

PAULA MOREAU BARBOSA DE OLIVEIRA

**Lei do bem dizer e lei do dizer o bem:
uma contribuição da psicanálise para o instituto jurídico da guarda e
da adoção.**

São Paulo

2013

PAULA MOREAU BARBOSA DE OLIVEIRA

**Lei do bem dizer e lei do dizer o bem:
uma contribuição da psicanálise para o instituto jurídico da guarda e da
adoção.**

Dissertação apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Psicologia.

Área de concentração: Psicologia Clínica.

Orientador: Prof. Dra Maria Lúcia de Araújo Andrade.

São Paulo
2013

AUTORIZO A REPRODUÇÃO E DIVULGAÇÃO PARCIAL DESTE TRABALHO, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

Catálogo na publicação
Biblioteca Dante Moreira Leite
Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo

Oliveira, Paula Moreau Barbosa de.

Lei do bem dizer e lei do dizer o bem: uma contribuição da psicanálise para o instituto jurídico da guarda e da adoção / Paula Moreau Barbosa de Oliveira; orientadora Maria Lúcia de Araújo Andrade. -- São Paulo, 2013.

137 f.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Psicologia. Área de Concentração: Psicologia Clínica) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo.

1. Psicanálise 2. Direito 3. Guarda de menor 4. Adoção I. Título.

RC504

Nome: Paula Moreau Barbosa de Oliveira

Título: Lei do bem dizer e lei do dizer o bem: uma contribuição da psicanálise para o instituto brasileiro da guarda e da adoção.

Dissertação apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Psicologia.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. : _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. : _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. : _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

À Prof. Dra. Maria Lúcia de Araújo Andrade que admiravelmente acolheu o meu tema de forma singular dentro da Universidade, sustentando o desejo do sujeito na pesquisa, com base em uma Ética da psicanálise dificilmente encontrada nas Instituições.

À Prof. Dra. Maria Cristina Machado Kupfer e à Prof. Dra. Léia Prizskulnik, pelas importantes colaborações no exame de qualificação.

À clínica Sujeito e Corpo, Sucor, da Universidade de São Paulo, sob direção da Prof. Dra. Maria Lúcia de Araújo Andrade, por ter possibilitado o atendimento clínico que particularizou esse trabalho.

Ào analista Luiz Fernando Carrijo da Cunha, que esteve presente nessa trajetória, proporcionando enormes e imprescindíveis contribuições para esse trabalho.

Ào Clin-a, Centro Lacaniano de Estudo da Ansiedade, e a EBP-SP, Escola Brasileira de Psicanálise São Paulo, que fez parte da minha formação continuada na psicanálise durante o Mestrado na Universidade de São Paulo.

À Beno Reicher, parceiro dedicado e amoroso companheiro que me acompanhou passo a passo na elaboração desta dissertação e compartilhou momentos difíceis da minha vida.

À minha família, mãe, Pai, avós, irmãos e sobrinhas por fazerem a minha vida mais rica e dinâmica, e que apoiam minhas escolhas. Ao colegas e aos amigos.

À Universidade de São Paulo, principalmente aos funcionários da Secretaria do Departamento de Psicologia Clínica, especialmente à Claudia Rocha por sempre estar disposta a me atender e a resolver questões burocráticas.

E, por fim, ao CNPQ, pela concessão da bolsa de mestrado que proporcionou importante apoio financeiro para a realização da pesquisa.

RESUMO

OLIVEIRA, P. M. B. **Lei do bem dizer e do dizer o bem: uma contribuição da psicanálise para o instituto jurídico da guarda e da adoção.** 2013. 137p. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Decisões jurídicas são feitas diariamente incidindo de forma direta na vida das pessoas. O processo de guarda e de adoção dependem do aval Estatal na medida em que cabe a este a sentença final autorizando ou não a possibilidade de se ter um filho por esses meios. O sistema do direito, porém, se mostra em crise. Diante da complexidade da atualidade e o excesso de demanda dirigida ao judiciário, os juristas não sabem, muitas vezes, o que fazer. A questão de permitir ou não a efetivação do processo de guarda ou de adoção de uma criança à certo casal, à mãe solteira ou aos casais homossexuais vira um impasse. Diante disso, seria o instituto do direito capaz de dar conta sozinho das problemáticas que envolvem as demandas de guarda e adoção? Varias áreas são chamadas para auxiliar. A psicanálise poderia contribuir de alguma forma para essas questões do direito? O presente trabalho propõe buscar instrumentos para responder essa pergunta. Para isso, iniciamos com um capítulo dedicado a definição do conceito de lei e de direito, utilizando como base a filosofia do direito. Após, conceituamos Lei na psicanálise lacaniana para assim entender qual é a diferença entre a lei no direito e a Lei na psicanálise. No terceiro capítulo abordamos a guarda e a adoção no sistema jurídico brasileiro. Já na última parte trouxemos a visão da psicanálise lacaniana sobre a guarda e adoção. Por fim, concluímos que a psicanálise tem como contribuir para a área do direito. Trata-se de mostrar que a questão em jogo é a singularidade do sujeito. É no como cada adotante se enlaça na relação com o adotado que a psicanálise pode dizer alguma coisa. É no caso a caso, utilizando uma escuta particular sobre o desejo e o gozo do sujeito, que a psicanálise pode auxiliar certas questões surgidas no âmbito jurídico.

Palavras-chave: Psicanálise; Direito; Guarda de criança; Adoção.

ABSTRACT

OLIVEIRA, P. M. B. Lei do bem dizer e do dizer o bem: uma contribuição da psicanálise para o instituto jurídico da guarda e da adoção. 2013. 144 p. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Legal decisions are made daily and directly affects people's life. The adoption and guardianship process depends on the State because he decides whether people can or cannot have children by this way. However, the legal system seems to be on a crisis. The complexity of the cases faced by the system and the big amount of work can make the decision making process really hard. In many cases, judges don't know what to do. Therefore, allowing or not the guardianship or adoption of a child by couples, single mothers or gay couples can create dedlocks. Would the Law be able to deal, lonely, with these type of themes? Many areas are been asked to help. The Psychoanalysis could help somehow to solve these legal issues? This academic study intends to find tools to answer this question. It has been divided in four chapter. In the first chapter, we will present the definition of law and right. In the second chapter, we will define the concept of law by the Lacanian Psychoanalysis to findout the difference between law in the legal sense and law through the view of the Psychoanalysis. In the third chapter, we will write about guardianship and adoption in Brazil. In the last part we will present the Lacanian Psychoanalysis view of guardianship and adoption. We will conclude that Psychoanalysis can contribute with Law, showing the singularity of the individuals. Psychoanalysis can contribute understanding how the one that is adopting establishes relations with the one that is being adopted. Finally, Psychoanalysis can contribute to solve some legal issues by carefully listen the desires and joys of individuals.

Key-words: Psychoanalysis; Law; Child Guardianship; Adoption.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
------------------	----

CAPÍTULO 1

CONCEITO DE LEI JURIDICA NA FILOSOFIA DO DIREITO	12
1.1 Conceito de lei na Antiguidade: Mesopotâmia, Egito e Grécia	12
1.2 Construção do conceito de lei em Roma	21
1.3 A organização da ordem jurídica na Idade Média	23
1.4 Concepção de lei na modernidade.....	25
1.4.1 Aspectos da lei no racionalismo e empirismo.....	27
1.4.2 Compreensão de lei em Montesquieu e Rousseau.....	31
1.4.3 Definição de lei em Kant e no idealismo de Hegel	34
1.4.4 Concepção de lei no positivismo jurídico e no sistema de codificação.....	39
1.4.5 Influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão na lei.....	44
1.5 (Neo)Constitucionalismo do século XX e seus reflexos no ordenamento jurídico..	48
1.6 A lei no ordenamento jurídico brasileiro	51

CAPÍTULO 2

CONCEITO DE LEI NA PSICANÁLISE	62
2.1 Conceito de Real, Simbólico e Imaginário em Lacan	62
2.2 Diferença entre necessidade e demanda	66
2.3 Conceito de desejo	69
2.4 Formação do termo gozo na teoria lacaniana	72
2.5 Totem e tabu: formação da Lei em Freud	77
2.6 Totem e tabu: uma leitura de Lacan.....	79
2.7 Complexo de Édipo: uma função normativa para Freud.....	80
2.8 Leitura lacaniana do Complexo de Édipo	83
2.9 Além do do Complexo de Édipo	89

CAPÍTULO 3

INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA E DA ADOÇÃO	95
3.1 Aspectos históricos da guarda e da adoção	95
3.2 Guarda e adoção no Brasil no ordenamento jurídico brasileiro	99
3.2.1 Reconhecimento e efeito jurídico da guarda e da adoção	106
3.2.2 Guarda e modalidades de adoção	108

CAPÍTULO 4

GUARDA E ADOÇÃO NA PSICANÁLISE	111
4.1 Toda criança precisa ser adotada	111
4.1.1 Ainda não é a hora... É agora!.....	112
4.1.2 Prdi a hora, me perdi no tempo	120
CONSIDERAÇÕES FINAIS	131
REFERÊNCIAS	132

INTRODUÇÃO

A família surge inicialmente como um grupo natural de indivíduos unidos, segundo Lacan, em seu texto *Complexos Familiares*. A obra coletiva da sociedade constitui a cultura, modo de organização, ritos e costumes, leis de transmissão, leis da herança e sucessão, lei do casamento, a história e o direito. A família humana é uma instituição. Ela estabelece entre gerações uma continuidade psíquica. Define a unidade de linhagem, desde o totem até o nome patronímico.

A guarda e adoção continuam sendo um meio para construir uma família. Do ponto de vista jurídico, a guarda, muitas vezes é um processo para que a adoção se efetive. Esta é uma modalidade artificial de filiação, que reconhece legalmente direitos e deveres do filho biológico ao adotado. Para a psicanálise lacaniana, o processo de adoção ocorre com uma transmissão da Lei simbólica.

O tema da guarda e da adoção vem sendo abordado por várias linhas da psicologia. Ao fazer a pesquisa sobre esse tema encontramos o livro de Maria Ducatti, *Tessitura inconsciente da adoção*. A autora utiliza com base teórica do seu trabalho a Psicanálise das Configurações Vinculares, teoria desenvolvida na Argentina. Na área da psicanálise inglesa encontramos autores como Levizon, Berthoud e Peiter que escrevem sobre adoção do ponto de vista da criança e sobre a inserção dela na nova família. Na linha francesa, Hamad e Paiva falam de sua experiência como psicólogo do judiciário. Ambos os autores destacam a importância da escuta da demanda e da história dos candidatos à adoção, para ver o lugar que a criança ocuparia na economia psíquica dos pais em potencial. *O trabalho dos psicólogos judiciários, nesse sentido, busca articular o pedido de adoção com o contexto pessoal, familiar e com a história daqueles que o manifestam e demarcar seus significados*. (PAIVA, 2003, p. 61). Esses autores em seus livros destacam a importância do desejo no processo de adoção assim como alertam para as armadilhas da idealização e da recusa do luto.

Hamad, em 2010, publica outro livro sobre adoção sob o argumento de que (...) *o campo da adoção transformou-se como uma rapidez inesperada*. (HAMAD, 2010, p.9). Segundo o autor, há 10 anos atrás a adoção era destinada a casais casados, ou seja, a uma família clássica. O sistema da adoção já não mais garante a criança esse tipo de família. Veio o concubinato, adoção por uma pessoa e por casais homossexuais, passando o sistema de adoção por um período agitado, tornando esse processo mais complexo. *A família está mais e mais frágil, ela se corrompe, se recompõe e às vezes em tal recomposição não se sabe mais como denominar o elo que une as crianças entre si, e, às vezes, aos adultos*. (HAMAD, 2010, p. 11). Para o autor a estrutura patriarcal encontra-se abalada diante de um mundo múltiplo, onde a clivagem entre o social e a economia, juntamente com a instabilidade

desta, tendem a empobrecer qualquer discurso. *Assim, a família adotiva é a imagem de nossa sociedade, ela é múltipla.* (HAMAD, 2010, p. 16).

Paiva (2004) também fala em seu livro sobre essas transformações na família e sobre o predomínio da medicina na área da procriação, usando para esta argumentação os autores Chatel e Legendre.

Encontra-se poucos trabalhos na área da psicanálise lacaniana sobre guarda e adoção, principalmente abordando a última clínica lacaniana, a clínica do gozo. Mais difícil ainda é encontrar um trabalho que aborde esse tema, dentro da teoria lacaniana com uma interdisciplinaridade com a área jurídica.

Esse trabalho justifica-se na medida em que são pouquíssimos os estudos, dentro da psicanálise lacaniana que relacionam adoção e guarda com a área do direito.

Objetiva-se fazer uma contribuição para a área jurídica, a qual diante da conjuntura atual deixa transparecer suas inseguranças quanto a determinadas decisões. Questões como deferir ou não o pedido de guarda ou adoção em certos casos, não são tranquilas de decidir. Qual é a contribuição possível de ser feita pela psicanálise?

O presente trabalho propõe uma contribuição da psicanálise para o direito, respeitando a especialidade de cada campo. Essa articulação torna-se possível, apesar de serem lógicas distintas, na medida em que os campos de estudo se utilizam da linguagem como ferramenta de trabalho e é o sujeito quem está em discussão. (LEGENDRE, 2004)

O fato de ser o direito um discurso acarreta uma exigência lógica: que este discurso tenha um sujeito. Não haveria discurso se uma sociedade fosse apenas um aglomerado de indivíduos justapostos; um tal aglomerado não poderia articular um discurso que lhe fosse próprio. (LEGENDRE, 2004)

Por meio da palavra, tanto a sociedade quanto o sujeito falam, possibilitando a existência de uma sociedade humana estruturada com regras próprias. Diante da fala, tanto a jurídica como a do sujeito inconsciente, é que será feita tal interdisciplinaridade.

No primeiro capítulo, falaremos do conceito de lei e direito, na área jurídica, utilizando para isso basicamente autores da filosofia do direito. O segundo capítulo aborda o conceito de Lei na psicanálise. Já no terceiro capítulo, traremos a visão do direito sobre o instituto jurídico da guarda e da adoção. Por fim, no último capítulo, trata-se da guarda e na adoção na perspectiva da psicanálise Lacaniana.

CAPÍTULO 1

CONCEITO DE LEI JURÍDICA NA FILOSOFIA DO DIREITO

Iniciamos o trabalho com uma primeira parte dedicada a área do direito, mais especificamente a filosofia do direito e, de certa forma, a da história do direito uma vez que este deve ser compreendido ao seu tempo. Procuramos recortar o pensamento construído, ao longo dos anos, entorno do conceito de lei e de direito no passar dos séculos até os dias atuais. Como forma de iniciar esse estudo traremos alguns traços da história jurídica da Antiguidade, da época da idade média, passando pela época das luzes até chegar a modernidade. Pretendemos abordar as ideias principais de cada época fazendo, quando possível, uma reflexão sobre o pensamento vigente e apontando quais foram as modificações ou evoluções sobre o conceito principalmente de direito e lei. Trataremos também alguns pontos trazidos pelos estudiosos para a problemática atual do âmbito jurídico. O objetivo de percorrer esse caminho é para clarificar e enriquecer a discussão que se trava atualmente em relação as novas demandas que o direito é chamado a responder. Após passar pela história, ver algumas posições e sugestões de estudiosos do direito e de outras áreas como da filosofia e da sociologia, pretende-se ver no que e com que a psicanálise pode contribuir para a área jurídica mais especificamente para o instituto da Guarda e da Adoção no Brasil.

Tanto o direito quanto a lei, ao longo da história, tiveram diversas facetas, chegando ao ponto de serem confundidos como uma mesma coisa, resultando em nefastos enredos. O positivismo equiparou o direito a lei, como veremos, afastando-o da filosofia e de outras áreas de conhecimento. A abusada instrumentalização maculou o âmbito jurídico, mutilando sua funcionalidade social. Consequências graves ocorreram. Diante dessa quadra, opta-se falar sobre o direito não somente no aspecto cru da lei, mas dentro de uma conjuntura rica, utilizando pensamentos de juristas, de filósofos, de historiadores, de sociólogos e em outro momento de psicanalistas e juristas estudiosos da psicanálise.

Por todas as épocas, estudiosos se debruçaram objetivando compreender, interpretar, questionar, alertar ou contrapor teorias, construindo a partir daí, quando não novas idéias, acréscimos importantes a já existentes.

1.1 CONCEITO DE LEI E DIREITO NA ANTIGUIDADE: MESOPOTÂMIA, EGITO E GRÉCIA.

O direito não nasce daquilo que se pensa ser a justiça, mas sim da religião, a crença religiosa faz dos deuses verdadeiros legisladores, afirma Coulanges em seu livro *A cidade antiga: estudo*

sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Seguindo essa asseveração, escolhemos iniciar esse capítulo a partir da história da Antiguidade, passando pelo Egito, Mesopotâmia, Grécia, pela história do povo hebreu até chegar em Roma.

Na Antiguidade, principalmente na Mesopotâmia, Egito e na Grécia, surge um esboço jurídico. Acontecimentos sociais foram traduzidos em expressões legais. Mesmo facilmente colocadas na sombra do direito Romano, pelo fato deste ter sido uma das mais bem elaboradas organizações jurídicas conhecidas no palco da história da civilização ocidental, aquelas civilizações tiveram sua importância. Regadas de tradição e de cultura, a Mesopotâmia, o Egito e a Grécia contribuíram para o pensamento do sistema jurídico ao longo da história até os dias de hoje. Estudos recentes não deixam de falar dos direitos do mediterrâneo. (GROSSI, 2005).

Por meio do rei Hammurabi, o deus Sarnas forneceu leis ao povo da Babilônia. Publicado em 1694 a.C., na Mesopotâmia, o código de Hammurabi, um documento sistematizado que resplandeceu o direito no país daquela época, representa hoje uma das principais fontes históricas de estudo da antiga Mesopotâmia. Esse Código possui 282 artigos, normatiza institutos de direito privado, econômico e defini penas, tornando possível, por meio dessa leitura, saber um pouco mais sobre a dinâmica da sociedade babilônica. A monogamia era a regra de formação de uma família, havendo exceção quando a continuidade da linhagem era colocada em cheque. Casos os quais o casal não conseguia gerar filhos enquadrava na permissividade de se ter uma segunda esposa. A adoção também era permitida, havendo um regulamento sobre sucessão e a possibilidade de ruptura de vínculo. Além das leis específicas, havia as gerais e abstratas. Características vistas no direito moderno. Os precedentes judiciais também eram usados na hora do julgamento, muito similar aos dias de hoje. Os costumes eram reduzidos a escrito e os julgamentos proferidos em caso concreto compilados. Embora utilizassem das regras escritas, a justiça continuava sendo sustentada na vontade dos deuses excluindo qualquer alcance de compreensão via razão ao homens. Nesse aspecto, no Egito não era diferente, pois o faraó, considerado a encarnação da divindade, ditava todas as normas. O direito provinha da revelação divina. A justiça tinha como representante a deusa *maat* incumbida de estabelecer a justiça, a paz e o equilíbrio social e cósmico. Somente fragmentos de textos jurídicos foram encontrados no Egito, apesar disso diminuir o acesso ao estudo do direito desse povo, essa fonte não se torna mesmo importante. (PINTO, 2008).

