

A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO NA ATUALIDADE E A EMERGÊNCIA DO PENSAMENTO CRÍTICO: BREVES REFLEXÕES

Luíz Carlos Bordoni*

Charlene Maria C. de Ávila Plaza**

Nivaldo dos Santos***

Viviane Romeiro****

RESUMO

Este estudo aborda a crise do positivismo, identificando os pontos vulneráveis de sua doutrina, refutando os velhos textos e a mesmice das fontes, por entendê-las superadas no tempo e no espaço, em relação à realidade presente. Aponta a premência de uma nova ordem jurídica e tendo o antropocentrismo como paradigma, a partir dos fundamentos da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Na esteira dos argumentos, identifica a fragilidade do discurso jurídico e um profundo vácuo decorrente da falta de sintonia entre o discurso e a prática do Direito, bem como acusa o “efeito zero” da aplicação de uma nova hermenêutica, dada a impossibilidade de se dar novo sentido a antigas palavras. Destaca a ponderação dos juízes na aplicação do princípio da equidade nos julgamentos, como forma de equilibrar a balança das normas. Ao final, a avaliação da eficácia e eficiência dos movimentos de crítica ao positivismo terminal, ressaltando que não só a medida, mas o homem é o fim de todas as coisas. É dele a lei e é para ele a lei. É dele o Estado e é para ele o Estado.

* Graduado em Direito pela Universidade Paulista-UNIP-GO. www.bordoninho.com.br.

** Mestre em Direito na área de Integração e Relações Empresariais pela Universidade de Ribeirão Preto/UNAERP-SP. Professora da Universidade UNIP-GO e Faculdades Objetivo-GO. Advogada Associada do Escritório CARRARO Advogados. S.S. Goiânia-GO. Pesquisadora do Núcleo de Patentes e Transferência de Tecnologia-UCG-NUPATTE-GO. E.mail: charlene_plaza@hotmail.com ou charlene@carraro.adv.br.

*** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Professor Doutor UFG/UCG. Coordenador Geral do Núcleo de Patentes e Transferência de Tecnologia-UCG-NUPATTE-GO. E.mail: nivaldo@ucg.br.

**** Mestranda em Planejamento de Sistemas Energéticos -UNICAMP. Coordenadora do grupo de pesquisa do Núcleo de Patentes e Transferência de Tecnologia do Estado de Goiás -NUPATTE-GO. Pesquisadora da Rede Estadual de Propriedade Intelectual e Gestão da Inovação e da Rede Ibero Americana de Propriedade Intelectual e Gestão da Inovação. Email: viviromeiro@fem.unicamp.br.

PALAVRAS-CHAVE: POSITIVISMO JURÍDICO, CRISE, ANTROPOCENTRISMO, DISCURSO JURÍDICO, DIREITO E JUSTIÇA.

ABSTRACT

This study it approaches the crisis of the positivism, identifying the vulnerable points of its doctrine, refuting the old texts and the use again and again of the same sources, for understanding surpassed them in the time and the space, in relation to the present reality. It points the urgency of a new legal order and having the anthropocentrism as paradigm, from the grounds of the Universal Declaration of the Rights of the Man. In the wake of the arguments, it identifies to the fragility of the legal speech and a deep vacuum decurrent of the lack of tuning between the speech and the practical of the Right, as well accuse to the “zero effect” with the application of a new hermeneutics, given impossibility of if giving new sensible the old words. It detaches the reflection of the judges in the application of the principle of the fairness in the judgments, as form to balance the scale of badly-make norms. To the end, it makes the evaluation of the effectiveness and efficiency of the movements of critical to the terminal positivism, standing out that not only the measure, but the man is the end of all the things. It is of it the law and it is for it the law. It is of it the State and it is for it the State.

WORDS-KEY: LEGAL POSITIVISM, CRISIS, ANTHROPOCENTRISM, LEGAL SPEECH, RIGHT AND JUSTICE.

RESUMEN

Este estudio se acerca a la crisis del positivismo, identificando los puntos vulnerables de su doctrina, refutando los viejos textos y la repetición de las mismas fuentes, porque la comprensión las sobrepasó en el tiempo y el espacio, con relación a la actual realidad. Señala la necesidad inmediata de una nueva jurisprudencia y del tener el antropocentrismo como paradigma, teniendo como fundamento los puntos fundamentales de la Declaración

Universal de los Derechos del Hombre. En la estera de las discusiones, identifica a la fragilidad del discurso legal y a un vacío profundo decurrente de la carencia de identidad entre el discurso y la práctica del derecho, así como acusa al “efecto nulo” con el uso de una nueva hermenéutica, dada imposibilidad de si dar un nuevo significado a las viejas palabras. Registra el equilibrio de los jueces en el uso del principio de la imparcialidad en los juicios, como forma de balancear la escala de normas malo-hechas. Al final, hace la evaluación de la eficacia y de la eficiencia de los movimientos críticos al positivismo terminal, destacándose que no sólo la medida, pero el hombre es el final de todas las cosas. Es de él la ley y es para él la ley. Es de él el Estado y es para él el Estado.

