



ASPECTOS E PRERROGATIVAS HISTÓRICAS DO DIREITO POSITIVO: UMA CONSTRUÇÃO CRÍTICA DA FORMAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Caroline Limberger Costa*

RESUMO

O Direito deve ser conhecido desde seus primórdios para entendermos sua sistemática atual. Somente tendo noção da formação histórica do mesmo, que se pode entender suas peculiaridades e construções hermenêuticas. No presente estudo, o estudo do Direito começa com a análise dos grupos sociais, desenvolvendo-se por uma ideia perfunctória de direito antigo, culminando no estudo do direito jusnatural e posterior direito positivista. Mostra-se necessário uma abordagem histórica como pressuposto para entender a evolução do direito e como este passou a atuar diretamente na sociedade contemporânea. Nesse sentido, a importância que o presente estudo alberga é de extrema relevância na construção do pensamento crítico sobre a evolução do Direito positivista.

Palavras-chave: Jusnaturalismo. Normativismo. Positivismo Jurídico.

1 INTRODUÇÃO

O entendimento do Direito na contemporaneidade se vincula a um estudo crítico de suas fontes evolutivo-sociais que sedimentaram-se através da evolução histórica da própria sociedade. Como o direito não é uma letra morta, desenvolvendo-se e se perfectibilizando pelos tempos, o estudo do mesmo deve, necessariamente, corresponder ao entendimento de certas etapas que lhe deram a cara que possui hoje, com suas garantias e seus problemas.

* Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC-RS). É bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas “Estado, Administração Pública e Sociedade”, vinculado ao CNPq.

A justificativa do presente ensaio encontra-se na possibilidade de viabilizar o entendimento da formação do direito contemporâneo, que vislumbra-se em crise em face de seus padrões positivos e normativistas estritos, engessando um Direito voltado aos interesses sociais. Onde o Direito muda muito, aparentemente ele deixou de ser Direito, como já ensinava o eminente Pontes de Miranda, mas, na atualidade, a mudança do Direito vem a contribuir para construção, através da indução, de um sistema jurídico mais justo e mais aperfeiçoado, albergando os objetivos insculpidos no art. 3º da Carta Magna.

A ciência do Direito não representa, necessariamente, um estudo meramente normativo, que é à primeira vista, o estudo do Direito para os leigos. A ciência do Direito é muito mais ampla do que meramente uma norma, resguardando valores e análises sociais em seu ímpeto.

Num primeiro momento, analisar-se-á *lato sensu* a evolução do Direito, partindo de uma análise de sua criação até sua racionalização sistêmica. Vislumbramos a retórica grega, seu juízo laico, passando aos moldes da prudência romana, interagindo com a formalização e codificação do Direito na época moderna, desencadeando uma visão racional e cartesiana do mesmo.

Num segundo momento, observar-se-á algumas visões sociológicas do Direito, afinal, como ensina Pontes de Miranda, o Direito é parte da sociedade, é reflexo da sociedade através da indução, bem como, se destacará o normativismo kelseniano, que ainda é uma teoria visivelmente influenciável, diante de sua importância normativa, no panorama jurídico-brasileiro. Aduz-se a uma análise jurídico-positiva do ordenamento jurídico, base do positivismo jurídico para estruturação e resolução de problemas normativos, procurando consubstanciar o ideário de Justiça.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PRÉ-RACIONAL COMO PRESSUPOSTO DE ENTENDIMENTO FUNDANTE DA CULTURA JUSNATURAL

Inicialmente vislumbra-se a ideia de Dallari (2005, p. 58), a qual afirma que a formação do conhecimento jurídico não é uma mera exposição textual e pré-definida de fatos e ideias, mas sim, uma construção histórico-social que emerge desde as formações dos grupos sociais até a contemporaneidade.

Como ensina Ferraz Júnior (2003, p. 113), o Direito estava ligado ao poder de parentesco, ou seja, era um Direito derivado do grupo. O grupo é entendido como conjunto de

peças com ligações próximas onde às normas deveriam ser obedecidas para não gerarem as represálias dos próprios integrantes do grupo. Nessa primeira fase, denominada arcaica, o Direito é uma ordem *querida*, a qual o grupo a aceita e a assimila em decorrência dela derivar dos deuses, ser sagrada, metafísica. Tal Direito não poderia ser mutável e muito menos questionado, sendo, de certa forma, uma interligação entre fatos e causalidades. Um exemplo clássico é o ato de oferecer frutas ao Deus ancestral para obter uma colheita melhor no próximo ano. E de tal fato, representa-se também a sanção do grupo ao indivíduo que profana o ritual, subtraindo-se para si as frutas que eram ao Deus, ocasionando represália por parte do grupo. Deste modo, Gurvitch (1977, p. 43) ensina que qualquer indivíduo que não se adaptasse a ordem existente, pois era a única, era expurgado do grupo, sofrendo as represálias concernentes a tal indisposição.

