge o realismo jurídico, não adotando todas teorias como incontestáveis e absolutas, a exemplo das formalistas e objetivas. Nesse sentido, os estudos expostos no presente Grupo de Trabalho partiram de descrições de como se processa a atividade judicial e também de conclusões e críticas de determinados resultados das decisões tomadas, remetendo o direito à realidade dos conflitos postos diante dos Tribunais, avaliando as suas causas e efeitos.

Os artigos deste Grupo de Trabalho merecem a especial atenção dos leitores, permitindo a construção do conhecimento envolvendo diversas problemáticas atinentes à Teoria Geral do Direito, contribuindo à construção das análises quanto à teoria da norma e da decisão, à visão sociológica e filosófica do Direito, assim como o estudo do discurso jurídico, quanto à judicialização e o ativismo judicial.

Presenciando as apresentações dos artigos e a qualidade do debate que surgiu a partir dos argumentos de cada um por meio de indagações e respostas persuasivas, destacou ainda mais a relevância da temática que o Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico dialoga.

O V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, representou uma extraordinária oportunidade reunindo Professores e Estudantes que se dedicam a estudos específicos para trocarem experiências e conhecimentos, e esse debate se multiplicará a partir dos trabalhos escritos que ora são compartilhados com os demais operadores do Direito que a partir de suas leituras seguirão contribuindo à Ciência e aplicação do Direito.

Profa. Dra. Ana Paula Basso - UFCG - Brasil

Prof. Oscar Sarlo - UDELAR - Uruguay

A RELEITURA DA TEORIA DO FATO JURÍDICO E A NECESSIDADE DE UMA NOVA TEORIA DAS FONTES

A NEW READING ON THE LEGAL FACT THEORY AND THE NECESSITY FOR A NEW SOURCES OF LAW THEORY

Roberta Magalhães Gubert [1]

Resumo

O artigo pretende investigar a necessidade da construção de uma nova teoria das fontes que possa se adequar ao paradigma de uma teoria pós-positivista do direito, assentada no contexto do constitucionalismo contemporâneo. Para tanto, o presente trabalho adota como ponto de partida a rediscussão sobre a influência positivista na Teoria do Fato Jurídico, de Pontes de Miranda, com o intuito de contribuir para a o fortalecimento de uma teoria do direito pós-positivista, visando especialmente maiores esclarecimentos acerca do que constituiria uma teoria das fontes adequada a essa nova concepção de direito.

Palavras-chave: Teoria do fato jurídico, Fontes do direito, Positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

The article questions the necessity of a new theory of sources of law, adequate to the post-positivism paradigm and settled in the context of contemporary constitutionalism. For that, the starting point of the present work is a discussion about the influence of legal positivism theory in Pontes de Miranda's Legal Fact Theory, aiming to strengthen the basis for post-positivism legal theory, seeking especially larger clarification over which would be the elements to compose a legal sources theory adequate to this new conception of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal fact theory, Sources of law, Positivism

[1] Doutoranda em Direito. Professora da UNISINOS/RS. Editora da RIHJ (Qualis/B1)

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho utiliza a proposta de releitura da Teoria do Fato Jurídico, de Pontes de Miranda – inegavelmente calcada no paradigma positivista –, como ponto de partida para discutir a necessidade e as possibilidades de uma nova teoria das fontes, mais adequada à visão da teoria pós-positivista do direito, assentada no contexto do constitucionalismo contemporâneo.

Considerando a necessidade de superação da teoria positivista – especialmente diante da adequada compreensão dos aspectos que lhe são mais característicos, tais como a formação do direito pela ideia de fontes sociais e a radical separação que opera entre direito e moral – e partindo do reconhecimento do novo papel atribuído às Constituições na segunda metade do século XX, bem como dos avanços da hermenêutica filosófica na compreensão e interpretação do direito, torna-se ainda mais relevante repensar os fundamentos da teoria das fontes produzida pelo positivismo: postura calcada na noção da lei como fonte quase exclusiva do direito, que atribui à analogia, aos costumes, aos princípios gerais do direito, à jurisprudência e à doutrina o papel de fontes integradoras secundárias para a (falsa e interminável) questão das lacunas, problemática que ainda hoje está presente no imaginário e no cotidiano dos juristas brasileiros, como se verifica, por exemplo, pela insustentável manutenção da vigência do Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)[1], assim como o Art. 126, do Código de Processo Civil[2], o Art. 108, do Código Tributário Nacional[3], entre vários outros exemplos que povoam a legislação brasileira.

Nesse sentido, a problemática que pauta a presente investigação questiona qual a influência da teoria positivista na formulação do conceito de fontes do direito, especialmente na Teoria do Fato Jurídico, de Pontes de Miranda, bem como quais são as interpretações tradicionais deste conceito? Por fim, lança-se à reflexão sobre quais seriam os elementos necessários a uma teoria das fontes pós-positivista?

Desta forma, o objetivo central do trabalho é investigar a necessidade de uma nova teoria das fontes, dividindo-se tais esforços para inicialmente problematizar a matriz positivista na qual se constrói a Teoria do Fato Jurídico e identificar as interpretações e classificações que

[1] "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".
[2] "Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".
[3] "Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade".

marcaram esta noção de fonte do direito e, posteriormente, lançar os elementos do viés positivista que necessitam ser superados.

2. A NOÇÃO DE FONTES DO DIREITO NA TEORIA POSITIVISTA

A noção de fontes no direito desenvolveu-se em grande parte em decorrência da problemática das lacunas, especialmente nos países de tradição romano-germânica, que confiaram ao direito legislado maior ou total função normativa. Ou seja, para as correntes positivistas, fundadas na ideia de que o direito é produto – quase exclusivo – da produção legislativa estatal, as demais fontes do direito eram o grande meio de integração para colmatar lacunas.