Outro povo que contribuiu enormemente para a cultura ocidental, inclusive em relação a seus aspectos culturais e jurídicos, foi o povo hebreu. Situados entre o Egito e a Mesopotâmia, os hebreus viviam em tribos nômades. Na época em que Hamurabi reinava na Babilônia, foram da Palestina em direção ao Egito. Conviveram cinco séculos com os egípcios. Trabalharam, ganharam dinheiro com comércio e com cargos importantes no governo egípcio como foi o caso de José, filho

de Jacó, ministro do Faraó. Por volta de 1580 a. C., porém, os egípcios passaram a escravizar os hebreus. (LEAMIRE, 2011).

Isso ocorreu, diz a história hebraica, na medida em que os hebreus tornaram-se muito numerosos no Egito. Com a vinda de um novo rei, este passa a temer a possibilidade de os israelitas se tornarem demasiadamente poderosos e fazerem reviravoltas. Passa, então, a oprimi-los com penosos trabalhos em regime de escravidão e inicia uma diminuição forçada desse povo. Ordena matar todos os filhos homens recém-nascidos. Para não ver seu filho morto, a mãe de Moisés coloca-o no rio Nilo dentro de um cesto. Moisés é criado pela filha do Faraó. Ao crescer, recebe ordens de Deus para conduzir o povo hebreu, o qual estava sendo alvo de sofrimentos, para à terra prometida. Para ser reconhecido como enviado de Deus este diz para Moisés dizer “Eu sou aquele que sou” aos filhos de Israel bem como que Deus de vossos pais, de Abraão, de Issac e de Jacob enviou você a eles. Eu sou Deus, eu farei você, Moisés, como um deus para o Faraó, tudo aquilo que eu anunciar ou ordenar transmita a este que acabará permitindo os israelitas saírem do Egito. Somente com a ameaça da última praga, morte dos primogênitos, o Faraó expulsou-os do Egito. (PENTATEUCO, 2000).

Na noite anterior ao êxodo, Deus mandou comer cordeiro e passar o sangue nas portas, pois este seria um sinal para pular (passach) àquelas casas, para assim, não haver nenhuma praga mortal entre os hebreus enquanto o Egito fosse golpeado. Deus, porém, ordenou que esse dia fosse lembrado e guardado como um festival a Deus por todas as gerações. “É uma lei por todo o tempo, que vocês deverão celebrar” . “Comam matsá por sete dias. Mas, ao primeiro dia vocês devem ter suas casas livres de todo fermento. Todo aquele que comer fermento desde o primeiro dia até o sétimo dia, terá sua alma extirpada de Israel.” Depois de feito as recomendações, os hebreus começaram a sair do Egito. (PENTATEUCO, p. 310, 2000).

Logo após a partida, o Faraó, mudando de ideia, convoca seu povo para ir atrás dos escravos. Ao encontrá-los, os israelitas começaram fugir em direção ao mar, o qual foi se abrindo sob comando de Moisés, ordenado por Deus. Logo terminada a travessia dos hebreus, as águas se voltaram sobre os egípcios, cobrindo suas carruagens e cavaleiros, não permanecendo ninguém de todo exército do Faraó. Quando Moisés chega no Monte Sinai, recebe de Deus as leis dos 10 mandamentos, repassando-as aos hebreus. As leis eram: amar Deus e não ter outro Deus (eu sou teu e único Deus que te tirou do Egito, do lugar da escravidão); não fazer para si imagem de escultura nem tomar o nome de Deus em vão; guarde o shabat; honra pai e mãe; não cometer suicídio e não matar; não cometer adultério; não roubar; não dar falso testemunho, não cobiçar a mulher do próximo e, por último, não ser invejoso (não cobice coisas alheias). (PENTATEUCO, 2000).

Por volta de 1400 a 1300 a. C., inicia-se uma fase sedentária e legislativa no reino de Israel.

Surgem livros estipulando regras religiosas e jurídicas aplicadas aos hebreus. Por meio de 5 livros, foram transmitidos os fundamentos da religião, da moral e do Direito: Gênese, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio.(PENTATEUCO, 2000). Os judeus os agruparam sob o nome de Tora. O direito hebraico é um direito religioso, cabendo a Deus reger o destino do povo que deve obedecer as leis sagradas para assim receberem proteção. Essa obra foi importantíssima, influenciou o direito romano, direito medieval, direito canônico, direito muçulmano, direito germânico e a cultura jurídica ocidental como um todo.

Assim como o povo da Mesopotâmia, do Egito e o povo hebreu, os gregos tiveram inicialmente a lei como parte da religião. O conjunto de ritos, de liturgias, de orações serviam também como referência ética e moral, sendo, muitas vezes, utilizadas como disposições legislativas. Os mitos e as dramaturgias retratavam, além de alguns aspectos sociais de forma irônica e drástica, a lei válida como a provinda dos deuses.

Importante não apenas para o estudo da cultura helênica, mas também para literatura, foram as obras de Sófocles. Nasceu por volta de 496 a .C., em Colono, cidade perto de Atenas. Foi um dos mais importantes escritores de tragédia e dramaturgo grego muito homenageado. Sófocles possuía uma vasta obra, mas somente restaram algumas peças e textos. Dentre as peças desse autor, destacam Rei Édipo e Antígona, nesse trabalho.

Famoso por matar o próprio pai, Laio, e casar-se com a própria mãe, Jocasta, Édipo foi uma das maiores tragédias sofocliana admiradas, analisadas e criticadas por estudiosos e interpretes bem como utilizada para reflexões teóricas como no caso de Freud e Lacan.

A trama se desenrola quando Laio, rei de Tebas, recebe do Oráculo de Delfos a mensagem sobre sua morte. Fatalmente seu filho o mataria. Édipo é abandonado, com os pés pregados, para morrer nos vales selvosos, mas um pastor, ao salvar, leva-o para o rei Pólibo de Corinto e, sua mulher, Dória Mérope. Sem saber sobre sua adoção, Édipo, que significa pés furados, ao consultar o Oráculo, obtém a previsão de que ele haveria de se juntar com sua mãe e seria assassino do seu pai. Pensando que seus pais adotivos eram os verdadeiros, biológicos, foge da terra de Corinto. Seguindo seu curso, um homem forçou-o a arredar do seu caminho, uma briga se travou, levando a morte de Laio. Após, torna-se rei de Tebas, desposando, assim, da rainha Jocasta. A revelação dos deuses, porém, se concretiza em sua plenitude. Édipo cai em predição de lástima e horror. Ao saber que matou seu próprio pai, fura seus olhos e se exila. Como último pedido, pede a Creonte cuidar de seus filhos e ocupar seu lugar no trono. (SÓFOCLES, 2012b).

Filha de Édipo e irmã de Polinice, Ismênia e Etéocles, Antígona abala a tirania em uma sociedade onde a vida pública era de exclusiva competência masculina. Contra uma decisão arbitrária dos homens, mostra-se fiel a lei dos deuses. (SÓFOCLES, 2012a).

A tragédia de Antígona é desencadeada pelo decreto de Creonte, rei de Tebas, quanto este veta explicitamente tanto guardar em cova quanto prantear o corpo de Polinice, acusado de lutar contra a pátria. Indignada de deixar seu irmão abandonado sem lágrimas, sem exéquias, às espreitas famintas das aves e das feras, Jocasta sepulta seu irmão. Ao saber da desobediência, Creonte ordena a vinda do transgressor a sua presença, trazem Antígona. Ao chegar ao palácio, ela declara sem rodeios sua autoria. Responsabiliza-se imediatamente pelo seu ato, sem culpa de o ter cometido, dizendo a Creonte: *nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder se superar as leis não escritas, perenes, dos deuses, visto que é mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram. Por isso, não pretendo, por temor às decisões de algum homem, expor-me à sentença divina.*(SÓFOCLES, 2012a, p. 34).

Ciente da advertência, Antígona, mesmo sabendo de sua provável morte, sustenta sua decisão: *quem vive num mar de aflições iguais às minha, como não há de considerar a morte um lucro? Defrontar-me com a morte não me é tormento. Tormento seria, se deixasse insepulto o morto que procede do ventre de minha mãe. Tuas ameaças não me tormentam. Se agora te pareço louca, pode ser que seja louca aos olhos de um louco.* (SÓFOCLE, 2012a, p.34 e p.35).

Homem não serei eu, será ela caso ficar impune a tal atrevimento, diz Creonte. Com medo de perder a autoridade e ao ser acusado, por Antígona, de tirania, de fazer e de dizer o que lhe apraz, obtendo privilégio devido sua posição, o rei de Tebas ordena enviá-la à uma prisão lavrada em rocha, dando-lhe somente alimento necessário, deixando a critério dela continuar viva ou não. Impediu ela somente de conviver com os vivos. Creonte mantém tal decisão, mesmo Antígona sendo a mulher que seu filho, Hemenon, amava. Antígona responde a essa sentença reforçando suas convicções: *“Que norma divina transgredi? Que me vale, infeliz, elevar os olhos aos deuses? Que aliado me virá? Sendo piedosa, sou tida como ímpia”.*(SÓFOCLES, 2012a, p. 65).

O cumprindo desse mandato, ignorando leis anteriores, dos deuses, trouxe males a cidade. Tirésia, o adivinho e conselheiro, avisa sobre a desgraça a vir e pede para Creonte reparar o mal. Após um processo de convencimento e ao temer tais consequências, Creonte reconhece que o melhor a fazer no percurso da vida é observar as leis estabelecidas. Imediatamente se mobiliza para dar sepultura a Polinices e libertar Antígona. Porém ao chegar no local, encontra Antígona suspensa pelo pescoço e Hemenon, seu filho abraçando-a. Pede para seu filho acompanhar-lhe, mas este com olhos ferozes cospe no rosto do pai, puxando uma espada. Creonte foge. Hemenon, rebelando contra a si mesmo, ajusta a espada em seu abdomen ao mesmo tempo em que estende os braços a noiva Antígona, celebrando, assim, as bodas no palácio da morte. Ao saber da morte de seu filho e da sua mulher, que se suicida ao receber a notícia da morte de filho, Creonte, mergulhado em tormentos, entre ruínas espalhadas pelos seus desatinos, pede para ser levado para longe da cidade.

Profere as últimas palavras a Corifeu, seu concelheiro: *contra os deuses não convém agir. Palavras altivas, trazem aos altivos castigos atroz.*(SÓFOCLES, 2012a, p.91).

Os deuses tiveram um papel importante na cultura e no pensamento grego, sendo também base da formação de lei e de direito. A presença dos deuses, nas suas leis e na sociedade grega, não só aparecem nos mitos e nas tragédias como também nos ensinamentos tanto de filósofos quanto de filósofos do direito como veremos.

A partir do século VI a.C, na Grécia, inicia o pensamento filosófico propriamente dito, sendo Pitágoras o primeiro a se denominar Filósofo, cuja etimologia da palavra significa amar à sabedoria. Em um primeiro momento, a filosofia está direcionada a explicar o cosmo e a natureza física, examinando a procedência e retorno das coisas. Destacam-se os pré-socráticos: Tales, Heráclito, Empédocles, Parmênides, Xenofonte e Pitágoras. Após metade do século V, depois das guerras persas, o poder político da aristocracia e da tirania foi alterado pela democracia em várias cidades gregas. Atenas foi o polo cultural do mundo grego, assembleias e tribunais elaboravam e aplicavam regras. A eloquência e a persuasão tornavam, cada vez mais, ferramentas fundamentais para exercer o poder na polis, surgiram, assim, novos mestres, os chamados sofistas (educadores). (NIELSEN, 1986).

Os Sofistas refletiam sobre o conhecimento e o problema ético. Eram pensadores e oradores, homens de grande eloquência que, muitas vezes, cobravam caro por seu ensino. Negavam a verdade objetiva. O direito era visto como algo relativo, uma opinião mutável, tanto à merce do arbítrio como da força, ficando o status de justo ao mais poderoso e a justiça como vantagem para aquele que mandava e um dano para quem tinha que obedecer. (DEL VECCHIO, 2006).

Assim, a capacidade oratória de cada um determinava o que era justo ou não. As técnicas de discurso objetivavam provar um determinado ponto de vista, não a verdade. A retórica ensinada visava qualquer interesse, sem necessariamente haver um conhecimento profundo, bastava encontrar um meio de persuasão para se mostrar mais sábio do que se era. Em resistência as vontades impostas pelos mais fortes, os fracos introduziram o uso de leis e normas morais. Os cidadãos passam a ser convocados a participar da polis e não ficam mais sob livre arbítrio daqueles que detinham o poder. As leis obrigam todos aqueles a que ela se encaixavam (NIELSEN, 1986).

Tanto os trabalhos dos sofistas quanto os de Sócrates não há escritos autênticos, apenas se conhece por meio de referência de outros pensadores. Sócrates viveu entre 469 a 399 a.C, ensinou o método de sua filosofia àqueles interessados em lhe acompanhar, não cobrando nada para isso. Aplicou, com seus discípulos, a maiêutica, a qual se resume no método de dar luz e de pari novas ideias. Deu especial atenção a ética, a lei divina e considerou o cumprimento da lei da Cidade um princípio moral elevado. Conhecer a si mesmo era uma necessidade fundamental na visão deste

filósofo. (DEL VECCHIO, 2006).

Ao contrário dos sofistas, Sócrates afirmava nada saber. Por meio de seus questionamentos e da boa oratória bem como da ironia, confundia e desfazia as certezas daqueles que se postavam como detentores do saber. Após receber de Querefonte a notícia do Oráculo de Delfos de ser o homem mais sábio, passou a colocar isso em prova, questionando principalmente aqueles que afirmavam ser detentores do conhecimento. Chega a conclusão de ser o mais sábio, pois não julga conhecer algo que não conhece como alguns fazem. Aí está a sabedoria, diz: “portanto, é provável, de algum modo, que nessa modesta medida seja eu mais sábio do que esse indivíduo – no fato de não julgar que conheço o que não conheço”. (PLATÃO, 2011, p. 31).

Em obediência às leis do Estado, firme na sua sustentação de dever o bom cidadão cumprir as normas mesmo as más, Sócrates aceita a sentença imposta. Se assim não o fosse, crê que encorajaria o cidadão perverso violar as boas normas. Ou seja, mesmo advertido das leis reconhecidas como boas poderem ser feito mal uso, sustenta a sua não destruição na medida em que não se deve responder a injustiça com injustiça. Defende, assim, a ideia de que todos os usufruidores do benefício da legislação da cidade devem respeitá-las, pois ao contrário poria-se sob pena e risco o fundamento da sociedade. O mérito de um homem se daria ao se ater em suas ações, se são justas ou não, se agiria como um homem bom ou mau. (PLATÃO, 2011).

Acusado levemente de corromper a juventude e introduzir novos deuses, pretensos delitos o condenam. Quando lhe é dada a opção de viver com a condição de parar de filosofar, escolhe acatar a Deus. Por quanto durar sua existência, diz Sócrates que jamais renunciaria a arte de filosofar, pois a vida sem isso não lhe seria digna de ser vivida. Escolhe ter a lei divina e a justiça ao seu lado, ao alinhar-se a procedimentos injustos por temor de ser morto. Em nenhum momento utiliza-se do recurso da piedade para conseguir a absolvição, não considera nobre nem justo tal ato. Diz preferir morrer com suas crenças a fazer qualquer coisa indigna. Afirma que o que é difícil não é escapar da morte, mas sim da perversidade. (PLATÃO, 2011).

Sócrates morre, sustentando um posicionamento ético. Sócrates via a morte como algo não necessariamente ruim. *De fato, ninguém sabe se a morte não é, inclusive, a maior de todas as bênçãos para o ser humano, ainda que este a tema como se soubesse que é o maior dos males. E não é essa a mais censurável das formas de ignorância, nomeadamente pensar que se conhece o que não se conhece?* (PLATÃO, 2011, p. 55). *E vos digo, a vós, ó homens que me condenaste à morte, que a vingança vos atingirá imediatamente após minha morte, uma punição por Zeus, muito mais difícil de suportar do que a reservaste para mim.* Preso, Sócrates morre tomando cicuta. De modo livre, escolhe sua hora de morrer. (PLATÃO, 2011, p. 87).

Discípulo de Sócrates, Platão viveu de 427 a 347 a.C, interessou-se pela filosofia e pela

política. Escreveu suas obras como se fossem exposições de Sócrates. Utilizava-se da maiêutica, gerando debate tanto com seus discípulos quanto com os Sofista assim como fez seu mestre. Construiu um sistema de pensamento e avanços para filosofia e para o Direito. (DEL VECCHIO, 2006).

Platão parte do conhecimento empírico, sensível, a opinião em caminho ao conhecimento universal e imutável. Para Platão, os conceitos são *apriori*, ou seja, inatos no espírito humano. Em seu livro a República, utiliza a Alegoria da Caverna para explicitar que há um mundo sensível, visível, representado pela sombra no fundo da caverna, e um mundo inteligível, objetos reais fora da caverna. (PLATÃO, 2012).

Alguns homens vivem desde a infância numa caverna. Há uma entrada aberta para a luz que se estende ao longo da caverna. Esses homens estão presos de tal modo que não podem sair do lugar nem olhar para atrás. Outros homens ficavam manipulando marionete as quais faziam sombra no fundo da caverna. Essa era a única realidade conhecida a eles. Não pensavam em outra realidade senão a da sombra dos objetos. Platão se refere a esse mundo como mundo visível e mundo sensível. Platão explica que a mensagem a ser passada com essa alegoria é que as pessoas se assemelham aos prisioneiros da caverna, ficam apartadas da verdadeira realidade. Esta seria o mundo superior, seria a ascensão da lama ao mundo inteligível. Ao atingir este mundo cognoscível, se avista a ideia do Bem. Ao encontrar essa ideia, o homem passaria a compreender que o Bem é a causa de quanto há de justo e belo. No mundo sensível, a ideia do Bem criou a luz e, no mundo inteligível, é ela que é a senhora da verdade e da inteligência, sendo ela imprescindível para ser sensato na vida particular e pública. (PLATÃO, 2012).

O caminho, portanto, para se chegar nessa revelação seria elevar o intelecto à luz do Bem e do Racional. O Ser existiria em sua função no mundo das ideias, dos sentidos, e o pensamento revelaria o Ser, conduzindo-o ao juízo certo e verdadeiro. Para Platão o homem é racional, por isso realizaria sua humanidade, a qual seria a prática do bem. Com a prática do bem teria a prática da felicidade e da virtude. Além das normas humanas, Platão fala de uma outra lei situa na alma. A lei originária neste interior seria a residência do fundamento do justo. Sendo assim, a justiça seria a virtude inerente a alma, essência imutável, anterior a todos os corpos. (PADOVANI e CASTAGNOLA, 1981).

