

A ÉTICA COMO ORIGEM E FIM DO DIREITO

ETHICS AS THE SOURCE AND AIM OF LAW

HUMBERTO GOMES MACEDO¹

FLAVIA VIEIRA DE RESENDE²

RESUMO

Estudar e discutir Ética no Direito nada mais é que reforçar a idéia de que a ela é o sol para onde todos operadores e profissionais jurídicos devem sempre se voltar, sob pena de perderem seu escopo e fundamento mais vital: a Justiça. Pensar sobre a ação humana é objeto da Ética. Constituem problemas éticos o sentido da vida, a liberdade do homem, se existe um modo de vida capaz de alcançar uma vida boa, os fundamentos do dever, o desejo, a natureza do bem e do mal, dentre outras questões ligadas à ação humana. A dogmática jurídica estática e vigente durante a modernidade não mais serve à sociedade contemporânea, que exige um novo desafio ao Direito, qual seja: aplicar a justiça aos casos concretos pesando a lei com princípios e valores, bem como criando mecanismos para que os preceitos legais possam adaptar-se às novas situações surgidas. Louva-se, portanto, o Direito, na socialização, promoção e funcionalidade de efetivamente realizar a concretização dos objetivos sociais e da pessoa humana, ajustados à filosofia político-constitucional e consolidar avanços normativos e teóricos que, se bem compreendidos e aplicados pelos operadores jurídicos, farão realidade referidas metas.

Palavras-chave: Ética no Direito – Justiça – Dogmática jurídica – Filosofia da Justiça – Paradigma da Segurança

ABSTRACT

The study and discussion of Ethics in Law is nothing less than the reinforcement of the idea that it is the sun around which all legal professionals ought to revolve under the penalty of losing their most vital scope and foundation: Justice. Pondering human actions is the object of Ethics. Ethical problems include the meaning of life, human freedom, whether there is a manner of living that leads to a good life, the basis of duty, desire, the nature of good and evil, along with other questions intimately connected with human action. The static juridical dogma that was in force during the modern age no longer serves contemporary society, which demands a new challenge to Law, which is: to apply justice to concrete cases thinking of law with principles and values, as well as create mechanisms by which legal precepts may be adapted to new situations as they arise. Therefore, Law is to be praised in the socialization, promotion, and operation by which it effectively aids in the concretization of social and personal objectives, adapted to a political-constitutional philosophy and consolidating normative and theoretical advances that, if understood and applied by legal practitioners, will transform the aforementioned goals into reality.

Keywords: Ethics in Law – Justice – Juridical dogma – Philosophy of Justice – Paradigm of Security.

1 Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC. Professor de Direito. Advogado Autárquico do Estado de Minas Gerais.

2 Filósofa e mediadora do Programa Mediação de Conflitos do Governo do Estado de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

Estudar e discutir Ética no Direito nada mais é que reforçar a idéia de que a ela é o sol para onde todos operadores e profissionais jurídicos devem sempre voltar-se, sob pena de perderem seu escopo e fundamento mais vital: a Justiça.

Isso porque, com a ascensão dos valores, da normatividade dos princípios, da dignidade da pessoa humana, da concretude e da interpretação argumentativo-constitucional que evita aplicação literal e estática da lei, o Direito faz uma verdadeira regressão e volta à sua origem. Como dito, volta à Ética e se curva à Justiça.

E cediço é que a dogmática jurídica estática e vigente durante a modernidade não mais serve à sociedade contemporânea, que exige um novo desafio ao Direito, qual seja: aplicar a justiça aos casos concretos pesando a lei com princípios e valores, bem como criando mecanismos para que os preceitos legais possam adaptar-se às novas situações surgidas. Daí a importância e a atualidade deste discurso.

2. ÉTICA: PRINCÍPIO UNIVERSAL QUE REGE A AÇÃO HUMANA PARA O BEM

Pensar sobre a ação humana é objeto da Ética. Constituem problemas éticos o sentido da vida, a liberdade do homem, se existe um modo de vida capaz de alcançar uma vida boa, os fundamentos do dever, o desejo, a natureza do bem e do mal, dentre outras questões ligadas à ação humana.

Há registros da reflexão sobre a práxis humana desde os tempos mais remotos e nas mais variadas sociedades. Assim é que na Índia, por volta do século IV a.C, aparece o BhagavadGita (A Canção do Senhor), texto religioso Hindu³ que fala sobre a boa vida para o homem. No judaísmo, temos o Pentateuco com os dez mandamentos de Moisés que lhe são revelados por Javé no monte Sinai. Na China, encontramos reflexões sobre a ação humana em textos de Lao-Tse-tung e Confúcio.

