

A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO, DA SOCIEDADE E DO ESTADO NO SÉC. XXI E A CONTRA PROPOSTA OFERECIDA PELO MÉTODO DIALÉTICO

Angela Maria Griboggi*

RESUMO

A sociedade contemporânea passa por transformações, nas quais as quebras de paradigmas, sobretudo quanto ao Direito são impactantes. O que se em parte, pela deficiência do modelo monista estatal de controle administrativo, legislativo e jurídico, que não condiz aos reclames sociais. Esta realidade abre campo a discussões sobre tal contexto conflituoso, o qual exige reflexões quanto à posição do Estado, do Direito e da própria Sociedade, neste início de século.

O presente trabalho buscará ponderar tal contexto, resgatando a cidadania e a efetividade dos direitos aos indivíduos, demonstrando o dever do Direito na manutenção deste status, dever este que não será alcançado se para tanto for observado apenas o rigor metodológico e absoluto das concepções positivistas.

Para chegar a tal propósito, as reflexões expostas serão apresentadas em três capítulos, quais sejam: da formação do Estado Moderno ao Direito Positivo, a crise do Positivismo Jurídico e a contra proposta oferecida pelo Método Dialético.

O primeiro capítulo trata dos aspectos histórico-sociais que condicionaram a formação do Estado Moderno e a positivação dos direitos enquanto modelo de regulamentação ideal. O segundo capítulo discorre sobre os fatores e a realidade que ocasionaram o declínio deste modelo positivista tido ideal. O terceiro capítulo analisa a proposta oferecida pelo método dialético, exposto pelo professor Michel Miaille, ao problema do Positivismo Jurídico.

PALAVRAS CHAVES: CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO, ESTADO, MONISMO, MÉTODO DIALÉTICO.

* Mestranda em Direito Econômico e Social pela PUC/PR, Especialista em Direito Socioambiental pela PUC/PR e Especialista em Direito Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada militante em Curitiba-Pr.

ABSTRACT

The society contemporary passes for transformations, in which the paradigm in additions, over all how much to the Right they are effect excellent. What if in part, for the deficiency of the state monist model of administrative, legislative and legal control, that not it tells to you complain them social. This reality opens field the quarrels on such conflictions context, which demands reflections how much to the position of the State, the Right and the proper Society, in this beginning of century.

The present work will search to ponder such context, rescuing the citizenship and the effectiveness of the rights to the individuals, demonstrating the duty of the Right in the maintenance of this status, duty this that will not be reached if in such a way will be observed only the method and absolute severity of the positivists conceptions.

To arrive at such intention, the displayed reflections will be presented in three chapters, which are: of the formation of the Modern State to the Positive law, the crisis of the Legal Positivism and the proposal the Dialectic Method.

The first chapter deals with the description-social aspects that had conditioned the formation of the Modern State and the positives of the rights while ideal model of regulation. As the chapter discourses on the factors and the reality that had caused the decline of this ideal had positivist model. The third chapter analyzes the proposal offered by the dialectic method, displayed for teacher Michel Miaille, to the problem of the Legal Positivism.

KEYWORDS: CRISIS OF THE LEGAL POSITIVISM, MONISM, METHOD DIALECTIC, STATE.

INTRODUÇÃO

A presente proposta almeja ilustrar a crise da sociedade contemporânea e sobretudo a do direito e da dogmática jurídica no séc. XXI, evidenciando que o Estado não tutela, nem atende os direitos da população, além de aceitar um sistema social de marginalização e exclusão da grande maioria, fatores que são favorecido pelo enraizamentos das concepções positivistas em seu sistema sócio-jurídico.

O Estado Moderno vive um momento de crise, onde seus pilares estão enfraquecidos em razão das realidades sociais, culturais e jurídicas vigentes. Pode-se dizer, que a crise do Positivismo Jurídico revela-se dentre outros motivos pela crise do

Estado, que apresenta uma infinidade de instituições falidas, nas quais o modelo positivista não se harmoniza mais com tanta perfeição.

As formas de sufocação e marginalização do ser humano, a limitação e imposição de um sistema estatal, jurídico e econômico único causaram instabilidades e desigualdades sociais, que por sua vez provocaram a ruptura de conceitos impostos, que agravada pela força dos movimentos sociais, exigem mudanças paradigmáticas.

Os atuais condutores da sociedade contemporânea, positivista, monista, individualista e capitalista assumem a posição de comando como reflexo do produto histórico da força da propriedade privada e do capital sobre as dinâmicas sociais, mas em desfavor das aspirações éticas e morais da coletividade.

O modelo estatal e positivista tornou-se proveitoso aos interesses da burguesia capitalista entre os séc. XVII e XVIII e se prolonga até os dias atuais, contudo, o mesmo não atende mais aos anseios contemporâneos, seja da classe burguesa, seja da classe proletária. De modo que mudanças estão ocorrendo e ocorrerão a ponto de se acreditar que o séc. XXI representará um novo divisor de águas, por tal razão, o presente momento histórico exige reflexões sobre os caminhos a serem seguidos pela sociedade.

Desta forma, esta pesquisa alvitra-se dialogar e contextualizar tais observações frente ao discurso jurídico hegemônico, expondo a crise pela qual passa o Estado e o positivismo jurídico e a contra proposta oferecida pelo método dialético exposto pelo professor Michel Miaille.

O método crítico dialético proposto por Michel Miaille revela-se como alternativa ao Positivismo Jurídico kelsiniano, visto buscar na sociedade e na realidade o que há no direito, percebendo este de modo amplo, de modo a compreender que Direito não é sinônimo de Lei.

