

Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico: o desafio de um novo Direito

Marcus Aurelio Lopes^()*

Sumário:

1. Introdução;
2. Fundamentos do direito;
3. Jusnaturalismo;
4. Positivismo jurídico;
5. Conclusão;
6. Bibliografia.

1. Introdução

Dentre todas as questões que atormentam a sociedade moderna, a mais recorrente e não menos insolúvel constitui no dilema entre a segurança jurídica e a liberdade.

A mais primitiva sociedade se deparou com essa contradição e formulou soluções que foram se tornando cada vez mais intrincadas, à medida em que o próprio corpo social também se imbricava com relações interpessoais as mais diversas e complexas.

Ao longo do tempo histórico, filósofos nasceram e morreram, revoluções explodiram e foram sufocadas, ora buscando a supremacia da certeza e estabilidade do direito, ora afirmando que o indivíduo, como ser autônomo e livre não deve ser tutelado externamente. O gênero humano parece cumprir a pena eterna de buscar a Justiça na conciliação de duas verdades espirituais inconciliáveis, posto que a determinação prévia de *standards*⁽¹⁾ legais, premissa para a segurança jurídica, é insuficiente para

^(*) *Marcus Aurelio Lopes é Juiz do Trabalho em Cianorte/PR e mestrando em direito civil na Universidade Estadual de Maringá/PR*

⁽¹⁾ *Segundo LARENZ, para averiguação dos standards o jurista tem que servir-se da cooperação do investigador social empírico, sempre que para tal não lhe seja posto à*

alcançar as múltiplas variações da experiência social, ao passo que as soluções particularizadas, porque casuísticas, impedem os indivíduos de prever o resultado de suas condutas em sociedade.

De modo extremamente sucinto, este trabalho tenta apresentar o problema da segurança⁽²⁾ e da liberdade⁽³⁾ segundo a ordem jusnaturalista e positivista, valores que sempre foram perseguidos pelos filósofos de ontem e de hoje, como inflexão necessária para a realização da justiça.

2. Fundamentos do direito

A necessidade de uma ordem jurídica no seio social é imanente a qualquer agrupamento humano. Não há como se declinar da necessidade de um estatuto mínimo de convivência entre mais de duas pessoas, sob pena de se inviabilizar o convívio.

Este mínimo de regulação, evidentemente, comporta a limitação de certas faculdades naturais do homem. O equilíbrio nessa limitação, confrontando a certeza das limitações com a sua proporcionalidade⁽⁴⁾ em face dos objetivos sociais é que resulta na Justiça substancial.

Daí se extrai que a segurança e a liberdade são o esteio primeiro, ou a razão última, do próprio direito e se inserem num quadro de valores ínsitos a qualquer conjunto humano de modo a configurar a feição e a finalidade da comunidade.

A questão do fundamento, da vigência e da eficácia do direito está no centro de toda a investigação científica sobre a juridicidade e envolve a resposta às seguintes perguntas⁽⁵⁾:

disposição o material de instâncias especializadas (Metodologia da Ciência do Direito, p 666)

⁽²⁾ "A segurança jurídica significa a paz, a ordem e a estabilidade e consiste na certeza de realização do direito" (AMARAL, *Francisco Direito civil introdução*, p 17)

⁽³⁾ "A liberdade jurídica é a que reconhece no indivíduo o poder de produzir efeitos no campo do direito" (AMARAL, *ob. cit.* p 21)

⁽⁴⁾ "O Direito não é uma relação qualquer entre os homens, mas sim aquela relação que implica uma proporcionalidade, cuja medida é o homem mesmo" (REALE, Miguel *Lições preliminares de direito*, p 60)

⁽⁵⁾ *conf.* REALE, Miguel. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol 39, p 148

a) que é que torna eticamente legítima a obrigatoriedade do direito?

b) que é que condiciona logicamente a validade das regras de jurídicas?

c) que é que torna uma norma jurídica socialmente existente?

A resposta a essas indagações constituem o ponto de conexão entre a especulação filosófica e a investigação empírica. Trata-se da “validade da validade”⁽⁶⁾ do direito em seus três aspectos: ético, técnico-jurídico e histórico-social.

Do ponto de vista ético, a filosofia do direito se apresenta como a ciência das condições transcendentais da validade jurídica. Cuida das indagações de cunho deontológico ou axiológicos que acabam solucionadas no plano da política do direito, da sociologia e psicologia jurídicas e pela jurisprudência.

Sendo o fundamento do direito tratado em abstrato, sem recorrer a experiência produzida pela política do direito (p. Ex.), o âmbito de estudo da filosofia do direito se limita à metodologia e a teoria da justiça, quando define os fins em que a sociedade humana deve se inspirar.

No aspecto histórico-social, cabe à sociologia jurídica apontar os meios pelos quais tais fins são atingidos e no técnico-jurídico, à teoria geral do direito a forma de atuação daqueles meios.

O fundamento do direito, assim, trata dos valores dos quais resultam fins, cuja atualização implica em relações intersubjetivas. Significa determinar as possibilidades de realização de formas de coexistência social que sejam positivas.