Norberto Bobbio explica que, pensando historicamente, a questão da completude do direito surgiu provavelmente da tradição medieval do uso do direito romano e da ideia de que o *Corpus Iuris Civilis* era o grande legado jurídico com caráter científico (*ratio scripta*), guardando as regras necessárias para que o bom intérprete fosse "capaz de resolver todos os problemas jurídicos que já foram apresentados e que irão se apresentar" (BOBBIO, 2007, p. 275). A afirmação do juspositivista alemão Savigny, expoente da Escola Histórica do Direito, é pertinente ao tema:

> **o conjunto das fontes do Direito [...] forma um todo, que é destinado à solução de todas as questões que se apresentam no campo do direito**. Pra responder a esse objetivo, ele deve apresentar estas duas características: ***unidade e completude*** [...] O procedimento ordinário consiste em extrair do conjunto das fontes um *sistema de direito* [...]. Falta a *unidade*, e então trata-se de remover uma *contradição*; **falta a *completude*, e então trata-se de preencher uma *lacuna***. (SAVIGNY apud BOBBIO, 2007, p. 272) (grifo nosso)

Desta forma, os questionamentos acerca da *pretensão de completude* da codificação – especificamente para a Escola do Positivismo Legalista ou Exegético francesa, que trabalhava com a plena equiparação entre lei e direito – ou do ordenamento jurídico, para outras correntes do positivismo e o debate sobre a existência de lacunas e, consequentemente, sobre os mecanismos para seu preenchimento, foram pontos sensíveis e relevantes para as teorias positivistas e, portanto, um equívoco que necessariamente precisa ser superado por uma teoria que se pretende pós-positivista.

2.1 O problema das lacunas na pretensão de completude do Positivismo Legalista

A Escola do positivismo legalista ou exegético, como ficou conhecida, teve seu ponto de culminância no início do século XIX, com a publicação do Código Civil de Napoleão, em

1804. O pensamento legalista se caracteriza por estabelecer uma relação de equivalência entre o direito e a própria lei, ou seja, a escola somente reconhece natureza jurídica ao conteúdo regulamentado por lei e esta, por sua vez, tem sua maior expressão no Código Civil. Desta forma, podemos afirmar que o positivismo legalista acaba por estabelecer uma equiparação entre direito e lei, sendo a lei, por excelência, o Código Civil, como se depreende da repetida frase de Bugnet: "*je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le Code Napoléon*"[4].

A valorização absoluta da lei legislada, como fonte única e exclusiva do direito, pode ser explicada pelos ideais da Revolução Francesa, do racionalismo e do Iluminismo e, especialmente, pela noção da lei como expressão da vontade geral (WIACKER, 2004, p. 386-395). Por isso, também, o nome da escola, Positivismo Legalista, ou seja, todo o direito se encerra na própria lei.

A interpretação legalista opera no restrito âmbito da sintática (STRECK, 2012, p. 32), uma vez que a percepção da totalidade do fenômeno se dá no enclausuramento do próprio código, acreditando que o conhecimento do direito se dá pelo acesso exclusivo aos conceitos existentes no próprio texto legal, como se da análise da relação entre os próprios signos, fosse possível "conhecer o direito em si mesmo", sem qualquer relação com o mundo prático, razão pela qual também defendem a ideia de um juiz que se limita a "pronunciar a lei", numa tarefa mecânica de silogismo entre a lei e o caso concreto.

Para esta escola, a relação entre a tese da completude do código e a solução para o problema das lacunas será absolutamente paradoxal. A defesa por eles carreada não afirma propriamente a completude do Direito ou do ordenamento jurídico, mas sim do próprio Código Civil, na medida em que este abarca todo o direito – equiparação entre direito e lei, anteriormente referida –, e, portanto, recusam a existência de lacunas. Ou seja, se o código é completo, oferece resposta para todas as situações.

Ocorre que o mesmo código, em seu artigo quarto determinava "o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada", antecipando, portanto, o fato inevitável de que surgiriam casos para os quais as regras do código seriam insuficientes. Bobbio afirma que o referido artigo foi incluído pelos redatores do código para evitar uma prática que havia sido inconveniente durante a Revolução, na qual os juízes devolviam causas ao legislativo, abstendo-se de julgar pelo argumento de ausência de disposições legislativas sobre a matéria (BOBBIO, 1995, p. 77).

[4] "Eu não conheço o direito civil, eu ensino o Código de Napoleão". Jean-Joseph Bugnet (1794–1866). (tradução livre da autora)

2.2 As fontes do direito no Positivismo Normativista de Hans Kelsen

Hans Kelsen empreende um grande avanço em comparação ao positivismo legalista, ao substituir a lei pelo conceito de norma jurídica, ou seja, o direito não mais se encerra na lei, mas assume a forma de um ordenamento jurídico composto exclusivamente de normas jurídicas, que por sua vez não podem ser confundidas com o próprio texto legal. Com a pretensão de construir uma *ciência pura* (LOSANO, 2010, p. 45-64)[5] sobre/para o direito, na qual juízos valorativos – morais, políticos ou filosóficos – não são determinantes para a validade das normas jurídicas, o autor propõe um "encadeamento de validade", fundado em um critério lógico formal, no qual farão parte do ordenamento as normas jurídicas que puderem ser validadas por outras normas jurídicas, a elas superiores, em um sistema hierarquizado e escalonado de normas, que culmina com a Constituição.