PALABRAS-CLAVE: POSITIVISMO LEGAL, CRISIS, DISCURSO LEGAL, ANTROPOCENTRISMO, DERECHO Y JUSTICIA.

INTRODUÇÃO

Fevereiro de 2008. Quando o filme “Tropa de Elite” foi consagrado como obra de primeira grandeza no Festival de Cinema de Berlim, conquistando o “Urso de Ouro”, aprovou-se, ao mesmo tempo, por coincidência ou não, a peça midiática de que necessitavam os positivistas para a preservação dos alicerces já solapados do Estado coator, onde predominam as elites e as tropas, sob o estandarte da ordem e do dever absoluto (ou incondicional) de submissão.

Estados totalitários foram erguidos sob a égide de tal doutrina e não poucos são os mantidos em todos os quadrantes do globo, como “hospedeiros” de um corpo alienígena invisível, mas latente e a impor, a qualquer custo, com a socapa de Estado de Direito, o regime estatolátrico rígido, em que a lei é o império e o direito a sua ideologia – *vide* Hitler (Alemanha), Mussolini (Itália), *Ceaucescu* (Romênia), Salazar (Portugal), Franco (Espanha), Vargas (Brasil), e as recentes ditaduras militares no Brasil, Chile e Argentina.

“Darwinismo social”, segundo Costa (1987), em prol dos mais fortes e evoluídos, o positivismo jurídico justifica *Nuremberg* ontem, como justifica *Bush* hoje, e, estranhamente,

se faz ausente na antítese ao direito fundado no islamismo, pois aquele, tanto como este, exige a obediência à lei.

Ao fundar regras para o Direito a partir da análise do viés sociológico dos fenômenos jurídicos, desprezando juízo de valores e se munindo de dados estatísticos, o positivismo jurídico passou ao largo do viver coletivo como sujeito das regras, preferindo, primeiro, estas, para posterior aferição de como e em que circunstâncias a vida social reagiria a elas. Eis aí um dos não poucos dilemas de uma “ciência” incapaz de definir, sem discrepâncias, o seu próprio e problemático objeto (REALE, 1998).

Na mesma esteira de sua crise de “soluções” conceituais, tropeçando na sua incapacidade de incorporar o problema da Justiça, conseguindo, no máximo, equipará-la e o Direito à lei, o positivismo entregou-se à teorização e à exegese radical em relação ao Direito positivo, estando a dever, ainda nos dias hodiernos, a fixação de seu objeto e o alinhamento explícito de suas verdadeiras expressões doutrinárias e institucionais, expondo a sua mais completa tibieza (ARRUDA JÚNIOR; GONÇALVES, 2002).

Dentre os seus “pecados mortais” estão:

- o esvaziamento do sentido valorativo e dos fundamentos ontológicos do Direito,
- a redução deste ao mero fato empírico (“o Direito é aquilo que se vê”),
- a estatização do Direito,
- a imposição da onipotência do legislador,
- a sobrevalorização do poder coercitivo,
- a desvalorização do papel do juiz e do jurista como intérpretes da lei.

Não sem razão o contexto está a exigir a “dissecação” destes sofismas acobertados pelas falácias do culto da razão, em que os valores morais, as instituições e os fenômenos sociais sejam, indistintamente, tratados tais quais os elementos das ciências naturais. Não sem razão se critica o modo acadêmico e único com que são discutidas as prescrições desta apologia ao passado e a proscrição do homem como agente transformador do futuro.

Construir a modernidade com as regras conservadoras do passado é negar ao homem o reconhecimento da sua ascensão ao estágio presente. Do passado aprendemos com os erros os óbices ao *bis in idem*, mas o mundo presente nada tem a ver com o discurso e os métodos dos tempos idos.

Não há mais lugar para reverberações de idéias transportadas de eras remotas, pois os caracteres históricos teóricos evocados em justificação ao misoneísmo persistente nada mais são do que instrumentos ideológicos a manter respirando, por “aparelhos”, o positivismo jurídico a uma jarda da campa.

Falar em pós-positivismo é lavrar na aridez para semear a infertilidade, pois tais marcas de fantasia soam vazias, onde o “pós” tem tudo a ver com “tatear” filosófico e/ou sociológico decorrente da ausência de um “plano B”, pois raramente se trabalha com a possibilidade de alternativa emergencial, quando as regras são movidas pelo formalismo mecânico abrigado pelo mais poderoso verbo do positivismo jurídico: “Cumpra-se”.

Admitir a possibilidade de restauração do jusnaturalismo é trazer de volta o passado tão incompatível com o futuro que já se faz presente, onde o homem já carrega o mundo na palma da mão.