Não se trata da pura e simples abstração de “sociedade justa”, concebida por RUDOLF STAMMLER⁽⁷⁾, mas de se estabelecer formas

⁽⁶⁾ *idem*

⁽⁷⁾ *conf REALE, ob. cit p 152 LARENZ (ob cit p 120) refere-se a STAMMLER dizendo que Direito justo é o Direito positivo cujo conteúdo possui a característica da justeza, não sendo nada mais que um para se avaliar o direito positivo*

possíveis de convivência, visto que todo dever-ser é articulado com a ideia de valor e de fim

O fundamento do direito então é a identificação de vários tipos ideais de sociedades possíveis e se estabelecer determinada escala de valores a serem eleitos como salvaguarda das comunidades positivamente estabelecidas. Cabe indagar, em consequência, se existe uma ordem de valores imodificável apesar das mudanças no processo histórico-social

Segundo MIGUEL REALE⁽⁸⁾, há na verdade uma constante axiológica do direito, que se caracteriza por um núcleo de valores resistente às mudanças históricas, imune às transformações políticas, técnicas ou econômicas. Trata-se de um alter-ego social, presente na comunidade, apesar das alterações sociais e históricas. Assim como o homem se altera diariamente sem perder sua essência, a comunidade também se modifica, mas preserva seu caráter essencial, o “eu jurídico”

Dai se dizer que o fundamento do direito está ligado ao direito natural, na medida em que não é possível convertê-lo diretamente em direito positivado

Dois são as teorias de direito natural: uma transcendente e outra transcendental. A primeira vê o direito positivo intemporal e a-histórico, sendo o direito natural um arquétipo ideal válido em si mesmo. A segunda limita o direito natural segundo o plano deontológico em correlação com a experiência histórica

Para REALE⁽⁹⁾, o direito natural tem caráter axiológico: não está abstraído ou é abstrato, mas só pode ser entendido a partir do processo histórico quando se revela condição transcendental de possibilidade da vida do direito. Equivale, ao fim e ao cabo, *ao conjunto de condições transcendental-axiológicas que tornam a experiência jurídica possível*

A questão dos valores levanta outra indagação: a da obediência ou não às leis destituídas de fundamento ético e a sua positividade

⁽⁸⁾ *ob cit p 150*

⁽⁹⁾ *ob cit p 151*

Admitindo-se que o direito tem por fundamento uma série de valores, os quais representam a consciência íntima de determinado núcleo social, consciência que, por natureza, é modificável no tempo e no espaço, tem-se que o próprio direito pode ter suas bases fundamentais alteradas. O problema que surge aqui, então, é o de saber se a regra positiva sobre determinada base valorativa continua prevalecendo quando esta base se altera ou mesmo desaparece. É a respeito disso que fala a heterogenia dos fins de WILHELM WUNDT⁽¹⁰⁾: muitas vezes o homem pratica um ato visando certo fim, e verifica, com surpresa, ter dado azo à realização de fins diversos e insuspeitados

Por essa razão, STAMMLER afirma que todo direito deve ser uma tentativa de direito justo.

Fundamento, então, segundo o Prof. REALE⁽¹¹⁾, é o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade. (P. Ex. A tutela ao direito de propriedade na sociedade ocidental).

A idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem e não pode deixar de ser reconhecida como o valor mais urgente e que está na raiz da escala axiológica, sendo indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético. É, pois, no valor justiça que repousa toda a obrigatoriedade ou a vigência do direito⁽¹²⁾.

Ora, mas se o direito só vale enquanto conectado com seus fundamentos, mas também só se aplica segundo uma ordem estável e uniforme, de que forma se alcançar o ideal de justiça, que deve exatamente acomodar estas duas vertentes: a adequação aos fundamentos e a estabilidade da ordem social?

A resposta se apresenta simples e clara no positivismo: “Em toda a comunidade é mister que uma ordem jurídica declare em última

⁽¹⁰⁾ *apud REALE, Miguel Ob cit p 152*

⁽¹¹⁾ *ob cit p 153*

⁽¹²⁾ “A idéia de justiça traduz, enfim, um principio de distribuição de bens e de ônus que oferece três perspectivas justiça como virtude, realizando-se nas relações intersubjetivas, o seu objeto, o que é devido nessas relações e a igualdade proporcional, a idéia de equivalência e de proporção” (AMARAL, Francisco Ob cit p 15)

instância o que é lícito ou ilícito” (entre outros HAURIOU). “A ordem social representa o *minimum* de existência e a justiça social um luxo até certo ponto dispensável” (idem), “na maioria dos assuntos é mais importante que a regra de direito aplicável seja estabelecida do que seja justa” (EBENSTEIN), “o direito não nasceu na vida humana em virtude do desejo de render culto ou homenagem à idéia de justiça, mas para satisfazer uma urgência iniludível de segurança e de certeza na vida social (RECASENS SICHES), “quando numa comunidade existe um poder supremo, deve respeitar-se aquilo que ele ordena” (M. REALE)⁽¹³⁾.

O formalismo jurídico, entretanto, não é a melhor solução para a questão tormentosa do embate entre segurança e liberdade, para se atingir a justiça. A submissão pura e simples do direito a uma ordem preestabelecida leva à indesejada subjugação da liberdade, na medida em que esta ordem há de ser imposta por determinada classe social e fatalmente determinará a limitação de uns em detrimento de outros. Logo, a idéia de ordem é incompatível com a idéia de liberdade.

Cabe ao operador do direito, nesse embate, amoldar a ordem à liberdade possível, de modo a sacrificar ao mínimo a autonomia da pessoa. Só com mecanismos de constante mutação jurídica é possível equilibrar esses fundamentos do direito.

O exercício da interpretação⁽¹⁴⁾, então, possibilita a manipulação lógica e racional dos fundamentos da segurança e da liberdade, como paradigmas indissociáveis, ao mesmo tempo que antitéticos, que servem de balizamento a qualquer solução jurídica dos problemas sociais.