Para Platão, o Estado não era uma sociedade de indivíduos semelhantes e iguais, mas dessemelhantes e desiguais. O Estado ideal deveria ser dividido em classe dos filósofos (responsáveis por governar), dos guerreiros (defesa do estado), e dos produtores (agricultores e artesãos). As classes juntas formariam a perfeita unidade, reinando a harmonia, obtida pela virtude. O indivíduo imperfeito, devido a insuficiência em si mesmo, precisaria do Estado, o qual teria como

fim a felicidade de todos. O Estado deveria dominar em absoluto, ter o poder ilimitado, ficando o elemento individual sacrificado em prol do social e político. Cabia ao Estado promover o bem dos cidadãos, um dos meios era a educação conforme as virtudes de cada classe. A boa formação do homem dispensaria as leis, as quais só passariam de meras formas. Via educação, as cidades não precisariam constantemente criar e modificar as legislações. Mas, a prática mostrava o contrário, as leis eram necessárias, segundo Platão. As leis penais tinham escopo curativo. Os delinquentes, para Platão, estariam doentes, pois nenhum homem é voluntariamente injusto. Nada era reservado ao cidadão, estes não tinham direitos próprios. Essa concepção será oposta a sustentação de outros filósofos, mas, por hora, foi a dominante no mundo helênico. (DEL VECCHIO, 2006).

Discípulo de Platão, Aristóteles (384 a 322 a.C) ensinava que a ciência do ser era a indagação sobre a substância, tal questionamento produziria conhecimentos. Para esse autor, o bem supremo seria a felicidade e o bem viver e o bem agir seriam possíveis de serem adquiridos pela aprendizagem. Em seu livro *Ética a Nicômaco*, Aristóteles sustentava dois tipos de leis: leis enquanto normas derivadas da sociedade, pacto prévio estabelecidos pelos cidadãos, e leis enquanto naturais. Estas, conhecidas por meio da virtude, seriam de validade universal e competentes para deliberar acerca das coisas boas e más. Já a legalidade política seria regida por normas positivas escritas e obrigatórias. Um homem verdadeiramente político seria aquele estudioso da virtude e desejava se tornar o cidadão bom e obediente às leis. Essa obediência ordenaria o bem da cidade e a virtude dos cidadãos. “De fato, a lei nos manda praticar todas as virtudes e nos proíbe de praticar qualquer vício, e o que tende a produzir a virtude como um todo são aqueles atos prescritos pela lei visando à educação para o bem comum.” (ARISTÓTELES, 2011, p. 103).

O homem sem lei seria injusto e o cumpridor justo, enfatiza Aristóteles. Todos os atos do legislador deveriam ser prescritos pela lei. A ação realizada em conformidade com a lei natural ou positiva seria justa, desde que fosse instituída em uma relação de igualdade e conformidade com um preceito superior. Seriam justos, portanto, os atos produzidos para preservar os elementos da sociedade política e da felicidade. (ARISTÓTELES, 2011).

Para Aristóteles, porém, haveria o arbítrio, caberia ao homem agir virtuosamente ou não. Há a virtude intelectual e a moral. A primeira deve a sua geração e crescimento ao ensino, requer tempo e experiência. Já a outra é adquirida ao longo do tempo, é resultado do hábito, de onde nasceu e cresceu. O justo, portanto, seria o cumpridor e respeitador da lei, seria esse o homem probo, e o injusto seria o homem sem lei, o ímprobo. (ARISTÓTELES, 2011).

A justiça, para Aristóteles, deveria ser distributiva, deveria haver repartição de riqueza, e comutativa, buscando tratamento igual as partes ao ponto de anular a vantagem do ofensor sobre o ofendido mediante a aplicação de uma pena. Operar com justiça exigiria medida, seria a aplicação

do meio-termo determinado pelos ditames da razão e da virtude. Querer o bem do outro, também seria agir com justiça. O pior dos homens seira o que exerce sua deficiência moral tanto em relação a si quanto aos outros. (ARISTÓTELES, 2011).

A filosofia grega contribuiu significativamente para o pensamento ocidental. Trouxe uma consciência filosófica, a qual teve e tem grande peso em vários países, sendo utilizada para reflexões em várias teorias, inclusive na filosofia do direito objeto de estudo nesse trabalho. Porém, o berço do direito foi em Roma. A sabedoria romana não se destacou por meio da filosofia, mas sim pela via jurídica.

1.2 CONSTRUÇÃO DO CONDEITO DE LEI E DE DIREITO EM ROMA.

Roma não teve uma filosofia original como na Grécia, derivou desta seu pensamento filosófico. Cícero foi quem tornou popular a filosofia em Roma na medida em que passou de forma clara, tornando acessível ao povo. Cícero defendia o direito como dado pela natureza, não como fruto de um arbítrio, embora, tinha consciência de que nem tudo posto como direito era justo, como nos casos das leis dos tiranos. Haveria, para ele, um justo natural, porém, necessário, imutável derivado da consciência do homem. Haveria uma lei para todos a um só tempo. (DEL VECCHIO, 2006).

No início, em Roma, havia o valor sagrado da lei assim como na Grécia. A lei tinha suas origens no texto sagrado, em ambas civilizações, sendo a justiça concebida como sacra.

A primeira fase da República em Roma foi marcada pela religião. Os antigos não consideravam a lei como obra humana, acreditavam na origem dela como oriunda dos deuses, fonte de onde provinha todo o respeito. A lei era um decreto da religião, revelada pelos deuses aos ancestrais, aos reis e aos magistrados-sacerdotes. As leis divinas eram imutáveis, a princípio não podiam ser revogadas, mas era possível fazer novas. Isso muitas vezes levava a contradição de leis. A lei como era feita pelos deuses, não se discutia, impunha-se, cabendo aos homens obedecer. Não tratava, portanto, de buscar o sentido da lei, pois: “a lei não vale pelo princípio moral que contém, mas sim pelas palavras que a formula encerra. Sua força está nas palavras sagradas que a compõe.” (COULANGES, 2011, p.248, 2011).

A religião outorgava o direito e as instituições políticas. Cada cidade tinha suas regras, sendo somente válida a aplicabilidade e o valor da lei entre os membros da mesma cidade, não bastava habitar para se submeter as normas da urbe, era necessário ser cidadão. A lei não existia nem para escravos nem para estrangeiros.(COULANGES, 2011).

A passagem da República para o império altera essa concepção de lei. Não obstante, a

sociedade se transformou, a plebe entrou no corpo político. A partir da luta das ordens entre patrícios e plebeus, os quais ameaçaram a não pagar impostos, não trabalhar mais nem servir ao exército devido as péssimas condições de vida como discriminação e escravidão por dívida, instaurou-se um direito público. O direito se libertou tanto dos rituais quanto dos livros dos sacerdotes. Ao perder o mistério religioso, o direito torna-se acessível a todos. Coube ao povo investir o legislador de poder para elaborar as leis. O legislador passou da representação da tradição religiosa à vontade popular. A edição das Leis das Doze Tábuas foi um marco, pois continha em seu corpo a última vontade do povo como força de lei. (COULANGES, 2011).

As leis foram redigidas pelos patrícios a pedido da plebe em meio a uma transformação social. A lei, já não mais apresentada como indiscutível, passa a ser obra humana sujeita a mudanças. A *lex*, portanto, elaborada pelos homens, adquiri o estatuto de representante da vontade popular. Todas essas transformações correram, porém, com lentidão, pois não se pode mudar as leis, o direito e toda uma cultura religiosa abruptamente. (COULANGES, 2011).

Um novo modo de pensar o direito começa a nascer. Do conjunto de decisões dos juízes decorrem forças normativas. Juízes, capazes de apreciar conflitos e situações, interpretam a lei, suas decisões formavam a jurisprudência, cuja etimologia provem do conhecimento do homem justo e prudente. Essa decisões de casos jurídicos concretos, quando reiterados e duradouros, tornaram critérios para a prática jurídica. Essa nova visão mudou construções jurídicas, de uma reflexão sobre o bem, o mal e o divino chega-se a uma regulamentação de trocas sociais, dotadas de validade *erga omnes*. O direito transforma-se em instrumento técnico de mediação para resolução de conflitos, envolvendo a intervenção judicial. (PHILIPPI, 2001).

Em Roma, desenvolveu-se uma grande sabedoria jurídica. O direito se dividia entre natural, o qual era universal, imutável, de caráter perpétuo, o direito das gentes, elementos comuns encontrados no direito positivo e, por último, o direito civil. O conceito de *jus naturale* ligava-se ao da equidade que significa tratamento igual nas coisas, dele deduziam máximas gerais como a de que todos os homens são iguais, são livres por natureza e possuem a legitimidade de defesa diante do perigo. A lei natural era comum a todos os homens, era uma lei nata e uniforme, não sujeita a mutações por obra humana. Já o direito positivo, modificação do direito natural, criaria normas particulares assim como confrontaria a norma com seu fundamento natural, corrigindo as desarmonias e desigualdades. O *jus gentium* era base para as relações recíprocas dos povos, fundadas nas necessidades comuns. Mas, em consequência da guerra, havia a servidão, prática contrária ao direito natural, mas que encontrava justificativa na medida em que era uma prática comum usada por todos os povos. O *jus civile* era aquele vigente para cada povo em particular. Por fim, os romanos não foram notáveis em abstrações teóricas nem em ideias puramente filosóficas,

mas sim na prática, na construção e aplicação de um direito positivo. (DEL VECCHIO, 2006).

A expressão do direito romano teve destaque com o *corpus* jurídico organizado por Justiniano. Enquanto o Império Romano do ocidente se desmoronou, a parte do Império do Oriente prosperou com o imperador Justiniano, o qual recodificou o direito romano. Esse imperador constituiu uma comissão de juristas para compilar as leis promulgadas pelos imperadores romanos, resultando dessa tarefa o mais famoso e tradicional código do mundo, o *Corpus Juris Civilis*. Este código, portanto, surgiu em Constantinopla, na parte do Império Romano oriental, ou seja, não nasceu em Roma propriamente dita. (ROQUE, 2007).

1.3 A ORGANIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA NA IDADE MÉDIA.

O Império Romano ocidental começa a dar seus primeiros sinais de fragmentação no século IV. A decadência do império não foi instantânea, durou um longo período. O direito Romano foi se eclipsando na Europa Ocidental durante a Alta Idade Média (476-1000 d. C). A invasão e a fusão dos costumes e dos direitos germânicos (os bárbaros) foram motivos de aceleração do fim do Império, momento em que a Igreja foi ganhando espaço político. Essa fragmentação proporcionou à Igreja poder político. (NIELSEN, 1986).

A Igreja Católica desde 391 a.C, quando Teodósio tornou-a religião oficial do Estado, apoiou líderes políticos surgidos na Europa com a condição de que se convertessem ao catolicismo. A Igreja se encarregava da administração dos reinos, realizava trabalhos como de secretariados, de ministérios e de juristas. Os reis, em troca, distribuía propriedade territoriais à Igreja e impunham a fé católica ao povo. O rei ordenava e operava a lei enquanto a Igreja reivindicava a hegemonia e desenvolvia um direito canônico (NIELSEN, 1986).

O cristianismo fez do nascimento e da morte de Cristo a pedra angular de um novo momento. Apresentou respostas para pequenos e grandes problemas da vida humana. Afirmou que o mundo foi criado em um ato de amor de Deus. Todos os homens são filhos de Deus. Deus ama todos indistintamente, devendo as pessoas amar ao próximo. Não há distinção de raça nem homem superior ou inferior. Eram essas respostas e princípios pregadas entre outros. A lei moral era vista como a consciência trazida ao nascer, uma revelação natural da divindade. A lei moral permitia ao homem ter consciência de suas decisões e ter ciência de sua natureza. A Idade Média começa nessas circunstâncias, com a Igreja Católica sustentando essa nova ordem política e aumentando suas terras em nome da terra já ter sido prometidas pelo Pai. (NIELSEN, 1986).

No meio da catástrofe, da invasão dos bárbaros ao Império, acusações mútuas entre pagão e cristão, Santo Agostinho (354-430 d.C) elaborou sua obra Cidade de Deus na qual discute a

problemática do bem e do mal, a morte, noções de Direito, de Estado e de justiça. O Estado, para esse autor, era uma instituição de direito natural, formado pelo agrupamento familiar. Caberia ao cristianismo afastar todos os infortúnios, mas para isso deveria estar submisso ao cristianismo. Santo Agostinho sustentava a impossibilidade da justiça existir num Estado pagão, a argumentava que a justiça não era criação do poder civil, mas sim resultado do poder eclesiástico. Definia a justiça como sendo a equidade, dar a cada um o que é seu. O Estado tinha origem divina, o governo representava a vontade de Deus na terra e todos cidadão deveriam obediência. A lei, portanto, seria a expressão da vontade divina.(NIELSEN, 1986).

Em um momento posterior, Santo Tomás de Aquino (1227-1274) dá maior sistematização ao ensinamento cristão, contribuindo para uma maior compreensão da lei. Ensinava que o universo possuía uma natureza com uma lei eterna, a qual não era dada a ninguém conhecer, somente aos que vêem Deus em sua natureza última. Para Santo Tomás de Aquino, o homem age com vista a um fim, cuja essência é o bem, devendo evitar o mal. A razão estaria sujeita a virtude, mas, pelo fato de os homens serem livres, poderiam violar as leis. A partir da razão nasce uma lei com fim último o bem comum. A essência da lei humana deriva da lei natural. Há o direito das gentes, os quais seriam as transações como compra e venda, bem como há o direito civil, o qual trataria do bem comum e da governabilidade. Em última instância, esse autor ensina que se deve obedecer a Deus, não aos homens, não cabendo a estes decidir o que é útil ou não para cidade. A virtude do súdito seria saber se sujeitar aos governantes e as leis já seriam estabelecidas de modo que aquele obedeça. Por isso, toda lei, com base na justiça divina, precisava visar o bem comum. (PHILLIP, 2001).

Em meio do fortalecimento da Igreja e da queda política de Roma, o direito medieval toma forma. Aquilo que a primeira vista parecia um retrocesso, estabelece um foro histórico, onde se desenvolverá uma experiência jurídica intensamente original. A ausência do Estado separou do direito sua ligação com o poder e arrancou sua função de controle social. Livre dessas amarras, o direito se aproximou de fatos sociais, naturais e econômicos. Família, agregados e corporações protegiam o indivíduo. Fontes plurais de direito num mesmo território deram vida a uma pluralidade de ordenamentos. Ao mesmo tempo em que se permitiu a autonomia local, viabilizou a convivência deste direito com o direito comum a todas as terras civilizadas. Foi um momento para o desenvolvimento jurídico profundamente original. (GROSSIO, 2005)

Durante a Idade Média, o direito natural, não visto como direito comum, mas como fundado na vontade de Deus, era considerado superior ao direito positivo. A sociedade medieval era pluralista, constituída por vários agrupamentos sociais cada qual possuía um ordenamento jurídico próprio. O direito se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo o Estado, mas pela sociedade civil. (BOBBIO, 1995).

Sem um controle central firme, o direito se particularizou, reverteu-se em voz de uma sociedade fragmentada. Mesmo em sua desordem, havia uma articulação comunitária e um arranjo sócio-político. Na segunda parte da Idade Média, as linhas dessa paisagem jurídica começam a mudar, na ausência estatal, a interpretação do direito consuetudinário passa para as mãos dos estudiosos, os quais já começam a ensinar nas universidades. (GROSSIO, 2005)

A sociedade europeia de agrária e estática se vê obrigada a mudar em face a uma nova dinâmica nas relações comerciais, contribuindo para a formação de uma nova estrutura complexa. Impossibilitada de ordenar os fatos consuetudinários particulares, constrói-se categorias gerais para ordenar a nova complexidade.(GROSSIO, 2005)

A partir do século XII, as cidades se desenvolveram formando grandes centros. O comércio aumentou, a indústria deu origem a um novo sistema jurídico e a uma nova classe, os burgueses, os quais começaram a se elevar no poder. Os burgueses retiraram do clero e da nobreza os privilégios da condução dos negócios públicos. O ensino também deixou de ser monopólio da Igreja, cujos planos de supremacia se desfizeram. Diante desse quadro, surgiu a necessidade de leis obrigatórias a todos. Essa mudança se fizeram acompanhar com a formação dos Estado modernos. (PHILLIP, 2001).

1.4 CONCEPÇÃO DE LEI E DIREITO NA MODERNIDADE.

Adverso da pluralização, a formação do Estado moderno assumiu uma estrutura monista, concentrando em si todos os poderes. O Estado passou a ser o único a estabelecer o direito tanto por meio das leis quanto indiretamente por meio do controle das normas de formação consuetudinária. Era obrigatório juiz aplicar as normas do Estado. Esse processo de monopolização da produção jurídica obteve precedente na compilação de Justiniano. Todo complexo de normas desenvolvido é transposto, a validade é dada pela vontade do príncipe. O direito estatal, portanto, decorre das codificações, as quais iniciaram a história do positivismo jurídico propriamente dito. O direito positivo se atrela fortemente à lei. (BOBBIO, 1995).

Dentro do cenário, fim da Idade Média, sem unificação política na Europa orientada pela monarquia e pelo nacionalismo, surge nas cidades o renascimento cultural, dando nova direção ao espírito humano. Período da história da Europa iniciado por volta do século XIV estendido ao longo do século XVI/XVII, não há um consenso sobre uma cronologia exata. A marca essencial do renascimento foi a liberação do espírito crítico sufocado durante muito tempo pelos excessos do dogmatismo, levando ao questionamento do conhecimento, o que deu origem as teorias empiristas e racionalistas. Ressurge a autonomia, a liberdade de pesquisa e inventa-se a Imprensa, permitindo a

rápida difusão de ideias. O pensamento estava em busca de um caminho independente do campo da fé. Nesse período, ocorreu a reforma protestante. Martin Lutero, contrário a vários pontos da doutrina da Igreja Católica, propôs uma reforma. No âmbito do direito, não se estudava mais sob fundamentos teológicos, mas sim sob base racional. (DEL VECCHIO, 2006)

Uma ciência jurídica se forma ante as novas necessidades sociais e aparece um cenário político totalizante. Diferente do príncipe medieval, cujas funções judiciais eram basicamente colocar-se como justiceiro do povo, produzindo poucas leis, deixando a cargo de outras fontes o ordenamento jurídico da sociedade, o príncipe moderno incutiu o valor do direito na dimensão política. A produção jurídica foi inserida entre os instrumentos de poder, sendo o objeto primário da atividade soberana. O príncipe se tornou cada vez mais legislador. Na França do século XIV até os primeiros anos do século XIX, ou seja, até a Revolução e até a grande codificação napoleônica, ocorreu uma contínua erosão das velhas fontes tradicionais e um aumento da produção legislativa do Rei. Este passou a ser desenhado como interprete da felicidade pública, único imune as paixões e capaz de ler a natureza das coisas, sendo, por isso, o único legítimo a produzir o direito. Vinculou-se, assim, diretamente o poder político e o direito. (GROSSI, 2005).