O positivismo tradicional não consegue romper o cordão umbilical que o prende às estruturas clássicas das ciências e do conhecimento que o gestaram, e, da mesma forma, a cultura jurídica tradicional se mantém comprometida com o dogmatismo e com o formalismo, seus “músculos motores”.

Não basta desligar os liames ou ilustrá-los para adequá-los a este mundo novo muito mais admirável do que imaginou *Huxley*. Há que se pensar e elaborar um Direito compatível com este novo *orbi*, redefinindo os limites de garantia de direitos e tornando ainda mais sólidas as bases dos direitos fundamentais em que, acima do cidadão, prevaleça o homem como sujeito *urbi et orbi*.

Com a crise do positivismo, há a premência de uma nova ordem a partir do homem como medida, alicerçando-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e nos Pactos sobre Direitos, de 1966.

Ainda que este antropocentrismo remeta à Antiga Grécia de Protágoras, mister se faz ressaltar que, no Estado laico, o homem foi, é e sempre será a medida de todas as coisas. Ele precede ao Estado e a lei é dele e para ele. É o homem *Domini ac Dei*, pois, já advertia Carlitos, “Deus não joga dados com o mundo”(CHAPLIN, 1947).

I. O DIREITO DO NOVO MILÊNIO REFUTA NOVA LEITURA DE ANTIGAS PALAVRAS

Falar em “direito positivo” como uma expressão de uso relativamente recente, encontrável em textos latinos medievais, é, segundo Bobbio (2002), assegurar ao homem das cavernas a detenção da hegemonia universal, em detrimento dos astronautas que pisaram a Lua.

Não há mais cabimento para distinções entre “direito positivo” e “direito natural”, pois desde o ontem que o primeiro se fez imperial, com os seus cultuadores insistindo na dicotomia por razões óbvias de sobrevivência. O tempo não é mais de comparações e, sim, de explicações, e o positivismo jurídico as deve há muito tempo”.

Dizer que, “enquanto o direito natural permanece imutável no tempo e o positivo muda no tempo e no espaço, razão por que uma norma pode ser anulada ou mudada seja por costume (ab-rogativo) seja por efeito de outra lei” (BOBBIO, 2002, p.18), é perpetrar explícita litigância de má-fé.

Ocorre, em tais casos, apenas a busca de palavras novas para repetir a mesma e velha ordem coatora, nada mais.

Nestes tempos modernos não há vez para as antigas palavras de Aristóteles, de Demóstenes, o grego, e nem mais há ouvidos para Kelsen, o austríaco, pois a realidade está a exigir do Estado a sua adequação ao *status quo* real do Terceiro Milênio, onde soam incompatíveis os preceitos jurássicos que, pela omissão do homem e inação do Estado, são as causas da “fossilização” do ordenamento jurídico vigente.

Os antigos pensamentos não cabem na nova ordem e o mundo jurídico só não porque os magistrados têm se socorrido, com sabedoria, aplicando remédios legais em casos concretos. Leia-se “equidade” e “jurisprudência”.

Não sem tempo se traz à luz da discussão o dogma da onipotência do legislador, ao mesmo tempo em que se desnuda a farsa da democracia representativa, onde a prática parlamentar ainda está a serviço de oligarquias ou de grupos financiadores de deputados e senadores.

E não só o Parlamento brasileiro padece deste mal, pois ele é diagnosticado em todos os símiles – e pertinente é que se inclua no rol a própria Assembléia Geral das Nações Unidas. Aliás, foi com o respaldo das nações do mundo que o positivismo jurídico virou momentânea e levianamente as costas para o princípio “*nulum crimen, nula poena*

sine lege”, para perpetrar o histórico julgamento de *Nuremberg*, em que houve a condenação de carrascos nazistas. Não havia, até então, lei a amparar tipificações de delito e condenações, e as regras punitivas foram estatuídas adrede – vide Estatuto de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945 –, prova explícita de que Justiça e Direito são corpos estranhos no positivismo jurídico *in questo*.

Nuremberg foi o portal para outros tribunais de exceção perpetrados ao longo da História (Iugoslávia, Ruanda, Serra Leoa, Timor Leste, Iraque), fazendo preponderar o juízo dos vencedores. Império voraz do *jus puniendi* e exultação do Estado violência.

Não que tais verdugos não merecessem castigo, mas desde que na forma da lei – e eis aí a contradição explícita do positivismo jurídicos, em cujas veias corre o cimento do legalismo, *in casu*, escandalosamente burlados.

Retomando o dogma da onipotência do legislador e o relacionamento antagônico deste com os juízes, indispensável se faz à observação de que ao magistrado cabe o exercício da Justiça pela exegese da lei, agindo ele como árbitro pela via da equidade (MARINI *apud* BOBBIO, 2002).