No entanto, em sendo a Constituição uma norma jurídica, também esta necessita ser validada, para então demonstrar seu pertencimento ao ordenamento jurídico. É nesse estágio que Kelsen precisa lançar mão da Norma Hipotética Fundamental, uma norma apenas "pressuposta" (e não posta, como todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico) que não possui conteúdo – o que marca a opção kelseniana por um sistema dinâmico em detrimento de um sistema estático de normas, operando como fundamento lógico de demonstração da validade última de seu sistema de encadeamento ou "cadeia de validade".

Para esta corrente, destaca-se a determinação de seu objeto por meio das chamadas fontes sociais, ou seja, a ideia de que, sendo o direito um fenômeno de expressão cultural, este decorreria de fatores sociais (econômicos, religiosos, políticos, morais e culturais); contudo, também vale lembrar que a mesma concepção positivista *visa uma teoria pura sobre o direito*, na qual este último não poderia dialogar com elementos externos, admitindo somente aquilo que é produto da regulamentação estatal (BOBBIO, 1995, p. 161-162)[6], defendendo a total separação entre direito e moral, no sentido de que a validade do direito ou, mais precisamente,

[5] Ao se aprofundar no conceito de "norma jurídica" e no dualismo dos planos do "ser" e dever ser" em Kelsen, o autor demonstra a clara distinção entre direito positivo e ciência do direito, respectivamente.

[6] O autor explica que: "são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribuí a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas. (Falamos de fatos ou de atos segundo os quais os eventos a que o direito se refere são acontecimentos em relação aos quais se prescinde da consideração do elemento subjetivo – conhecimento e vontade – próprio do agir humano, ou são comportamentos humanos que abrangem tal elemento subjetivo; com referência aos fatos falamos de competência, com referência aos atos falamos de capacidade). A importância do problema das fontes do direito está no fato de que dele depende o estabelecimento da pertinência das normas, com que lidamos a um certo ordenamento jurídico: tais normas lhe pertencem ou não, conforme derivem ou não dos fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de suas normas. **Formulado em outros termos, o problema das fontes do direito diz respeito à validade das normas jurídicas**". (grifo nosso)

das normas jurídicas, não poderia depender de juízos valorativos de natureza política ou moral (STRECK, 2012, p. 509-510). Quanto às fontes do direito, Kelsen afirma que a lei e o costume são designados, mais frequentemente, como as duas fontes tradicionais do direito, muito provavelmente em alusão aos sistemas da *civil* e da *common law*, respectivamente.

Para o autor austríaco, a expressão "fontes do direito" é figurativa e possui múltiplos significados, podendo significar "todos os métodos de criação jurídica em geral" (KELSEN, 2003, p. 259). Desta forma, podemos entender como fonte do direito positivo e, portanto, juridicamente vinculantes: (a) o fundamento de validade de um ordenamento jurídico; (b) o fundamento último de um determinado ordenamento, a chamada norma fundamental, em um sentido lógico-jurídico; (c) a Constituição, como fonte das normas gerais produzidas pela atividade legislativa e fundamento de validade em sentido jurídico-positivo de determinado ordenamento; e (d) as decisões judiciais, como fonte de direitos e deveres das partes litigantes. "No sentido jurídico-positivo, fonte do direito só pode ser o direito" (KELSEN, 2003, p. 259).

Entretanto, Kelsen reconhece que a expressão também é utilizada para designar expressões não jurídicas que, "de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros", sendo este o viés das chamadas fontes sociais (KELSEN, 2003, p. 259). Desta concepção, podemos concluir, com Losano, que aquilo que Kelsen busca encontrar não é o fundamento da produção das normas (e, assim também, de seu conteúdo), mas apenas o fundamento da validade das normas (como elemento de uma *ciência pura sobre o direito* e não do direito, como ordenamento positivo) (LOSANO, 2010, p. 78-79).

3. A TEORIA DO FATO JURÍDICO DE PONTES DE MIRANDA

A Teoria do Fato Jurídico, desenvolvida por Pontes de Miranda, pode ser apontada como a teoria jurídica mais influente em âmbito brasileiro. Buscando conceituar e sistematizar as espécies de fatos jurídicos, a teoria desenvolve a ideia de que os fatos sociais (existentes no denominado de mundo da vida) somente terão relevância ou status jurídico (existência no denominado mundo jurídico) na medida em que encontrem uma correspondência previamente expressa em determinado suporte fático legal – descrição geral e abstrata de determinado fato da vida (MIRANDA, 2012, tomo I, p. 77-78). Ocorrendo, assim, o chamado processo de *juridicização*, no qual um fato social se torna um fato jurídico.

Com isso, Pontes de Miranda institui uma rígida separação entre o *mundo dos fatos* e o *mundo do direito,* uma vez que a ideia de mundo jurídico está alicerçada – e depende da coincidência – no suporte fático legalmente previsto e já existente; tornando-se este (suporte

fático), um conceito fundamental. Desta forma, Pontes de Miranda organiza o ordenamento jurídico a partir de um *silogismo subsuntivo*:

> a premissa maior é a lei, onde o suporte fático está definido; a premissa menor é o fato da vida, a ocorrência no mundo dos fatos. Assim, quando o fato preenche o suporte que está na premissa menor, a norma (= lei) incide, gerando os efeitos jurídicos definidos" (ENGELMANN, 2011, p. 291).