Como delimita Wolkmer (2001, p. 49), é muito difícil impor uma causa primeira e única para determinar qual a origem do Direito arcaico. Nota-se que para as sociedades antigas, o Direito estava diretamente relacionado com a questão divina. O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito das normas, fazia com que as pessoas obedecessem à ordem pré-constituída e não questionada que imperava perante o grupo. As sanções aos membros do grupo estavam diretamente relacionadas às sanções rituais.

Com a evolução do período, o Direito primitivo começou impor força e a repetição dos costumes. Wolkmer (2001, p. 22), parafraseando H. Summer Maine, afirma que “[...] o Direito antigo compreende, claramente, três grandes estágios de evolução: o Direito que provém dos deuses, o Direito confundido com os costumes e, finalmente, o Direito identificado com a lei”.

Complementando, pode-se afirmar que o Direito arcaico, inicialmente, não fazia diferenciações entre as prescrições civis, religiosas e morais. Ainda não possuía um caráter distintivo de o que era jurídico e o que não era (WOLKMER, 2001, p. 24). Com o passar do tempo, a figura do grupo perdeu sua importância, criando-se a figura da sociedade. A sociedade, entendida como a aglomeração de grupos, criou-se em decorrência do aprimoramento das inter-relações humanas, possibilitadas prioritariamente pelo desenvolvimento do comércio, da política e da religião. Nessa fase que se encontra a primeira forma de organização centralizada de poder político, distinguido do poder religioso ou do poder meramente moral.

Surgem as Polis, cidades e centros políticos, que, como delimita Ferraz Júnior (2003, p. 65), criaram uma forma de dominação hierarquizada, no qual o prestígio gerava símbolos

definidores de quem é quem na sociedade, criando uma relação de status que era mantida pelo Direito.

Com as Polis, a postura do Direito acabou por ser uma ordem que regulava tanto os setores políticos, econômicos, religiosos e culturais, mas não se confundindo com os mesmos (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 84). Através dessa inter-relação, não havia mais a figura da expulsão do membro da comunidade:

Torna-se possível, então, contrapor o sacerdote ao guerreiro, o pai ao filho, o comerciante ao governante, sem que de antemão o Direito identifique-se com o comportamento deste ou com o daquele. Por conseguinte, o contraventor deixa de ser alguém que está fora do Direito, porque fora da comunidade (ou foi expulso ou é estrangeiro), para ser alguém que pode invocar o mesmo Direito que o outro invoca contra ele, dentro da comunidade. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 54)

Neste período, o Direito passa por uma procedimentalização, começando a existir as formas institucionais de jurisdição. Não há mais a mera diferenciação do que seja o bem ou o mau, mas sim o que é lícito ou ilícito.

A justiça se fazia presente nas discussões entre os cidadãos e os iguais, sendo o Direito debatido, e, tentando, em sua maioria das vezes, o convencimento através da retórica. Nota-se que o Direito era um Direito predominantemente falado, mas não excluía a existência do Direito escrito. Assim, afirma Ferraz Júnior (2003, p. 53) no sentido de que este Direito não tinha relações de positividade jurídica, o qual exista um *dever ser* por parte do agente, mas se tornava um conjunto normativo de regras passíveis de ser obedecidas pela coletividade.

Nota-se que a civilização grega demonstrou que as regras nada têm de divino, podendo as normas serem alteradas segundo o interesse da sociedade, não de um Deus. Não há uma “revelação” do Direito, mas há uma laicização do mesmo (LOPES, 2002, p. 41). As leis que dirimiam as condutas permissivas e negativas serviam como um meio de “igualização social”. As Leis de Sólon são exemplos de tal postura, conforme ensina Lopes (2002, p. 41):

As Leis de Sólon (594-3 a. C.) suprimem a propriedade dos clãs, suprimem a servidão por dívidas. Seguem a grande revolta contra a concentração de renda, que permitia á poucas famílias de posse ampliar seu patrimônio em tempos de crise, transformando seus devedores em seus escravos. As terras hipotecadas seriam restituídas. Na estrutura familiar, as reformas limitam o poder paterno: o filho maior torna-se autônomo. [...] As mulheres continuam sob a tutela de seus pais e maridos,

no entanto, têm uma enorme liberdade de ir e vir, totalmente distinta da vida reclusa das mulheres orientais, enclausuradas; chegarão até a freqüentar (sic.) escolas.

Já o Direito Romano perfectibilizava-se pelos ideais de família e propriedade. A família no tempo romano era vista com sacralidade, sendo regida pelo *pater familias*, adorando os mesmos deuses, seus ancestrais. Segundo Coulanges (2006, p. 36), toda família romana deveria possuir um altar em sua casa e nele estaria o “fogo sagrado”, o qual representava a presença dos deuses naquela casa.

Podemos perceber tal questão nas palavras de Coulanges (2006, p. 37) sobre o Direito de adoção na Roma Antiga:

A mesma religião que obrigava o homem a se casar, que concedia o divórcio em casos de esterilidade, que substituíu o marido por algum parente nos casos de impotência ou de morte prematura, oferecia ainda à família um último recurso, como meio de fugir à desgraça tão temida da sua extinção; esse recurso encontramos-lo no Direito de adoção.