In suma cabe ao juiz se pronunciar com base na própria natureza do caso em controvérsia, suprimindo a falta de norma legislativa (equidade substantiva), colocando em xeque, mais uma vez, o juspositivismo claudicante.

“As leis são as relações necessárias que decorrem da natureza das coisas”. Esta conceituação da lavra de *Montesquieu* (1997), em *O Espírito das Leis*, embora adotada como um dos axiomas do positivismo jurídico, os seus cultuadores ainda não se fizeram capazes de oferecer o entendimento da doutrina quanto à noção da natureza das coisas. E estão distantes de consegui-lo.

Esta certeza se faz quase absoluta ante o aval explícito do juspositivismo a esta outra afirmação de *Montesquieu* (1997), de que os Juízes, na concepção da época, não eram senão “*a boca que pronuncia as palavras da lei*”; se hoje empregada, seria o mesmo que negar a função política do magistrado, desqualificar a sua função e ignorar a funcionalidade democrática do Poder Judiciário.

II. O FRÁGIL DISCURSO JURÍDICO E O REMANESCENTE POSITIVISMO

No universo das contradições decorrentes dos descaminhos do positivismo jurídico, obviamente, só poderia resultar em descompasso entre a hermenêutica (a interpretação da palavra) e a linguagem (a forma de transmissão da palavra interpretada) na comunicação da realidade contemporânea.

Há um vácuo profundo identificado pela ausência de sintonia entre o discurso e a prática do Direito, ampliando ainda mais os graus de dificuldade para o encaminhamento solúvel de problemas jurídicos. Assim, não sem razão há sinais de alerta por conta do uso de circunlóquios estéreis provocados pela ausência de escólio decorrente de uma ciência jurídica ultraformal, inflexível, que simplesmente impossibilita a justeza entre intenção e gesto.

Há quem propugne pela proposição de uma nova hermenêutica – Habermas (1990) entre eles – por conta da saturação de soluções propostas a casos concretos e da necessidade de aproximar o homem do mundo, consoante estudo já conhecido de Gadamer (2002) e Heidegger (1997). No entendimento da conceituada tríade, as implicações lingüísticas há muito deveriam estar na relação sujeito-sujeito e não mais sujeito-objeto, permitindo ao homem o “agir comunicativamente” (HABERMAS, 1990).

Ao tempo em que pondera ser o Direito repressivo e que tem na coação a sua linguagem para fazer-se impor e ser obedecido pelo tecido social, o óculo gadameriano sugere a necessidade de uma linguagem que possa apreender a total significação de tal conteúdo repressivo, vereda pela qual buscaria a preservação da ordem e da paz social oferecida aos cidadãos.

Ocorre, entretanto, que as convulsões que sacodem a *jus cientia* não resultam da leitura da bula, mas da má elaboração da substância decorrente de choques paradigmáticos desencadeados pela crise do próprio Estado contemporâneo, que se desnuda incapaz de mediar e regular os problemas sociais e de produzir o Direito consentâneo com o novo hoje que aí está. (FARIA, 2000).

Há, sim, um enorme fosso entre o Direito e a realidade social, obstando e aprofundando a crise de paradigma gestada na incapacidade da dogmática jurídica na lida com os problemas que transbordam de uma sociedade acentuadamente desigual (STRECK, 1997).

No teclar de suas ponderações, os observadores supracitados insistem na necessidade urgente de uma “nova hermenêutica”, ou seja, de uma “nova interpretação” que resulte numa linguagem coerente com a *modus vivendi* atual. Ponderações que, aliás, são merecedoras de reparos.

- Não há como dar nova significação às mesmas palavras, ainda que o contexto seja outro. Assim, a necessidade não é de “nova leitura”, mas de novo texto a ser lido. *In suma*: o *jus conditum* de ontem, ortodoxo, inflexível, é incompatível com as exigências do hoje.

- A crise de paradigmas só estará efetivamente superada com a produção – e não reprodução – de um novo Direito, em que o homem anteceda ao Estado e seja o sujeito principal.

- A retomada da dicotomia “Direito” e “Justiça”, vez que não são sinônimos e não podem ser confundidos com “lei”. “Direito” é o conjunto de regras de conduta e de organização, dotadas de força impositiva (coação), regras que podem ser justas ou injustas. “Justiça” é o ideal que persegue todo o direito, e o fato de ter havido e haver direitos injustos, não destrói esse ideal (BODENHEIMER, 1966).

Cabe aduzir o pensamento Hegeliano, a propósito da exata complexidade da Justiça: “o drama não é a luta entre a justiça e a injustiça, é a luta entre dois direitos igualmente justos”.

Retomando a senda do discurso, é irrefutável que a atual linguagem jurídica é forma de expressão a serviço dos interesses vigentes do Estado e do poder (BOURDIEU, 1996). Mais que esta premissa, há uma barreira delimitadora imposta pelo Estado, óbice à criação, o que resulta na perpetuação de verdades que já estão (im)postas, restando aos juriconsultos apenas e tão-somente o “dizer sobre” o que já está dito e exaustivamente repetido e repisado (WARAT, 1996).