Rompendo com a noção de causalidade ou causação, própria do mundo dos fatos da vida, no qual as "coisas são", o mundo jurídico irá operar no âmbito da imputação, ou seja, os fatos jurídicos dependem do suporte fático para existir. Nesse sentido, o próprio autor afirma que "para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – *incidam* sôbre êles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os 'jurídicos'" (MIRANDA, p. 65). Portanto, "a juridicização é o processo peculiar ao direito; nôutros termos: o direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos (= para que entrem no mundo jurídico)" (MIRANDA, p. 65).

Hans Kelsen explana que, enquanto nas ciências causais, o princípio da causalidade permite afirmar que se A é, B também é ou será, nas ciências normativas – como o direito –, o princípio da imputação opera de forma a afirmar que se A é, B deve ser. Assim, a imputação sempre designa uma relação do tipo normativa. Nas palavras do autor:

> Visto que o sentido específico do ato através do qual é produzida a relação entre pressuposto e conseqüência numa lei moral ou jurídica é uma norma, pode falar-se de uma relação normativa – para distinguir de uma relação causal. "Imputação" designa uma relação normativa. É esta relação – e não qualquer outra – que é expressa na palavra "dever-ser", sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica. (KELSEN, 2003, p. 101)

Sobre a teoria do fato jurídico, de Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello explica que

> o fato social, serve de suporte, de objeto, à definição do fato jurídico pela norma, donde se pode dizer que, enquanto não houver norma que o regule, não se transformará em fato jurídico e não poderá produzir qualquer consequência jurídica, permanecendo como fato social, apenas" (MELLO, 2010, p. XXVII).

Esta passagem evidencia a profunda influência do positivismo normativista – e, especialmente, do neopositivismo lógico, produto do Círculo de Viena, escola para a qual o rigor científico será alcançado pelo abandono da linguagem comum em prol de uma linguagem cientificista, analisada somente sob o ponto de vista dos planos da sintática e da semântica,

excluindo a pragmática. Portanto, a *cientificização* da linguagem e do discurso jurídico denotam uma típica problemática do positivismo ponteano (STRECK, 2013, p. 60, 127 e 235).

Hans Kelsen, especialmente com sua obra Teoria Pura do Direito, é o grande expoente dessa corrente do pensamento jurídico. Sobre essa forma de uso da linguagem, Lenio Luiz Streck explica que

> a TPD é uma metalinguagem da linguagem objeto, um modo de corrigir a inevitável indeterminação do sentido do direito, seja decorrente da plurivocidade das palavras ou dos juízos políticos, morais, ideológicos etc. Seria uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que a ciência do Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Isso evidencia uma relação direta com os resultados das pesquisas levados a cabo pelo Círculo de Viena (STRECK, 2013, p. 217).

Jan Peter Schmidt, estudando a intensa influência do direito e da doutrina alemã na obra de Pontes de Miranda, afirma que

> a análise da doutrina alemã dos séculos XIX e XX mostra, por um lado, que esta serviu como importante fonte de inspiração para Pontes de Miranda na elaboração de sua construção tripartite. Sobretudo nas obras de Windscheid, Leonhard, Zitelmann e Figge – autores que Pontes de Miranda cita com frequência no tocante à matéria – encontramos todos os elementos para distinguir existência, validade e eficácia do negócio jurídico. Ao mesmo tempo, deve ser enfatizado que Pontes de Miranda longe esteve de simplesmente copiar a doutrina alemã. Ao contrário, pode-se dizer que deu um passo à frente, ao conceber existência, validade e eficácia do negócio jurídico como planos autônomos e independentes. (SCHMIDT, 2014)

Contudo, Schmidt também conclui sobre as limitações da teoria ponteana. Em curiosa passagem, refere sobre a importância e o impacto que esta teoria teve sobre a formação dos juristas brasileiros, no qual

> em um cenário de *profundo enraizamento* da distinção entre os planos de existência, validade e eficácia, **não é de se surpreender que muitos juristas brasileiros vejam, em tal construção, um tipo de 'lei natural' da ciência jurídica, de caráter universal e imutável**" (SCHMIDT, 2014) (grifo nosso).

Nesse sentido, o próprio autor alemão discute a permanência do valor da teoria de Pontes de Miranda e adverte para os perigos de sua manutenção, problematizando a efetiva necessidade desse sistema na própria compreensão do fenômeno jurídico.

Por isso, afirma que "deve-se deixar claro que a busca da sistematização 'correta' nunca deve ser superestimada em sua importância" (SCHMIDT, 2014), uma vez que o uso equivocado dos termos "nulo" ou "inexistente" pode receber a crítica da utilização pouco precisa das

palavras, ou até mesmo da falta de certa cultura jurídica, mas não pode impedir que em primeiro lugar se assegure a obtenção de um julgamento correto no caso concreto.

Acerca das diferenças entre as culturas jurídicas alemã e brasileira, o autor faz uma fundamental ressalva sobre a postura brasileira – marcada pela faminta hospitalidade na importação de conceitos estrangeiros. Comentando sobre a desacertada compreensão entre os próprios brasileiros acerca da transposição da teoria tripartite de Pontes de Miranda ao Código Civil de 2002 – que não ocorreu, na medida em que o Código não adota o plano da existência, que se observa somente no âmbito da análise doutrinária –, afirma ser este mais um exemplo de "um sério problema de comunicação entre juristas brasileiros e alemães: ***os brasileiros tomam por evidente algo que os alemães mal conhecem, e ainda menos utilizam***" (SCHMIDT, 2014). (grifo nosso)

Sobre a relevância da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda como elemento indispensável à conformação do fenômeno jurídico, Schmidt faz uma certa relativização ao apreço dado a certos rigores científicos, lembrando que os exemplos provenientes do direito romano ou da *common law*

> mostram que um ordenamento jurídico pode viver perfeitamente sem conferir maior relevância a questões de sistematização. A qualidade de um direito se define, acima de tudo, por sua capacidade de resolver casos concretos de maneira justa e previsível, e não pela pureza de sua dogmática (SCHMIDT, 2014).