Na Grécia, no seu período pré-filosófico, a reflexão sobre a ação está nas obras *Ilíada* e *Odisseia*, de Homero (IX a.C), escritas com base a tradição oral do povo e cujos ensinamentos morais vêm pelos paradigmas e tipos humanos que as personagens representam. Assim, o episódio da *Ilíada* que retrata a escolha de Aquiles, em que este tem de escolher entre lutar na guerra e ter seu nome eternizado no imaginário grego, ou voltar para casa e ter uma vida tranqüila, diz do papel que a coragem como virtude representa para o povo helênico. Aquiles, filho dos deuses, um modelo de conduta para o homem comum, escolhe o primeiro destino, tornando-se um tipo moral ideal para a cidade dele.

3 O texto, escrito em sânscrito, relata o diálogo de Krishna (uma das encarnações de Vishnu) com Arjuna (seu discípulo guerreiro), em pleno campo de batalha, para seu discípulo as ações que o homem deve ter para se ter uma vida feliz. Diz Krishna: "Você tem o controle sobre os feitos apenas da sua responsabilidade, mas não controle ou reclamação sobre os resultados. Os frutos do trabalho não devem ser seu motivo, e você nunca deverá ser inativo". (2.47)

Outras personagens também são tomadas como exemplo de vida moral por possuírem outras virtudes importantes na vida helênica. Assim, na *Odisséia*, vemos o elogio de Homero à fidelidade de Penélope, à sabedoria de Nestor e à audácia de Ulisses.

Já a personagem Clitemnestra, que planeja a morte do marido, é o exemplo que toda mulher deve evitar. Nos poemas homéricos, as personagens que encarnam os ideais de virtude são pessoas escolhidas pelos deuses, formando a classe dos aristoi, os bons, participando do ideal de excelência grego.

Notável passo na direção da reflexão moral de cunho mais filosófico se dá com a obra do poeta Hesíodo (VIII a.C.), também chamado de o profeta da Justiça, tamanho o elogio que ele faz a esta virtude em *O trabalho e os dias*.⁴ O ideal de moral passa a vir da conduta do homem que evita os excessos e se entrega à boa luta, que segundo o poeta, é a luta do trabalho. A vida boa segundo Hesíodo, é, ao contrário de Homero, uma vida cuja virtude depende da ação do homem e não dos desmandos e preferências dos deuses na vida de seus escolhidos. O homem no universo literário de Hesíodo toma as rédeas de suas ações e tem uma vida ou virtuosa ou não, dependendo de suas boas ou más atitudes.

Como se vê nas diversas obras literárias e religiosas do mundo antigo, a reflexão moral é uma herança espiritual de todos os homens em todas as culturas. Os homens usam da razão ou da revelação para exprimir regras, comparar, discriminar e chegar a máximas de condutas. Este tipo de reflexão, no entanto, é chamado pré-filosófico, uma vez que a análise da ação humana fica voltada para o particular, voltada para um povo ou uma cultura, sem elevar-se a princípios universais. Ou ainda, como acontece nas sabedorias orientais e na Grécia pré-filosófica, o pensamento moral fica embebido de representações fantásticas, nele predominando o elemento imaginativo e mítico, carecendo, portanto, do pensamento lógico e totalizante, que é específico do modo de ser da filosofia.

A Ética, portanto, tem o mesmo objeto da reflexão moral, que é a conduta humana, mas não se confunde com esta. A reflexão moral, objeto dos mitos e da literatura, vai cedendo lugar ao pensamento com bases lógicas e argumentativas, próprio da filosofia. Etimologicamente, a palavra Ética origina-se do termogrego *ethos*, que significa o conjunto de costumes, hábitos e valores de uma sociedade ou cultura. No seu sentido mais estrito, ela é fruto do pensamento filosófico nascente na civilização grega.

Após os primeiros pensadores preocuparem-se com a problemática da *physis*,⁵ ou seja, com questões que abarcam o mundo natural, tais como: como surge o cosmos, qual o seu princípio, quais as fases e os momentos de sua geração, a problemática do pensamento passa para a discussão do que é a natureza do homem, de onde nascerá o problema ético.