O Direito a propriedade, outro elemento caracterizador do Direito Romano, é essencialmente sagrado em decorrência dos romanos acreditarem que os seus deuses pertencem àquela propriedade onde residiram. Assim, ensina o citado autor:

Como em tudo isto se manifesta o caracter da propriedade! Os mortos são deuses pertencendo propriamente à família, e só a família tendo o Direito de os invocar. Esses mortos tomaram posse do solo, vivem sob esse pequeno outeiro, e ninguém, a não se a família, pode pensar em introduzir-se no seu grêmio. Ninguém igualmente tem o Direito de desapossá-los da terra que ocupam; um túmulo, entre os antigos, não pode ser destruído, nem deslocado; proibem-se às mais severas leis. Aqui está, pois, parcela de terra em nome da religião tornada objecto de propriedade perpétua em cada família. A família apropriou-se desta terra, colocando nela os seus mortos [...]. (COULANGES, 2006, p. 90)

Mesmo sendo as bases do pensamento romano que vigorava a época, o Direito buscou, além do resguardo da família e da propriedade, uma evolução ética e resguardo pela prudência.

Começando como ordem sagrada, o Direito acaba por expandir-se em decorrência do crescimento do império e da tradição. Com tal desenvolvimento, o Direito começou a pautar-

se, pela prudência e pela ética, gerando assim, um Direito prudente, uma jurisprudência (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 48).

Com o desaparecimento da figura do rei, com a expulsão de Tarquínio, por volta de 509 a. C., as magistraturas passaram a serem anuais, o poder político exercido de forma mista, tanto com elementos representativos como oligárquicos. Há uma coexistência das assembleias, do Senado, do Colégio dos Pontífices e das magistraturas. Há que se fazer menção que o Senado nesta época não era entendido como um órgão deliberativo-normativo, ele era, no dizer de Lopes (2002, p. 44), “um conselho dos anciãos (*senectus*, velho) e responsável pela ligação da cidade com sua história, sua vida, sua autoridade”. Já as assembleias possuíam uma função legislativa. No período republicano havia três assembleias:

[...] *comitia centuriata* (assembleia por centúrias, de origem militar, quando o exército era constituído por todos os cidadãos), *comitia tributa* (assembleia por tribos, ou distritos) e o *concilium plebis*. As decisões das duas primeiras podiam transformar-se em *lex*, as da última em princípio (até provavelmente 286 a. C. com a *Lex Hortênsia de plebiscitis*) obrigavam apenas a plebe e eram conhecidas como *plebis scita* (LOPES, 2002, p. 44).

Por volta do ano de 450 a. C. uma grande conquista se concebeu em favor dos plebeus, que fora a escrituração das XII Tábuas, permitindo o acesso aos mandamentos e disposições que eram resguardados apenas pelos pontífices. Note-se que as Leis das XII Tábuas já apresentava uma certa laicização, procurando uma sistemática, principalmente através de princípios, para resolução dos casos. Tal “constituição”, publicizada e de acesso às classes, resguardava um sistema que permitia que as novas deliberações fizessem lei frente às antigas. Observa-se que a escrituração das leis decorreu de conflito constante entre os plebeus e os patrícios, sendo seu maior conflito na rebelião de Monte Sagrado (WOLKMER, 2001, p. 37).

O Direito arcaico era aplicado apenas aos cidadãos romanos, abrigando valores como a tradição, a família, o patrimônio, o escravismo, etc. Esse *ius civile* amplia sua validade perante os descendentes dos *quirites*, renegando aos estrangeiros se valerem das normas romanas para regular a propriedade, a família e até mesmo o casamento (LOPES, 2002, p. 46). A figura da formalização do Direito muito contribuiu para a laicização do mesmo. As fórmulas garantiam a validação de um ato.

O processo formular fora a base para criação do Direito como o conhecemos hoje. No período romano este processo era exercido pelos pretores (urbano e peregrino) que

remetiam a decisividade a um juiz (*iudex*) ou a algum árbitro privado. Lopes (2002, p. 68) ressalta que o processo formular tem duas fases, a primeira fase, a *in iure*, ocorre perante o pretor, a qual é imprescindível “organizar a controvérsia, transformando um conflito real num conflito judicial: por isso, a função do pretor pode ser descrita como a de administrar a justiça, não a de julgar”. A segunda fase fora a *apud iudicem*, a qual a controvérsia era decidida pelo *iudex* ou pelo arbitro privado. Na falta de normas, poderiam os pretores prolatarem editos, os quais, não eram códigos, mas sim regras de posturas daquele pretor frente a certos casos, começando, assim, a abstração e a generalidade. Em 67 a. C., com a *Lex Cornelia*, o pretor ficou obrigado a obedecer ao seu próprio edito, podendo as partes invocá-lo. Com a *Lex Iulia*, de 17 a. C., extinguiu-se as *legis actiones* e fortaleceu-se os editos, vindo até mesmo, a serem translaticios, pois o magistrado do ano seguinte, estava obrigado a seguir as recomendações. Com Adriano, criou-se um edito perpétuo, que fixou um regulamento dos editos, que deveria ser cumprido por todos.