Nesse sentido, podemos concluir pela evidenciada influência positivista na construção teórica de Pontes de Miranda, na medida em que o reconhecimento de um fato com relevância ou natureza jurídica dependeria exclusivamente de sua adequação a um suporte fático – ou seja, a descrição geral e abstrata deste fato em uma norma jurídica pré-existente, que a julgar pela compreensão do que eram normas jurídicas à época da construção teórica ponteana, eram somente as regras tipicamente previstas no Código Civil, excluindo-se a noção de princípios –, para que então pudesse adentrar no mundo jurídico, sendo categorizado pela sistemática tripartite dos planos da existência, validade e eficácia. Sob este contexto, a visão acerca das fontes do direito será determinante para a conformação do que será compreendido como norma jurídica capaz de *juridicizar* os acontecimentos relevantes ao direito.

4 AS DIFERENTES INTERPRETAÇÕES PARA O CONCEITO DE "FONTES DO DIREITO"

A noção de fontes do direito é central para a teoria jurídica, existindo entre estas uma *incindível conexão*; de um lado, porque determinada concepção de direito sempre adotará uma certa teoria das fontes (como sua "eminente expressão normativa") e, por outro, porque "o entendimento e a solução que haja de dar-se ao problema das fontes condiciona, por sua vez, uma correlativa concepção de direito, posto que o direito terá também de compreender-se em função do modo como se constitua e manifeste a sua normatividade" (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 7-8).

Ou seja, a releitura de qualquer teoria jurídica – como o questionamento aqui lançado, sobre a releitura da Teoria do Fato Jurídico, de Pontes de Miranda – sempre exigirá uma revisão sobre quais são as fontes do direito. Nesse sentido, Castanheira Neves situa o problema na fundamental "questão de saber de que modo se constitui e se manifesta o direito positivamente vigente numa determinada comunidade histórica – ou seja, de que modo o direito se objectiva aí como direito [...] implica o próprio problema do direito em si mesmo" (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 7).

Contudo, como visto anteriormente, o termo "fontes do direito" é consideravelmente polissêmico[7], podendo ser aplicado em diferentes sentidos; no inventário doutrinário de Castanheira Neves (1995, p. 10), podemos identificar no mínimo quatro aplicações distintas: (a) como *fontes de conhecimento*, enquanto lugar em que se encontra o direito ou que este se manifesta, permitindo-se identificar "o que é direito" ou "quais são as normas do direito positivo"; (b) como *fontes genéticas*, como os elementos ou fatores que dão origem ao direito, no qual seriam as forças históricas, sociais, culturais, políticas e econômicas que determinariam ou justificariam a criação das normas; esta seria a aplicação mais próxima da noção de fontes sociais, que marca o pensamento de viés positivista; (c) como *fontes de validade*, enquanto fundamento de validade do direito – nesse sentido, as teorias contemporâneas, quase em sua totalidade vinculadas ao movimento do constitucionalismo das últimas décadas, apontam as Constituições como grande referencial de validade dos ordenamentos jurídicos, o que Hans Kelsen também já fazia, mas exclusivamente sob a perspectiva jurídico-positiva (KELSEN, 2003, p. 259); e, por fim, (d) como *fontes de juridicidade*, ou seja, "enquanto constituintes da normatividade jurídica ou aqueles modos específicos graças aos quais uma certa normatividade se constituirá como uma normatividade jurídica" (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 9-10).

[7] Ver nesse sentido, apenas como um exemplo, o rol de categorias propostos pelo próprio Hans Kelsen, elencado no item 2.2 do presente texto.

Desse panorama, o autor português conclui que somente a última perspectiva – como fontes de juridicidade – é suficiente para se discutir o objeto de uma teoria do direito autônoma, isso porque as fontes genéticas, enquanto fornecem a causa ou a origem do direito, são insuficientes para justificar porque determinadas normas adquirem juridicidade; retomando a terminologia alemã, afirma que as fontes genéticas seriam "fontes do conteúdo do direito", mas não fontes sobre a validade ou a vigência do direito (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 10). Já as fontes de validade, embora investiguem o elemento da validade sob o ponto de vista do momento inicial de formação da juridicidade, com esta não podem se confundir; isso significa dizer que, embora a validade seja fundamental para a verificação da juridicidade de uma norma, por si só, esta não é a própria fonte do direito. Assim, Castanheira Neves adverte para o risco de se cometer um duplo erro: "de elevar a fonte a fundamento e de baixar o fundamento a fonte" (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 10). Por fim, como fontes de conhecimento se estaria a designar as formas ou meios pelas quais o direito seria conhecido – textos legais ou jurídicos – , o que demonstraria grande conexão com a visão positivista obediente ao "dogma da prejudicial existência do direito" (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 11), ou seja, a ideia já anteriormente exposta de que só é identificado como direito aquilo que foi produzido por um determinado procedimento previamente estabelecido, logo, tais fontes já trariam consigo um direito constituído, sendo estas as fontes apenas o meio para seu conhecimento (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 12).