Um dos primeiros pensadores da ciência política moderna foi Nicolau Maquiavel, era mais político que filósofo. Suas principais obras são O Príncipe e os Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Maquiavel estabeleceu doutrinas sobre a defesa e conservação do Estado. Indagou quais seriam as causas da estabilidade de um governo. Fez seus estudos tirando proveito das histórias antigas, seguindo o método da indução e da observação histórica. Debruçou seus estudos para saber o como se chega à formulação de um Estado independente. Sem nenhuma preocupação moral, indicou os meios estimados como mais eficazes para chegar ao fim visado. Em seu livro O príncipe, ensinou regras práticas para o governante se conservar no poder e triunfar sobre seus rivais. A norma positiva ganhava estatuto máximo e amparo na força física, ficando o direito natural renegado. Maquiavel tinha um ideal político, acreditava na possibilidade de calcular reais forças para que na prática pudessem ser usadas. Esse pensador exerceu profunda influência na vida política européia. (DEL VECCHIO, 2006)

Outro precursor dessa nova política, foi o francês Giovanni Bodin, o qual tratou da organização do Estado com método racional. Esse autor também foi absolutista como Maquiavel. Igualmente observou fatos, propondo fins concretos e imediatos, porém, tinha suas diferenças teóricas. Todo Estado deveria ser supremo, soberano e indivisível. O conceito de soberania abarcava o direito de fazer leis, mas quem as fazia não poderia estar sujeito a elas. O soberano estaria apenas subordinado às leis divinas. Não haveria direito contra o Estado, a liberdade individual seria sacrificada diante da autonomia estatal. Essa concepção tornou-se problemática na medida em que

não assinalava uma limitação de poder e uma liberdade jurídica, visões exploradas numa época posterior. (DEL VECCHIO, 2006)

Hugo Grocio, jurista holandês, avançou na esfera do direito. Esse jurista ampliou a noção de relações jurídicas, estendendo a outros Estado. Em seu livro *Do direito da guerra e da paz* demonstrou a existência de um direito comum tanto na guerra quanto na paz. Com esse trabalho ganhou destaque por ter explorado questões particulares de direito internacional e por determinar que deve haver relações jurídicas entre diferentes os Estados, tanto na guerra quanto na paz. Demonstrou a existência de validade jurídica nos tratados concluídos entre Estados com base em um direito natural. Desenvolveu um direito internacional em uma época embrionária nesse assunto, pois a sociedade e o Estado, recém saído da decadência medieval, ainda estavam se preparando para formar uma base sólida e unificada. Grócio foi proclamado fundador do direito internacional. Em sua obra destaca-se sobre tudo o modo de remontar princípios gerais, retomando fontes clássicas, em especial Aristóteles, e a sistematização feita de um modo completo. O direito para ele se mostrava segundo a razão e o direito natural tinha validade universal. Grócio alcança substancial independência do direito em relação à Teologia, o direito natural existiria independente da existência ou não de Deus. Entre as condições sociais que viabilizam o direito, destaca a inviolabilidade dos pactos. O Estado deve ser construído por um pacto, o que tornaria legítima todos os governos, e o povo deve obedecer. (DEL VECCHIO, 2006)

1.4.1 ASPECTOS DA LEI E DIREITO NO EMPIRISMO E NO RACIONALISMO.

Após esse período, o segundo grande momento da história do pensamento moderno, século XVII e XVIII, foi representado pelo empirismo e pelo racionalismo. Aquele pensamento, propriamente inglês, teve como alguns de seus representantes Bacon, Hobbes, Locke e Hume. Quanto ao outro, originalmente francês, teve como base pensadores como Spinoza, Leibniz, Wolf e Descartes. Para o empirismo tudo deriva da subjetividade dos sentidos, o método a ser utilizado deveria ser o indutivo e o experimental. O racionalismo se atraiu especialmente pelo ideal físico-matemático e quantitativo-mecanicista. Dessas duas linhas de pensamento, Kant retirará elementos históricos para sua filosofia, a qual será eixo da filosofia moderna. Mais tarde, esses dois movimentos serão responsáveis por caracterizar o iluminismo bem como serão os responsáveis por representar pressupostos ideológicos fundamentais da revolução francesa. (PADOVANI E CASTAGNOLA, 1981).

Segundo Reale, os empiristas sustentam ser a única origem do conhecimento a via da experiência, a qual só adquire validade quando verificada por fatos metodicamente observados. Em

última análise, seria o conhecimento via experiência sensorial. Para os empiristas, não existe outro Direito além do Positivo. O direito seria um fato que se liga a outros fatos por meio do nexo de causalidade. Já o Racionalismo, segundo Reale, valoriza o papel da razão, todo o saber deve estar submetido a esta. Os racionalista dão preponderância a razão no processo cognoscitivo, mas não esquecem que os fatos contribuem para a formação do conhecimento. Declaram existir junto ao Direito Positivo, um direito racional ou dito também natural, que seria permanente e, além de expressar a natureza do homem, seria condicionalmente universal. É um direito baseado na moral e no Direito Positivo. Mas, adverte Real que um racionalismo que reduza todo conhecimento à razão, não saberia de modo algum o que fala. No racionalismo, há uma tendencia de reduzir as investigações deixando-as de modo simples. Mas, um racionalismo dogmático, absoluto e abstrato, seria de deturpada configuração, vazio e sem expressão. (REALE, 1999).

Descartes foi o fundador da filosofia moderna e do racionalismo moderno. Afirmou ser único método da ciência o método racionalista, dedutivo, próprio da matemática. O método cartesiano abrangia a intuição, análise, síntese e enumeração completa. Em linha gerais, Descartes inicia seu método com uma dúvida universal para superá-la criticamente na conquista segura da verdade. Estabelece como primeira certeza a existência do seu pensamento que, logo em seguida, duvida. Inicia, em suas meditações, com a premissa “penso, logo, existo”. Ou seja, existo porque penso e penso porque duvido. Inaugura o conceito de consciente, o conceito de sujeito racional. (PADOVANI e CASTAGNOLA, 1981).

Para Descartes todo homem é um ser pensante, possuidor de ideias inatas que servem de fundamentos lógicos. A evidência é comum a todo espírito pensante, a razão é uma faculdade mental inerente a todo homem. O conhecimento único e verdadeiro, segundo Descartes, só se daria via razão. A dúvida é o método utilizado para afirmar a existência dos processos mentais. Em seu livro discurso do método, explica Descarte:

(...) vendo que eu podia fingir que não tinha corpo algum e que não havia mundo algum ou lugar onde estivesse, mas nem por isso podia fingir que eu não existia; e que, ao contrário, do fato mesmo de pensar em duvidar da verdade das outras coisas seguia-se muito evidentemente e certamente que eu existia; ao passo que, se tivesse parado de pensar, ainda que o resto do que imaginara fosse verdadeiro, eu não teria razão de crer que tivesse existido, compreendi assim que eu era uma substância cuja essência ou natureza consistem apenas em pensar, e que, para ser, não tem necessidade de nenhum lugar nem depende de coisa material alguma. De modo que esse eu, isto é, a alma pela qual sou, é inteiramente distinta do corpo, sendo inclusive mais fácil se conhecer do que ele, e, ainda que ele não existe, ela não deixaria de ser tudo o que é. (DESCARTES, 2005).

Primeiramente, Descartes, em seu método, duvida-se de tudo, colocando tudo como falso. Após, orienta despirm-se dos sentimentos e das influências sensoriais posto que esses enganam,

levando ao erro. Deve se deter unicamente na razão para se chegar a verdade. Descartes coloca que ao pensar era necessário existir, disso não se poderia duvidar. A partir desse aforismo, Descartes desenvolve seu método.

Para Descartes, o homem é a composição do corpo e da alma, localizando a união desses dois na glândula pineal. O corpo seria uma máquina e a alma seria imortal, sendo, portanto, duas coisas dissociadas. O pensamento de Descartes é fundado no dualismo alma e corpo. (DESCARTES, 2005).

Descartes é considerado o iniciador do pensamento moderno na medida em que pôs o homem como um sujeito racional e trouxe a construção do termo consciência por meio do eu, formando a ideia de subjetividade. O pensamento de Descartes exercerá influência vasta no mundo europeu diretamente até Kant e indiretamente até Hegel.

Os estudos de Espinosa, segundo Del Vecchio, contribuiu mais para a Filosofia geral do que para a Filosofia do direito. Para Espinosa, haveria só uma substância, Deus, e os acontecimentos no mundo seriam expressão dela. Nada poderia ser absolutamente injusto no mundo posto que na ordem natural tudo é justo. O homem está sujeito às paixões e essa escravidão se dá como o erro do conhecimento sensível. Para se libertar precisaria do conhecimento racional. Espinosa teve o mérito de frisar os limites naturais do poder do Estado, preparando a distinção entre moral e direito. (DEL VECCHIO, 2006).

Leibniz foi jurista e escreveu sobre jurisprudência e direito comparado, alargando o campo do direito. Procurou fazer uma síntese do pensamento aristotélico-tomista, conciliando o aristotelismo e o cristianismo com o empirismo moderno. Diversamente de Spinoza, procurou compor o racionalismo-matemático com a contingência e liberdade. Deus seria a monada superior, átomos espirituais dotados de atividade, substâncias e forças, criando e ordenando as outras. O homem seria consciente e racional, porém teria livre escolhas nos seus atos. Leibniz interessou-se pela liberdade e pela questão do mal. Já em Wolff, ele defendia que a metafísica e a filosofia deveriam ser construída usando a dedução, partindo da ideia nata de ser. Esse autor, pretendia validar para a realidade concreta um sistema construído *a priori*. A lei moral não poderia depender do arbítrio divino. O autor não nega a Deus, simplesmente separa a filosofia da religião. (PADOVANI e CASTAGNOLA, 1981).

Seguindo a linha empirista, Francesco Bacon, contemporâneo de Galileu Galilei, procurou restaurar a ciência via observação dos fenômenos naturais, substituindo o procedimento indutivo pelo dedutivo. Instaurou o método experimental, empírico e positivo que, posteriormente, foi usado pelos seus seguidores. No caso de Hume, sua obra, cercada de ceticismo filosófico e empirismo radical, não teve grandes contribuições para a Filosofia do direito, mas exerceu certa influência no

pensamento de Kant principalmente na utilização da experiência como início do conhecimento. (DEL VECCHIO, 2006).

Thomas Hobbes, pensador inglês, desenvolveu a fundo o empirismo e o naturalismo no campo prático, moral e político. Procurou compor, em uma síntese original, o empirismo com o racionalismo matemático, inspirando-se no mecanismo de Galileu e de Descartes. (PADOVANI e CASTAGNOLA, 1981).

O direito natural (*jus naturale*), para Hobbes, seria a liberdade de cada homem poder utilizar de seu poder como bem lhe aprouvesse. Isto é, seria a liberdade de fazer tudo, conforme o próprio julgamento e razão para atingir esse fim. Mas, essa lei, regra geral, seria estabelecida pela razão, não pelas paixões naturais que inclinam o ser humano para a parcialidade, orgulho e vingança. Há uma certa impossibilidade de se fazer tudo que se tem direito, pois se todos agissem assim, sem pensar no próximo, haveria a guerra. É preciso haver renúncias. Segundo Hobbes, é preciso não fazer aos outros aquilo que não é razoável que seja feito por outrem a você mesmo. Isso significa haver a existência de certos limites como o veto de destruir a própria vida e a dos outros. Por isso a lei deveria ser institucionalizada e também para saber o que seria próprio e o que seria alheio. Um Estado só seria considerado instituído quando a maioria do povo concorda e pactua com direito daquele de representar cada um deles. A autorização dos atos e das decisões é necessária para serem considerados como fossem próprios do povo. A vontade dos súditos deve estar na do soberano. (HOBBS, 2012).

Hobbes esclarece a diferença entre entre Direito (*jus*) e lei (*lex*), em vista de serem facilmente confundidos. Enquanto direito seria a liberdade de agir ou de omitir, a lei se definiria por obrigar a agir ou omitir. A lei, portanto, não seria de modo geral um conselho, mas uma ordem dada por alguém específico a alguém já anteriormente obrigado a obedecer-lhe. A lei, pacto de um ditame natural, deveria obrigar o homem somente em foro interno, diante de sua consciência, mas, nem sempre isso acontece. Por si só a lei não dá garantia a conservação da paz e da vida em sociedade, muito menos dá conta da hostilidade inerente à condição humana. Por isso, seria necessário um pacto político bem como a existência de regras punitivas para fazer valer a lei, mas, para Hobbes, não caberia pena ao soberano. Sem a espada, os pactos não passam de palavras sem força, não dando a mínima segurança a ninguém. Renúncias em nome do bem da vida seriam necessárias. Trocar-se-ia parte da liberdade por uma sociedade segura, formando o Estado, o Grande Leviatã. (HOBBS, 2012).

Ao contrário de Hobbes, Locke previu a possibilidade de limitar o poder soberano, dividindo o poder em legislativo, executivo e federativo da comunidade. Defendeu o poder como provindo da mão do povo. Para ele, sob um comando arbitrário, não seria possível a constituição de uma

sociedade de pessoas racionais, pois os interesses de todos deveriam ser contemplados num contrato social. O Pacto político, acordo em formar com os outros um corpo político sob um governo, impõe a obrigação para com os membros dessa sociedade de se submeter à resolução que a maioria decidir.

A lei fundamental da natureza deve preservar o homem tanto quanto possível, dando segurança, ampliando a igualdade e a liberdade, responsáveis pela capacidade da pessoa de regular suas ações e preservar a propriedade (vida, a liberdade e os bens). Segundo Locke, seria preciso observar a lei para não invadir os direitos alheios. O estado natural teria uma lei de natureza para governá-lo, obrigando a todos. Essa lei ensinaria que nenhum homem, por ser igual aos outros e independente, deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses. A total liberdade para agir conforme a conveniência ocorreria dentro dos limites da lei, pois onde a lei terminar, começa a tirania. Parte dos direitos naturais, por isso, deveriam ser abdicado em prol da sociedade. Onde não há lei, não existe liberdade. Os indivíduos são mais livres sob a lei do que na inexistência dela. Sendo assim, liberdade significa agir dentro dos limites da lei. (LOCKE, 2011).

1.4.2 COMPREENSÃO DE LEI EM MONTESQUIEU E EM ROUSSEAU.

Assim como Locke, Charles de Montesquieu defendia a necessidade de limitação dos poderes para assegurar nos Estados a liberdade, conceito fundamental sem o qual não haveria direito. Esse pensador francês também defendeu a separação de poderes. Em sua obra *O espírito das leis*, ensinou que a primeira lei natural seria a aquela que traz a paz, já o medo e carência seriam os responsáveis por juntar os seres humanos em uma sociedade. O espírito das leis seria a busca da razão na natureza e não nos homens. Não haveria uma solução universalmente válida para a regulamentação de todas as condutas dos homens em sociedade nem para a compreensão da lei. Tampouco o homem estaria imune ao erro, pois este é um ser limitado, sujeito à ignorância. Para que haja vida em sociedade, é necessário estabelecer normas particulares, direitos das gentes, regulamentando o povo. Para Montesquieu, cabe ao direito político estabelecer parâmetros para a governabilidade e ao direito civil a relação dos homens entre si em uma determinada sociedade. A liberdade significava fazer o permitido pelas leis, tanto homens quanto o soberano necessitam de limites jurídicos. (MONTESQUIEU, 2001).

Outro importante contratualista foi Jean-Jacques Rousseau, nascido na Suíça, porém, exerceu suas atividades intelectuais na França. Sua teoria influenciou diversos pensadores. Na época, se destacou por além de ser iluminista, que significava fazer guerra à história, à tradição e à sociedade, ter, ao mesmo tempo, superado esse movimento. Ao se direcionado ao romantismo,

admitindo o primado do sentimento e o da espontaneidade natural como fonte de todos os valores, torna-se, nesse aspecto, um anti-iluminista. Rousseau posiciona-se contra o desenvolvimento técnico e cultural, afirmando que a civilização corrompe o homem, sendo os mais felizes aqueles próximos a natureza. Ou seja, aquilo que o iluminismo se vangloriava, Rousseau atribuía a origem de todos os males. Sem escravidão, com liberdade e valorização do indivíduo humano, idolatrava um estado ideal. (PADOVANI e CASTAGNOLA, 1981).

Foram as dificuldades e os obstáculos a conservação da própria vida no estado de natureza que fizeram, segundo Rousseau, com que não restasse outro meio a não ser se juntar via contrato social. Ou seja, com objetivo primordial a própria conservação dos contratantes, o pacto político tornou-se necessário o convívio humano. Pacto dever se originar na verdade racional e ter como base a liberdade e a igualdade. (ROUSSEAU, 2001).

Para Rousseau a primeira lei seria a do homem cuidar de sua própria manutenção e, ao atingir a idade da razão, viraria seu próprio legislador. É preciso encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado, havendo liberdade. O contrato social seria a solução. (ROUSSEAU, p.21, 2011)

As cláusulas desse contrato deveriam, portanto, se reduzirem a uma: a da alienação total de cada um a toda comunidade, pois dando-se por inteiro, haveria condição igual à todos. Ou seja, homem perde a sua liberdade natural e um direito ilimitado, por outro lado, ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Institui-se a aquisição do estado civil e da liberdade moral, base de todo sistema social. No lugar da igualdade natural, o pacto fundamental coloca a igualdade moral, legitimando, por exemplo, a desigualdade física imposta pela natureza entre os homens que, podendo ser desiguais em força ou em gênio, se tornam todos iguais pela convenção e pelo direito. Em lugar do particular, estado natural, produz um corpo moral e coletivo, estado civil. Essa passagem se dá via moral. (ROUSSEAU, 2011)

O ser humano desfrutaria da liberdade ao obedecer a lei que ele mesmo elabora, pois no estado de natureza não seria livre. A lei é a declaração da vontade geral, sendo assim, o povo, submetido a ela, seria o seu autor exclusivo. A vontade particular, segundo Rousseau, se inclina para a bondade geral e o Estado ao bem comum. Todo o Estado, regido por leis, onde somente o interesse público governaria, chama-se República. A separação de poderes em legislativo e executivo proporciona garantias. O uso e o costume seria a mais importante de todas as regras e quando houvesse desobediência caberia as leis penais.(ROUSSEAU, 2011)

Para Rousseau, as leis constituem a própria condição da associação civil, as pessoas públicas formadas pela união recebem o nome de cidade, o corpo político República e o povo associado cidadão. A Lei civil permite a cada cidadão gozar de uma proporcional independência dos outros e

de uma excessiva dependência da cidade. (ROUSSEAU, 2011)

Renunciar à liberdade, adverte o autor, é o mesmo que abdicar da própria humanidade, pois tal ato arrebatava toda moralidade das ações. “Se for necessário obedecer pela força, não será necessário obedecer por dever e se não se é mais forçado a obedecer não se está mais obrigado. Percebe-se então que a palavra direito nada acresce à força, não tendo aqui significado algum.” Se um assaltante pedir a bolsa por força, não produz um direito. Não se está obrigado a obedecer senão aos poderes legítimos. (ROUSSEAU, p. 15, 2011)

Rousseau defendia a extensão dos direitos da classe privilegiada aos operários, aos camponeses e as classes médias de uma forma que os direitos fossem iguais para todos. Para ele a divisão do trabalho, a propriedade privada e o consequente aparecimento de diferenciação social entre ricos e pobres, criaria a sociedade civil onde a felicidade não se faz presente. Mas, a união se tornou necessária, a partir do momento em que o homem necessitou de ajuda do outro e percebeu as conveniências da união. A igualdade desaparece, a propriedade é introduzida, o trabalho torna-se necessário. A desigualdade entre os homens se torna necessária a existência do Estado, onde cada indivíduo cede à comunidade os seus direitos naturais e recebe em troca direitos civis, ou seja, a todos será assegurada a liberdade e ninguém será súdito de ninguém. O Estado se torna, assim, a síntese das liberdades individuais e a expressão da vontade da maioria, o que legitima sua soberania. O pensamento de Rousseau, além de ter criticado o iluminismo, teve grandes repercussões nos séculos seguintes. Influenciou a eclosão da Revolução Francesa de 1789 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. (NIELSEN NETO, 1986).