A sociedade do século XXI, vinculada a seus avanços tecnológicos, culturais e sociais deve enfrentar suas realidades e buscar respostas às mesmas, de modo que seus dogmas, principalmente os jurídicos sejam refletidos, atualizados e transformados, conforme as necessidades contemporâneas.

1 DA FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO AO DIREITO POSITIVO

O Direito é uma manifestação social constatada inclusive nos povos sem escrita, passou pela Antiguidade, pela Sociedade Egípcia, Hebraica, Grega e Romana, vindo a se consubstanciar na Sociedade Medieval através do Direito Canônico, Celta, Germânico, Feudal, dentre outros, até chegar a Sociedade Moderna.

A passagem do Direito Natural para o Direito Positivo¹ assumiu papel relevante na passagem do Direito Medieval ao Direito Moderno e conseqüentemente na formação do Estado Moderno.

No séc. XVI, o Direito Natural passou a ser instrumento teórico de luta contra o Direito Medieval. Para aquele, a idéia de direito era abstrata e correspondente a uma justiça superior e anterior, estando suas fontes na natureza, na vontade de Deus ou na racionalidade dos seres.

RÁO (1997, p. 75) descreve o direito natural como um conjunto de princípios supremos, universais e necessários que, extraídos da natureza humana pela razão são imediatamente aplicados, quando definem os direitos fundamentais do homem.

No final da Idade Média, os direitos de soberania nos territórios estavam divididos entre os príncipes, a igreja, os cavaleiros e as cidades. Observa ZIPPELIUS (1997, p. 72) que “*encontravam-se muitas vezes frente a frente, dois Estados no Estado, um aparelho do príncipe e um aparelho estamental, príncipes e estamentos tem tropas, autoridades, tesouros, representações diplomáticas próprias*”. Ressalva o autor que o Governo passou a ser um ato contínuo de negociar compromissos.

Neste contexto, ganhava peso a idéia de consolidação do poder público nas mãos dos príncipes, com primazia inclusive sobre o poder da igreja e sobre as competências estamentais. Os senhores territoriais impuseram-se progressivamente e transformaram as poliarquias em unidades de poder rigorosamente organizadas, dispondo de uma única ordem jurídica cada vez mais unificada, que acabou por se codificar. Desta forma, ZIPPELIUS (1997, p. 72 e 73) conclui com Jellinek, que o Estado converteu-se no grande Leviatã, que foi devorando todos os poderes públicos.

As sociedades que se uniram no final do séc. XIV, para suprir suas necessidades passaram necessitar acumular bens materiais, o qual foi simbolizado pelo dinheiro.

A dominação feudal fundiária gerou estabilidades que levaram a burguesia ao poder político e econômico, os quais, por sua vez denegaram distribuição social. A visão política desta época ligou-se ao liberalismo, individualista, capital e a burguesia. O capitalismo consolidou-se como modelo de desenvolvimento econômico e social do

¹ O Direito natural modernamente é antagônico ao Direito positivo, aquele é fixo, imutável, universal, enquanto este é mutável para que possa atender as necessidades sociais. Descreve SALDANHA (1987, p. 64) que “*O Direito Natural é um conceito geral, que se apresenta a cada passo em diferentes versões: direito ditado pelos deuses, direito do mais forte, igualdade estóica na Cosmópolis, etc*”.

séc. XVII e XVIII e foi possível, dentre outros motivos, em razão da crise do feudalismo, da criação da burguesia e do proletariado, este último corresponderam aos servos advindos das glebas, que chegaram as cidades, despojados de dignidade, aos quais restava penas sua força do trabalho.

MIAILLE (1994, p. 117) descreve o modelo de produção capitalista como “*processo de valorização de um capital por meio de uma força de trabalho comprada num mercado como mercadoria: a compra da força de trabalho toma a forma de um salário, que é suposto representar o equivalente do dispêndio desta força de trabalho*”. Ressalva o doutrinador ser oculto o fundamento do capitalismo, ou seja, a mais valia².

Para manter-se no poder, proteger seus bens e garantir progresso material, a burguesia precisou de um modelo político institucional que culminou no modelo do Estado Moderno ocidental³. Pode-se descrever que os grandes propulsores do Estado Moderno são o contrato social, a propriedade privada e o capital.

Observa MIRANDA (2002, p. 38) não haver precisão exata quanto à data do surgimento do Estado, quando a organização política medieval transformou-se nesta nova forma de organização política. Contudo, tal doutrinador descreve que as condições gerais para o desenvolvimento dos Estados giram em torno do influxo de condições espirituais, socioeconômicas e internacionais⁴.

O Estado como fruto da sociedade e de seus movimentos histórico-sociais, passou a ter a finalidade de organizar e manter o controle da estrutura social, de modo a perpetuar suas formas de manutenção e repressão pelo poder. Para tanto, descreve ZIPPELIUS que:

“A conduta dos sujeitos de direito, associados num Estado, é,

² Explica o doutrinador: “Com efeito, o salário não representa o equivalente do dispêndio da força de trabalho, mas uma parte dele tão-somente. A parte “não paga” do dispêndio da força de trabalho valoriza, no entanto, o capital, fazendo-o produzir um rendimento, a mais-valia, de que se apropria o proprietário do capital” (MIAILLE, 1994, p. 117).

³ MENDES (1994, p. 62) observa que as bases capitalistas ligaram intrinsecamente o Direito ao Estado, tornado este o único legitimado a oferecer a prestação jurisdicional e assim, de forma que reduziu o Direito a lei, abandonando-se o direito consuetudinário, que foi construído pelos costumes ao longo dos tempos.