O Direito ao passar da época romana para a medieval acaba por modificar-se significativamente. Com o advento do Cristianismo e a distinção entre política e religião, o Homem acabou por se tornar um ser social. A sociabilidade o permitia ser livre, mas tal liberdade era condicionada a busca pela salvação, que, só podia ser alcançada pelo respeito à lei e a ordem. A lei nesse período era uma ordenação da razão direcionada ao bem comum, e, o bem comum era pautar-se sob a égide das Leis Divinas, emanadas da Igreja (AQUINO, 1981, p. 168). O Direito neste período não perdeu seu caráter sagrado, como ainda o possuía em Roma, mas, de acordo com Ferraz Júnior (2003, p.62):

Adquiriu, porém, uma dimensão de sacralidade transcendente, pois deu origem externa à vida humana na Terra, diferente da dos romanos, que era imanente (caráter sagrado – mítico – da fundação). Surgia, assim, um novo saber prudencial, destinado a conhecer e a interpretar a lei e a ordem de forma peculiar, pois enquanto para os romanos o Direito era um saber das coisas divinas e humanas, para a Idade Média os saberes eram distintos, ainda que guardassem uma relação de subordinação.

O período canônico fora marcado essencialmente pela racionalização, legalização e formalização do Direito e do processo (LOPES, 2002, p. 86). Com a subida de Gregório VII ao papado, assumindo a posição hierárquica máxima da Igreja Católica, e, inconformado com a submissão secular, organizou mecanismos que possibilitavam uma ascensão da Igreja frente aos demais poderes da época. Já com ideias renovadoras, edita o *Dictatus Papae*, uma

normatização dogmatizada do que seria a verdadeira natureza da postura da Igreja na Terra. Afirma Lopes (2002, p. 86):

1) A Igreja Romana foi fundada exclusivamente pelo Senhor; 2) Só o Bispo de Roma pode ser chamado universal de Direito; 3) Só ele pode depor e instalar bispos; 4) Seu legado precede a todos os bispos de um concílio, mesmo se tiver um grau hierárquico inferior, e pode sentenciar qualquer um deles com a deposição; 7) Só ele pode legislar de acordo com as necessidades do tempo; 9) Só seus pés podem ser beijados pelos príncipes todos; 10) Só seu nome deve ser recitado nas Igrejas; 11) Ele pode depor os imperadores; 16) Não podem chamar sínodos gerais sem as suas ordens; 17) Nenhum capítulo ou livro pode ser considerado canônico sem a sua autoridade; 18) Nenhum de seus julgamentos pode ser revisto, mas ele pode rever os julgamentos de todos; 21) Os casos mais importantes de todas as Igrejas podem ser levados a Santa Sé Apostólica (ele é ordinário em qualquer jurisdição); 27) A ele compete dissolver os laços de vassalagem e fidelidade para com o homem injusto.

Sobre a problemática enfrentada com relação aos cânones antinômicos, os quais deveriam ser interpretados na busca de sua harmonização, pois, todos eram aceitos como bases indiscutíveis do Direito (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 114). Segundo Wieacker (2004, p. 59), o jurista cuida de uma harmonização entre todos os textos, desenvolvendo uma atividade exegética que se fazia necessária visto que os textos nem sempre eram concordantes, dando lugar às contrariedades, as quais, por sua vez, levantavam dúvidas, conduzindo o jurista a sua discussão, controvérsia, dissenso, ambiguidade, ao cabo da qual se chegava a uma solução. A *solutio* era obtida quando se atingia, finalmente, uma concordância. Seus meios eram os instrumentos retóricos para evitar-se incompatibilidade (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 115).

Já pelo ano de 1159 até 1215, acentua-se a hegemonia dos canonistas, que racionalizaram e burocratizaram o Direito. Só em consultas e análises de casos concretos, foram 700 *decretals* (veredictos ou decisões), que se tornaram normas gerais. Nesse período de crescente burocratização e normatização, surge o famoso tribunal inquisitorial, um tribunal de exceção, responsável pela página mais escura de nossa civilização, ao acometer que delitos considerados como heresias, fossem julgados pela “Lei de Deus”, criando-se a figura das ordálias, que eram a obtenção de prova através de práticas constrictivas de liberdade e de torturas no próprio corpo humano.

Com a evolução jurídica no período, os juristas acabaram por centralizar o poder jurídico-político na figura do rei. Surge daí a figura da soberania, base do Estado Moderno (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 114). As discussões que acabam por surgirem tomam conta no

que diz respeito à fundamentação do Direito e seus devidos limites. A figura do rei, como soberano legitimado para criação de normas, esbarra sempre na figura divina, sendo esta a maior limitação para o livre-exercício do poder e da normatização.