No mundo hodierno, deve haver a predominância de coisas novas, até porque, ainda que preservada a sua soberania no território que ocupa, o Estado nacional é pautado por exigências que ultrapassam as suas fronteiras. E é justamente aí que mora o perigo (FERRAJOLI, 1997).

No processo de globalização voraz, principalmente das forças transformadoras, é pertinente dado os riscos que correm valores histórica e estoicamente esculpidos nas nações

livres e principais sustentadores do Estado de Direito, caso dos princípios da legalidade, da igualdade e da soberania popular.

Por ser um processo de solidariedade mecânica, a globalização faz alicerce no positivismo jurídico para derrubar fronteiras e para disseminar, com a socapa de “democracia”, formas neo-absolutistas de domínio, colocando sob frenagem os chamados direitos e garantias fundamentais.

Eis por que se pode dizer sorte dos povos de nações em que tais direitos estão constitucionalmente sedimentados por um modelo garantista, fundado na igualdade e estruturados na universalidade e a sua indisponibilidade e inalienabilidade.

Nesta perspectiva, creio que hoje já não é possível falar decentemente de democracia, de igualdade, de garantias, de direitos humanos e de universalidade dos direitos se não tomarmos finalmente ‘a sério’ – segundo a fórmula de *Dworkin* – a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU de 1948 e os Pactos sobre Direitos de 1966, se nos fecharmos nas fronteiras das nossas democracias, alargadas talvez às da ‘fortaleza Europa’; se continuarmos a dissociar direitos do homem e direitos do cidadão, preocupando-nos só com estes e não com aqueles. Depois da queda dos muros e do fim dos blocos, já não há álibis para que a democracia, cujos triunfos celebramos, não se realize finalmente a si própria (FERRAJOLI, 1997).

É sempre oportuno alertar que, a se insistir na dicotomia “homem” e “cidadão”, com certeza estar-se-á repetindo a fórmula kantiana de fixação dos critérios de igualdade do homem: todos são cidadãos e com direito a tudo, mas desde que sejam proprietários.

Este é outro dos pontos fundadores da crise do positivismo jurídico: a sua histórica trajetória como “direito dos mais fortes”. Fortaleceu-se aí o velho jargão que se fez universalmente popular: “cadeia foi feita para pobre”.

É onde pontua, com pertinência, a arguta pergunta de Ferrajoli (1997) aos positivistas de plantão: “Afinal, quem deve usar a venda nos olhos? A Justiça ou os juízes?”.

III. QUANDO A EQÜIDADE EQUILIBRA A BALANÇA DAS NORMAS MAL ELABORADAS

A lei é clara: o aborto é crime (art. 124, CP). Ainda que um feto anencéfalo venha à luz, o abortamento é crime. *Dura lex sed lex*.

À luz da legislação coatora, que venha ao mundo o portador de anomalia congênita e que tratem os pais de dele cuidar com o zelo e a responsabilidade, dois dos caracteres impositivos do poder de família. É o vasto domínio até então intocado do *jus cogens*, em que predominam as leis imperativas, absolutas, coativas, proibitivas.

Foi num pretérito bem próximo que as coisas começaram a mudar. Fazendo do direito à vida saudável paradigma *erga omnes*, os juízes passaram a fundamentar as suas decisões pelo princípio da equidade, aplicando a solução judicial que suprime a dureza do direito positivo em favor das especiais condições de uma situação concreta. Eis aí o reconhecimento dos aspectos subjetivos de um caso, evitando que a aplicação fria e genérica da lei redunde numa injustiça.

Recente exemplo real de aplicação da equidade a esse tipo se deu em Goiânia-GO, no dia 11 de outubro de 2006, quando um juiz da 1ª Vara Criminal, autorizou a interrupção da gravidez de mãe, cujo feto em gestação era portador de anencefalia.

Na decisão, o juiz observou que o aborto pretendido carecia de previsão legislativa até mesmo nos casos de anencefalia, mas cuja anuência judicial tem sido defendida pela doutrina, dada a inquestionável impossibilidade médica de correção da deficiência no órgão vital, e, conseqüentemente, da absoluta falta de chances de vida biológica e moral do feto em meio extra-uterino.

Ainda em sua fundamentação, o juiz atacou a exegese positivista de que não compete ao julgador aplicar o princípio analógico, nem tampouco legislar ao sentenciar, cabendo a ele tão-somente a aplicação da lei:

Ousamos discordar veementemente. Primeiro, porque o artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil estatui que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito. Segundo, porque nem tudo que o legislador eximiu não pode ter julgamento.