⁴ Dentre as condições espirituais estão o Renascimento, a Reforma e a Contra-reforma, com as crises psicológicas e morais, do humanismo ao racionalismo, do racionalismo ao romantismo, o espírito científico rebelde contra o espírito religioso, o progresso técnico e o aproveitamento da natureza, a difusão da cultura e a passagem da cultura de corte e de claustros a cultura de massas. Dentre as condições socioeconômicas estão a decadência da nobreza e da aristocracia rural e a ascensão da burguesia, o desenvolvimento do capitalismo sob várias formas econômicas e jurídicas, a revolução industrial, o aparecimento da classe operaria, o sindicalismo e a amplitude dos conflitos sociais (MIRANDA, 2002, p. 39).

portanto, coordenada pelo fato de ela se orientar por normas, que tem uma forte probabilidade de serem executadas mediante um procedimento coercitivo, num Estado solidamente organizado, através de uma estrutura, assente na divisão do trabalho, de instituições estatais, que se controlam também reciprocamente quanto ao seu funcionamento ordenado. (...) O Estado e o direito garantido são o resultado de uma evolução histórica, um produto da civilização progressiva, um passo no processo da “autodomesticação” da humanidade (ZIPPELIUS, 1997, p. 62 e 63)”.

Modernamente, para que um Estado seja considerado como tal, deve possuir quatro elementos constitutivos, que estão elencados na Convenção Interamericana sobre os Direitos e Deveres dos Estados, firmada em Montevideú, no ano de 1933, quais sejam, população permanente, território determinado, governo e capacidade de se relacionar com os demais Estados.

Para garantir sua coesão e a manutenção do poder burguês, o Estado Moderno necessitou de unicidade, estabilidade e positividade, fatores obtidos com a doutrina positivista, onde o Direito Moderno passou a ser fonte de manutenção do poder estatal⁵.

O Positivismo Jurídico passou por diversas transformações e a necessidade de transformá-lo em Ciência, caracterizou-se com um de seus maiores marcos. A ciência jurídica foi limitada à formação de um juízo de validade do Direito, isto é, assegurar a existência jurídica por meio de um método avalorativo, isto porque a ciência também deveria ser avalorativa.

Isto se deve, porque o Direito enquanto objeto de conhecimento estudado pela Ciência Jurídica, para se tornar um saber científico, deveria ser empírico, descritivo, exato, objetivo e pautado na idéia da neutralidade.

A doutrina positivista é resultante de um processo histórico, que ganhou força e chegou ao ápice com Hans Kelsen, o principal representante da Escola Positivista do Direito. Outros doutrinadores positivistas também se destacam, tal como Hebert Hart, Bobbio e Reale. Esta doutrina é muito criticada, dentre os principais críticos estão Chaïm Perelman, François Géný, Jhering, Roscoe Pound e Wolkmer.

O Positivismo Jurídico defende a existência de direito apenas se o mesmo for positivado, ou seja, codificado segundo regras estabelecidas antecipadamente. A

⁵ O Direito Moderno correlato ao Estado Moderno, fez-se secular e racionalizado, estatizado e legalista, contrariando em grande parte o Direito Medieval (SALDANHA, 1987, p. 48).

norma passou a ser válida apenas quando integrante de um ordenamento jurídico real, podendo ser valorada apenas enquanto correspondente do direito ideal. Tais fatores geraram apego excessivo do Direito ao formalismo jurídico, sendo a Lei transformada na única fonte do Direito, que aceita os costumes somente se os mesmos não o contrariarem.

Dentre as bases do Positivismo Jurídico está o monismo jurídico, ou seja, teoria segundo a qual há apenas um sistema de Direito, qual seja, o direito positivo estatal. Ao tratar do assunto, REALE (1984, p. 243) descreve que para o monismo “*só o sistema legal pelos órgãos estatais deve ser considerado Direito Positivo, não existindo positividade fora do Estado e sem o Estado*”.

O Estado Moderno apóia-se neste modelo monista, que lhe garante a afirmação de ser a única fonte criadora da norma jurídica e conseqüentemente do Direito. O Direito foi reduzido pelo Estado apenas ao ordenamento jurídico. Donde se conclui que o Direito passou a ser fonte de manutenção do poder estatal.

Para Kelsen o Estado é uma ordem normativa, detentora do monopólio da produção da norma jurídica, estando o poder legitimado pela validade oferecida pelo Direito, que por sua vez tem respaldo no próprio Estado, que necessita de um ordenamento jurídico único e por tal, monista.

Segundo o jurista não há dualismo entre Estado e Direito, porque ambos seriam a mesma coisa, onde Direito é Estado e Estado é Direito Positivo.

A origem do pensamento kelsiniano vinculou-se ao momento histórico em que vivia, época do formalismo. Cada Ciência buscava definir e refazer-se por si mesma e Kelsen obteve coerência e rigor sistêmico ao descrever sua teoria do Direito. E ao identificar o Direito ao Estado tornou possível “*a descrição do ordenamento como conjunto escalonado de normas e a das normas como função de um sistema lógico de competências*” (SALDANHA, 1987, p. 60).

Kelsen foi muito importante para o cientificismo no século XIX e representou um marco para o Direito. Segundo ele o conhecimento jurídico, ou, a teoria do direito, para ser científica deveria ser neutra, isto é, não poderia emitir nenhum juízo de valor. Em sua Teoria Pura do Direito, o termo “pura” refere-se a Ciência e não ao Direito, visto que este jamais poderia ser puro, sendo sempre valorado e passível de influência por diversas variáveis. Assim o termo “pura” reverte-se a ciência neutra⁶.

⁶ Descreve KELSEN (2000, p. 14) “(...) *uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e*

Ao retirar da Ciência Jurídica os juízos de valor, o jurista os transmitiu a outros ramos da ciência. O método positivista não quer justificar nada, apenas descrever. Para Kelsen o cientista do Direito deveria ser neutro, mas que o operador do direito não. A neutralidade separa de modo absoluto o objeto pesquisado se seu investigador⁷.