Nesse sentido, vislumbrando essa alteração substancial na relação de poder, começam os debates, progressivos, sobre a necessidade de positivação normativa, insculpindo novos valores a sistemática positiva de direito e conseqüentemente de norma.

3 A VISÃO DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO-POSITIVO COMO PRELIMINAR PARA O ENTENDIMENTO DO CONTRAPONTO DO NORMATIVISMO ESTRUTURANTE

A origem do positivismo deve-se principalmente a três fatores, quais sejam: o crescimento da legislação estatal; o advento de uma nova mentalidade, de um novo paradigma filosófico científico; e ao positivismo filosófico, o qual influencia consubstancialmente o positivismo jurídico (CRUZ, 2004, p. 102).

É possível visualizar várias faces dentro do positivismo, entres elas, o positivismo jurídico, o positivismo racionalista, o positivismo sociológico (AZEVEDO, 2000, p. 29/33).

Deste modo, preceitua Lacamba (1975, p. 219):

La ambigüedad del concepto de ‘positivismo jurídico’ no permite, pues, vincularlo a una dirección determinada, sino que es un nombre comum que cubre corrientes de signo muy diverso; dentro de El están la jurisprudência conceptualista, la misma jurisprudência de intereses, la vieja teoria general del Derecho, la teoria pura del Derecho de Kelsen que es su más cabal y depurada expresión filosófica, todas corrientes ‘realistas’... y todas aquellas otras... que hacen de la ciência jurídica un análisis del lenguaje jurídico.

O positivismo racionalista enxerga as informações formadoras do direito, dos quais procedem por uma dedução lógica, “as proposições jurídicas e destas, por seu turno, as decisões concretas de casos” (AZEVEDO, 2000, p. 30). Amado e Boavida (2008, p. 96) parafraseando Guba, explicam que de acordo com este paradigma estabelecido, percebe-se que “a realidade social é vista, à semelhança do mundo físico, como uma realidade única, fragmentável em partes manipuláveis independentemente”.

O termo positivismo sociológico proveio da teoria de Augusto Comte ao pretender realizar uma reforma social, delimitando que a única ciência capaz de reformar a sociedade seria a sociologia, pois seria ela, uma ciência positiva dos fatos. No entender de Comte, a ciência jurídica seria um setor da sociologia (DINIZ, 2004, p. 177).

Comte procurou eliminar da sua metodologia, toda principiologia estabelecida por vias dedutivas, pois, acreditava unicamente que o empirismo, através da experimentação e observação revelariam o conhecimento dos fatos (COMTE, 1976, p. 243). Maria Helena Diniz (2004, p. 103) traz a tona que “para Augusto Comte seria impossível atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível do conhecimento científico”.

Afirma Comte que em uma ordem qualquer de fenômenos, a ação do ser humano é fortemente limitada, isto é, a intensidade dos fenômenos pode ser perturbada, mas nunca a sua natureza (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 165). Assim, “o estreitamento na margem de mutabilidade da natureza humana condiciona a possibilidade de uma sociologia” (DINIZ, 2004, p. 103).

Comte retirou da biologia fixista, de Cuvier, o princípio das condições de existência, que seria uma garantia à positividade da sociologia (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 144). Fora justamente sua postura em favor da positividade da biologia que implicou a recusa do método teleológico e o predomínio de uma explicação causal, a qual define Diniz (2004, p. 104), como sendo “causas sociológicas”. Ressalta-se nesse ponto, a doutrina de Paulo Nader (1992, p. 175), que concerne que o espírito humano deve contentar-se com o mundo já existente e se ater ao campo da experiência, da análise. É indispensável, para que o conhecimento humano alcance uma correta cientificidade, que se forme em um processo espiritual, “onde se possa verificar e comprovar o nexos causal dos fenômenos na área das ciências positivas”.

Sendo assim, todos os fenômenos vitais humanos deviam ser explicados a partir de suas “causas sociológicas”. A teologia e a metafísica caíram diante da confiança exclusiva no conhecimento de fatos e de sua observação (COMTE, 1976, p. 155).

Segundo Diniz (2004, p. 103), ampliando a visão comtiana, pretendeu a substituição da filosofia moral, considerada apriorística e anti-histórica, pela ciência da positividade dos costumes sociais, gerando assim, um conflito entre a moral e a sociologia, e esclarece tal feito:

Apesar da moral censurada ser a do jusnaturalismo individualista de Kant e Rousseau, a crítica ao sociologismo positivista baseou-se no postulado, não menos

apriorístico, de que o fato consuetudinário histórico-social coincide com o que moralmente *deve ser*, e reciprocamente os *valores* morais coincidem com o que *de fato* sobre eles, em cada época, pensa e julga a consciência coletiva ou opinião social vigente. (DINIZ, 2004, p. 103)

Tal postura de Durkheim refuta o jusnaturalismo de Kant e Rousseau, procurando demonstrar que os Direitos Naturais, inatos ou considerados pré-sociais do próprio indivíduo, nada mais seriam que direitos que lhes foram dados por uma “consciência coletiva”, cujo órgão principal seria o próprio Estado no decorrer de sua evolução histórico-cultural (DINIZ, 2004, p.104). Nesse ponto, temos que vislumbrar que a ideia de Estado pode ser sinônima de governo estatal, como o próprio Durkheim delimita.