Apenas a guisa de informação, pela nona vez o magistrado *in quaesto* autorizou a realização do procedimento em casos similares. Clara está a sua posição antitética ao mandamento da inflexão ditado pelo positivismo, impeditivo que valores e condicionantes subjetivos interfiram nos resultados.

Este óbice legal, além de hodiernamente superado quanto à compreensão da realidade cotidiana do homem, exhibe uma inserção de cunho ideológico no âmbito da

investigação científica – acusando haver ali uma pretensa neutralidade axiológica –, vez que, ao apurar-se mais detidamente o caso, constatar-se-á a impossibilidade de se tratar às questões humanas, principalmente, independentemente do quadro histórico a que pertencem o objeto e o próprio sujeito (REALE, 1996).

Na esteira da equidade, só que em meio de credos e seus dogmatismos conflitantes com as leis cogentes do Estado laico, ainda é latente o efeito de apenas dois votos de ministros do Supremo Tribunal Federal, favoráveis aos experimentos com células-tronco, no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação à Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, também chamada Lei de Biossegurança.

Reclamam os autores do perigo do art. 5º daquele diploma legal, quando também tentam, via discurso jurídico e aproveitando gritantes falhas de redação, impor a interpretação ideológica de um texto, com o fito de fazer prevalecer a propalada gravidade do “isto é pecado” sobre o “isto não é inconstitucional”.

Ainda que o ponto nuclear da dita lei cinja tão-somente as pesquisas e fiscalização com os organismos geneticamente modificados (OGM), “pinçou-se”, isoladamente, o artigo que cuida de regulamentar a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Há o uso e o grifo de “pinçou-se” porque este item sequer está mencionado no artigo 1º, que define os objetivos da referida norma.

É do conhecimento de todos que a utilização das células-tronco embrionárias é tema assaz discutido na comunidade científica e até mesmo em círculos leigos da sociedade, dada a sua presença constante nos meios de comunicação. O debate se justifica pela imensa relevância não só científica, mas também por razões éticas, econômicas e, também, pelos seus efeitos no campo do conhecimento (FERRAZ, 2004).

Causam espécies e colocam em xeque todos os caracteres da lei, incluído o positivismo em descrédito, a pobreza jurídica e o despreparo com que o legislador esculpiu a norma, deixando lacunas suscitadoras de questionamentos, a exemplo desta ADIN que tramita no STF, cuja votação foi interrompida pelo pedido de vistas feito por um ministro confessadamente católico e contrário à questionada permissão.

A lei, em seu art. 5º, regulamenta a possibilidade de utilização células-tronco ainda embrionárias para pesquisa e terapia – os embriões passíveis de utilização serão aqueles provenientes de *fertilização in vitro*. Ocorre que o referido art. 5º não menciona quais serão,

especificamente, os embriões que poderão ser utilizados para a produção de células-tronco embrionárias, em gritante falha legislativa. *In verbis*:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou,

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

Ao exegeta criterioso cabe argüir:

- Embasado em qual critério científico pôde o legislador estabelecer o período de três anos de congelamento, no mínimo, para que os embriões sejam pesquisados?
- O que são embriões viáveis? E inviáveis?
- Viáveis ou inviáveis para o quê?

Ainda em relação ao polêmico art. 5º, a incúria do legislador expõe a falta de responsabilidade com que o Parlamento nacional trata questões tão sérias. De acordo com o texto do §1º da referida norma, “*é necessário o consentimento dos genitores*” para a pesquisa com células-tronco embrionárias.

O legislador pátrio permite, com tal texto, ao admitir que embriões tenham “genitores”, o surgimento de um máximo complicador incomum para o já tumultuado campo jurídico da biogenética, que é o de definir se os embriões são “pessoas”, lido (na lei) que têm os ascendentes pai e mãe.

Ainda na esteira do absurdo, só as indagações são pertinentes:

- Caso os embriões não tiverem os seus “genitores” a descoberto – tal qual se dá na doação de gametas –, ou mesmo se estes se mudaram para local incerto e não sabido, ou, ainda, ocorrer a dissolução do vínculo conjugal, ou simplesmente abandonado os embriões, como se resolverá a questão do consentimento?
- Na dúvida, deverá ser criada uma presunção de consentimento?

Com tamanhas tolices gestadas pelos elaboradores das normas cogentes do Estado, outra não seria a senda crítica do positivismo e nem diferente seria o questionável conteúdo

do discurso jurídico hoje tão permeado de sofismas e circunlóquios, com os advogados alimentando a presunção de uso, pelo juiz, do princípio da equidade.

IV. A EMERGÊNCIA DO PENSAMENTO CRÍTICO

O direito e sua função na sociedade estão sendo minuciosamente “dissecados” desde o ocaso do século XIX e a aurora do século XX, mas o movimento de crítica à sua eficiência e eficácia iniciou-se no final dos anos 60 na Europa, só atingindo a América Latina na década de 1980.