A Ciência Jurídica tem por missão conhecer o Direito e descrevê-lo, enquanto os órgãos jurídicos têm a função de produzir o Direito para que ele seja conhecido e descrito pela ciência jurídica (KELSEN, 2000. p. 113).

Já no prefácio da segunda edição de sua obra prima, “Teoria Pura do Direito”, Kelsen delimita e deixa clara a intenção que possuía com sua teoria, descrevendo: “*procuro resolver os problemas mais importantes de uma teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico e, ao mesmo tempo, precisar, ainda melhor do que antes havia feito, a posição da ciência jurídica no sistema das ciências* (KELSEN, 2000, p. 13)”.

Segundo Kelsen o Direito é um conjunto de regras que tem por objetivo a regulamentação do exercício da força na sociedade. Onde a Lei, que emana exclusivamente do Estado, é expressão da vontade do poder normativo estatal, ou seja, da imperatividade da norma.

Para Kelsen a Teoria Pura do Direito somente pode construir um método puro, através de uma linguagem precisa, lógica, objetiva e positivada. No positivismo kelsiniano, não há relação entre Ciência Jurídica, moral e justiça, porque a Ciência jurídica para ser Ciência tem de ser avaliativa. Esclarece que é o Direito que tem valor e não a Ciência do Direito.

Neste sentido descreve ROSS (2000, p. 326) que a justiça não pode ser um padrão jurídico-político ou um critério último para julgar uma norma, de modo a não caber a ideologia da justiça um exame do valor da norma. Contudo observa que isto não significa que o Direito vigente não tenha conexão com a idéia de justiça⁸.

política, prescreve ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo”. O doutrinador ainda observa que: “o problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita a análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”.

⁷ Para SALDANHA (1987, p. 62) “(...) a atitude kelsiniana não consiste em considerar a variedade de valores (e de idéias de justiça) que ela pode carregar, e sim em omitir pura e simplesmente a relação entre norma, como forma, e os valores (ou idéias de justiça) que eventualmente carregue”.

⁸ Explica o autor que o problema pode ser indagado de duas formas, inicialmente questionasse o papel desempenhado pela idéia de justiça na formação do direito positivo, na medida em que é entendida como uma exigência de racionalidade e por segundo questionando-se o papel desempenhado pela idéia de justiça na administração de justiça (ROSS, 2000, p. 326 a 330).

Narra SALDANHA (1987, p. 67) que “A teoria kelsiniana propriamente dita, encontra-se realmente em sua concepção a figura de um Direito e um Estado despojados de toda politicidade”.

Observa WARAT (1995, p. 268) que as dimensões políticas da teoria kelsiniana permeiam todo o princípio de purificação metódica, onde todas as instâncias purificadoras derivadas de tal princípio apresentam uma dimensão política⁹.

O contexto histórico do início do séc. XXI, no qual estava inserido Kelsen quando escreveu sua teoria, revelava um momento filosófico de predomínio do neopositivismo lógico, enquanto o momento político girava em torno da ascensão do nacional socialismo. Momentos que preocupavam o jurista e que o motivou a produzir sua teoria. Por entender que a Ciência do Direito não poderia legitimar o ordenamento jurídico vigente, ou seja, que o agente do Direito não justificasse a realidade (nacional socialista) através da Ciência do Direito.

Um dos legados de maior relevância deixado por Kelsen é a concepção teórica segundo a qual o ordenamento jurídico seria um conjunto hierarquizado de normas jurídicas estruturadas em forma piramidal, estando em seu topo a norma hipotética fundamental a qual deveria fundamentar as demais.

O corte epistemológico causado por Kelsen refere-se a definição do objeto da Ciência Jurídica, que passou a ser a legalidade. Para ele a diferença entre Ciência Jurídica e Direito é essencial. Observa-se que o jurista não menosprezava a realidade, mas a compreendia como integrante de disciplinas afins a Ciência do Direito, ocupando todas as Ciências o mesmo patamar de igualdade, mesmo que diferentes.

Em defesa de Kelsen, SALDANHA (1987, p. 35) observa que a teoria kelsiniana abriga não só o purismo metodológico e o normativo doutrinário, mas também importante valoração do relativismo filosófico, além de observações e sugestões sobre a evolução do pensamento ético, jurídico e político.

⁹ WARAT (1995, p. 268) descreve que a política além de ser vinculada a um ideal de justiça, precisa ser compreendida em relação ao poder e a instituição simbólica da sociedade, para tanto apóia-se nas idéias de Foucault sobre o poder, dizendo: “1) que ao poder verei como um exercício imaginativo (mais que repressivo, já que incita e suscita, mais que proíbe), co-extensivo ao social e presente em todas as suas relações de força. O poder não está localizado em parte alguma e se apresenta como uma relação (imaginariamente realizada) que alcança tanto aos dominantes como aos dominados. O poder é, então, visto como uma teia de significação difusa; 2) o jogo de forças do poder aleatório, turbulento e flexível se encontra indissoluvelmente unido ao saber, de tal sorte que o poder se imbrica com o saber, instituindo uma dimensão imaginária de significação que opera como uma matriz identificatória entre os indivíduos, desempenhando por esse motivo, um papel destacado como estratégia de manipulação da realidade social. Assim, o poder emerge como ideologia. Entendida aqui, não como qualquer cadeia arbitrária de palavras, mas um certo nível de racionalidade e universalidade, que como saber contribui para a formação institucional da subjetividade”.