Por todas as razões acima elencadas, Castanheira Neves acertadamente conclui que todos esses são, em realidade, critérios de qualificação, mas que por si só não constituem a juridicidade das normas, devendo uma teoria das fontes ser verdadeiramente capaz de acessar a "chave da positividade jurídica" (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 13). Se por um lado, o direito não pode incorrer no erro positivista de vincular a juridicidade das normas exclusivamente ao produto de um procedimento institucionalmente legitimado por um poder político e constitucionalmente instituído, de outro, o direito não pode olvidar que as normas jurídicas decorrentes do poder dependem de uma comprovação de sua validade. Em outras palavras,

> A legitimidade-competência só em si, sem uma pressuposição axiológico-normativa que intencional e constitutivamente se assuma, não basta à juridicidade: de novo se concluirá que a *voluntas* ou a *auctoritas* não podem dispensar a *veritas* ou a *ratio*. Nem é outra a razão profunda porque KELSEN, apesar de sua orientação rigorosamente positivista e se ter mantido por isso numa perspectivação normativa tão-só epistemológico-formal, não vê na constituição positiva que institui o poder político e de que sistematicamente depende todo o direito positivo, o *constituens* da juridicidade do sistema jurídico positivo e é antes conduzido, para além daquela

> constituição, ao pressuposto normativo-transcendental de *Grundnorm,* enquanto justamente o fundamento da validade constituinte da juridicidade do sistema e, portanto, do próprio direito positivo (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 13-14).

No contexto da doutrina brasileira, Thomas da Rosa Bustamante propõe um interessante debate sobre tema das fontes do direito em seu artigo *O direito e a incerteza de suas fontes: um problema aberto para a dogmática jurídica contemporânea*. Inicialmente, esclarece sobre o uso da terminologia, distinguindo entre uma *concepção material* e uma *concepção formal* de fontes do direito, na qual a primeira representa os "motivos ou razões que determinam o conteúdo do direito positivo, ou seja, qualquer ato ou fato que gere normas jurídicas" (BUSTAMANTE, 2013, p. 302).

Nesse sentido, as fontes materiais se aproximariam do conceito de função genética, proposto por Castanheira Neves como logo acima em comento, na medida em que abarcam os fatos de natureza social, política e econômica que impulsionam a produção do direito, assim como as ideias e valores que motivam a produção legislativa (BUSTAMANTE, 2013, p. 302). Bustamante elucida que sob esta perspectiva as fontes "nunca são atos jurídicos, mas eventos ou fatos pré-jurídicos que podem contar como uma *causa* – uma causa *social* – para o nascimento de uma norma jurídica" (BUSTAMANTE, 2013, p. 302).

Em oposição às fontes materiais, a *concepção formal* de fontes do direito é aquela que informa a produção "legalmente autorizada" das normas jurídicas. Não se refere, portanto, a motivação da legislação, "mas às *condutas* e aos *procedimento*s que formalmente produzem normas jurídicas. Aqui, busca-se englobar "qualquer *ato* ou *fato* jurídico cujo resultado é a criação de normas" (BUSTAMANTE, 2013, p. 303).

Contudo, na opinião de Bustamante tais concepções seriam insuficientes para explicar, sob o ponto de vista da teoria da argumentação, a validade e os argumentos empregados nas decisões judiciais, isso porque a concepção formal falharia pois "nem todas as razões que contam no discurso jurídico derivam de um ato normativo institucionalmente regulado", enquanto a concepção material seria insuficiente na medida em que "não há uma causalidade ou implicação estrita entre os fatores extrajurídicos que geram o Direito e o conteúdo das decisões individuais" (BUSTAMANTE, 2013, p. 306).

Na proposta do autor, o equívoco positivista reside na busca pela recondução das normas às suas respectivas fontes específicas, como se esta postura fosse capaz de identificar se determinada norma é juridicamente vinculante a um caso concreto (BUSTAMANTE, 2013, p. 304.). Ou seja, o autor desloca a pergunta pelas fontes do direito para o problema da interpretação e da validade das decisões judiciais, radicando a questão das fontes numa

problemática interna à teoria da argumentação jurídica, reduzindo sobremaneira o âmbito do objeto a ser estudado, incorrendo – na esteira das advertências já sinalizadas com Castanheira Neves – no risco de confundir as fontes do direito com sua aplicação, embora também se defenda com Lenio Streck e Gadamer que todo ato de interpretação é um ato de aplicação, que não pode ser cindido.

Apesar da divergência, o trabalho de Bustamante levanta interessantes questões que convidam à reflexão. Para este, uma adequada concepção de fontes do direito deve minimamente responder ao questionamento, denominado por Neil MacCormick de "problema do positivismo", se "no caso concreto, se deve, ou não, considerar uma decisão justificada pelo só fato de ela se fundamentar em fontes do direito formalmente tidas como válidas" (BUSTAMANTE, 2013, p. 305). Retomando a posição fundada na teoria da argumentação, conclui no sentido de que a concepção mais adequada seria no sentido de adotar, na esteira de Aulis Aarnio, um conceito argumentativo de fontes do direito, para quem a termo significa

> 'toda razão que – de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base justificatória da interpretação jurídica'. Esse é um conceito de 'fontes do Direito' que 'não se refere às causas da atividade interpretativa, mas às razões que são utilizadas para *justificar* certa interpretação' [ibidem]. É um conceito que considero mais adequado para entender o raciocínio jurídico, porque ele abandona a perspectiva do observador (ponte de vista externo) [...] e adota um conceito argumentativo mais adequado ao contexto de justificação das decisões jurídicas, ou seja, ao contexto discursivo onde os participantes sustentam pretensões de validade de normas jurídicas individuais que eles pretendem vindicar no caso concreto (BUSTAMANTE, 2013, p. 310-311).