Sendo assim, não seria a manifestação uníssona do individual que seria a causa dos fenômenos humanos, mas a “pressão social”, decorrência da “consciência coletiva”. Pelo postulado sociológico-positivo, o Direito vigente coincide com os próprios valores jurídicos, que não seriam nada além do que de fato é, como tal, apreciado pela consciência coletiva (DINIZ, 2004, p. 104). Justifica Durkheim, que por possuir tal estrutura, o Direito seria um fato social, devendo ser estudado pelo método sociológico (DURKHEIN, 1983, p. 144).

Léon Duguit (citado por REALE, 1999, p. 440), não se conforma com a explicação de que o Direito é puro fato. Segundo Duguit, a consciência coletiva, com relação a sua metodologia, principalmente em ver os fatos sociais como coisas, apresenta-se condizente com a realidade, mas, discorda de Durkheim, ao passo que esse superioriza a consciência coletiva e torna-a irredutível frente às consciências individuais.

A opinião de Duguit (citado por REALE, 1999, p. 441) para superar a visão metafísica da consciência coletiva, se perfaz no fato da “solidariedade”. Tal derivação provém exclusivamente da obra de Durkheim, intitulada *Da divisão do Trabalho Social*, na qual “mostra com grande força a interdependência das atividades humanas e o valor da divisão do trabalho” (REALE, 1999, p. 441).

Em Duguit evidenciam-se três espécies de normas sociais: as normas morais, as normas econômicas e as normas jurídicas. Somente com a afetação da solidariedade social e de justiça que uma norma econômica ou moral pode tornar-se jurídica. Uma norma jamais pode ser uma imposição de um ser sobre o outro, mas um sistema, interdependente, baseado no sentimento social (DINIZ, 2004, p.105).

Sendo assim, delimita que o Direito positivo é um conjunto de normas sancionadoras, exigidas em consonância com a consciência coletiva, que são os sentimentos

coletivos de solidariedade social, fundada na divisão do trabalho, e de justiça, sendo que nenhuma vontade individual é superior a outra. Ainda, argumenta Duguit, que a teoria durkheimiana não merece apreço no que tange o governo estatal como órgão superior da consciência coletiva, pois seria ele imanente à massa das consciências individuais (DUGUIT citado por DINIZ, 2004, p. 105).

O governo do Estado, na verdade, é apenas um organismo, que tem por escopo a realização do Direito objetivo, emanado da consciência coletiva, e não do poder governamental de mandar. Quando um ato de governo se impõe à obediência dos governados, não é porque decorre de uma vontade considerada superior, investida do pretense Direito subjetivo de mandar, mas porque, pelo objeto e pelo fim, esse ato é suposto conforme o Direito objetivo, resultante da coletividade.

Como evidente, Duguit se mostra contrário ao positivismo estadista, legal e normativo (REALE, 1999, p. 440).

Telles Júnior (citado por DINIZ, 2004, p. 106), ponderou que a teoria da solidariedade social contraria os próprios propósitos instituidores proclamados por Duguit. De acordo com Telles Júnior, Duguit determinou que o Direito se fundaria num fato social, que tal fato se faz norma, predicando valores ao fenômeno jurídico, tornando-se incompatível com o próprio experimentalismo, se tornando passível de valores, recaindo em jusnaturalismo (TELLES JUNIOR, 2002, p. 349).

Já Maurice Hauriou, fundado em sua teoria institucional, deu ênfase aos ideais, valores e crenças dos indivíduos que formam a sociedade e as instituições (DINIZ, 2004, p. 107). Hauriou (citado por REALE, 1999), apresentou uma postura sociológica ao ponto de tentar equilibrar o individual, que era através do contrato, ao social, vislumbrando na concepção de justiça um fundamento metafísico. Pois, o fato de o homem ser um ser social, que se acha agrupado com seus semelhantes, de modo consciente, acaba por formar entes coletivos, que seriam as instituições (DINIZ, 2004, p. 108).

Ensina Miguel Reale (1999, p. 527):

Obedecendo às exigências de concreção, que têm constituído uma das notas dominantes do nosso tempo, Hauriou revela plena consciência de que "o problema fundamental do Direito é a transformação do estado de fato em estado de Direito", procurando, esclarecer as conexões entre a idéia de "ordem social" e a de "justiça", idéias objetivas que estão entre si como a maquete de uma estátua em relação ao ideal de beleza plástica.

Maurice Hauriou criou um novo método jurídico fundado essencialmente sobre um realismo espiritualista, conseguindo superar a oposição entre o sociologismo e o normativismo, concebendo, como ensina Diniz, a instituição como ideia objetiva, sendo a instituição uma agremiação de pessoas em torno de certo norte que as assemelha. “Sua forma consiste num sistema de equilíbrios, de poderes e de consentimento provenientes da idéia (sic.), que se objetivou e se encarnou numa estrutura peculiar ou numa organização social” (DINIZ, 2004, p. 106).