Contudo, tal teoria não deixou de despertar muitas críticas em razão das conseqüências que trouxe a Sociedade e ao Direito, principalmente por seu purismo metodológico, pelo formalismo excessivo e pelo apego exagerado a Lei, entendida como única fonte do Direito. Características estas que afastaram o Direito e sua Ciência dos aspectos sociais, os quais representam sua verdade fonte.

2 A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO

A doutrina positivista mostrou-se hegemônica do séc. XVIII até o séc. XX, quando então começaram a aparecer teorias críticas que se contrapuseram principalmente à falta de valoração da Ciência Jurídica.

HART (2001, p. 202) cita duas formas diferentes de rejeição ao Positivismo Jurídico, a primeira expressada nas teorias clássicas do Direito Natural e a outra que oferecendo um relato diferente dos modos pelos quais a validade jurídica ligasse ao valor moral, por adotar um ponto de vista diferente e menos racionalista da moral.

Outra crítica que se faz ao Positivismo e também a Modernidade refere-se aos resultados que trouxeram a contemporaneidade, ao picotar as Ciências, tornando o conhecimento fragmentado.

MIAILLE (1994, p. 275 e 276) descreve o Positivismo como uma atitude que encontra na observação científica dos fenômenos a explicação da realidade, excluindo toda especulação metafísica, de modo a pretender demonstrar que os progressos do espírito humano, estavam ao abandono de certo número de ideais que a experiência não poderia fundar nem provar, cabendo ao Positivismo dar a sociedade um conhecimento científico. Contudo, após o sucesso, esta doutrina passou a ser objeto de críticas, tanto por parte dos partidários do Direito Natural, quanto pelos juristas marxistas.

O Positivismo foi criticado por pretender a construção de um método para fazer Ciência, onde o conhecimento convergiria ao conhecimento produzido à cerca das Ciências, devendo tal busca ser empírica (baseada na realidade, experiência), mas verificada pela Ciência. Compreendendo a realidade como o mundo dos fatos, de modo a não haver Direito neutro, porque este é condicionado a vetores compostos por valores.

Muitos críticos discordam das concepções positivistas, porque as mesmas afastaram a Ciência do Direito das preocupações com a realidade, preocupando-se de modo imediato com a norma jurídica e apenas de forma mediata com a realidade.

SALDANHA (1987, p. 132) propõe uma linha crítica entre a asséptica pretensão formalista de neutralismo científico, que recusa reconhecer a presença de valores na teoria social e a atitude que, reconhecendo tais valores, assume posição radical. Ainda relata a impossibilidade de redução do saber jurídico apenas à dogmática, ou reduzido apenas à visão sociológica, reconhecendo que os problemas teóricos começam daí e não do esvaziamento causado por sua negação.

Para SALDANHA (1987, p. 69) “pensar no Direito como pura representação lógica, reduzi-lo a norma e ter a norma como puro juízo, é deixar de lado todas as relações da realidade jurídica com a realidade humana¹⁰”.

Mesmo que autores defendam a doutrina Positivista, tal como faz SALDANHA ao descrever que (1987, p. 132) “*a crítica ao juspositivismo não precisa cingir-se a um conjunto de recusas radicais*”, entendendo que deve o Direito Positivo existir como Direito institucionalizado aplicável, é inegável que novas realidades estão se materializando no seio social e que não se coadunam com as concepções positivistas e nem haverá possibilidade para tal, exatamente por serem opostas.

REALE (1984, p. 29) observa serem diversos os escritos deixados por Kelsen sobre a Justiça, o Direito Natural e a paz, relatando que “*que se ele, enquanto jurista, foi cego para os valores, não o foi como homem, ao cuidar dos valores sob o prisma ideológico*”.

A linguagem do Direito é a norma jurídica, ou seja, os valores da realidade, enquanto na Ciência Jurídica, as proposições jurídicas neutras.

O Direito, segundo REALE (1996, pg. 699) deve ser concebido como atualização crescente de justiça e dos valores cuja realização possibilite a afirmação de cada homem segundo sua virtude pessoal. Sendo que realizar o Direito é realizar valores de convivência da comunidade.

FERRAZ JÚNIOR (1977, p. 148) conceitua o Direito como “*fator cultural real*” que constitui um objeto, uma estrutura teórica cuja forma categórica é a significação jurídica, sendo material, o viver finalístico. De modo que, por tratar de um objeto que tem por material um sensível, pertence à esfera do ser.

¹⁰ “(...) o interesse pela teoria de Kelsen pode perfeitamente continuar válido, na medida em que segue sendo válida a tendência formalizante e positivadora, o que afinal depende de inclinações pessoais ou de formação doutrinária. No pensamento jurídico das décadas mais recentes, o juspositivismo continua dispondo de representantes notáveis (seja o caso de Ross ou o de Bobbio), e a temática da lógica das normas continua a empolgar a muitos, arrastando nisso aliás o seu penchant formalizador (SALDANHA, 1987, p. 70).”

O Positivismo Jurídico com excessivo rigor na linguagem vinculou-se apenas a análise sintática da linguagem, ou seja, ao estudo das normas entre si, contudo, parâmetros mais adequados podem ser obtidos através da análise semântica e pragmática da linguagem jurídica, visto que esta se preocupa com a relação das normas com o conteúdo, com a adequação da norma a filosofia e a justiça, enquanto esta estuda a relação da norma com seus destinatários, preocupando-se com o âmbito da sociologia e da eficácia da norma.

Em uma visão mais contemporânea RÃO (1997, p. 64) descreve que o Direito é estudado “*ora como filosofia, ora como ciência, ora como norma, ora como técnica*”.