O iluminismo, foi um movimento europeu, iniciado na Inglaterra do século XVII, depois passou para a França principalmente por meio do filósofo Voltaire (1694-1778) e seguiu para outros países se estendendo ao século XVIII. O nome do movimento derivou de seu objetivo de iluminar com a razão o obscurantismo da tradição. Suas fontes principais foram o racionalismo e o empirismo. Aquele forneceu o método crítico para instaurar no lugar da tradição a luz, a evidência e a clareza por meio da razão. Já o empirismo contribuiu nessa lógica via um procedimento simples: reconstruir a realidade por elementos primitivos mediante associações. Buscou-se chegar às origens da civilização, encontrar o homem segundo a razão. Os iluministas procuraram um espírito inovador, desconstruíram a ordem constituída no campo social, econômico, político e religioso, foi o que fez também a revolução francesa. Em relação a religião, a atitude iluminista foi hostil à igreja católica. (PADOVANI e GASTAGNOLA, 1981).

Os iluministas consideravam necessário substituir o acúmulo de normas consuetudinárias por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e feitas valer por meio da lei. (BOBBIO, 1995).

1.4.3 DEFINIÇÃO DE LEI EM KANT E NO IDEALISMO DE HEGEL.

Kant construiu uma teoria como base estrita na lei, provocando grande impacto na modernidade. A lei passou à um ditame da razão e as explicações à racionalidade. Para tanto, utilizou um método rigoroso para percorrer e esclarecer o antigo procedimento da escola do direito natural. Para ele, em seu livro *A metafísica dos costumes*, a liberdade era o único direito natural inato. Este seria o direito originário, condição *a priori da razão* e princípio base da existência do próprio direito positivo. O direito natural, para Kant, não era o extraído da natureza nem o provindo da autoridade divina, mas sim vinha da ideia de liberdade. Dessa forma, segundo DEL VECCHIO (2006), Kant afirmou o valor puramente racional dos princípios do direito natural. Costuma-se dizer que com Kant termina a escola do direito natural e começa a escola do direito racional.

Segundo Reale, Kant supera a dicotomia filosófica entre empirismo e racionalismo, com base na afirmação de só ser possível o conhecimento com a junção dessas linhas. Cria, assim, uma metodologia própria, o criticismo. Kant parte da razão como forma ordenadora do conteúdo fornecido pela experiência sensível. Esta experiência proporcionaria a matéria e o entendimento racional daria as formas do conhecimento. (REALE, 1999).

Somente um ser racional, para Kant, possui uma vontade e a capacidade de agir por princípios de acordo com a representação das leis. As ações do homem derivariam das leis via razão. Já a vontade também é definida pela razão na medida em que consistiria na faculdade de não escolher nada mais do que a razão. A vontade seria, assim, a razão prática fundada na determinação interna. A razão por si só, porém, não seria suficiente para determinar a vontade, pois se essa ocorrer em função da lei objetiva, há a obrigação e não a vontade. A autonomia existiria enquanto possibilidade de o ser humano dar a si mesmo as suas próprias normas, dentro dos mandatos da razão. (KANT, 2011).

Nessa ótica, toda lei prática, determinada pela razão, representa uma ação possível como boa. Os imperativos, fórmulas da determinação da ação, seriam, assim, segundo o princípio da vontade, de qualquer forma bons. Se a ação for somente boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético, mas se for representada como boa em si, como uma vontade em si conforme a razão, como princípio dessa vontade, então, o imperativo é categórico. (KANT, 2011).

Um imperativo, segundo Kant, consiste em uma regra prática pela qual uma ação em si mesma torna-se necessária. O imperativo categórico, incondicional, representa uma ação ligada a uma lei moralmente prática que pode conter um comando ou uma proibição, conforme seja um dever realizá-la ou não. As leis morais, portanto, seriam imperativos categóricos, isto é, leis

incondicionais. (KANT, 2010).

A formulação do imperativo categórico se dá, primeiramente, quando a pessoa considera as próprias ações como princípio subjetivo e converte uma máxima em um princípio subjetivo de ação. O agir pautado na máxima, tornaria-se um princípio de dever ao mesmo tempo que viraria também sua própria regra. Tem-se, assim, um princípio prescrito absolutamente pela razão, que orienta objetivamente como o sujeito deve agir. Kant denomina essa regra que o indivíduo estabelece para si mesmo de máxima. Mas, esse princípio só ganha validade objetiva, quando a razão se submete à prova de conceber a si mesmo como também produtora de lei universal. Assim, o princípio supremo da doutrina dos costumes de Kant se revela da seguinte forma: *age com base em uma máxima que pode também ter validade como uma lei universal*. (KANT, 2010, p. 48).

Segundo Kant, se um o homem fica atado, por seu dever, a certas leis é porque não as concebe como sendo fruto exclusivo de sua vontade e ignora o fundamento supremo do dever. Nenhum poder determina e ultrapassa a razão. Uma vez estabelecidas as normas, resta apenas segui-las por dever. Não se trata, portanto, de elaborar as próprias leis, mas torná-las próprias. (KANT, 2010).

Já a lei universal do direito agiria de modo a possibilitar a coexistência do livre arbítrio de cada um com a liberdade de todos. Somente onde a liberdade é limitada o ser humano pode ser livre, daí a necessidade de sair do estado natural, no qual cada um age em função de si próprio, e acordar com os outros a submissão a uma limitação exterior. (KANT, 2010).

Esse limite externo aconteceria a partir da entrada das pessoas em um Estado civil, onde o direito próprio ou alheio seria reconhecido e determinado pela lei, pelo um poder exterior. Os membros do Estado tem a possibilidade de conviver com certa independência, desde que o imperativo categórico esteja presente. A ação do sujeito deve ser capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal. *O direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem como uma lei universal de liberdade*. (KANT, 2010, p. 54). A liberdade, único direito inato, pertencente a todos os homens em virtude da humanidade, deve ser garantida pelo Estado. O conceito de liberdade contém leis incondicionais, denominadas de morais, as quais dão condição de formar uma sociedade juridicamente organizada. (KANT, 2010, p. 48).

Na doutrina sistemática de Kant, os direitos são divididos em direito natural, o qual se apoia em princípios *a priori*, e direito positivo, estatutário, que provém da vontade de um legislador. Há leis morais (leis da liberdade), leis jurídicas (dirigidas a ações externas que se enquadram na lei) e leis éticas (fundamento determinante das ações). A conformidade com as leis jurídicas viria pela legalidade de uma ação e pela concordância com as leis éticas. Isso seria a moralidade. (KANT,

2010).

A ética funda-se quando se pensa a lei como fosse a própria vontade. A lei moral estaria no âmbito da ação, de um agir por dever pautado no estatuto de se ser racional, pois, assim, com essa harmonia, seria o mesmo que obedecer a lei dada a si próprio. A lei como um dever direcionada ao ser racional é designada como moral, diferenciaria da norma jurídica na medida em que esta tem caráter coativo e aquela não. Na divisão geral dos deveres de direito, Kant prescreve os seguintes mandamentos: *sejas um ser humano honesto, não prejudique ninguém, mesmo que para evitá-lo devas romper relacionamentos, e dá a cada um o que é seu.* (KANT, 2010, p. 54).

Sua obra *Metafísica do Costumes*, uma doutrina universal do direito. Na parte do direito de sociedade doméstica, subtópico direitos dos pais, o autor menciona sobre os deveres dos pais. Estes devem preservar e zelar por sua prole até esta ser capaz de cuidar de si mesmo. Esse é um direito original. A Lei garante a obrigação dos pais de alimentar, cuidar e educar, satisfazendo os filhos tanto quanto possam, pois aqueles devem se responsabilizar pelo ato de trazer uma pessoa ao mundo sem seu consentimento. Os pais não podem destruir um filho, pois não se trata de coisa nem de propriedade, tampouco abandoná-lo a própria sorte. (KANT, 2010).

Em toda legislação há uma lei representante de uma ação a ser realizada como objetivamente necessária. Dever consiste na ação a qual alguém está obrigado, mesmo que por meio de constrangimento e coação. As ações das pessoas podem estar sujeitas a imputação, caso a ação do autor se enquadre na lei. Será de competência do direito exercer o poder de coerção sobre o violador, caso seja necessário. Mas, somente será imputada a autoria da ação via julgamento. (KANT, 2010).

Em sua teoria, Kant chegou ao extremo rigor. Traçou uma separação absoluta entre o que é dever e o que não é, sem considerar qualquer grau intermediário, construindo uma concepção mecânica de direito insustentável. (DEL VECCHIO, 2006).

Com excesso de legalismo determinando as ações dos indivíduos, sem considerar motivações interna, Kant se mostrou mais preocupado com o aspecto formal jurídico do que com o conteúdo. Separou, dessa forma, o direito da moral e lançou o sujeito em uma abstração. Essa postura contribuiu para a formação do direito moderno, definido pelo seu alto grau de abstração, pelo seu aspecto genérico e por sua redução à legalidade, o que levou à simplificação da realidade. (DIAS, 2012).

O sujeito de direito moderno é um sujeito racional, autônomo, livre e abstraído da realidade. A filosofia de Descartes é considerada a responsável por fundar a subjetividade moderna e a de Kant por concretizar. Pode-se considerar, então, o sujeito de direito moderno um sujeito kantiano. (DIAS, 2012).

Por fim, Kant procurou conciliar o empirismo e o racionalismo. Por meio de uma síntese, extraiu da razão a forma e do empirismo dados sensíveis da experiência. Mas, segundo Reale (1999), o modo de Kant conduziu sua teoria do criticismo se mostrou uma concepção estática. Levada ao extremo essa teoria, torna-se um ato de negar a realidade mundana e a verdade de todo conhecimento que não tenha sido previamente submetido a crítica. Diante da teoria construída por Kant, Hegel não concordou. Este procurou superar com o subjetivismo o racionalismo kantiano. (REALE, 1999).

Kant ocupou o centro do pensamento moderno, de sua teoria derivou todo o pensamento posterior, particularmente o idealismo clássico alemão. Este idealismo se definiu por sustentar a natureza da realidade como fundamentalmente mental. O cerne dessa linha foi a subjetividade. O conceito de criatividade do sujeito, de síntese *a priori* e de autonomia do espírito foram desenvolvidos dentro de uma lógica monista imanentista. Os idealistas viam a unidade da realidade, a parte com um todo, e a unidade corpo e mente. As coisas estariam inerente umas as outras, premissa oposta ao pluralismo. Haveria uma única coisa, a substância. A realidade, para os idealistas, se desenvolveria nos limites da experiência e esta seria produzida pelo espírito. Paralelo a esse movimento, tinha-se o romantismo, o qual também estava rodeado pelo conceito de criatividade e liberdade do espírito. Com o historicismo, o idealismo teve em comum o conceito de desenvolvimento, a valorização da nacionalidade e da religião. As principais fontes do idealismo clássico alemão são Kant e Spinoza e representante são, por exemplo, Fichte, Hegel e Schopenhauer. (PADOVANI e CASTAGNOLA, 1981).

Dentre esses filósofos do idealismo, Hegel é o mais citado por autores da área da filosofia do direito. Esse autor dedica uma obra inteira ao estudo da filosofia do direito.

O ponto de partida do direito mais importante, segundo Hegel, seria a vontade, a qual seria pura reflexão dentro de si. A vontade seria livre e a liberdade formadora da substância, inerente a l é a manifestação da necessidade do ser. Sendo assim, a vontade livre é o direito. O ponto de vista da moral é o mesmo da vontade. (HEGEL, 2010).

Então, se a vontade é moral, o direito seria moral. Mas também o direito seria, de modo geral, segundo Hegel, positivo. Caberia ao direito positivo ser a fonte de conhecimento do que é direito, lembrando que lei pode ser diversa de direito. Hegel, atenta que a violência e a tirania podem até chegar a ser um elemento do direito positivo, mas isso não seria inerente à esta natureza, tratando-se de elementos contingentes. Para Hegel seria preciso que o direito se tornasse positivo via caráter particular de cada povo, ou seja, conforme o desenvolvimento histórico e a necessidade natural. Mas, o direito precisaria conter, ao mesmo tempo, a aplicação do conceito universal que se daria ao se tornar lei, chegando assim a sua determinação verdadeira. “O que em si é direito é posto

em seu ser-aí objetivo, isto é, determinado para a consciência pelo pensamento, conhecido como o que é direito e como o que vale é a lei; e o direito, por essa determinação, é direito positivo em geral”. (HEGEL, 2012, p. 204). A obrigatoriedade para com a lei inclui da parte do direito a autoconsciência, é preciso que as leis sejam conhecidas universalmente.(HEGEL, 2012).

Segundo Padovani e Castagnola, Hegel sustentou que o conceito era universal e concreto e tudo seria conexo com tudo, o particular com a totalidade. Hegel na sua teoria sobre a dialética apontou a dialética dos opostos, passagem de um elemento ao seu oposto, que se daria pela tese (ideia em si), antítese (ideia fora de si) e, após, síntese (a ideia por si/ para si). A realidade para Hegel seria essencialmente mudança, seria um movimento dialético, o ser seria o vir-a-ser. O espírito, portanto, se desenvolveria por meio de momentos dialéticos. (PADOVANI e CASTAGNOLA, 1981)

O sujeito, segundo Hegel, seria determinado pela reflexão da vontade dentro de si e por sua identidade sendo para si em face do ser em si, ser puro. Enquanto singular, o sujeito é para si e a sua subjetividade constituiria, pelo colapso do ser é o ser-aí, ou seja, o ser determinado.(HEGEL, 2010)

A singularidade das pessoas bem como seus interesses particulares, para que haja o cumprimento da liberdade concreta, aponta Hegel, precisam ter seu desenvolvimento completo e reconhecimento de seu direito para si. A figura do Estado viria para dar efetividade a essa liberdade. Segundo Hegel, o princípio basilar do Estado, portanto, deveria ter como objetivo permitir o princípio da subjetividade alcançar a peculiaridade pessoal, conduzindo-a para uma unidade substancial, a qual o Estado deve abarcar. Apesar de o fim último do Estado ser o interesse universal como tal, enquanto substância, cabe conservar os interesses particulares do indivíduo. Esse é o espírito ético e o Estado é sua efetividade. (HEGEL, 2010)

O Estado também tem outra função, diz Hegel, que é a de assumir seu poder superior, mas com atenção ao fato de a natureza de suas leis e de seus interesses estarem também subordinados a norma. Todo cidadão igualmente está subordinado a norma e ainda obrigados para com o Estado na medida em que este lhes proporciona ao mesmo tempo direitos. Direito e obrigação são idênticos no aspecto formal. A obrigação é inicialmente um comportamento frente a algo substancial, frente a algo da necessidade. (HEGEL, 2010)

O sujeito, para Hegel, se faz moralmente de acordo com suas ações, as quais ele mesmo pode questionar e colocar em dúvida até suas crenças. Ao agir, o sujeito deve assumir a responsabilidade de seus atos. Já a eticidade estaria no domínio das instituições, das normas, dos valores e dos costumes materializados no comportamento do indivíduo bem como na esfera coletiva. O cidadão reconheceria as instituições como propriamente suas, resultado do conjunto de suas atividades. (HEGEL, 2010).

Hegel é considerado, por muitos autores, como idealista na medida em que valorizava e acreditava ser possível chegar em um saber absoluto. Hegel procurava na ideia o alcance racional e seria possível de aplicação global. Hegel acreditava que por meio da dialética poderia chegar na plenitude da razão e que seria possível juntar a unidade, o particular, ao todo. Ou seja, sustentava que a particularidade e os interesses das pessoas poderiam se desenvolver de forma completa, chegando assim a liberdade a qual o Estado deveria tutelar. Era um racionalista com estilo otimista.

1.4.4 CONCEPÇÃO DE LEI NO POSITIVISMO JURÍDICO E NO SISTEMA DE CODIFICAÇÃO.

Depois do idealismo, no curso da história, aparece o positivismo, opondo-se a esse pensamento. A diferença fundamental entre essas duas linhas está no fato de a primeira buscar uma unificação da experiência mediante a razão e o segundo limitar-se a experiência imediata como fizera o empirismo. A consequência disso para a fase do positivismo foi a pobreza filosófica, o valor era a descrição e a análise objetiva da experiência. A filosofia se reduzira à metodologia e à sistematização das ciências, a única realidade existente e cognoscível era a do fato, aquilo que poderia atingir cientificamente, ficando o fator valorativo apartado. Decorrem desse momento concepções morais hedonistas como o prazer é o supremo bem da vida, e utilitaristas, a ação é avaliada conforme a consequência. O positivismo acabou também escorregando no idealismo ao defender o absoluto do fenômeno.(PADOVANI e CASTAGNOLA, 1981).

O positivismo jurídico nasce da história para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva do direito e seu resultado último é representado pela codificação.

Na Inglaterra, o país clássico do empirismo, o positivismo reproduziu um desenvolvimento do empirismo anterior. Já na Alemanha, a terra do criticismo e do idealismo, progrediu em reação ao hegelianismo e ao criticismo de Kant. Na França, o positivismo se ajustou ao sistema e ao espírito francês, sendo usado para finalidades políticas e sociais suscitadas pela revolução francesa. (PADOVANI e CASTAGNOLA, 1981).

Em cada lugar, o positivismo se desenvolveu de uma forma marcada pelo próprio contexto histórico, econômico, político, social e ideológico. Na Alemanha, o positivismo jurídico foi preparado pela Escola Histórica do Direito, a qual teve destaque com a obra de Gustavo Hugo sobre o direito natural como filosofia do direito positivo. Ou seja, não concebia mais o direito natural¹

¹ Segundo Reale, alguns autores definem o Direito Natural como um direito inerente à razão. Seria, então, um conjunto de direito inatos em todos os homens. Outros pensadores defendem não existir direito inatos, mas sim princípios universais, explica o Reale. Essas generalizações levariam querer o bem e evitar o mal. (REALE, 1999).

O direito natural seria aquele que independe das autoridade política, mas estaria de acordo com a natureza humana ensina Roque. É preexistente ao ser humano, permanente e imutável como mostrou o conto de Antígona. A

como um sistema independente, mas como conceitos filosóficos sobre o próprio direito positivo. Esse momento marca o início da passagem da filosofia jusnaturalista para a juspositivista. Mas, escola histórica e o positivismo não são a mesma coisa, somente aquela preparou o terreno para esta. Esse autor influenciará John Austin, considerado o fundador do positivismo jurídico. (BOBBIO, 1995).