A justiça, então, finalidade realçada do direito, não se alcança pelo simples reconhecimento do estado de liberdade natural, tampouco pelo clausuramento da conduta humana em padrões formais rígidos e seguros, mas exatamente pela combinação interpretativa desses dois valores, ora se privilegiando um, ora se prestigiando outro, tendo como objeto a experiência social concreta.

As normas não são categorias lógicas, indiferentes à experiência humana, mas são decorrentes de sua interpretação, valem em razão da

⁽¹³⁾ *apud REALE, Miguel Ob cit nota 6, p 156*

⁽¹⁴⁾ *REALE, Miguel Filosofia do Direito, p 438*

realidade de que participam, adquirindo novos sentidos e significados, mesmo quando formalmente inalteradas.

Acertadamente, vaticina MIGUEL REALE que no “*fundo, os valores somos nós mesmos, mas não cada um de nós na sua singularidade pessoal, nem a soma dos indivíduos que compõem a espécie, mas sim o espírito humano em sua universalidade irredutível às experiências estimativas, que são modos ou veículos de revelação do valioso*”⁽¹⁵⁾.

3. Jusnaturalismo⁽¹⁶⁾

Jusnaturalismo vem a ser a doutrina filosófica que entende o fundamento do direito como anterior à experiência social, constituindo um *a priori* necessário a toda formulação jurídica.

Vê o direito como originado de uma única fonte, da qual derivam todas as formas de regulação da vida humana e entende-se que o direito positivado não o pode contrariar, antes estando em grau hierárquico inferior.

A dicotomia entre direito natural e direito positivo surge já na idade média, com THOMÁS DE AQUINO, que identifica a existência da *lex naturalis* que é a Lei eterna na razão humana e a *lex humana* que se apresenta como a positivação do direito natural (*per conclusionem*) ou como definição do conteúdo do direito natural (*per determinationem*)⁽¹⁷⁾.

HUGO GROCIO, na sua obra “*De jure belle ac pacis*”, afirma que o direito natural é um ditame da natureza racional do homem, enquanto o direito civil é ditado pelo poder civil representado pelo Estado e que congrega a comunidade dos homens livres com objetivo de estabelecer o bem comum⁽¹⁸⁾.

O direito natural se constitui na observação do fenômeno jurídico a partir do homem, como centro dos valores que fundamentam a regulação da vida em sociedade. Dessa forma, consegue-se a mediação útil e

⁽¹⁵⁾ REALE, Miguel *Enciclopédia Saraiva do Direito*, p 155

⁽¹⁶⁾ no texto, jusnaturalismo é tratado como sinônimo de direito natural

⁽¹⁷⁾ BOBBIO Norberto *O Positivismo jurídico lições de filosofia do direito*, p 20

⁽¹⁸⁾ CORREIA, Alexandre *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol 27, p 347-348

recomendável entre a razão individual, marca da liberdade, e a experiência social concreta que reclama estabilidade e segurança jurídica

Nem sempre foi assim. A partir de KANT, a liberdade como fundamento do direito e como manifestação do direito natural assumiu seu caráter mais significativo⁽¹⁹⁾

O homem era essencialmente livre e devia manter essa liberdade o mais intacta possível dentro da sociedade. Daí que a liberdade de cada um era conformada pela liberdade dos outros. Sendo todos dotados de razão, e sendo a liberdade uma manifestação dessa razão humana, estava selado o destino de completa harmonia no seio social.

A centralização de todo o direito na razão humana resultou num egocentrismo exacerbado e descambou para a ameaça à própria liberdade na medida em que o direito natural era racional mas o homem em sociedade não. Ao contrário, e extremamente passional, influenciado e influenciando a ganância, a prepotência e os sectarismos de toda ordem.

O individualismo surgido a partir da filosofia de KANT apresentou-se portanto como um trampolim para a violação do próprio direito natural que visava propalar, na medida em que justificou a concentração do poder social nas mãos de uma pessoa ou de um grupo social em detrimento da sociedade resultando no absolutismo de fins do século XVIII e na conflagração social da Revolução Francesa em 1789⁽²⁰⁾

Sem dúvida que o propósito da filosofia de KANT era muito mais nobre, a ideia de liberdade social ditada pela razão humana e sem dúvida a mais brilhante que se tem notícia na história da filosofia e não se pode dizer que seu ideal esteja ainda hoje superado. Entretanto, os efeitos desse pensamento individualista serviram num primeiro momento para apelar do poder à nobreza e colocar em seu lugar a burguesia ascendente (principalmente na França), de modo que foram substituídos os personagens, mas o enredo permaneceu inalterado. Logo em seguida se viu que o simples deslocamento do poder político de uma classe a outra não atingia a tão almejada justiça social.

⁽¹⁹⁾ *idem* p. 350

⁽²⁰⁾ BONAI IDES Paulo *Do estado liberal ao estado social* p. 16 e segs.

Para promover a liberdade dos indivíduos KANT concebia a existência do Estado organizado, sendo o destinatário das liberdades individuais e sândico da sociedade, destinado a harmonizar a vida social. O poder estatal, exercido por um soberano dotado de razão (a mesma razão que inspirava os indivíduos) era perfeito como o era a razão humana. Assim legitimado, o poder estatal se concentra nas mãos do monarca, expressando a materialização mais contundente do direito natural.

O absolutismo moderno era apoiado, portanto, na concepção kantiana de que o direito natural resulta do próprio indivíduo e que por isso aquele que exerce o poder o faz segundo essa mesma razão.