Descreve MIAILLE (1994, p. 276) que o direito positivo opõe-se ao direito ideal, porque não é nem um direito em idéias, ou direito ideal, nem um direito supremo ou direito ideal. Assim, por faltar ao direito ideal, a efetividade, já que não é aplicado diretamente, falta-lhe positividade¹¹.

Kelsen ao entender o Direito como Direito Positivo, reduziu este ao sistema de normas positivas, que concebeu como necessário para a pureza de seu método, donde o direito regularia sua própria criação.

Quanto a esta faculdade de auto-regulamentação do Direito, SALDANHA (1987, p. 74) descreve que a intenção kelsiniana era a de destinar ao jurista um papel meramente técnico e intra-sistemático, renunciando toda atitude crítica em relação à ordem jurídica.

Tal observação é fato da realidade e motivo de outra crítica ao Positivismo, por o mesmo haver burocratizado o Direito e também o jurista, que ficou atrelado ao rigor da norma. Neste sentido descreve MIRANDA (2002, p. 02) “*a funcionalidade do Estado é garantida através de regras jurídicas*”, contudo, quando as regras não garantem mais esta funcionalidade, a situação é crise.

Ou seja, o modelo positivista engessou o Direito e o próprio Estado, os quais não respondem mais as necessidades da sociedade, aos seus avanços tecnológicos, culturais e sociais. Por não atender as temáticas sociais, surgem conflitos teóricos e práticos.

Estas realidades exigem reflexões e respostas, visto que Estado tomou para si

¹¹ Observa MIAILLE (1994, p. 276) que este ponto de vista dividiu os positivistas, porque para uns o direito positivo significa todo o direito estabelecido, o direito em vigor, enquanto para outros, o direito positivo é ligado ao direito efetivamente em vigor, sendo direito apenas o que é realmente aplicado.

o monopólio da prestação jurisdicional e a partir do momento que não cumpre suas funções, quebra o contrato social original, que lhe colocou no poder, abrindo espaço para a formulação de novos contratos sociais, dos quais pode não fazer parte.

Em razão da falta de cumprimento dos deveres do Estado, seus paradigmas estão sendo quebrados e novas realidades estão se materializando, tal como a vigência de ordenamentos paralelos concomitantes ao estatal verificados pelo pluralismo jurídico, a arbitragem, as sociedades tradicionais, dentre outras manifestações transformadoras.

Assim, o dogma de que o Estado é o detentor do poder jurisdicional e por tal o único legitimado a fornecer o direito, trincou-se.

Para alguns doutrinadores a crise do Positivismo Jurídico ocorre por diversos fatores, tais como pelo modo de interpretação e aplicação da lei, pelo papel burocrático assumido pelo juiz, pela diferença existente entre judiciário e justiça, pela distância entre justiça e sociedade, pela preocupação excessiva com a legalidade e o processo, pelo distanciamento da lei frente a justiça, pelo descompasso da evolução da sociedade em contraposição a lei, pela ineficácia da lei, pela crise do judiciário, pelo dogmatismo que enxerga nas leis verdades absolutas, pela diferença entre ordem social e ordem legal, dentre tantos outros motivos.

A sociedade mostra-se a cada dia mais complexa e o Direito tem de resolver seus paradigmas para oferecer respostas efetivas a sociedade. Necessita vencer seu caráter positivo, legalista e formalista para então acompanhar as transformações sociais.

É claramente visível a adoção de um positivismo jurídico exagerado no Brasil, o que se revela dentre outros, como resultado histórico da falta de apego social a valores éticos e morais. Esta afeição ao positivismo exacerbada associada às crises sociais está enfraquecendo o Estado, o qual não consegue responder as demandas sociais, de modo que perde o comando.

No Brasil as pessoas são escravas do Estado e de seu Direito, passam a vida sem questionar o por que da existência e o por que do dever de obediência a ele, o que se explica porque foi criado um mito sobre a figura do “Estado - Nação”, que aqui passou a ser concebido como o grande “rei” da população e como tal, absoluto.

Este mito é propagado nas instituições de ensino fundamental, ensino médio e até mesmo em certas instituições de ensino superior, onde os alunos não aprendem o porque da existência do Estado, mas ao contrário, aprendem apenas o dever de obediência, que acaba por se tornar inquestionável, visto a falta de estímulo à discussão

e ao questionamento sobre este assunto.

E assim, formam-se cidadãos brasileiros alienados, sem a noção de que os deveres e obrigações são recíprocos entre Estado e cidadãos. Realidade que para os detentores do poder é maravilhosa, porque mandam e desmandam sem a necessidade de explicações.

O cidadão não questiona o orçamento e os gastos sejam do Município, dos Estados ou da União. Não discute as políticas públicas, não acompanham o trabalho de seus representantes no executivo e no legislativo, sequer lembram para quem votaram nas últimas eleições. Fatores que favorecem a corrupção e por diversos motivos, criou-se outro mito, o de que a corrupção no país é “normal” e contra ela não há o que fazer, porque tudo “vira em pizza” e para isto a mídia colabora de forma inquestionável.

No Brasil o Direito sempre foi empregado, mesmo que de modo mascarado, na manutenção do “*status quo*” estatal e o positivismo jurídico assumiu papel de grande relevo enquanto meio garantidor desta realidade.

O direito ao ser identificado com o Estado e com a lei escrita, como reconheceu MENDES (1994, pg. 62) causou um processo de alienação ao ordenamento jurídico e opressão as classes inferiores, característica marcante do positivismo jurídico.

A formação do Estado brasileiro já em seu início foi marcada pela corrupção, opressão e manipulação do poder. No decorrer da história estas características se propagaram e refletem-se nas instituições sociais sejam privadas, sejam públicas.