Não se trata de ataques levianos, como reagem os positivistas mais radicais, ou de arroubos acadêmicos em defesa de teses circunloquiais, e, sim, da busca de uma nova dimensão emancipatória do direito pelo conhecimento crítico, a partir da concepção de uma teoria jurídica crítica. Uma teoria cujo papel seja de afetar não apenas a teoria geral do direito, mas também aquelas disciplinas voltadas ao social, de modo a suprir a ausência do direito popular na lei do Estado, pois ela é uma forma de alcançar a libertação (COELHO, 1991).

Neste diapasão preleciona, Wolkmer (2001, p.58):

A teoria jurídica crítica é formulação teórica e prática que sob a forma de exercícios reflexivos, se revela capaz de questionar e de romper o que esta disciplinarmente ordenada e oficialmente consagrada (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e, e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras de prática jurídica.

Obviamente que, dada a pluralidade de escolas exegéticas e a não menos plural corrente de insatisfeitos com o *status quo*, não pode haver uma teoria jurídica crítica geral e única, mas várias. Assim, há produções várias de vários pensadores e, não raramente, o ponto de convergência entre eles nucleia o confronto do dogmatismo com o positivismo lógico-formal, fixando como paradigma o homem como sujeito do Direito.

Justificável no século XIX e ainda que antitético ao naturalismo iluminista, o positivismo não mais se ajusta ao hodierno. O mundo é outro, é feito de mais mundos, de molde que tal doutrina não corresponde à totalidade deste novo universo.

Posto que o direito se manifesta de várias formas e o operador jurídico não o descreve e, sim, a sua forma de vê-lo, segundo Grau, (2002), por que não tê-lo como

conjunto normativo a regular a preservação das condições de existência do homem em sociedade? Que tal transformá-lo de molde que não mais se limite à lei, que a hermenêutica possa interpretá-lo sem as barreiras do mecanicismo que o hermetiza?

Por que fazer hegemônico o princípio da legalidade, preterindo a legitimidade do direito, vez que a lei que não respeita as condutas do tecido social é ilegítima, pelo fato de que só há legitimidade na norma jurídica “quando houver correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social a partir da realidade justificadora do preceito nela contido?” (GRAU, 2002).

Esta questão é contributiva para o solapamento do positivismo jurídico, pois, amoldando-se aos interesses do Estado e de quem governa o Estado, ele se permite ser político-ideológico em prol de tais situações.

Dessa falta de legitimidade já padece a própria Constituição da República Federativa do Brasil, elaborada por uma assembléia de partidos políticos e não de pessoas do povo, em explícita burla à norma fundamental e em pública usurpação do Poder Constituinte Originário. E, pior, e agravando ainda mais a lesão: A nova Carta Magna não foi submetida a referendo, os brasileiros não a legitimaram. Esqueceram-se os legisladores de que a legitimidade da lei reside no consentimento da Nação.

Ainda hoje é cabível tal lição aos ilustres parlamentares, quanto às mudanças no texto da Lei Maior. Já que se fala tanto em reforma constitucional, é preciso adverti-los de que este poder de reforma é insuscetível de delegação, mesmo porque o Poder Constituinte Derivado não pertence ao Congresso Nacional, mas é tão somente exercido por ele. Além do mais, é regra comezinha do direito que ninguém pode delegar o que não lhe pertence (CLÈVE, 2000).

Eis que aí reside, outra agravante: carecem de legitimidade para promoverem mudanças (emendas) no conteúdo constitucional. Ainda que o art. 60 da CF trate do procedimento de elaboração de Emendas Constitucionais, tal previsão, contudo, não é compatível com a técnica da delegação legislativa (CLÈVE, 2000).

O Congresso Constituinte (ilegítimo de origem), quando elaborou a Constituição de 1988, só exerceu o Poder Constituinte Originário para tal mister e este, além de indelegável, é um poder que não lhe pertence.

No caso das Emendas Constitucionais, permite-se ao legislador ordinário o exercício indevido e ilegítimo do Poder Constituinte Derivado, visto que a matéria constitucional encontra-se fora do alcance do legislador ordinário (CLÉVE, 2000).

In fine, tem-se um Estado de Direito brasileiro fundado numa Constituição ilegítima e um conjunto de legislações criado por um positivismo jurídico que se faz inservível e incabível no tempo presente.

Paradigmas vencidos, positivismo em crise. O direito deve se amoldar à sociedade que o legitima, ainda que receba interpretações diversas. Mas o direito que aí está, produto da elegia positivista do sujeito racional, carece de respostas às interrogações da sociedade de uma nova era. Afinal, não há ordenamento com segurança jurídica. Mas um universo de incertezas que se amplia.

Neste *status quo* vigente:

- Não há a palavra justiça quando se impõe à sociedade a submissão absoluta à lei, cujo conteúdo se faz mutável e variável ao sabor do humor da TV, esta nova fonte do Direito.