A filosofia de KANT se mostra um tanto ingênua nessa parte, ao confiar que o Estado, por ser a conjunção das liberdades individuais, compartilha da mesma razão do indivíduo e por isso estaria eleito naturalmente como propalador da justiça social. A razão do Estado é diferente da razão do indivíduo, sendo inclusive contraposta a ela, e muitas vezes tende a privá-lo da sua liberdade não para proteger a coletividade, mas para proteger o próprio Estado. Ora, o direito natural se apóia na razão do homem e não na razão do Estado: se este tem uma razão própria, evidentemente que não tem o seu fundamento no direito natural.

JEAN JACQUES ROUSSEAU⁽²¹⁾ tinha uma outra concepção do direito natural, que de certo modo acomodava o individualismo em face do pluralismo social.

Partindo da premissa de que o homem é originalmente bom, sendo corrompido pelo meio social, ROUSSEAU preconiza uma sociedade onde os homens concordam em ceder as suas liberdades individuais em prol do Estado a fim de que este administre-as de forma adequada, devolvendo-lhes essa mesma liberdade colmatada às liberdades dos outros.

Ao conceber a idéia do contrato social, ROUSSEAU desloca o centro do poder da razão individual, conforme era entendida no absolutismo, para a razão coletiva, representada pelo consenso social. O povo então assume pela primeira vez seu papel de ator na cena jurídico-política universal. Somente o povo, conscientemente, tinha o poder de delegar as liberdades

⁽²¹⁾ *BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p. 26; CORREIA, Alexandre. Ob. cit. p. 352.*

individuais ao Estado e so mediante essa delegação e que poderia interferir nessas liberdades e ainda assim com vistas a preservação das proprias liberdades das pessoas

Com essa conotação e que o absolutismo restou superado na França e muito diminuído na Alemanha e na Inglaterra de modo que o poder, do povo, assumiu a posição de personagem principal

Em oposição aos jusnaturalistas, JOSEPH DE MAISTRE⁽²²⁾ negava a existência do direito *a priori*, fosse ele derivado da razão humana ou do contrato social, acreditando que a ordem jurídica era construída a partir da experiência social. O direito, pois, não era uma elaboração racional do homem abstrata e despegada da realidade. Tampouco derivava de um ato de vontade consciente para estabelecer um contrato social. O direito resulta, segundo DE MAISTRE, da inexorabilidade do homem no meio social. A sociedade não é desejada pelo homem, mas é uma condição de sua natureza: o homem é um ser social.

Os empiristas, liderados por DE MAISTRE, criticavam os jusnaturalistas que pregavam a positivação do direito natural. Diziam eles que a Lei escrita era falsa, porque as regras jurídicas variavam no tempo e no espaço e era impossível identifica-las claramente apenas com a razão humana. Pregavam, em suma, o respeito à consciência nacional, esta sim indestrutível e imodificável, a cujo império todas as pessoas deveriam se curvar. Preconizaram, então, que a gênese jurídica se encontrava na tradição, nos usos e costumes.

SAVIGNY⁽²³⁾ e, antes dele, ADAM MULLER, desenvolveu as ideias empiristas em outros padrões, identificando o fundamento do direito na experiência histórica da sociedade, erigida a partir da tradição e da jurisprudência.

Segundo o pensamento de SAVIGNY, o costume é definitivo para a organização das sociedades mais simples, sendo adaptado à sua evolução pela jurisprudência científica que acompanha as modificações no seio social. O legislador assume a posição de mero reflexo da elaboração científica do direito e representa a expressão da vontade popular.

⁽²²⁾ CORREIA, Alexandre. *Ob cit p 354*

⁽²³⁾ Por todos, LARENZ *ob cit p 9 e segs*

Ao negar ao direito natural a posição de fonte primordial do direito, a escola histórica e seus aulicos buscou a unidade do ordenamento jurídico na própria elaboração do jurista, seja como formulador da própria ordem jurídica, seja como seu intérprete e aplicador

Atualmente o dualismo entre direito positivo e direito natural está colocado em termos de justiça formal e justiça social, liberdade formal e liberdade substancial, igualdade formal e igualdade material. O aparente retorno às indagações oriundas do fundamento *a priori* do direito justifica-se na medida em que o mundo moderno pelo seu pluralismo característico exige uma maleabilidade muito grande nos conceitos jurídicos, o que não é propiciado pelos esquemas formais de produção do direito

Assim, o recurso a princípio superior e antecedente à própria construção dogmática e extremamente rico em possibilidades de ampliar o leque de opções conferidas ao operador jurídico para dar resposta à demanda das relações sociais multiformes

É quase impossível conceber o ordenamento jurídico, seja qual for sua confissão filosófica, ou mesmo o sistema mais técnico existente, sem um arcabouço principiológico e fundamental que o antecede, donde se retiram a força de validade de todos os comandos normativos. Sem esse poder, a ordenação legal se esvazia e perde contato com a realidade, destituindo-se de seu atributo principal de traçar a conduta da vida em sociedade

O direito natural, portanto, é o conjunto de regras inatas na natureza humana, pelas quais o homem se dirige, a fim de reagir retamente na sua conduta social. Trata-se do fundamento da ordem jurídica, considerando que normas de conduta se originam em direitos inatos, que decorrem da própria vida do homem em sociedade. Independentemente da sua experiência social, sua elaboração é puramente racional e abstrata, apoiando-se somente na lógica dos preceitos jurídicos