Santi Romano construiu sua teoria institucional, sustentando que há identidade entre instituição e ordenamento jurídico, sendo assim, o Direito não é só a norma que se impõe, mas a entidade que a impõe, a instituição. Reale (1999, p. 443) diz que a concepção institucional de Santi Romano é estritamente jurídica, permeando o campo científico-positivo, sem qualquer tipo de subordinação de juridicidade.

Propõe Miguel Reale (1999, p. 523-524), ao referir-se a teoria institucionalista de Santi Romano:

A sua tese fundamental é a de que o Direito antes de ser norma, antes de referir-se a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, posição da própria sociedade na qual se desenvolve, e que ele constitui como unidade, como ente por si bastante.

Ernst Rudolf Bierling (citado por Diniz 2004, p. 109), entende que o termo Direito só caberia ao Direito positivo, ou seja, ao Direito concebido validamente e vigente em um determinado tempo e lugar, abrangendo um grupo de indivíduos. Ferraz Júnior (1980, p. 34-35) escreve sobre Bergbohm:

Nesse sentido, afirma Bergbohm (*Jurisprudez und Rechtsphilosophie, I, pp. 32 ss*), talvez um dos mais típicos representantes do positivismo jurídico daquela época, que o único método verdadeiramente científico da Ciência do Direito é, de um lado, a abstração e a generalização gradativa a partir de fatos concretos até as premissas imediatas da dedução, e, de outro, a verificação de modo regressivo de proposições hipotéticas, mediante um movimento gradativo inverso, até os fatos concretos. Bergbohm aspira com isso, a um método efetivamente científico, elevando a ciência jurídica ao nível das ciências da natureza, aspiração esta bastante difundida entre os positivistas do século passado. Em relação ao dogma da ausência de lacunas,

Bergbohm tem uma posição extremamente radical, entendendo o sistema jurídico como uma totalidade perfeita e acabada, não ficticiamente, mas de fato.

No Brasil, o maior expoente do sociologismo jurídico-positivo, notoriamente, é Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Afirma Iserhard (1994, p. 67) que Pontes de Miranda determinou uma visão indutiva na criação do Direito, resguardando os princípios sociológicos na criação do mesmo. Diz Iserhard que o Direito “é”, pois, provém exclusivamente da sociedade. Ensina o autor, que um fato, para entrar no mundo jurídico, necessariamente precisa que uma regra incida sobre ele (ISERHARD, 1994, p. 67). Pois, como nos diz Pontes de Miranda (1973), tal fato seria “colorido”, saindo da esfera dos meros fatos sociais sem importância para o Direito, para se tornar um fato juridicamente relevante.

Pontes de Miranda (1973) salienta que:

Os fatos do mundo ou interessam ao Direito, ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam.

Ou seja, fatos relevantes para o Direito deixam à esfera de condutas fáticas, para se tornarem jurídicos. Ao passo que uma norma se torna juridicamente relevante, não há necessidade de aquiescência ou adesão dos sujeitos envolvidos por ela, ao passo que tal regra existe e incide, é válida, mesmo que haja diversas normas que incidam sobre o mesmo fato.

A incidência sobre os fatos, que a regra jurídica aponta, independente da aplicação, tal o que a caracteriza. Dai a possibilidade de mundo jurídico em que as diferentes situações coexistem, resultantes de múltiplas incidências. Dai, ainda, a submissão dos membros do grupo às leis, como fatos, pois a legitimidade independe da aquiescência, da adesão, ou da confirmação, fatos que seriam posteriores; a adesão é anterior ao órgão que legisla. Não importa como se obteve; pois que se trata de *fato*. Onde se estabelece a possível criação de regras jurídicas, que incidem sobre os fatos, permitiu-se a quem as cria tecer o mundo jurídico em que o Direito é. (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 12-13)

Bergbohm, (citado por FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 34) expõe com maestria sua postura oponente ao Direito natural, a qual é caracterizada através do formalismo e pela “purificação do conceito de Direito”. Delimita ainda que a ciência positivista do Direito é uma ordenação a partir de conceitualizações superiores, as quais se subordinam as especiais, e que

estão acima das oposições das disciplinas jurídicas particulares (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 34).

Mas como bem afirma, ainda, o douto professor Ferraz Junior,

Reduzir a sistemática jurídica a um conjunto de proposições e conceitos formalmente encadeados segundo os graus de generalidade e especificidade é desconhecer a pluralidade da realidade empírica imediatamente dada em relação à simplificação quantitativa e qualitativa dos conceitos gerais. (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 35)

O positivismo jurídico, não foi simplesmente uma tendência científica, foi, na verdade, uma necessidade de segurança burguesa. Ademais, vislumbrava-se no período pré-revolucionário, anterior a 1789, arbítrios de todas às espécies, fulminando o ideal burguês de segurança jurídica. A justiça era parcial e não existia certeza da aplicabilidade normativa (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 35).