Embora Gustavo Hugo tenha tido um papel importante na Escola Histórica do Direito, foi Savigny o maior expoente. Com inspiração do pensamento hegeliano, os historicistas criticaram a compreensão do direito enquanto regras imutáveis válidas para todos, passando a contextualizá-lo como produto da história. O direito não era considerado único nem igual para todos em todos os tempos e lugares. O direito não era produto da razão, do cálculo conforme pensavam os iluministas, mas sim do desenvolvimento da história, variando no tempo. Nasceu do sentimento de justiça com base nas formas jurídicas primitivas, na origem da sociedade. As normas consuetudinárias, expressão da tradição, eram consideradas formas genuínas do direito enquanto realidade histórico-social. No campo do direito, ensinavam a importância de conservar as regras já existentes e a necessidade de desconfiar das inovações jurídicas devido ao novo poder esconder improvisações nocivas. A Escola Histórica não acreditava no progresso humano como os iluministas pensavam, o otimismo iluminista acreditavam na melhora da sociedade e na transformação do mundo por meio da razão. Com um posicionamento visto como pessimista, a Escola histórica do Direito se opôs a codificação do direito germânico. (BOBBIO, 1995).

O historicismo se caracterizou, portanto, por considerar o homem em sua individualidade e por reconhecer sua diversidade, rompendo com a ideia jusnaturalista do homem ter caracteres fundamentais sempre iguais e imutáveis bem como de o Estado ter surgido de uma decisão racional ponderada afim de dar origem a uma organização, corrigindo as falhas do estado de natureza. É devido a essa crítica ao direito natural que essa escola pode ser considerada precursora do positivismo jurídico. (BOBBIO, 1995).

Com a queda da ideia do direito natural, abriu-se espaço para o direito existir somente como positivo posto pelo Estado soberano. Sendo assim, o positivismo jurídico nasceu do movimento histórico, se desenvolveu realizando-se na lei com fonte exclusiva do direito e se efetivou na ação desta seria em acordo ao direito natural, ato em respeito as leis dos deuses, e o decreto de Creonte seria a lei positiva. Trava-se í um confronto entre Direito Natural e Direito Positivo. Roque explica que o verdadeiro criador da Escola do Direito Natural foi Hugo Grocius que define o direito natural como o ideal de perfeição e justiça, o qual estaria presente na consciência de cada um. O direito natural, assim, seria fonte de inspiração para o Direito Positivo. Este adviria da cultura, do intelecto humano e o direito natural da natureza. (ROQUE, 2007).

codificação.

Por volta de 1789, na narrativa da Revolução Francesa, o plano de codificação do direito obteve consistência política. Esse projeto se inspirou nas concepções de Rousseau e nas ideias iluminista. A proposta era eliminar o acúmulo de normas jurídicas produzidas pelo desenvolvimento histórico, instaurando no lugar um direito adaptado às exigências universais humanas. O lema era poucas leis, porque muitas seriam fruto de corrupção. (BOBBIO, 1995).

A ideia de codificação iniciou no pensamento iluminista, mas foi formalizada do jeito que entendemos hoje somente em 1804. A partir dessa data, tinha-se um corpo de normas sistematizadas. O Código de Napoleão entrou em vigor na França, influenciando fortemente o pensamento jurídico moderno e contemporâneo. Códigos de muitos países foram modelados com base nele. As duas codificações de maior impacto na cultura jurídica brasileira, entre outras, foram a napoleônica e a justiniana. (BOBBIO, 1995).

Os redatores do Código tentaram cobrir todas as possibilidades de situações jurídica inclusive aquelas em que os juízes não dispunham de norma precisa, havendo um *vacu* na lei. O art. 4 impunha o dever de o juiz decidir em todos os casos, mesmo na incerteza da lei. Havia para essas decisões critérios de base. O Código deveria resolver quaisquer controvérsias, mesmo que para isso precisasse utilizar o método da dedução da própria lei. A partir das interpretações, fundou-se a escola Exegese, intérpretes do Código Civil. (BOBBIO, 1995).

O princípio basilar dessa Escola consistia em afirmar a existência do fundamento do Direito nas leis e asseverar que esse sistema não apresentava senão lacunas aparentes, pois todas as referências jurídicas estavam contidas nos textos legais. Sendo assim, a ciência jurídica se reduziu a uma simples aplicação e interpretação metódica dos textos legais. (MARQUES NETO, 1982).

A acusação de sepultamento da tradição jurídica precedente por parte do Código de Napoleão deve-se tal responsabilidade aos primeiros intérpretes, não aos redatores. Foram aqueles, fetichista da lei, e não estes que elevaram o legislador ao estatus de onipotente, fazendo das leis um dogma, dando fundamento para um positivismo jurídico radical. (BOBBIO, 1995).

Nasce, assim, a convicção da supremacia Estatal e do legislador racional, dentro de um sistema jurídico auto-suficiente, capaz de oferecer soluções unívocas para todos e quaisquer casos.

A Escola exegese reverberou na Inglaterra, por meio das ideias de Austin. Para esse autor o direito estaria dentro de uma lógica formal, não havendo qualidade jurídica os costumes provindos da sociedade. A jurisprudência teria sua validade enquanto provinda do Estado. (MARQUES NETO, 1982).

Na Inglaterra elaborou-se a mais ampla teoria da codificação. O pensamento de Jeremy Bentham influenciou grande parte do mundo como a Europa, a América e a Índia, mas não

propriamente na Inglaterra. Seu pensamento recebeu influência do pensador italiano Beccaria. Bentham defendeu a existência de uma ética originada em um princípio objetivamente estabelecido e cientificamente verificado, da qual deduziria todas as regras para o comportamento humano. Cada homem deveria buscar a própria utilidade em suas ações. A ética se tornou, portanto, o complexo das regras estabelecidas válidas para todos, segundo as quais o homem poderia conseguir a própria utilidade do modo melhor possível. Ao dirigir as ações humanas viabilizaria uma maior produção de felicidade. Toda obra de Bentham é guiada pela convicção do estabelecimento de uma ética objetiva. (BOBBIO, 1995).

Não só os pensadores Ingleses tiveram influência da Escola Exegese, mas também Hans Kelsen, jurista e filósofo austríaco. Este foi o maior pensador do normativismo dogmático contemporâneo. Kelsen levou às últimas consequências o normativismo da Escola Exegese, conferindo validade absoluta à norma, resumiu o direito a lei, desimplicando o direito de qualquer influência ideológica, psíquica, social, política e econômica. Não ignorou a existência desses elementos, somente os afastou ao ponto de responder à qualquer indagação sobre o porquê se conduzir de determinada maneira, dizendo porquê a lei manda. Determinada como norma coativa, o direito se distinguiria de outras ordens sociais. A validade e a eficácia da norma estaria no fato dela estar ou não de acordo com a norma fundamental, dentro de uma hierarquia das leis. As resoluções estariam dentro dos critérios formais. (MARQUE NETO, 1982).

A norma teria como escopo normatizar a conduta humana, conduzir o homem de determinada maneira e a norma secundária prescreveria as sanções. A norma para existir, porém, advém de um ato de vontade, originário do mando do próprio homem. Não há imperativos sem mandantes. A conduta humana, em si mesma, é ser já a norma que a regulamenta é um dever-ser. Toda a conduta humana deveria estar pautada nos atos de vontade como devidos, pois a pessoa física seria uma unidade personificada de normas jurídicas, a quais obrigam e conferem direitos. As normas jurídicas são estabelecidas por meio dos atos de vontade do homem, não por um ditame transcendente. A norma fundamental não existiria na materialidade do direito positivo, seria somente pressuposta, meramente pensada, validando o sistema jurídico. O direito, então, seria uma ordem normativa que regula a conduta humana, orientando como a pessoa deve conduzir certa situação (KELSEN, 2011)

O Estado como o único autor da lei, única fonte do direito, dominou o pensamento moderno. A lei moderna seria a do Império da lei. O Estado, como visto, passa a regular todas as condutas humanas possíveis. O detentor do monopólio da legislação atinge seu apogeu no século XIX, mas se estende no século XX.

O Estado, cuja ausência tinha consentido à experiência jurídica medieval, consolidou-se em

uma grande ciência jurídica. A presença maciça totalizante dele no cenário político, marcou o mundo moderno. Aplicou-se o direito positivo como o único, exaurindo toda sua juridicidade. De um pluralismo jurídico, chegou-se ao monismo jurídico, a uma só face do direito, o qual somente se manifestava na voz do Estado. O princípio da estrita legalidade, ou seja, da necessidade de corresponder toda demanda jurídica a lei está no cerne do pensamento assim como a crença na suprema garantia do cidadão contra os arbítrios da administração pública. Permanece impensável a ideia de abusos do legislador, pois o direito proveniente do Estado soberano era considerado um direito tomado como bom. (GROSSI, 2005).

O Estado impiedosamente elitista, o chamado Estado liberal preocupou-se com o controle social, impedindo um acesso direto das massas no desenho dos princípios ordenadores da sociedade.

Não foi só na Alemanha que barbáries aconteceram, na Itália também com o fascismo. O Estado de Justiça, tomada a justiça como um conceito absoluto, abstrato e idealista, se apropriou de modo inadequado e capcioso da matriz do conceito hegeliano do Estado Ético, fundamentando a concepção de Estado fascista. Regime totalitário e ditatorial, onde direitos e liberdades humanas foram esmagados e subjulgados ao arbítrio de um poder político onipotente e sem controle. Toda participação popular foi ejetada do sistema, havendo somente espaço para benefício de uma minoria privilegiada. Estado de justiça, portanto, nada tem a ver com Estado submetido ao Poder Judiciário, com divisão entre legislativo, executivo e judiciário, todos sujeitos ao controle jurisdicional, elementos fundamentais para a caracterização do Estado de Direito. (SILVA, 2010)

Após esses acontecimentos, a busca de objetividade científica, pelo positivismo, equiparando na área jurídica o direito à lei, durante a primeira metade do século XX, entrou em decadência. Sua derrota estava prescrita, vindo a ser confirmada com a queda do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Regimes de atos de barbárie, protegidos pela legalidade. Ao fim da 2ª Guerra Mundial, a ética e os valores retornaram ao Direito. (BARROSO, 2009).

Isso não quer dizer que os problemas éticos-jurídicos foram eliminados. Todo um viés cientificista não cessa de criar problema novos à espera de uma solução satisfatória. A razão moderna deixou o legado da razão instrumental. A ciência contribui cada vez mais para a abstração do sujeito que torna violentamente seu objeto. A Modernidade Jurídica forjou um conceito abstrato de sujeito de direito na medida em que desconsiderou o homem concreto e real, ou seja, ignorou a singularidade de cada um e em cada caso, mostrando-se excessivamente formalista. O sujeito moderno foi enquadrado em uma forma abstrata em plena desconsideração do homem real. A abstração produziu desigualdades e crimes históricos.

A história jurídica nos ensinou, portanto, que a dominação do texto, sua imobilização e à

velha passividade do intérprete não é o melhor caminho, pois o texto não é uma realidade auto-suficiente, mas sim incompleta e inacabada. Morre a presunção de acreditar poder engessar o direito, vindo no lugar a visão de que o direito é história viva. (GROSSI, 2005).

1.4.5 INFLUÊNCIA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO NA LEI.

Segundo Philippi, a radicalização dos processos de positivação do direito tem como uma das suas consequências a influência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na medida em que os indivíduos passaram a depender da legislação trazida de um modo racional. (PHILIPPI, 2001).

A proclamação dos direitos do homem veio como uma medida aos anseios das pessoas que não se sentiam mais seguras diante de lei com garantia provinda em nome Deus. *É por isso que a positivação das declarações nas constituições, que se iniciam no século XVIII com as Revoluções Americanas e Francesas, tinha como objetivo conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura.* (LAFER, 1988, p. 123). A positivação das declarações de direitos e seu processo de efetivação, porém, segundo Lafer, não desempenhou a função estabilizadora esperada.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi uma carta de princípios que serviu de inspiração a constituição francesa, ambas foram aprovadas em 1789. O contexto marcou o fim do regime antigo, o da realeza, trazendo novas ideias, as quais se expandiram no mundo após a Revolução francesa 1789. Essas ideias foram resultado dos movimentos filosóficos anteriores de teorias como a de Montesquieu, Voltaire, Rousseau e John Locke. Os principais objetivos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foram: igualdade de todos perante a lei, sem distinções, abolição de títulos de privilégios, direito de defesa, liberdade de pensamento e de culto religioso, inviolabilidade de domicílio, abolição de qualquer tipo de escravatura, proteção a propriedade privada e todo poder emana do povo e em seu nome será exercido, cabendo ao povo a escolha de seus governantes pelo sufrágio universal. Cabia ao governo, então, oferecer soluções, promovendo a paz social. (ROQUE, 2007).

A supremacia estatal, a crença na infabilidade do legislador racional e a confiança em um sistema auto-suficiente, capaz de oferecer soluções unívocas para todos os casos jurídicos, inicia um processo de formalização do sistema jurídico, enquadrando o direito, abordando-o a partir de fatos, não de valores. Nesse processo está a Declaração de 1789, a qual estabeleceu a lei como fonte exclusiva do direito e válida de igual forma para todos, colocando os termos da declaração em

submissão à lei. (PHILIPPI, 2001)

Os direitos humanos, dessa forma, tornaram-se estático, apoiado-se em um formalismo, mostraram incapazes de proteger o homem. A igualdade que trouxe foi uma igualdade absolutamente formal, consistiu em igualar todos perante a lei, sem discriminação, submetendo as pessoas ao império da lei caduca, a qual em nome dela ratificam desigualdades. A liberdade tornou-se hipotética e a fraternidade trouxe agregação. Fora do Estado não havia direito e dentro, em nome da cidadania, ser ou não ser cidadão, para aqueles que não o mais eram, perderam seus direitos inclusive os mais básicos.

Segundo Fachin, “pretendendo ser um Direito igual e supondo a igualdade dos homens sem ter em conta os condicionamentos sociais concretos, produz uma lei abstrata, geral e impessoal”. A lei como igual para todos nega direitos básicos e abstrai o sujeito, sustentando inúmeras desigualdades, sustentando a farsa em nome da liberdade e da igualdade. A modernidade forja o sujeito de direito em sua abstração. Dentro desse contexto inexistem liberdade e liberdade, conceitos caros aos ideais da modernidade. (FACHIN, 2001).

O problema dessa forma de administração gritou em todo seu lado trágico quando a face perfeita se mostrou deformada. A lei deturpada assumiu aspectos terrificantes. A experiência do século XX, momentos de crise profunda e a transtornos da juridicidade, mostrou as mais aberrantes ditaduras. Foi na Alemanha nazista que o direito apareceu como uma extrema positividade jurídica, levando a violência e a tirania. Um anti-direito foi instaurado. O direito positivo, frequentemente reduzido ao fanatismo racista e religiosos, levou as tiranias mais repugnantes da história. (GROSSI, 2005).

Segundo Arendt, o totalitarismo foi um regime nunca visto antes na história, é uma política que não se confunde com a tirania nem com o despotismo muito menos com o autoritarismo. Na dinâmica do totalitarismo tudo é possível, pois elimina completamente a liberdade humana, gerando isolamento destrutivo da possibilidade de uma vida pública. O isolamento e a desolação, nesse nível jamais visto antes, diz Arendt, se realiza por meio do campo de concentração. (ARENDR, 2009).

Conforme Arendt, em seu livro *Origens do totalitarismo*, o totalitarismo é uma espécie totalmente diferente de governo, ao mesmo tempo em que desafia as leis positivas, não opera sem orientação de uma lei. Dessa forma, torna-se um sistema, o qual não se pode dizer que é arbitrário. Sustenta um discurso de obedecer rigorosamente e inequivocamente a lei da natureza ou da história, reforçando acreditar serem elas a origem de todas as leis. Em suas palavras:

A afirmação monstruosa e, no entanto, aparentemente irresponsável do governo totalitário é que,

longe de ser ilegal, recorre à fonte da autoridade da qual as leis positivas recebem sua legitimidade final; que longe de ser arbitrária, é mais obediente a essas forças humanas que qualquer governo jamais o foi; e que, longe de exercer seu poder no interesse de um só homem, está perfeitamente disposto a sacrificar os interesses vitais e imediatos de todos à execução do que supõe ser a lei da história ou a lei da natureza. (ARENDR, 1989, p. 513).

Segundo Arendt, o totalitarismo se legitima na execução lei, aplicando esta diretamente na humanidade. A política autoritária não substitui um grupo de leis por outro, não cria uma nova legalidade. Pregam a esperança de que se a lei da Natureza ou da História forem devidamente executada, engendrará a humanidade como produto final. Afirma o objetivo de tornar a humanidade encarnação da lei e promete justiça. Esse processo, identificação do homem com a lei, segundo a autora, faz desaparecer a diferença entre legalidade e justiça. Os nazistas, explica Arendt, se apoiaram num discurso em nome da lei da natureza, se alimentaram da ideia evolucionista de Darwin, concebendo o homem como produto da evolução natural. As leis raciais foram incutidas no pensamento como expressão da lei da natureza, levando a sérias consequências. Já os bolchevistas se apoiaram na lei da história. (ARENDR, 1989).

Os Nazistas foram grandes empresas de despersonalização de seres humanos. Engenhosamente, tiraram a liberdade das pessoas, isolaram impedindo a comunicação e roubaram seus bens materiais. Esvaziaram o próprio ser, substituindo o nome de cada um no campo de concentração por um número. (COMPARATO, 2003).

O valor humano, fundamento dos direitos humanos, foi rompido com o totalitarismo que propagou o primado de uma ideologia racista sobre a lei, mostrando o pior aspecto patológico do direito.

Em reação as atrocidades cometidas durante as Guerras Mundiais, iniciaram um processo de estabelecer balizas imprescindíveis de direito. O mundo aclamava necessidade de novas medidas. Em 1948, entra em cena a Declaração Universal dos Direitos Humanos, marcando a consagração da universalidade dos direitos humanos. Após massacres, a humanidade compreendeu o valor supremo da dignidade da pessoa humana e a igualdade passou a ser vista não mais como formal. Com influência socialista, após a segunda metade do século XIX, a igualdade passa a ser material. O foco se volta para a diminuição das desigualdades sociais, a ideia de igualdade passa a tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Com isso objetivou-se proteger juridicamente parcelas da sociedade em situação de desvantagens. (COMPARATO, 2003).

O princípio da dignidade da pessoa humana veio com intuito de proteger a pessoa concreta. Segundo Fachin, esse princípio abarca um complexo de direitos e deveres fundamentais da pessoa humana, procurando garantir uma vida digna ao ser humano, afastando qualquer ato de cunho degradante e desumano. (FACHIN, 2001).

Quando fala-se em dignidade da pessoa humana, junta-se o conceito de direitos fundamentais, âmbito estatal, e direitos humanos, declarações e convenções internacionais. Une-se todos os direitos, usando como base o princípio de que todo ser humano é dotado de dignidade. A pessoa vista em sua humanidade é colocada no centro das preocupações no Direito. Esse conceito procura afastar o sujeito da abstração, procurando zelar pelos direitos fundamentais aos sujeitos e pelo livre desenvolvimento de capacidades individuais.

Segundo Fachin, a dignidade da pessoa humana é um valor que antecede o direito, é o princípio supremo do sistema jurídico. Não se trata de um princípio que leva o sujeito a sua abstração como vimos no passado nem é um sujeito somente de relação jurídica, sujeito codificado, mas sim que protege a pessoa em sua concretude. Ao mesmo tempo em que objetiva assegurar condições básicas de vida, convoca a pessoa a uma posição mais ativa, protagonista e responsável dos próprios atos e omissões, chamando também para uma maior participação na sociedade. O princípio da pessoa humana além de ser base dos Direitos Humanos, é um princípio garantido na Constituição Federal do Brasil. (FACHIN, 2001).