Buscando pensar o atual cenário brasileiro, especialmente no âmbito que mais se identifica mais com a Teoria do fato jurídico – o direito civil – e retomando o argumento inicial do presente artigo – a necessidade de uma nova teoria das fontes do direito diante da releitura da teoria de Pontes de Miranda –, propõe-se uma reflexão a partir do exemplo privilegiado da noção de fontes veiculada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Sem dúvida, como poderemos perceber nas linhas a seguir, existe uma relação de abastecimento mútuo e co-dependência entre a noção de fontes do direito da LINDB e a enérgica presença da Teoria do fato jurídico na compreensão dos juristas brasileiros.

5. O EXEMPLO PRIVILEGIADO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE UMA NOVA TEORIA DAS FONTES

A problemática das fontes de direito no Brasil está associada à questão das lacunas e permanece – há de mais de 70 anos – fundada nas previsões da antiga Lei de Introdução ao

Código Civil (LICC), Decreto-Lei nº. 4.657, de 1942, renomeada, desde 2010, de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Em seu Art. 4º, a referida lei estabelece que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". A doutrina civilista brasileira é unânime em afirmar que o citado artigo trata dos casos de lacunas (da lei ou do ordenamento) e do uso das fontes subsidiárias – à lei, que seria a fonte primordial – do direito como forma de integração do ordenamento jurídico.

Uma rápida pesquisa, no vasto acervo da doutrina brasileira civilista, permite encontrar, nos mais variados cursos de direito civil, genéricas referências sobre a amplitude de significados do termo "fonte". Em geral, a classificação mais presente é aquela dicotomia – já apresentada por Bustamante – que divide as fontes em *fontes materiais ou de produção*, que concorrem para a formação do conteúdo das normas, e *fontes formais ou de manifestação*, que no âmbito da ciência do direito dizem respeito aos meios de expressão do direito, enquanto normas jurídicas válidas (BETIOLI, 2013. p. 167-168).

De qualquer sorte, independente da classificação adotada, o resultado final é sempre o mesmo, as obras acabam por oferecer breves explanações sobre as denominadas "fontes de integração do direito", cuja função principal é colmatar as lacunas da lei, com ênfase nas normas do Código Civil.

Curioso registrar que, as mesmas obras, em momento oportuno, não deixam de referir a importância da Constituição de 1988 e do constitucionalismo contemporâneo nas transformações operadas no campo do direito civil e das relações privadas, tais como o desenvolvimento das ideias de "repersonalização" e constitucionalização do direito civil, bem como destacar a importância da "nova" parte principiológica do Código Civil de 2002 – deixando transparecer uma certa confusão de paradigmas ou de imprecisões teóricas, na medida em que persistem no uso de conceitos positivistas no claro cenário do constitucionalismo contemporâneo.

Ou seja, não parece haver nenhum constrangimento acadêmico ou epistemológico na defesa simultânea, por um lado, da ideia de que existem lacunas na lei que necessitam ser colmatadas pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais do direito (que sequer possuem natureza jurídica na visão positivista) e, de outro lado, a noção de que a nova ordem constitucional promoveu um processo de publicização ou constitucionalização do direito civil,

no qual todo direito civil é um direito civil constitucional, e que culminou com a elaboração de um novo Código Civil, principiológico e de cláusulas abertas[8].

Sintomático dessa permanente *postura sincretista*, que se mostra incapaz de romper com os traços positivistas, não podemos deixar de referir a seguinte passagem:

> '**O Direito não é lacunoso, mas há lacunas'**. A frase poderia parecer um paradoxo, mas não é, pois traz muito bem o sentido do ordenamento jurídico. De fato, não existem lacunas no direito, eis que o próprio sistema ***prevê meios de preenchimento dessas nos arts. 4º. e 5º. da Lei de Introdução e também na Constituição Federal***. As lacunas existentes são, na essência, da lei, diante da ausência de uma determinada norma jurídica prevista para o caso concreto. (TARTUCE, 2014, p. 6) (grifo nosso)

Ao lado da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, denominados de fontes formais, em decorrência de sua expressa previsão legal, ainda figuram na lista das chamadas fontes não formais do direito a jurisprudência, a doutrina, a equidade e o negócio jurídico ou fonte negocial[9].

Os problemas dessa postura são inúmeros. Contudo, nos limites impostos pela temática do presente trabalho, nos limitamos a referir, no mínimo, que são representativos da chamada "crise de paradigmas" (STRECK, 2012, p. 243) que que aflige o direito brasileiro. Nesse sentido, destacamos a crise de paradigma no interior da teoria da norma, na qual a superação do positivismo, aponta para o reconhecimento da força normativa dos princípios, ou seja, as posturas acima denunciadas parecem desconhecer que, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, uma teoria pós-positivista está assentada, necessariamente, em um sistema de regras e princípios (STRECK, 2012, p. 56-57)[10].

---

[8] Quanto à problemática relativa à suposta abertura interpretativa gerada pelos princípios, tema que extrapola os singelos limites do presente trabalho, filiamo-nos ao entendimento de Lenio Luiz Streck no sentido de que esta seria uma insistência na discricionariedade judicial própria das posturas positivistas. Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[9] Existe quase uma unanimidade no tratamento do artigo 4º da LINDB pela doutrina civilista brasileira. Dentre as dezenas de obras, referimos algumas das mais correntes e que estavam disponíveis para consulta no momento de elaboração do presente texto, mas que forma alguma esgotam os autores que insistem na sistematização acima criticada: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direito Civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1; TARTUCE, Flávio, *Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Método, 2014. v. 1.