O corpo legislativo brasileiro é por demasiado extenso e assim mesmo, não consegue regular todas as situações e contextos aos quais é questionado. Para se impor e fazer valer suas leis, o Estado necessita cada vez mais do emprego da coerção, fato que demonstra o excesso de desobediência a seus mandamentos, que por sua vez refletem em seu fracasso e ineficácia.

Leciona WOLKMER (1997, pg. 109) que a saturação do atual modelo de representação político e o esgotamento instrumental jurídico estatal revelou uma ineficácia completa frente às questões que necessitam interpretação, devendo-se considerar a ruptura entre a ética e a política, a dogmática e os paradigmas jurídico.

Questões da realidade, tal como a lei de biossegurança, a pesquisa com células-tronco, as descobertas tecnológicas, o parto anônimo, a eutanásia, o aborto, o casamento de homossexuais, a mudança da concepção de família, a adoção por

homossexuais, as reivindicações dos direitos das sociedades tradicionais, a consciência do esgotamento dos recursos ambientais, são assuntos que pairam sobre a Sociedade e reclamam atenção do Direito.

O desenvolvimento social e as novas realidades causam a Ciência Jurídica e ao Positivismo Jurídico rupturas em sua coesão e revelam uma situação de crise. Neste contexto entram em campo a religião, as instituições públicas, a sociedade organizada, as partes diretamente interessadas, os cientistas, a comunidade acadêmica, para junto ao ordenamento posto, buscar soluções aos conflitos sociais.

Não resta a Sociedade outra solução se não resolver a crise do positivismo que lhe aflige, até porque foi à mesma, que o adotou como sistema vigente e ideal.

3 A CONTRA PROPOSTA A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO: O MÉTODO DIALÉTICO

Para MIAILLE (1994, p. 59) a forma atual da Ciência do Direito está longe de ser satisfatória.

Para MIAILLE (1994), tem-se que estudar o direito positivo, a justiça, a eficácia da lei, etc, concebendo tudo isto como Ciência do Direito. Não considera aceitável a concepção restrita de Direito enquanto sinônimo de lei¹². O doutrinador concebe o Direito como ciência social, de modo que a sociedade emana seus conteúdos.

Os destinatários das normas jurídicas têm que falar a mesma linguagem da ordem jurídica. Isto porque quanto maior for a identificação entre destinatário da norma e norma, maior será sua aceitação e obediência, fato que gera a desnecessidade de coesões e punições.

MIAILLE (1994, p. 62) pretende demonstrar que “direito e economia” e “política e sociologia” pertencem a um mesmo continente e que estão dependentes da mesma teoria, a história. Que direito e economia podem se reportar ao mesmo sistema de referências científicas, mas para tanto, descreve ser necessário o abandono do mito da divisão natural do saber.

¹² Segundo MIAILLE (1994, p. 39 e 40) o Direito enquanto conhecimento das regras jurídicas que os homens devem respeitar na sociedade, não possuía existência autônoma, sendo que as regras de direito apareciam como prolongamento da vontade divina. Ainda observa que a laicização do Direito a partir da Renascença, não causou grandes transformações, visto que a Deus suceder-se-á a razão e a natureza. De modo que a ciência jurídica era governada pela abstração e pela metafísica, sendo preciso um longo período para que o Direito se liberasse desta realidade, assumindo o empirismo, papel importante nesta mudança.

Para MIAILLE (1994, p. 277) o Positivismo, sobretudo no ensino jurídico, conduziu a um certo “*fetichismo*” da Lei e a uma atitude que, sob pretexto de neutralidade científica, conduziu a aceitação da ordem em vigor, contanto, que esta ordem estivesse corretamente estabelecida, quer dizer, de acordo com os processos legais em vigor.

MIAILLE (1994, p. 244) critica a posição dos juristas ao tratarem do Direito, porque tratam a reflexão jurídica como um combate filosófico suplementar, onde “*a filosofia do direito oporia invariavelmente os idealistas aos positivistas, ou os espiritualistas aos materialistas*”. Para o autor o ponto central da questão está na epistemologia, ou seja, no estatuto do conhecimento.

Relata MIAILLE (1994, p. 44) que o jusnaturalismo correspondeu no final do séc. XVIII a teoria de que necessitava a sociedade burguesa para criticar o feudalismo e transformar a sociedade que se opunha a sua dominação, enquanto a teoria positivista tornou-se necessária à burguesia a partir da codificação napoleônica.

Esclarece MIAILLE (1994, p. 44) que a ciência será positiva no sentido de ser neutra no plano político e moral, sendo que a atitude positivista no Direito postula a descrição e explicação de regras jurídicas limitadas a si mesmas. Para o doutrinador a Ciência Jurídica é uma representação da vida social e esta representação é profundamente idealista, de modo a considerar que o idealismo profundo e inconsciente da maioria dos juristas é um obstáculo real ao Direito. (MIAILLE, 1994, p. 53).

MIAILLE critica a posição da ciência jurídica enquanto estudo das regras de direito constituintes de um domínio perfeitamente distinto e perfeitamente isolável de todos os outros fenômenos sociais.

MIAILLE (1994, p. 87) descreve o sistema de direito como uma disposição ordenada, coerente, dotada de uma lógica própria de regras chamadas normas. Esta ordenação jurídica distingue-se por uma característica fundamental, dizer o que se deve fazer, o que se deve ser e não constatar o que é. De modo que a norma jurídica escapa a ordem do ser para se situar na ordem do dever ser. Sendo que “*a regra do direito apresenta-se como uma regra de conduta humana que a sociedade fará observar se necessário pela coação social*”.

Conforme leciona o mestre, tal afirmação implica em erros, inicialmente porque o define o direito pela sansão e porque se enganam quanto a noção de norma, que é assimilada a obrigação imperativa MIAILLE (1994, p. 88).