Parece que existe um direito natural, consistente numa percepção universal de que o homem em sociedade deve se condicionar segundo certos comportamentos. Entretanto, a forma, o conteúdo e a extensão desses condicionamentos e comportamentos devem ser descritos de maneira objetiva no repositório legal de cada povo, dando origem a um corpo de leis positivo que se transforma constantemente segundo a mudança no meio social

e em consonância com os mecanismos de interpretação voltados a sua aplicação

4. Positivismo jurídico

Das entranhas do jusnaturalismo surgiu o positivismo jurídico. Toda a elaboração racional atribuída a KANT fez com que se concebesse a filosofia de que as regras de conduta inspiradas na natureza do homem fossem delimitadas em programas linguísticos⁽²⁴⁾ perfeitamente definidos, de forma a atribuir certeza e segurança no conhecimento, interpretação e aplicação das normas legais, ordenando dessa forma as condutas humanas

A Lei formal foi alçada a condição de veículo definitivo de estabilidade do direito reunindo toda a virtude necessária para se estabelecer os limites de liberdades individuais, os limites de poder do Estado, os meios e os instrumentos de atuação da igualdade, do bem comum e, finalmente, da justiça

A premissa mais que necessária era de que, sendo a Lei fruto da razão humana e sendo a razão humana fundamento do direito natural, o comando legal nada mais era que o reflexo perfeito e irretocável do próprio direito natural materializado, tornado coisa palpável. A norma era despida de qualquer valoração que não se circunscrevesse a seu aspecto externo

O positivismo vê o direito de modo avalorativo sem ideologia sem qualquer preocupação com o conteúdo. Isto porque o conteúdo do direito varia conforma a sociedade (democrática ou totalitária, comunista, socialista ou capitalista). Do ponto de vista do conteúdo, o direito pode disciplinar todas as condutas que não sejam necessárias ou impossíveis, pois é uma técnica voltada a influir na conduta social⁽²⁵⁾

Não há de negar que essa exacerbação formalista foi uma forte reação ao absolutismo estatal e a supremacia da nobreza na sociedade dos séculos XVII e XVIII. O contexto histórico recomendava uma forma de regulação social rígida, na medida em que as comunidades estavam sujeitas aos humores do monarca e as incertezas da jurisprudência. A atuação dos juizes era inçada na multiplicidade de fontes como o direito romano, o direito

⁽²⁴⁾ *ou preceitos de lei*

⁽²⁵⁾ *BOBBIO Norberto Ob cit p 144 e segs*

germânico e o direito canônico, além do direito costumeiro e local, de modo que as controvérsias sociais eram resolvidas de maneira aleatória, impondo grande insegurança.

A necessidade de segurança jurídica, por sua vez, foi emasculada pelo implemento do comércio, pelas grandes navegações do séc. XVIII e pelas transformações econômicas verificadas no decorrer da primeira revolução industrial. O feitiço da sociedade medieval, marcada pelo campesinato, transfigura-se na sociedade proletária e fortemente urbanizada do princípio do século XIX.

O iluminismo de VOLTAIRE e ROUSSEAU, pregando um retorno às luzes da grandeza romana de seu melhor período, exige dos povos uma concentração muito grande na elaboração de um ordenamento correto, lógico, simples, conciso, coeso. A essa necessidade se responde com a idéia de sistema⁽²⁶⁾, considerando que o direito deve formar um conjunto harmonioso de preceitos, coordenados entre si e voltados à realização de um fim determinado.

Em conseqüência, a codificação do direito positivo é o clímax do pensamento positivista, que teve em AUSTIN e BENTHAM na Inglaterra seus grandes defensores e em PORTALLIS, um dos redatores do Código de NAPOLEÃO, expoente da maior relevância.⁽²⁷⁾

A febre da codificação que varreu a Europa do século XIX e contaminou todo o mundo jurídico de origem romano-germânica, tinha por escopo principal construir um edifício legal marcado pela unidade, pela completude e pela coerência de suas normas.⁽²⁸⁾

Chegou-se ao ponto de se negar a existência de direito fora das leis formais, partindo-se da premissa de que a Lei representava a vontade do

⁽²⁶⁾ "O contributo inquestionável da Jurisprudência dos conceitos foi a elaboração de um sistema conceptual-abstracto, que era construído de acordo com o princípio da subordinação de conceitos cada vez mais especiais aos de extensão muito ampla (âmbito de aplicação), mas de cada vez mais escasso conteúdo, e que devia permitir atribuir a cada conceito não apenas o seu 'lugar' no seio do sistema no seu conjunto, mas também subsumir situações de facto concretas às previsões normativas da lei, e assim determinar a situação jurídica " LARENZ, *ob cit* p 230

⁽²⁷⁾ BOBBIO, Norberto *Ob cit* p 63 e segs e 91 e segs

⁽²⁸⁾ *idem* p 197 e segs

povo e esta tinha a prerrogativa indelegável de determinar as formas de conduta em sociedade porque sempre visava o bem comum

Os fundamentos de justiça, igualdade e liberdade sucumbiram diante da necessidade urgente de segurança jurídica. O formalismo e a supremacia da Lei imperaram de forma determinante, impedindo que a realidade social permeasse os comandos legais ou mesmo temperasse a aplicação da norma jurídica.