- Não há mais como acreditar na neutralidade do Direito quando o legislador burla até o texto da Lei maior, para atender interesses de grupos ou para favorecimentos dissimulados.

- Não há Estado de Direito pleno quando se impõe a subsunção da legitimidade à legalidade, pois só há o imperativo da norma se o consentimento da sociedade legitimá-la.

- Não há sequer expectativa de justiça, pois, onde prepondera o formalismo científico, a interpretação das normas se dá com atenção às formas, preterindo a realidade social ou conflitos de interesses existentes.

- Não há a certeza segura da existência de princípios certos e incontestáveis, quando a refutação tácita do dogmatismo e a prevalência de um direito compartimentado a partir da visão positivista redutora da realidade, impõem-se imperativamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tais argumentos e sabedores todos de que o modelo positivista exauriu e se desnuda incapaz de atender às exigências da nova era e os desafios tridimensionados pela

cibernética, genética e informática, necessária se faz uma nova ordem cujo corpo não seja estático como a estátua do Redentor.

O Direito do novo milênio deve ser parametrado a partir do homem, e, sob a égide do antropocentrismo, fazer valer direitos e obrigações, mas nunca pela coação do Estado-cadeia, e, sim, pela co-ação do Estado-escola.

Não só a medida, mas o homem é o fim de todas as coisas. É dele a lei e é para ele a lei. É dele o Estado e é para ele o Estado. Não cabe insistir na estupidez do formalismo hermético ditatorial na produção legislativa, até porque não há no mundo doutrina que se circunscreva com rigidez no tempo e no espaço.

Não há mais vez para quaisquer modalidades de formalismo, pois a plena compreensão do Direito só é possível como dimensão que é da vida do homem (TOURAINÉ, 1999).

Como leciona Perelman (1998), o Direito que impõe uma prescrição não referendada pela vontade social é um Direito ilegítimo, mas o Direito que se constitui em espaço dialético de convivência dos variegados valores sociais se legitima como instrumento de promoção da paz e da justiça. Eis por que, na inexistência de instrumentos de prospecção da verdade real, deve o juiz fazer-se valer do raciocínio dialético, o fornecedor das respostas que a razão teórica analítica é e sempre foi incapaz de oferecer.

No Direito, o homem, e não Deus, acima de todas as coisas. Até porque não vivemos no Paraíso.

Uma nova ordem legal se faz necessária para a proclamação de um novo discurso jurídico, e não mais culto do conceito pelo conceito, fundado em evidências empíricas e em que a própria razão se faz pobre.

Que desçam as premissas deste novo *jus*, materializando como válidas todas aquelas que decorrerem dos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Ou de teorias outras, mas que sejam do Direito e de direito, sem a necessidade de ressuscitar autores ou reconstituir conceitos inservíveis para uma nova ordem pela qual valerá a pena começar tudo de novo, mas pelo presente, pois de nada mais servem as litânias.

Começar de novo. Sem sofismas, sem falsos raciocínios, sem desdenhar valores. Nem natural nem positivista, Direito do homem, apenas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W., HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de., GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica – alternativa para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BODENMHEIMER, Edgar. *Teoria Del Derecho*. México: *Fondo Económico de Cultura*, 1994.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2002.

BOURDIEU, PIERRE. *A economia das trocas lingüísticas*. São Paulo: USP, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito). São Paulo: Acadêmica, 1993.

COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

COSTA, Alexandre Araújo. Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo (org.). Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. “O Direito como Sistema de Garantias”, in O Novo em Direito e Política. José Alcebíades de Oliveira Júnior (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2004.

GAINO FILHO, Itamar. Positivismo e Retórica. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*, Fundamentos de una Hermenéutica Filosófica. 3ª ed., Salamanca: Sigueme, 1988.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *El Ser y el Tiempo*. 2ª Ed. México: FCE, 1980.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000. v. iv – v.

MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. São Paulo. Nova Cultural, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. tratado da Argumentação / Perelman, C. e *Olbrechts-Tyteca*, L. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

ROCHA, Leonel S. *Crítica da Teoria Crítica do Direito*. Seqüência. Florianópolis: UFSC, 6:132, dez. 1982.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *A visão integral do direito em Kelsen*. In: *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: RT, 1985.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-Estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Dogmática e Hermenêutica*. Cadernos de Pesquisa do Curso de Mestrado em Direito – UNISINOS, nº 2, agosto, 1997.

TASCHNER, Gisela B. *Após-modernidade e a sociologia*. Revista USP, São Paulo, n. 42, p. 6-19, jun. /ago. 1999.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. 6ª Ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

WARAT, Luís Alberto. *O outro lado da dogmática jurídica*. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luís Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2ª ed., Porto Alegre: Safe, 1995.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-ômega, 2001.