O fetichismo da norma e da pessoa, unidos sob o vocábulo único de Direito,

faz esquecer que a circulação, a troca e as relações entre pessoas são na realidade relações entre coisas, entre objetos, que são exatamente os mesmos da produção e da circulação capitalista (MIAILLE, 1994, p. 94).

MIAILLE (1994, p. 103) conclui que é possível o estudo do Direito ao se abandonar o empirismo falsamente realista e o idealismo tradicional, que se apóiam em enunciados puramente ideológicos. Sendo necessário construir um objeto de estudo que não tenha haver com o que a experiência vulgar dá “a ver” e este objeto, diferente dos objetos concretos será a instância jurídica no interior da formação social.

Contudo, alerta MIAILLE (1994, p. 103) que esta construção do objeto obriga o abandono de todas as concepções universalizantes do Direito, considerando-se apenas instâncias jurídicas teoricamente específicas e historicamente determinadas. Onde a instância jurídica é autônoma na estrutura social de conjunto e submetida a certo nível econômico, só em última instância.

O método dialético proposto por MIAILLE (1994, p. 183 e 184) descreve que a partir do momento em que a lógica dialética servir de quadro a uma reflexão jurídica, os conceitos jurídicos deixam de ser categorias universais e imutáveis, passando a ser concretos, dotados de conteúdo rico de múltiplas determinações nascidas de estruturas históricas. De forma que ao mudar de campo, da lógica formal para a lógica dialética, trata-se de poder reconciliar os homens entre si, de permitir a paz pública.

Conclui MIAILLE (1994, p. 185 e 186) que o sistema de Direito atual, fincado no capitalista, dependem do aparelho estatal não podem funcionar senão segundo os princípios da lógica formal.

Mas ressalva que o jurista teórico pode usar a lógica dialética de parte a parte, visto que esta faz surgir o que a lógica formal oculta, retirando um proveito da lógica dialética a conciliação entre a prática e a teoria. Donde praticar a lógica dialética no Direito “*é precisamente destruir a idéia de que o direito é um domínio “prático e técnico” em que a dialética não teria lugar*” (1994, p. 186).

Ainda conclui saber estar falando de politização da magistratura ou do processo político, mas não se importa, “desde que a lógica dialética tenha dessa forma, pelo seu efeito corrosivo, mostrado a contingência do direito e o conteúdo real das suas disposições” (1994, p. 186).

O método crítico dialético proposto por Michel Miaille pode ser uma alternativa ao positivismo jurídico kelsiniano, visto que busca na sociedade e na

realidade o que há no direito, compreendendo a sociedade em movimento, vivendo tensões, críticas, de modo dialético. O autor percebe o direito de modo amplo, onde Direito não é sinônimo de Lei, considerando o fenômeno jurídico maior que isto.

Desta forma, tal proposta alvitra-se a responder de forma mais efetiva os reclames contemporâneos, não abarcados pelas concepções saturadas do modelo positivista. O que se deve, porque o Direito tem o dever que de manter e oferecer condições a efetividade dos direitos dos indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção kelsiniana segundo a qual a realidade não é Ciência do Direito, reduzindo a Ciência do Direito a teoria, onde a teoria do direito corresponde à teoria da norma ou teoria do ordenamento jurídico, não se coaduna mais as transformações contemporâneas.

Não há que se negar à importância de Kelsen a Ciência do Direito, mas há que se observar que a sociedade atual apresenta questões, que a Teoria Pura do Direito não oferece respostas.

Também não há como negar a força que ainda tem o Positivismo dentre as teorias do Direito e as práticas jurídicas contemporâneas, contudo, há que se ressaltar que mesmo estando vivo na sociedade, o mesmo não responde aos reclames contemporâneos.

As transformações e os desenvolvimentos sociais causam sensação de instabilidade e são tão profundas a ponto de se verificar que certamente o séc. XXI representará um novo divisor de águas. Assim sendo, o presente momento histórico exige reflexões sobre os caminhos a serem seguidos pela sociedade.

Soluções aos conflitos e questões sociais têm de ser administradas pela Sociedade, pelo Direito e pelo Estado, na busca da realização da justiça e da criação de condições reais de igualdade e equidade. Visto que são requisitos essenciais à cidadania e a efetividade dos direitos dos indivíduos.

Alternativas podem estar na pesquisa e análise de um novo contrato social e na internacionalização dos direitos coletivos. As propostas e estudos desenvolvidos por Michel Miaille, merecem observação e também podem auxiliar no caminho para as questões paradigmáticas da Sociedade.

REFERÊNCIAS

HART, L. A. Herbert. **O Conceito de Direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes, 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Guebenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3^a ed. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MENDES, Antonio Celso. **Direito Linguagem e Estrutura Simbólica**. Curitiba: Ed. Unificado, 1994.

MIAILLE Michel. **Crítica das Concepções Jurídicas do Estado**. In: PLASTINO, Carlos Alberto (org.). **Crítica do Direito e do Estado**. RJ: Edições Graal, 1984.

_____ **Introdução Crítica ao Direito**. 2^a ed. Lisboa: Editorial, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, V I.

REALE, Miguel. **Estudos de Filosofia do Direito: Uma Visão Integral da Obra de Hans Kelsen**. Coord. Munir Karam e Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 1984.

_____ **Filosofia do Direito**. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução: Edson Bini. Baauru: EDIPRO, 2000.

SALDANHA, Nelson. **Teoria do direito e Crítica Histórica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito**. São Paulo: RT, 1977.

WART, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito – A epistemologia Jurídica da Modernidade**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. 2^a ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

ZIPPELITUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.