A modernidade, segundo Comparato, iniciou um processo de despersonalização do sujeito, o qual se estendeu até os dias de hoje. O pessoa considerada em sua mera exterioridade é esvaziada em sua singularidade. Em reação a mecanização do sujeito e a burocratização da vida em sociedade, é preciso dá primazia a identidade singular. (COMPARATO, 2003).

Ao encontro desta ideia, Comparato explica que o princípio primordial é o da dignidade da pessoa humana. O fundamento da vigência dos direitos humanos no plano internacional e estatal encontra-se no princípio da dignidade humana. Segundo Comparato, a inclinação atualmente é considerar as normas internacionais acima do ordenamento jurídico de cada Estado:

A tendencia preeminente hoje é no sentido de considerar que as normas internacionais de direitos humanos estão acima do ordenamento jurídico de casa Estado. Seja como for, vai-se afirmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico. (COMPARATO, 2003, p. 61).

O sujeito, portanto, deve ser protegido em qualquer lugar do mundo, simplesmente por ser humano deverá ter seus direitos garantidos. De uma cidadania referida a uma nação a um cidadão do mundo. Para ter garantido seus direitos básicos a pessoa não deve mais precisar participar das políticas de seu país muito menos ser cidadão, basta ser humano para ser reconhecido e ter seus direitos garantido pelo princípio da dignidade humana. Sendo assim, o conceito de humanidade torna-se universal e apolítico independente das fronteiras territoriais e temporais. Conceber o direito

como poder e comando seria ser insensível a realidade e indiferente a vida, a qual deve ser o maior bem valorizado, devendo a sociedade ter consciência da trama quando isso não acontece. Segundo Comparato, os direitos humanos são os valores mais importantes de convivência humana, sem os quais as sociedades corre o risco de entrar em um processo de destrutivo. (COMPARATO, 2003). O objetivo é evitar cair na abstração vista no passado, levando em conta a singularidade da pessoa, no caso concreto dentro de um sistema jurídico plural.

1.5 (NEO)CONSTITUCIONALISMO DO SÉCULO XX E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

A modernidade teve uma duração muito mais breve comparada a época medieval. Manifestou seus primeiros traços no século XIV, período de transição, tendo seu ápice no século XIX. Mas já no século XX sua forma de interpretação da realidade jurídica apresentou profundas rachaduras. Nas certezas estatalista e legalistas o edifício se desmoronou. As novas necessidades correspondeu, ao longo do século XX, a manifestação de uma nova e madura constituição, aquela do período pós-guerra mundial. Com autêntico poder constituinte de matriz popular, o Estado de Direito resultou de uma correta aplicação das leis do Estado, vinculando tanto este como o cidadão às normas. (GROSSI, 2005).

A reconstitucionalização da Europa, logo após a 2ª guerra Mundial e durante a segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição, colocando-a em um grau supremo na escala hierárquica das leis. Cabe a Constituição ser referência e influenciar diretamente as instituições jurídicas contemporâneas. O novo constitucionalismo com a vinda da democracia geraram uma nova forma de organização política. Nesse contexto se situou o pós-positivismo que se propõe a confluir duas grandes correntes de pensamento opostas, mas, por vezes, complementares, o jusnaturalismo e o juspositivismo. A superação desses dois modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias marca a atualidade, o pós-positivismo. (BARROSO, 2009).

O pós-positivismo apareceu como um melhoramento do positivismo, não rejeitou o método científico, mas criticou o radicalismo. O conhecimento passou a ser visto como hipotético, possível de ser contestado. As hipóteses feitas poderiam ser modificadas ou descartadas. Não se tratou, porém, de relativismo. Um dos pensadores que fundaram o pós-positivismo foi Karl Popper. Sua teoria do falsificacionismo afirmava ser impossível verificar se uma crença é verdadeira, mas seria concebível rejeitar falsas crenças. Sua investida na falsificação é uma crítica à ideia de verificabilidade do estrito positivismo.

Na área do direito, o pós-positivismo, ou neoconstitucionalismo, veio marcado pela

ultrapassagem histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, proporcionaram uma situação fértil para novas reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo buscou ir além da legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto. A teoria da justiça invadiu o campo do direito, aplicando a interpretação do ordenamento jurídico no caso concreto. A normatividade se abriu aos princípios, havendo uma interação entre valores e regras. Reabilitou-se a razão prática e a argumentação jurídica, surgindo uma nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais edificou-se na dignidade humana. Nesse ambiente, o direito e filosofia se reaproximaram. (BARROSO, 2009).

Princípios constitucionais tais como a dignidade humana, o bem-estar de todos e a igualdade, passam a influenciar a aplicação das leis e demais normas concretas. Antes as cartas constitucionais não eram consideradas vínculos rígidos aos legisladores, mas sim como documentos políticos ou como leis ordinárias. A partir da nova configuração das normas constitucionais, estas passaram ao status de suprema. Com a incorporação de princípios e direitos fundamentais, o papel do juiz ganhou mais importância e a interpretação mais espaços. (BARROSO, 2009).

Essa visão do direito foi inspirada em obras de filósofos do direito como Ronald Dworkin. Nascido 1931, filósofo do direito norte-americano, Ronald Dworkin foi conhecido por suas contribuições para a Filosofia do Direito. Sua teoria do direito é uma das principais visões contemporâneas.

Diante da insuficiência das teorias apoiadas na autonomia absoluta do sistema jurídico, Ronald Dworkin aponta que o direito contemporâneo é determinado pela integridade inclusiva, devendo o juiz por em vigor esse direito. Os princípios, segundo o autor, fazem parte desse sistema e contribuem para interpretações concretas dos juízes, visando servir a justiça social. Para Ronald Dworkin, o direito não se reduz nem se esgota em um catálogo de regras. O império do direito se define, não pelo território, mas sim pela atitude interpretativa, auto-reflexiva e contestadora. “A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé em relação ao passado. É, por último uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.” (DWORKIN, 1999, p. 492). Explica o autor que o direito convoca a responsabilidade dos cidadãos diante do compromisso público para com a sua sociedade. O direito revela a estrutura de uma sociedade ao mesmo tempo em que representa a comunidade que pretendemos ter. (DWORKIN, 1999).

O atual cenário, segundo Dias explicando a teoria de Edelman, filósofo e jurista francês, evidencia a falta de limite no mundo, estando o direito, de certa forma, de encontro a isso. Os poderes da tecnologia e da ciência aliada ao liberalismo econômico aumentam e os direitos

subjetivos adquirem uma dimensão avassaladora, não admitindo restrição, dirigem-se com suas demandas ao direito, o qual as sanciona. O direito é chamado a dar respostas à diversos campos sociais, mas tampouco ele, o Estado e outras instituições conseguem impor limites ao sujeito de direito que já não mais encontra nortes. Emergido no imperativo da satisfação de sua vontade, a demanda do sujeito reflete um excesso liberalismo amoral e narcísico. Segundo a autor, ao entrar na lógica sem barreira da tecnociência e na satisfação imediata daquele que reivindica, o direito se apaga, perdendo seu posto de interdição, engrena na desenfreada permissão da realização das demandas. A transgressão de hoje, alerta o autor, não são tão simples, pois atinge a própria humanidade do homem. Diante desse quadro, a autora atenta se já não é tempo de questionar o papel do direito, o qual deve construir um recurso para preservar a humanidade do homem. (DIAS, 2012).

A classificação, segundo Eldman, segundo Dias, para o direito significa delimitar fronteiras e dar limites aos impulsos instintivos pessoais. Quando essas fronteiras se evanescem, situação não muito difícil de ocorre visto haver um constante conflito entre o instituto do direito e os direitos reivindicados pelo sujeito, o direito se enfraquece, abrindo área para um transbordamento de satisfação desenfreada do sujeito. A categoria² que o direito impõe, explica o autor, é um sistema protetor da humanidade. Embora as categorias, por si só, reduzem a realidade, e as atuais se apresentam problemáticas, elas são instrumentos do direito necessários para estabelecer limites. Outra fonte seria o princípio da dignidade, base da humanidade, para proteger o ser humano contra o excesso de riscos da mundialização e da tecnociência. Esse seria um limite, pois não haveria demanda e direitos permitidos que colocassem o princípio da humanidade em risco, todos devem estar protegidos por simplesmente pertencer ao gênero humano. (DIAS, 2012).

Em vista a uma sociedade plural e globalizada, sustentar o particular de cada ser humano é uma tarefa extremamente difícil. Apesar de caber ao direito a responsabilidade de ter como foco o caso concreto e, ao mesmo tempo, construir novas categorias adequando-se aos diversos contextos da atualidade, a dificuldade de se estabelecer isso torna-se evidente. Achar parâmetro e referência para as novas problemáticas é um enorme desafio. Manter um posicionamento ético sem ser retrogrado é uma questão presente. Entrar na lógica de tudo proibir torna-se um caminho perigoso. Sendo assim, o direito se encontra dividido entre reconhecer direitos emergentes e delimitar normas, ou seja, o direito, muitas vezes, é colocado em cheque em face ao limite entre o direito e o

² Segundo Cretella, categoria jurídica é uma fórmula genérica e pura (não comprometida nenhum campo do direito). Ou seja, são quadros gerais que permitem ampliar a visão dos ramos do direito na medida em que cada direito positivo pode captar um conjunto de matérias para reger, rompendo, assim, barreiras fixas. Com esse conhecimento estendido, os institutos jurídicos podem trocar entre si ideias, aperfeiçoando-se. (CRETILLA JR, 2007).

não direito. Embora pensadores e profissionais da área do direito já estejam colocando essas questões na mesa e, em alguns casos, até aplicando-as juntamente com a visão da concretude do sujeito e de um direito limitado, o direito continua às voltas com a racionalidade, abstração do sujeito e formalização do direito. (DIAS, 2012).

Para Grossi, a consciência da loucura de ter concebido o texto normativo como independente do caso concreto, abstraindo o sujeito, revelou a importância de se ouvir a voz da sociedade assim como mostrou que o substancial não é a letra do texto, mas sim o momento relevante é o da atualidade em torno do qual o texto deve ser interrogado pelo interprete, integrando ao mesmo tempo uma visão universal e a aplicação no caso concreto. (GROSSI, 2005).

Diante do quadro duríssimo vivido, explica Grossi, apareceu um jeito mais elástico e fluido de lidar com as questões jurídicas. Diante só contexto mais complexo, o jurista passou a ser mais ativo. Os direitos são conferidos ao indivíduo, sujeito inserido numa história viva, levando em consideração o outro e a vida em sociedade. Para o autor é preciso falar de direitos, mas não separadamente dos deveres a que competem a cada um. A aposta no direito, para Grossi, deve ser feita sob o signo de uma ética da responsabilidade.(GROSSI, 2005).

No lugar da hierarquia dogmática de regras, vem um sistema jurídico como conjunto de processos reflexivos. Diante da diversidade social, exige-se um pluralismo jurídico e metodológico, abarcando diversas áreas. O direito moderno deve ser posto em um sistema de saberes e o legislador deve utilizar-se dos princípios para nortear sua interpretação, a qual não deve ser estática.

1.6 A LEI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O direito brasileiro bebeu da fonte da legislação portuguesa, pois se encontrava absorto na condição de Colônia, durante mais de três séculos. Sem a absorção dos costumes indígenas, a instituição jurídica brasileira originou-se de Portugal, cujo sistema de direito teve como base os sistemas romano e canônico. Portugal só ganhou as Ordenações de Reino quando desligou-se da Península Ibérica. Promulgando, logo após, a Ordenação Afonsina. Depois de sucessivas reformas, surgiram as Ordenações Manuelinas, em 1521, e as Ordenações filipinas, em 1603, ambas influenciaram de uma forma mais direta a vida jurídica no Brasil. Com a independência brasileira, a primeira Constituição de 1824 recepcionou as Ordenações filipinas, aplicando-as como direito positivo brasileiro. Ficaram em vigor até o aparecimento do Código Civil de 1916. O país ganhou um Código criminal, em 1830, depois um comercial, em 1850 e em 1855, Teixeira de Freitas elaborou a Consolidação das Leis Civis. Foi Clóvis Beviláqua o autor do projeto do Código Civil brasileiro em 1901, promulgado em 1916, durando sua vigência até 2002. (VENOSA, 2003).

Mas foi com o constitucionalismo que o Brasil nasceu. A evolução histórica do constitucionalismo no Brasil coincide com as transformações substanciais do próprio Estado, a constituição acompanha períodos de transição entre uma democracia controlada e uma ditadura. A primeira Constituição brasileira, de 1824, foi fruto de um movimento conflitivo, surgiu de um ato de dissolução da Assembléia Constituinte por Dom Pedro I. Essa constituição inaugurou ideais constitucionais com a concentração de poderes. A Constituição monárquica durou, no entanto, 67 anos, a mais longa de todas as Constituições brasileiras. Após, foi substituída pela Carta de 1891 que, com pequena reforma ocorrida em 1926, foi interrompida pela Revolução de 1930, a qual foi inspirada pelos movimentos operários incipientes, inspirados pelas lideranças anarquistas vindas da Europa. Após uma sangrenta guerra civil, surgida exatamente da ausência de uma constituição, veio o texto de 1934, que introduziu no constitucionalismo brasileiro a questão social e a reconstrução do Estado nacional, já que as duas Constituições anteriores refletiam uma concepção marcadamente liberal de Estado. Getúlio Vargas, para proteger a democracia dos radicais, promulga a Constituição de 1937, e decreta o início do Estado novo, mas essa Constituição não chegou a entrar em vigor, governando Vargas praticamente via decretos até sua deposição em 1945. Os militares derrubam Getúlio Vargas. Em 1945, com participação de comunistas, a constituição dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada com forte inspiração liberal. O liberalismo era uma reação contra o regime ditatorial imposto por Getúlio Vargas. O período de vigência dessa Constituição foi marcado por várias tentativas de golpes de Estado. Em 1964, os militares desfecham o golpe, inaugurando um período ditatorial na história republicana. O golpe de 1964 inaugura um período de atos que desconfiguram a Constituição, a qual passa a servir de fachada para um regime ilegal e de repressão. (RIBEIRO, 2009)

Enquanto que na Europa continental o marco histórico do novo direito constitucional se deu com o constitucionalismo do pós-guerra, o debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil de maneira consistente ao longo da década de 80, enfrentando, mesmo assim, resistências. Além das complexidades inerentes à concretização de assuntos envolvidos a ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas devido ao autoritarismo e as incertezas constitucionais. As Constituições até então não passaram de promessas vagas. Porém com a Constituição de 1988 foi diferente, ela revolucionou o mundo jurídico, rompendo com a lógica anterior aplicada. No Brasil, a promulgação dessa Constituição ocorreu no ambiente de um processo de redemocratização, havia a travessia de um regime autoritário e violento para um Estado democrático de direito. (BARROSO, 2009).

O Artigo 1 da Constituição Federal 1988 brasileira define o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito e com uma República Federativa formada pela união indissolúvel dos

Estados, Municípios e do Distrito Federal. Os fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa bem como o pluralismo político. O parágrafo único desse artigo estipula todo o poder como emanado do povo, mas exercido por meio de representantes eleitos diretamente ou indiretamente, nos termos da Constituição.

A Constituição veio dar parâmetros e limites, permitindo transformações políticas, econômicas e sociais, as quais requeria sedenta a sociedade brasileira. Como expressão da vontade popular, a lei toma lugar de ato de decisão de maior realce na vida política. O desdobramento necessário do conteúdo da constituição mostra sua importância, exercendo função transformadora da sociedade. As condutas determinadas de modo que os membros saibam de antemão como realizar seus interesses oferece melhor garantia. Essa é a conjuntura em que se forma o Estado Democrático de Direito, o qual tem como definição de seu conceito de democracia a realização de valores de convivência humana: igualdade, liberdade e dignidade da pessoa. (SILVA, 2010).

Concepções do conceito de Estado de Direito Foram definidas de forma deformada, usou-se seu significado de formas variadas conforme a ideia que se tinha de direito. Carl Schmitt assinala as diversas possibilidades de interpretação da expressão “Estado de Direito” assim como da própria palavra Direito e da palavra “Estado”, podendo existir um Estado de Direito feudal, outro burguês, outro nacional, outro social, os que são conforme os Direito natural outros conforme o direito racional. (SILVA, 2010).

O Estado de direito foi uma criação do liberalismo, repousou na concepção do Direito natural, imutável e universal. A lei, considerada norma jurídica geral e abstrata, efetuaria o princípio da legalidade, fulcro do Estado de Direito. Nessa regra para todos estaria o justo conforme a razão e a igualdade. Porém, a deformação do conceito de Estado de Direito não demorou a tardar. Kelsen, como vimos, com sua teoria contribuiu para esse contexto. Colocou o Estado e o Direito como conceito idênticos, confundindo Estado com ordem jurídica. Considerava que só havia Estado de Direito e Direito só o positivo. Ao estabelecer o direito positivo como norma pura, apartado de qualquer compromisso com a realidade política, social e econômica, chega a ideia formalista do Estado de Direito. Construção perfeita para ser utilizada por interesses despóticos, pois o direito confundido com mero enunciado formal da lei propicia um Estado ditatorial, mesmo sendo ao mesmo tempo um Estado de Direito. O Estado de Direito converte-se em Estado Legal, configurando uma redução deformante, pois destrói qualquer ideia de Estado de Direito. Mesmo o Estado social de Direito caiu em ambiguidade, ficou sujeito a várias ideologias. Os representantes dessa forma de Estado e seus grupos políticos mostraram na história como os mais reacionários e violentos, utilizando de atos totalitários e ditatoriais, eliminando todo sentido social. (SILVA, 2010).

O Estado de Direito atualmente retirou-se desse formalismo, neutro, para se transformar em Estado material de Direito. Configurou-se no propósito de compatibilizar em um mesmo sistema o capitalismo, como forma de produção, e o bem-estar social geral, servindo de base a um novo capitalismo com medidas de segurança social pós-revolução industrial, o *Welfare State*. (SILVA, 2010).

Em suma, o neoconstitucionalismo implicou transformações nos Estado e no próprio direito constitucional, consolidando a formação do Estado constitucional de direito ao longo das décadas finais do século XX. O marco foi o pós-positivismo com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética, resultando um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2009).

As normas constitucionais são dotadas de imperatividade e sua inobservância deflagra os mecanismos da coação, o cumprimento forçado, atributo de todas as normas jurídicas, porém, possuem um estatuto supremo. Isso não significa que não haja conflitos de normas de hierarquia diferente nem eliminação das tensões entre pretensão normativa constitucional e realidade fática. A existência dessas colisões passou a ser percebida como fenômeno natural, até inevitável, na contemporaneidade. Na ocasião de duas normas de igual hierarquia colidir, incide a atuação do interprete, aplicando o direito no caso concreto. Usa-se o princípio da razoabilidade. (BARROSO, 2009).