Ao tempo do Código de NAPOLEÃO era proibido nos cursos de direito ensinar os princípios romanistas ou o direito estrangeiro, limitando-se os interpretes a ensinar as leis do código de modo mecânico e repetitivo. Nessas condições erigiu-se a escola da exegese, que se limitava a interpretar as regras do código segundo o próprio código.⁽²⁹⁾

Para o fim de se alcançar a ansiada segurança jurídica era indispensável que o corpo de Lei fosse unitário. Daí ser terminantemente proibida a invocação de outras fontes de direito senão o próprio código, salvo quando a própria regra legal permitisse a pesquisa em outros saberes jurídicos. Era o que acontecia com o art. 4º do código de NAPOLEÃO.⁽³⁰⁾

Ao mesmo tempo em que a Lei positiva era unitária na sua formulação, englobava todo o direito existente, de modo a não se considerar direito aquilo que não estivesse regulado em Lei. A adequação da Lei à realidade, ao seu fundamento histórico ou ao direito natural não era um requisito de validade ou de existência. Apenas a Lei formalmente elaborada, por esse meio adquirindo existência jurídica, obtinha efetividade. Desse modo o ordenamento jurídico positivo era completo.

Fechando a trilogia, a norma positiva tinha que ser absolutamente coerente com as demais regras do ordenamento, de modo a impedir a fuga de seus limites formais. Para tanto, era necessário contornar as antinomias e as lacunas, situações que tendem a negar a coerência do sistema positivo.

⁽²⁹⁾ É famosa a afirmação de Bugnet, expoente da escola da exegese fundada a partir do Código de NAPOLEÃO: *Eu não conheço o direito civil, eu ensino o código de NAPOLEÃO* (Apud BOBBIO Norberto, *Ob. cit.* p. 82).

⁽³⁰⁾ BOBBIO Norberto, *Ob. cit.* p. 73-74.

Para dar resposta a essa dificuldade, a própria Lei estabelece mecanismos de interpretação e de integração, de forma que o recurso à analogia e aos princípios gerais de direito é perfeitamente possível, adotando-se para um caso não regulado a norma ou o princípio existente que regula um caso semelhante⁽³¹⁾ Quanto aos princípios gerais de direito, na doutrina francesa, referiam-se especificamente a princípios existentes no próprio Código, sendo vedada a indagação acerca de princípios que não fossem expressamente previstos na Lei formal.⁽³²⁾

Os influxos sociais, políticos e econômicos que marcaram o séc. XIX determinaram uma profunda reformulação nos conceitos principais do positivismo jurídico.

A idéia liberal de liberdade total do cidadão mostrou-se perniciosa para as massas proletárias que, a propósito de ampla liberdade eram despidas de proteção jurídica, submetendo-se ao jugo do capitalismo então nascente.

A idéia liberal, avessa a participação popular, vez que preconizava a supremacia da burguesia ascendente, houve que aquiescer ao princípio democrático, facultando o direito de representação de todas as classes por meio de voto. O primitivo voto censitário, que privilegiava certas castas na eleição de representantes, aos poucos e à custa de pressões e lutas revolucionária, foi cedendo espaço ao voto universal, de modo a ampliar o espectro de participação popular do controle do estado e, portanto, na produção da Lei formal.⁽³³⁾

⁽³¹⁾ "A transposição de uma regra, dada para uma hipótese legal, numa outra semelhante' a ela, quer dizer, que se há-de considerar igual na sua valoração, denomina-se analogia legis, mais apropriada a esse respeito seria a expressão 'analogia particular', porque é aplicada 'analogicamente' uma norma legal particular a uma situação de facto não regulada por ela. Dela se distingue tradicionalmente a denominada analogia juris, mais exacta é a sua denominação como 'analogia geral' Aqui, de várias disposições legais que ligam idêntica consequência jurídica a hipóteses legais diferentes, infere-se um princípio jurídico geral' que se ajusta tanto à hipótese não regulada na lei como às hipóteses reguladas" (LARENZ, ob cit p 544)

⁽³²⁾ BOBBIO, Norberto Ob cit p 77

⁽³³⁾ BONAVIDES, Paulo Ob cit p 39

O temperamento do liberalismo com a democracia despertou a consciência social, obrigando a que os ordenamentos legais passassem a contemplar proteção jurídica especial em face dos desvalidos, criando-se uma rede social que serviu para colmatar fundamentos tradicionais de respeito a dignidade da pessoa humana⁽³⁴⁾, como regras jurídicas positivadas

O positivismo radical, cedeu espaço a um positivismo moderado, segundo o qual as regras legais são fixadas em esquemas formais relativamente rígidos mas concebe uma norma jurídica já não mais atrelada a estrutura formal mas voltada a concretização de um ideal de justiça, consubstanciado na igualdade e liberdade substancial em detrimento da pura e simples formalidade⁽³⁵⁾

A filosofia preconizada pelo positivismo, sem dúvida, esta ultrapassada e não responde a necessidade da sociedade contemporânea. Soa irreal se atribui a Lei uma supremacia cega e subserviente, quando se sabe que o poder econômico e principalmente o poder da informação tem condições muito claras de alterar a realidade, criando situações artificiais para favorecer interesses destituídos de senso público e que prejudicam o bem comum

Não obstante, é preciso, para a organização do gênero humano, que as regras de conduta sejam definidas de modo claro e inequívoco, possibilitando o pleno conhecimento de seus comandos

Assim, a igualdade formal não é dispensada, mas não é um fim em si mesma, mas um ponto de partida, de onde se irradiam todos os direitos que hoje protegem o cidadão em face do semelhante, do Estado, da sociedade e dos grupos organizados

Como técnica jurídica, o positivismo também perde força para métodos mais elaborados e muito mais eficazes na identificação e solução das grandes questões jurídicas

⁽³⁴⁾ “So o homem enquanto pessoa em sentido etico tem uma dignidade pode suscitar face ao seu semelhante a pretensão ao respeito e reconhecimento dos seus direitos e ter os correlativos deveres assumir responsabilidades” (LARENZ ob cit p 648)