Com o surgimento do código napoleônico, em 1804, o positivismo começou a atingir o seu auge, desempenhando um instrumento de influência no pensamento jurídico moderno e contemporâneo. A ideia de codificação fora fruto de uma cultura racionalista e tal feita apenas se deu porque as ideias iluministas encontraram terreno fértil (Revolução Francesa) para adquirirem consistência política e se exteriorizarem (BOBBIO, 2006, p. 246).

Tal projeto nasce de duas convicções, a primeira da existência de um legislador universal, ou seja, um legislador que produz leis válidas para qualquer situação, e, a segunda, pela busca de um Direito simples e uno (BOBBIO, 2006, p. 247). A codificação surgiu da racionalização e em decorrência de fatores internos na França, tais como a pluralidade de conjuntos normativos, sendo que em certas regiões da França existia o Direito consuetudinário e em outras partes o Direito comum romano. Escreve Bobbio (2006, p. 248):

As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um Direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem. Os iluministas estavam, de fato, convencidos de que o Direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias, era apenas uma espécie de Direito “fenomênico” e que além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro Direito.

Observa Leal (1999, p 55) relatando sobre a importância do Código Napoleônico no contexto sócio-jurídico da época:

O surgimento do Código Napoleônico trouxe não só uma consolidação considerável de leis civis, mas um autêntico instrumento de poder político à época. A partir dele, a idéia que se passava na França era de que a razão natural houvesse se corporificado e cristalizado em um instrumento normativo escrito; as novas relações de poder político e econômico haviam se solidificado nos enunciados da lei escrita. A partir daqui, praticamente todo o século XIX se viu atingido por uma ciência do Direito e da interpretação mecanizada pela hermenêutica exegética, crendo-se que, efetivamente, o Código não deixa nada ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o Direito, porque o Direito está feito. Não há mais equidade e razão do que a exteriorizada pela lei.

Tendo as bases positivas, podemos apresentar as características do Positivismo Jurídico. Gusmão (1982, p. 460) nos faz saber que:

[...] o positivismo se caracteriza por afastar do estudo científico do Direito os valores [...]. As várias formas de positivismo jurídico encontram no fato social, na autoridade, nas razões do Estado, no poder ou nas necessidades decorrentes das relações humanas o fundamento do Direito.

Essa crítica se torna muito pertinente na atual conjuntura do positivismo jurídico, o qual, é fundamental, para sua superação, a inclusão de valores sociais, desprestigiando o legalismo que, infelizmente, foi um instrumento utilizado, como na Alemanha Nazista, para desconsiderar o ser humano e impingir a força do Estado sobre o indivíduo.

4 CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto no presente ensaio, se pode concluir, consubstancialmente, a relevância dos fatores históricos na formação do Direito e da consequente construção da positividade normativa contemporânea.

A racionalidade positiva que permitiu a abstração normativa e a consequente, pelo menos formal, aplicação da lei para todos, determinou um avanço substancial na construção do indivíduo na modernidade. Com a contemporaneidade, a denominada inflação legislativa,

entendida como o uso indiscriminado da produção de leis, somada a insuficiência de recursos estatais para prestar a jurisdição de forma adequada, a ideia restrita de positivismo normativo encontra sérios problemas de se prestar a resolução dos problemas em que a sociedade contemporânea encontra.

REFERÊNCIAS

AMADO, João; BOAVIDA, João. **Ciências da Educação: Epistemologia, Identidade e Perspectivas**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o Direito, as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Edameris, 2006.

COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo**. Trad. de Renato Barboza Rodrigues Pereira. Porto Alegre: Globo, 1976.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DURKHEIM, Emile. **Lições de sociologia: a moral, o Direito e o Estado**. São Paulo: T. A. Queiroz: EDUSP, 1983.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **A ciência do Direito.** São Paulo: Atlas, 1980.

GURVITCH, Georges. **Tratado de sociologia.** São Paulo: Martins Fontes, 1977.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

ISERHARD, Antônio Maria. **O conceito de Direito em Pontes de Miranda.** Tese (Doutorado em Direito) – Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999.

LEGAZ Y LACAMBA, Luis. **Filosofia del Derecho.** Barcelona: Bosch, 1975.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história, lições introdutórias.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. t. 1.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história de Direito.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

HISTORICAL ASPECTS AND PRERROGATIVES OF POSITIVE LAW: A CRITICAL APPROACH ABOUT THE ITS RAISING

ABSTRACT

The Law must be studied since its rising so its current format could be understood. A historical notion of Law formation is essential to appreciate its particularities and hermeneutics constructions. In the present work, the study of Law begins with the analysis of social groups, developed by an introductory idea of ancient Law, passing by a study about Natural Law and Positive Law. It is necessary an historical approach as requirement to understand the Law evolution and how it started to act directly in the contemporary society. Thus, the importance of the present study is extremely relevant for the construction of the critical thought about the evolution of Positive Law.

Keywords: Natural Law, Normativism, Legal Positivism.