Primeiramente, a interpretação jurídica tradicional ofereceu como solução para os impasses jurídicos a aplicação da norma mais cabível ao caso, estando, de alguma forma, o problema jurídico integrado no sistema jurídico, cabendo ao intérprete revelar a solução contida no enunciado normativo, desempenhando uma função técnica de conhecimento, pois a solução já estaria contida nas normas. Em outro momento, constatou-se o fato de nem todas as soluções jurídicas se encontram no relato abstrato do texto normativo. O sistema de interpretação tradicional mostrou a sua impossibilidade e inabilidade de satisfazer o sistema jurídico. Com o avanço do direito constitucional, as respostas passaram a ser resolvidas à luz do caso concreto e o papel do juiz não se resumira mais ao conhecimento técnico, será também co-participante do processo de criação do direito completando o trabalho do legislador. O juiz ganha espaço para fazer valorações e escolhas de soluções possíveis bem como lhe é permitido das sentido às cláusulas abertas. (BARROSO, 2009).

As denominadas cláusulas abertas, chamadas também de gerais, não contém integralmente os elementos de sua aplicação, possuindo termos ou expressões indeterminadas, plasticidade que permite complementação pelo intérprete, o qual levará em conta circunstâncias do caso concreto. O interprete valora os fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática de modo a definir o

alcance da norma. (BARROSO, 2009).

Mas, na falta de lei reguladora da matéria, lacuna na lei, recorre-se às fontes subsidiárias como a analogia, busca uma norma aplicada a casos semelhantes. Utiliza-se também da equidade para atenuar a rudeza de uma regra jurídica. Os princípios gerais do direito são fonte subsidiária do direito para dar a melhor interpretação legal, aplicando a melhor decisão ao caso concreto. (VENOSA, 2003).

Os princípios não são como regras, comandos descritivos de condutas específicas, mas sim balizas consagradas de determinados valores sociais. A dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência transfere ao intérprete uma parte importante de discricionariedade em suas decisões. A elevação do princípio a posição de norma e sua diferenciação qualitativa das regras foram um dos símbolos do pós-positivismo. (BARROSO, 2009).

A Jurisprudência, como já foi citada em outros momentos, é o conjunto de decisões reiteradas dos tribunais sobre uma mesma matéria. Esse termo, no direito antigo, significava a sabedoria dos prudentes, dos sábios do direito. A jurisprudência, além de ter como função a orientação do legislador ao buscar dar sentido diverso à interpretação de uma norma ou ao preenchimento de uma lacuna, atualiza o entendimento das leis ao longo do tempo sem perder a atualidade. (VENOSA, 2003).

Já as súmulas são enunciados expedidos sobre uma tendência de determinada matéria decidida e reiterada pelo Tribunal. Essa tendência resumida não poderia cientificamente ser considerada, pois, além de não caber aos tribunais ditar normas, essa decisão posta como certa, acomodando-se a uma súmula, põe-se em cheque a finalidade dos julgamentos dos tribunais. (VENOSA, 2003).

A Doutrina vem de um modo a acrescentar mais base a esse todo Ordenamento jurídico. O trabalho intelectual dos juristas e dos estudiosos do Direito foram a doutrina. Há uma discussão, porém, a respeito de considerá-la ou não fonte de direito, mas independente disso, serve de inspiração, aclarando situações e entendimentos jurídicos bem como sugerindo reformas. É uma fonte subsidiária do direito. (VENOSA, 2003).

As situações fáticas são infinitas e a lei não apresenta flexibilidade por si própria o que leva a nem sempre aplicar a lei adequadamente ao caso concreto. A lei deve emanar de um poder competente dentro de um Estado, no caso do Brasil, em que há separação de poderes, cabendo, em geral, ao legislativo promulgar as leis. A palavra lei origina-se do verbo *legere* que significa ler e do verbo *ligare*, *legere* também significa eleger, escolher. Todo doutrinador apresenta um conceito próprio de lei, mas não foge da face de “dever ser”. A lei caracteriza-se por ser uma regra geral, pois não se dirige a um caso particular, mas sim a todos, incidindo em determinado grupo ou de

indivíduo quando encaixam em sua tipicidade. É também regra abstrata na medida em que regula uma situação jurídica abstrata, tornando-se aplicável nas situações concretas submetidas a sua descrição. Seu cunho obrigatório se dá devido portar uma sanção, um elemento constrangedor, que obriga o indivíduo a fazer sua determinação. Há hierarquia entre as leis: tem preferência as leis federais às estaduais e estas às municipais; complementares à ordinárias. A norma superior é a Constitucional. No conceito de lei são incluídos também os decretos e regulamentos. (VENOSA, 2003).

O termo norma jurídica e lei são usados frequentemente como expressões equivalentes, porém são conceitos diferentes. Enquanto aquela prescreve, ordena ou proíbe uma determinada maneira de agir, regulando o comportamento do homem na sociedade, a outra é o revestimento formal. Ou seja, a norma com seu conteúdo está atrelada ao juízo de valor, abrangendo o costume e os princípios gerais do direito. Já a lei, revestimento formal da norma, tem um sentido técnico-jurídico. Fonte do direito positivo é um instrumento com caracteres específico de exteriorização da norma. (PRADO, 2001)

Segundo Grossi, a Lei é um comando autoritário e geral, a qual deve ser silenciosamente obedecido. É consolidada em um texto de forma que qualquer um pode lê-la para depois obedecer. (GROSSI, 2005).

Como vimos norma e lei não sinônimo tampouco lei e direito. Este já está na sociedade, nasce antes que a regra. O direito pertence ao mundo da cultura, lugar das realizações humanas, pois não há direito fora da sociedade. O direito se forma na história, é fruto da continuidade e da experiência. Ao se tornar titular de um direito, o indivíduo ocupa a posição de sujeito de direito, decorrendo daí o direito subjetivo. Este direito subjetivo está nas relações jurídicas e todos são titulares no curso da vida. A simples compra de um jornal há uma relação jurídica e o exercício da titularidade de um direito. Das relações jurídicas mais simples às mais complexas, o indivíduo sempre está na posição de titulares de direito e obrigações, ou seja, na posição de sujeito de direito. (VENOSA, 2003).

O direito se configura na coexistência entre as pessoas diferentes, conservando características da própria diversidade, juntos por um escopo comum. Dentro do contexto histórico, o direito, reconhecido como ordenação da sociedade, exprime a realidade complexa da sociedade que articula os primórdios até hoje, mostrando o tecido bordado pelos homens com seus idealismo e seus interesses. O direito organiza o social, mas não se resume em um universo de comandos, apesar de imprimir uma tal identificação. O direito instrumentalizado se mostrou deformado na sua imagem e na sua função. Essa foi a patologia do jurídico, o absolutismo jurídico moderno utilizou das leis de modo repugnante à consciência comum, mas tolerou, evitando reações

do poder constituído. (GROSSI, 2005).

Segundo Cretella Jr, o direito como objetivo é geral, imperativo e coercivo. A generalidade é característica da norma jurídica, pois o legislador diante da realidade abstrai um enunciado normativo genérico. No dever a norma exterioriza sua imperatividade e na obrigação de fazer o coagir. Já o direito subjetivo seria a faculdade da pessoa por o interesse em juízo, isto é, a tutela jurídica de um interesse. Para Ihering o direito subjetivo seria o interesse a ser protegido pela lei, reconhecimento jurídico da vontade individual. (CRETELLA Jr, 2007).

Segundo o direito civil brasileiro, o sujeito de direito é aquele que se envolve em uma relação jurídica, sendo titulares de direitos e deveres. Todo e qualquer ser humano pode ser titular de direitos e deveres e por isso é um sujeito de direito. Ao nascer com vida, o ser humano adquire personalidade jurídica e pode gozar de seus direitos. O sujeito de direito é a pessoa dotada de personalidade titular de direitos e destinatário de obrigações. É uma garantia dada pela letra do Código Civil, embora na realidade nem sempre se encontra a igualdade e a autonomia.

O indivíduo, atualmente, explica Fachin, transformou-se mais em objeto jurídico do que um ser humano destinatário de proteção. A noção de sujeito de direito, segundo o autor, construída na modernidade, o escraviza. É preciso, explica Fachin, reconstruir o conceito de sujeito de direito, extraíndo-o da abstração, levando-o a um lugar que seja participativo na sociedade. O Estado não deve ser fonte única de direito, deve se convergir para um cenário aberto, para um pluralismo jurídico. (FACHIN, 2001).

Atualmente, após a vinda do neoconstitucionalismo, o Estado se encontra em crise, mas é uma crise de tensões pluralistas, diferente da vivenciada pelo excesso de legalismo. O atual terreno eleito é o das fontes do direito. O Estado se depara com sua própria impotência diante da problemática da nova conjuntura a qual exige invenção de novos institutos jurídicos adequados a ordenar a nova economia e as novas técnicas. Há uma ineficiência de desenvolver direitos paralelos ao direito oficial. (GROSSI, 2005).

O paradigma de cientificidade, base do atual discurso jurídico liberal-individualista, edificado no século XVIII e XIX, se apresenta, portanto, desajustado em face da complexidade do mundo globalizado e das consequências das contradições estruturais da sociedade de consumo. Nesse momento da modernidade, com esgotamento e a crise do paradigma da ciência jurídica dogmática, a insuficiência dos modelos normativos existentes e as problemáticas da organização social, o modo de funcionamento político, econômico e social tem seus substratos questionados. Sedenta a sociedade reivindica substitutos, novos padrões de referência e legitimação. (WOLKMER, 2006).

As situações sociais, científicas e econômicas se multiplicam de um modo diferente e

inovador. Como vimos a esfera do direito, diante dessa problemática, fica carente de uma postura localizadora de sua função. Revindicação de movimentos comunitários, demanda de particulares e requerimento da ciência posicionam o direito no lugar de provedor de deferimento de todos os pedidos. O risco de se ser permissivo de mais e produzir um excesso de direitos para corresponder as variadas demandas está na produção de um inflação jurídica, culminando na morte do papel de referência do direito. O esvaziamento das conquistas jurídicas e o rompimento de seus pilares, põe em perigo o Direito no sentido de tornar o sistema jurídico cada vez mais ineficaz diante do propósito o qual foi autorizado e recepcionado. Nesse contexto, o Direito estaria sendo ditado pelas demandas ao em vez de ditar as regras? Qual é a função do direito e o que a ele compete? Quais são as possíveis saídas para operar de uma melhor forma com os problemas jurídicos que a sociedade atual apresenta?

Vários escritores juristas brasileiros como Miguel Reale, Antonio Carlos Wolkmer, Luis Roberto Barroso entre outros utilizaram a história e a filosofia do direito para contribuir para o enriquecimento da ciência jurídica brasileira. Importou e utilizou-se de variados pensamentos construídos em outros países, em variadas épocas, para solucionar e elucidar problemas brasileiro, por outro lado, o Brasil, posto no contexto universal do pensamento jurídico, vem exportando também criações jurídicas.

Diante de vários impasses apresentados, diversos pensadores trouxeram mais luz ao campo das Ciências Jurídicas. Miguel Reale, filósofo, jurista contribuiu para clarificar um pouco mais o campo jurídico brasileiro, colaborando tanto para a epistemologia quanto para a filosofia jurídica. Partindo de um realismo crítico, de fundo kantiano, mas depurado do idealismo. Conseguiu superar várias limitações empiristas, do formalismo de Kelsen e do idealismo que tradicionalmente comandaram os Estudos do direito considerando só como valor (idealismo) ou só como norma (formalismo) ou só como fato (sociologismo), propondo o direito de ser estudado em seu tríplice aspecto dentro do mundo da cultura. Formulou a Teoria Tridimensional do Direito, cujos elementos são fato, valor e norma. A orientação tridimensional no estudo do direito aparece em várias outras doutrinas também como a de Kelsen, mas não da forma clara e coerente de Miguel Reale, segundo Marques Neto. (MARQUES NETO, 1982).

Para Miguel Reale para não se reduzir o direito a inferência lógica formal nem perder a experiência normativa em cogitações abstratas, é preciso aprofundar o estudo do direito. Segundo o autor reduzir o direito a axiomas, teoremas e postulados normativos é uma ilusão. É preciso recorrer aos costumes, a analogia e aos princípios gerais do direito que devem estar integrados no sistema legal. Conclui-se, então, que uma regra jurídica não pode ser tomada per se, como fosse fechada e conclusa em si mesma. A eficácia e a funcionalidade da lei dependem da correlação da lei com as

demais normas e princípios do sistema jurídico. É imprescindível, ensina Miguel Reale, ultrapassar o particular e os preceitos jurídicos fragmentados, pegando os sentido que lhes é próprio acrescentando novas ideias senão aclarando-os ou dinamizando à luz de outros preceitos em vigor. O normativismo jurídico concreto é visto dentro de uma unidade do ordenamento jurídico, para uma melhor compreensão as normas estão relacionadas com um todo. (REALE, 1999).

O direito deve estar sempre vivo assim como a justiça sempre viva, não acomodada no conformismo, explica Miguel Reale. Ao contrário de Kelsen que via o direito como um sistema de preceitos puramente lógico, Miguel Reale esclarece que a norma não pode ser compreendida sem a incessante adequação a realidade. O direito, para Miguel Reale, seria um processo aberto atrelado as fontes dinâmicas de todo ordenamento jurídico. Mas isso não significa ignorar a herança clássica das categorias lógicos-formais, as quais trazem certa segurança, mas sim juntar isso a uma experiência concreta do direito, cuja a consistência não está nas leis, mas nas relações de vida. Por um lado a lei só pode e deve ser concebida em sua abstração, por outro é preciso ver o caso particular, tendo validade a norma quando integrada em um sistema e em um momento de uma experiência. É nessa tensão, ensina Miguel Reale, entre o abstrato e o concreto, entre realidade e modelo e entre ser e dever ser que mora o drama do direito. (REALE, 1999).

Segundo Miguel Reale, não basta justapor fato, valor e norma, mas é preciso colocar isso na dinâmica da realidade jurídica, sair de uma visão estritamente dogmática jurídica a um pensamento hermenêutico. O direito não poderá deixar de ser compreendido dentro de uma realidade como um todo.(REALE, 1999).

Em reação os limites epistemológicos e da fraca eficácia do campo jurídico dos dias de hoje, Wolkmer, propõe uma reflexão por meio da teoria crítica. No Brasil, a teoria crítica do direito compartilhou dos mesmos fundamentos filosóficos inspirados na matriz européia. Influências da teoria de Marx, da teoria crítica frankfurtiana e das teses sobre o poder de Foucault. No final do anos 60, essa teoria foi gestada no Brasil. A teoria crítica procurou demonstrar como é o processamento da produção do saber jurídico tradicional, analisando o dogmatismo e a cientificidade do direito. Defendeu a argumentação de os indivíduos, na sua maioria não cientes, estão coisificados e moldados pelo determinismo histórico. Em sua função estratégica aponta a inversão da ciência jurídica, afirmando precisar passar do paradigma legal individualista para a eficácia da juridicidade humanizadora, democrática e pluralista. A teoria crítica, portanto, objetiva provocar a conscientização própria das pessoas e dos grupos em desvantagens. Por outro, alguns estudiosos da área tem noção dos limites da teoria, da impossibilidade de solucionar os problemas levantados e diagnosticados. Não é suficiente usar o discurso crítico para desacralizar o formalismo dogmático normativista. É preciso criar um espaço alternativo de mudanças, circunscrito pela

discussão de ideias e participação diferenciadas áreas, gerando um novo direito. Validar a dimensão universal do direito, tornando compatível com a satisfação das necessidades fundamentais da estrutura socio-econômica, preparada para gerar transformações políticas, é dar espaço para o florescimento de uma nova cultura jurídica. (WOLKMER, 2006).

O direito como institucionalização dos interesses dominantes na sociedade. Poder elitizado encobridor da dominação social, política e econômica, por meio da racionalidade, da ordem e da justiça disfarça o manejo do poder, fazendo parecer um processo natural e neutro. Esse é um dos pontos levado a relevo pela teoria Crítica do Direito. Outro principal raciocínio é a admissão da existência da possibilidade de o Direito não estar integralmente contido na lei, precisando ser reconhecido independente da positividade da lei. Caberia ao intérprete, então, buscar a justiça mesmo não encontrando na lei, pois estaria não só a atrelado a interpretar, mas também transformar o mundo. (BARROSO, 2001).

Embora haja um caráter ideológico do direito, a teoria crítica condena o afastamento de outros discursos de outras áreas de conhecimento. O pensamento crítico no Brasil prestou enorme contribuição, influenciando uma geração menos dogmática, mais flexíveis e receptíveis a outros conhecimentos teóricos, elevando, assim, o patamar de produção teórica. Já não mais alimenta a crença da lei ser “a expressão da vontade geral institucionalizada”, reconhecendo, freqüentemente, estar a serviço de interesses particulares, não da razão coletiva. Não cabe mais negações absolutas, é necessário tanto se servir das potencialidades positivas da dogmática jurídica como investir na interpretação, utilizando princípios, valores, ética e razão. A liberdade desfrutada pelo pensamento intelectual atual impõe compromissos com a legalidade democrática, com a conscientização e a aquisição de direitos, lembrando que não há no particular incompatibilidade nem ideia de exclusão. (BARROSO, 2001).

Reconhecimento e integração de valores compartilhados pelo social, mesmo os não positivados, no sistema jurídico, é uma superação do legalismo, representando um avanço do pós-positivismo. Momento em que os princípios passam a ocupar um lugar importante no sistema, expressando valores fundamentais e proporcionando nortes para atividade do intérprete. Forma-se um ordenamento jurídico pluralista e dialético. Diante da diversidade, leis e princípios podem colidir, cabendo, em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da argumentação e da norma incidida, ponderar os interesses em causa, proferindo uma decisão justa com base em fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. (BARROSO, 2001).

Enfim, o direito positivo não é aquele posto por uma autoridade legítima que culminou nos golpes mais contundentes da história, mas o que se reúne a interpretação, valorizando o intérprete

do direito e é aplicado dentro de uma realidade social. A comunidade deixa de ser passiva e passa a não só ter voz ativa, mas também colocar em ato. O direito não pode ser visto mais como formal apoiado em uma matriz kantiana de adequação à lei universal muito menos chegar ao extremo racionalismo de Kelsen. A história mostrou o que resulta da rigidez textual em nome das necessidades emergentes, o direito ficou maculado em sua história ao sustentar uma máscara trágica. A supervalorização das leis montada em um castelo de ficções veio a baixo. Ligou-se o alerta ao risco de tornar um direito absoluto.

De uma abordagem monista do sistema normativo estatal a um pluralismo jurídico. O novo direito precisa ser desenhado diante de uma diversidade de exigências sociais, as quais vemos cotidianamente suas manifestações: adoção e casamento por pessoas do mesmo sexo, autorização de aborto, questões em torno da utilização de células tronco, clonagem, eutanásia etc. Segundo Lafer (1988), continuam a persistir situações sociais, políticas e econômicas as quais induzem a tornar os seres humanos supérfluos, sem lugar no mundo. Vários autores sustentam um direito vivo, móvel com base em um ordenamento jurídico plural, com variabilidade das fontes do direito e com ênfase no princípio supremo da dignidade. A complexidade da civilização moderna está posta e várias áreas não só a jurídica tem abordado diversas problemática. É relembando o que aconteceu em outras paisagens histórica e pensando o novo que esses autores trazem propostas.