⁽³⁵⁾ BOBBIO Norberto Ob cit p 229

A manipulação interpretativa dos preceitos legais, sua análise multidisciplinar, seu cotejo com a realidade experimental, fazem com a concretização do direito se transforme em atividade dinâmica, plasmada na necessidade ocorrente da sociedade, despegada da rigidez formal tão característica do positivismo

A superação da autoridade do legislador como dogma indestrutível do positivismo também é fator de extrema relevância na construção de um ordenamento jurídico mais humano

A ideia de fonte única do direito atribuí ao legislador a supremacia na construção da ordem jurídica, sendo ele o canal por meio do qual a sociedade encaminha seus anseios e obtém suas soluções. A quebra desse dogma faz sobressair a função do judiciário na qualidade de interprete principal da norma legal e sobreleva ainda sua função criadora da ordem jurídica enquanto agente da construção de um saber jurídico conectado a realidade social sensível

5. Conclusão

O estágio de desenvolvimento social e tecnológico da atualidade nunca foi sonhado pelos ideólogos mais avançados do racionalismo e do positivismo. A estrutura e os fundamentos da sociedade atual são tão peculiares a este momento da história da humanidade, que muitas concepções tidas como universais estão em posição difícil e reclamam radical reformulação

O direito sempre se moveu entre duas grandes ordens de valores: a segurança jurídica e a justiça. Mas a finalidade desses valores era garantir aos indivíduos o acesso e a conservação das riquezas da civilização e estas, por sua vez, tinham por destinação principal assegurar a sobrevivência das pessoas e dos grupos humanos

Sem embargo, hoje em dia o mundo tem excedentes de alimentos nunca vistos. A tecnologia da produção e conservação das fontes proteicas da humanidade atingiu um tal desenvolvimento, que não há mais razões para se temer o perecimento da raça humana pela falta de comida. Entretanto, há regiões do planeta que ainda sofrem com a fome e com a escassez de elementos de subsistência

Na idade media, a sujeição dos vassallos ao poder militar e politico dos suseranos se devia a necessidade de proteger as reservas de alimento do ataque inimigo, assim salvaguardando a sobrevivência da familia e do grupo social. O poder então era fundado na força física e força da acumulação material de riqueza, a qual podia ser medida e contada. Após a Revolução Francesa, acompanhando os avanços da revolução comercial e industrial, o individuo ganhou o poder da livre iniciativa, libertou-se dos grilhões do feudalismo e podia buscar sua sobrevivência de forma independente. O nascimento do individualismo se dava num mundo onde havia muito por se descobrir, sejam novas terras cheias de novidades, sejam novos conhecimentos, cheios de novas esperanças.

Ora, enquanto o homem tinha para onde se expandir fisicamente, o direito acompanhou essa tendência, garantindo a propriedade como direito absoluto, preservando a liberdade do individuo como fundamento de sua existência civica e econômica. Estas eram condições para que o mundo evoluísse.

Agora, a expansão humana já ocupa todo o planeta e as formas de agregar riqueza se diversificaram, na verdade se transfiguraram totalmente. Mesmo a revolução social do principio do século XX não teve resposta para o desenvolvimento tecnologico que se verificou na humanidade nos ultimos 150 anos. A exacerbação do “poder do povo” resultou no genocidio de raças inteiras conflagrando a civilização em duas Grandes Guerras. A esse tempo, o direito foi refem do nacionalismo paranoico e não teve instrumentos para defender a justiça e a ordem, sucumbindo ante o sangue de inocentes.

A experiência traumática da guerra moderna e o estigma tenebroso da destruição do planeta não pela fome, mas pela ação direta da vontade do homem por meio da utilização dos arsenais militares existentes, colocou a humanidade na encruzilhada definitiva entre preservar-se a si propria mediante respeito mutuo e universal, ou desintegrar-se numa detonação atômica.

O medo generalizado da “Guerra Fria” foi o germen que possibilitou a *debacle* dos regimes totalitarios e a superação de desigualdades regionais, buscando-se a integração entre as nações e tratando-se de por em pratica um sistema de cooperação, de modo a proporcionar não mais a simples proteção dos recursos de subsistência, mas efetivar uma correta e equânime distribuição dos recursos existentes entre as diversas populações do mundo.

Ações humanitárias, então, se desenvolvem constantemente, havendo transferências de recursos das regiões mais ricas para as mais pobres, na tentativa de minorar o sofrimento de populações inteiras.

No campo individual, o direito também se apresenta em nítida transformação. A personalidade sofre os mais duros questionamentos, principalmente em razão dos avanços da biotecnologia. Conceitos antes firmes e seguros, como o da identidade da pessoa, o início e o fim da existência ou mesmo o conteúdo dos direitos da personalidade estão totalmente modificados.

Técnicas de fertilização artificial colocam em dúvida o momento do início da vida e com isso, exigem que se solucione a terrível questão de se definir a extensão e a profundidade dos direitos atribuídos ao embrião, seja ele implantado no útero da mãe ou não. A par disso, as questões envolvendo a aquisição e a transmissão de direitos por parte da vida embrionária e a até que ponto a sociedade humana deve se submeter a essas mudanças biológicas, aplicando princípios de direito natural a uma vida que foi produzida artificialmente.

A identidade da pessoa é colocada em dúvida, seja pela real possibilidade de duplicação genética do ser humano pela via da clonagem, seja pela mudança de gênero por meio de cirurgia transexual. Ou ainda, pela forte tendência moderna a se permitir a manifestação sexual não-convencional, admitindo-se como fonte de direitos e obrigações e união estável entre pessoas de mesmo sexo, o que também se reflete no campo do direito de família.