[10] Princípios aqui não compreendidos são no sentido proposto por Norberto Bobbio, como uma continuidade ou avanço em relação aos modelos de regras, mas no sentido desenvolvido por Ronald Dworkin e Lenio Streck. Este último fala da "tese da descontinuidade", ou seja, dos princípios como instituidores do mundo prático e como meio de institucionalização da moral no direito, em uma relação de cooriginariedade, permitindo um "fechamento interpretativo" que assegura a obtenção de respostas corretas.

Desde a perspectiva das fontes como fundamento de validade do direito, já sabemos, com Lenio Streck (2012, p. 37), que, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, a fonte do direito seria, necessariamente, a própria Constituição. Nas palavras do próprio autor,

> *pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica*, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e *no* ***plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição)****; na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).* Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania. (grifo nosso)

Não obstante, a insistência na investigação sobre as fontes do direito no contexto do constitucionalismo contemporâneo se justifica porque não se trata da intenção de desconstruir, mas ao contrário, de buscar um maior aprofundamento e sistematização para a ideia defendida. A proposta não está isolada. Georges Abboud, Henrique Caarnio e Rafael de Oliveira acreditam que "atualmente, em razão da Constituição, a teoria das fontes do Direito deve ser revisitada sob paradigma pós-positivista. Que não mais confunda a norma com o texto normativo e que esteja apta a trabalhar a dimensão principiológica do direito" (ABBOUD; CARNIO: OLIVEIRA, 2013, p. 213).

Castanheira Neves também já refletiu sobre a questão, e identifica três rupturas que determinam a transformação da teria das fontes tradicionais. A primeira, se refere a mudança na concepção do direito, que não mais pode ser compreendido de forma exclusivamente estatista, uma vez que na segunda metade do século XX, após as duas grandes guerras mundiais, o constitucionalismo se consolidou como o grande processo de racionalização do poder e de garantia dos princípios e direitos fundamentais. A segunda ruptura é na própria realização do direito, que deixou de ser considerado como uma simples aplicação de leis, para se tornar um instrumento de transformação social e consolidação da democracia. E por fim, a terceira modificação é quanto ao próprio sentido do sistema jurídico, pois contemporaneamente o direito não tem mais apenas o sentido de um sistema legislativo. Além do sistema legal vigente, também a história e os processos sociais são fatores determinantes para o sentido do direito (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 45-53).

Por tudo isso, já sabemos de há muito que não existem lacunas no direito, campo no qual se deu o desenvolvimento da teoria das fontes, a partir do século XIX, em razão do movimento da codificação e da positivação do direito. As lacunas derivariam da noção de direito como sistema, no sentido de uma totalidade ordenada de leis ou regras. Muita incompreensão existe desde então, especialmente quanto à confusão entre as "lacunas da lei" e as "lacunas do direito". A doutrina brasileira, especialmente a civilista, sempre trabalhou com a noção de lacunas técnicas, fundadas no tratamento legislativo oferecido pelos Art. 4º, LINDB, e Art. 126, CPC (STRECK, 2003, p. 100-101), entre outros.

Considerando o paradigma pós-positivista que presentemente fundamenta o direito, se podemos afirmar com a máxima tranquilidade a inexistência de tais lacunas. Dessa constatação, entretanto, não deriva a consequente perda do presente objeto de estudo, ou seja, a teoria das fontes não perdeu sua relevância ou um papel a ser exercido na teoria do direito. Nesse sentido, corrobora a opinião de Lenio Streck:

> Cabe, neste ponto, um alerta necessário: não se pretende, por óbvio, aqui, defender a tese do dogma da completude do Direito. Entretanto, o que deve ser colocado é que, da forma dogmática como a maior parte dos doutrinadores brasileiros aborda a problemática das lacunas, não há, logicamente, espaço para a existência das mesmas. (STRECK, 2003, p. 102)

Considerando os argumentos acima lançados, entende-se que é ainda muito relevante o estudo da teoria das fontes do direito, devendo este ser direcionado, no contexto do constitucionalismo contemporâneo e das teorias pós-positivistas que buscam superar os dogmas positivistas, ao questionamento sobre em qual sentido ainda é possível falar em fontes do direito?

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encaminhando-se para a conclusão do presente trabalho, é possível perceber – a partir da redação do artigo 4º da LINDB – a concepção de fontes do direito que foi determinante (e ainda é, para grande parte da doutrina civilista mais difundida no Brasil) para a aplicação daquilo que Pontes de Miranda considerou como norma jurídica capaz de oferecer um suporte fático suficiente para o processo de *juridicização* dos fatos do mundo da vida em fatos jurídicos. Desta forma, podemos concluir que a releitura da Teoria do fato jurídico, de Pontes de Miranda, depende de uma nova sistematização sobre quais são as fontes de juridicidade do direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico.* São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O Direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá/2013, p. 299-325.

CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do *Digesta:* escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do diálogo entre as fontes do direito": abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologia. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Constituição, Sistemas sociais e Hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7, p. 289-308.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito.* 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico:* plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. XXVII.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo I.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia "existência, validade e eficácia do negócio jurídico". *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr., 2014.

STRECK, Leio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. A doutrina precisa de "Taxi Driver" e "Os Imperdoáveis". *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-10/diario-classe-doutrina-taxi-driver-imperdoaveis>. Acesso em: 24 set. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TARTUCE, Flávio, *Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Método, 2014. v. 1.

WIACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.