De que forma é possível atualmente, se preconizar um direito à identidade que não é mais um elemento fixo, mas que pode se transformar segundo o poder da ciência? Como o direito criminal poderá ainda exigir a certeza da autoria do delito como requisito para a sua punição, se as pessoas podem se transformar quanto a seu gênero, ou podem simplesmente se duplicar, originando um outro indivíduo, mas geneticamente igual ao primeiro? Como a responsabilidade civil poderá ser individualizada se os sujeitos de direito se modificam a si próprios segundo sua vontade e os recursos da medicina?

O conteúdo dos direitos da personalidade também se modifica, sendo marcante hoje em dia o direito ao trabalho, consagrado como garantia fundamental do indivíduo em várias Constituições, inclusive na brasileira. A

dimensão da personalidade, então, escapa aos limites da própria existência humana (nascimento, vida e morte), mas adquire um componente social importantíssimo, passando a incluir o direito a prover a subsistência, a manifestar-se publicamente, a reunir-se para fins pacíficos mas com conotação reivindicatória, a ter acesso a informação verdadeira e imediata

Ao mesmo tempo em que a personalidade se amplia para a esfera social, o direito de propriedade também se altera. Primeiro quanto a sua concepção, passando de expressão máxima do individualismo, direito absoluto e ilimitado, para um direito de função social implicando em deveres de seu titular na utilização dos bens móveis e imóveis para atingimento do bem comum da sociedade

Mas o conteúdo da propriedade também se fragmenta, sendo que a riqueza não pode ser mais contada ou medida pois é intelectual ou imaterial, não tem seu titular definido pois será pública ou privada, não tem mais depósito em lugar certo, porque esta armazenada numa célula de silício no interior de algum computador ao redor do planeta. Com tais contornos, o direito de propriedade já não é mais a base do individualismo, como o foi no século passado. Já não é mais inatacável do ponto de vista social e pode, muitas vezes, ser objeto de luta entre as classes sociais, as quais legitimamente podem questionar não a origem da posse, mas a sua destinação, e daí se lograr a transferência do domínio segundo a função social que deve desempenhar

A autonomia privada, outro fundamento do liberalismo clássico, deixa a sacralidade original e passa a ser mitigada por meio da defesa das grandes massas humanas, submetidas a relações jurídicas coletivas e que por isso tem um perfil uniforme. A defesa de trabalhadores e consumidores e o reconhecimento da hipossuficiência econômica como razão de proteção jurídica consagram os direitos coletivos como a mais atualizada forma de proteção social impedindo a acumulação selvagem de bens econômicos por um só indivíduo ou por um só grupo de indivíduos

O positivismo jurídico já deu sua contribuição à humanidade e deve deixar a cena para o desdobramento de outros modos de encarar o direito

Com efeito, o caráter da supremacia da Lei, o dogma da onipotência do legislador, o culto ao raciocínio lógico-sistemático não servem

mais ao modelo da sociedade atual que se diversifica e se multiplica velozmente

Os fundamentos de certeza e segurança que ditaram as construções positivistas e reduziram a sua doutrina ao simples exame da Lei, já não mais prevalecem. O homem, do ponto de vista biológico e sociológico não é uno. Não o será o Direito que se destina a regular sua conduta em sociedade

A construção científica rígida e formal do direito deve ceder espaço a uma atitude de constante mutação, de evolução contínua voltada a encontrar o justo equilíbrio do homem em seu meio, haurindo da realidade pulsante os elementos concretos de sua efetividade

A sociedade atual não se contenta com a razão abstrata de enunciados meramente semânticos. O direito, por isso, só se justifica na medida em que interpreta o mundo sensível e, ao mesmo tempo, é permeado por ele, tornando o processo social uma viva pluralidade dos homens

As bases em que se constroem o novo direito são a multiplicidade das relações contínuas entre os contrários, o sentimento de igualdade substancial e liberdade real, verificável de modo imediato e sem intermediários

Ainda que os fatos históricos insistam na recorrente ondulação pendular e repetitiva dos mesmos valores, as civilizações não são as mesmas e a solução que a sociedade da informação apresenta ao problema da igualdade e liberdade universais coloca o direito a serviço da humanidade

BIBLIOGRAFIA.

AMARAL, Francisco. Direito Civil introdução 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra, tradução e notas por Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 1995

BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social 3ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serv. de publicações, 1972

CORREIA, Alexandre Direito natural Enciclopedia Saraiva do Direito, v 27 Coordenação de Limongi França São Paulo Saraiva, 1977

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio A ciência do direito 2ª ed São Paulo Atlas, 1986

LARENZ, Karl Metodologia da ciência do direito 3ª ed Tradução de Jose Lamego Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

NEUMANN, Franz Estado Democrático e Estado Autoritário Organização e prefácio por Herbert Marcuse, tradução de Luiz Corção Rio de Janeiro Zahar Editores, 1969

REALE, Miguel Lições preliminares de direito 22ª ed São Paulo Saraiva, 1995

_____ O direito como experiência introdução a epistemologia jurídica 2ª ed São Paulo Saraiva, 1992

_____ Filosofia do direito 17ª ed São Paulo Saraiva 1996

_____ Fundamento (Filosofia do direito) Enciclopedia Saraiva do Direito, v 39 Coordenação de Limongi França São Paulo Saraiva, 1977

WIEACKER, Franz Historia do direito privado moderno 2ª ed Tradução de A M Botelho Hespanha Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian 1980