A ação humana vai sendo analisada na sua totalidade, mediante uma explicação motivada logicamente, com objetivo meramente teórico. A reflexão ética vai além do acontecimento, buscando estabelecer regras que valham para os casos particulares, mas, para caminhar

4 "Tu, ó Perses, escuta a justiça e o excesso não amplies! O excesso é ma ao homem fraco e nem o poderoso facilmente pode sustenta-lo e sob seu peso desmorona quando em desgraça cai; a rota a seguir pelo outro lado é preferível: leva ao justo; Justiça sobrepõe-se ao Excesso quando se chega ao final: o néscio aprende sofrendo". (HESÍODO; LAFER, Mary de Camargo Neves. *Os trabalhos e os dias*: primeira parte, p. 39)

5 Tales de Mileto (640 a.C.-548 a.C.) é considerado o pai da filosofia grega, mas restringiu-se ao conhecimento das coisas da natureza. Foi o primeiro pensador a indagar por que as coisas são e pelo princípio de suas mudanças. E descobre a água como princípio de composição de todas as coisas, ou seja, a água é a natureza da matéria.

para além deles, buscando estabelecer nexos e ligações necessários para as questões da conduta humana.

Para Reale, a reflexão Ética só aparece no imaginário grego após a problemática da *Physis* ser colocada pelos primeiros filósofos. Isso acontece dada a dificuldade de se teorizar num campo em que rege a liberdade, que é a práxis humana:

A condição que permite a algo tornar-se ou poder se tornar objeto da ação sistemática é que ele constituía, ou, pelo menos, apareça como uma unidade orgânica e não como uma multiplicidade desagregada ou sem visíveis conexões. Ora, enquanto o mundo e os procedimentos cósmicos já aparecem à imediata representação sensorial como uma unidade orgânica, os homens e os procedimentos humanos aparecem, ao invés, em forma totalmentediferente: aparecem, precisamente, como uma multiplicidade na qual não se vêem claros nexos e na qual, pelo contrário parecem prevalecer cisões e separações.⁶

3. A FILOSOFIA DA JUSTIÇA

A Ética vai dar nascimento, então, à Filosofia da Justiça ou à Filosofia do Direito. Segundo Bentes, a Ética e a filosofia do Direito são uma invenção particularmente helênica:

A história da Filosofia do Direito deve percorrer os mesmos caminhos onde o pensamento reflexivo começa a desenhar os seus primeiros sinais. [...] A singularidade do grego reside na capacidade de forjar um pensamento paulatinamente liberto de crenças e dos mitos rumo a um patamar de racionalidade que irá abrir caminhos fecundos para a criação de vários campos de investigação: a Ciência, a Ética, a Política, o Direito, a Estética, a Filosofia. Conquanto seja incontroverso que os gregos auferem inúmeros ensinamentos da sabedoria oriental, constitui fato notável que esses conhecimentos, caracterizadamente empíricos e assistemáticos, penetram na Grécia para receber aí um impulso racional extraordinário, fruto de um gênio particularmente helênico que vinha gradativamente manifestando-se nos vários setores da vida humana.⁷

Outros historiadores, como Louis Gernet,⁸ declaram que não se pode falar de uma Filosofia do Direito na Grécia, mas, certamente, de uma Filosofia da Justiça. No entanto, consideramos que na cultura helênica, conceitos como Ética, Direito, Justiça e Política são conceitos extremamente imbricados. O indivíduo ético, que age segundo a natureza racional do homem, vai realizar ações justas, fazendo nascer da sua ação a Justiça e o Direito na pólis. A Ética faz nascer a Justiça ou o Direito. Há um universo harmônico na conduta do homem e a vida na pólis, similar à harmonia do cosmos. Diz Bentes:

Cabe enfatizar que o conceito de harmonia desempenha um papel capital no ideal grego de justiça, de equilíbrio, fixando as premissas básicas da Política, do Direito, da Ética e da estética. A doutrina sobre a harmonia aparece em Pitágoras (540-537a.C), geralmente associada à questão da afinação musical, relacionada à razão numérica. A idéia de harmonia como um princípio funda-

6 REALE, Giovanni. *Historia da filosofia antiga*, p. 77.

7 Apud BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*, p. 338.

8 Apud BENTES, apud BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*, p. 340.

mental para a ordenação do universo fascinou não somente Pitágoras como filósofos de diferentes orientações. [...] De Hesíodo a Aristóteles, assistimos à condenação da desmedida (*hýbris*) e à busca incessante da moderação (*soprhosýne*) para a consecução de um estado ético.⁹

Foi Platão (427-348 ou 327 a.C.) quem primeiro sistematizou, na Antiguidade, o pensamento filosófico sobre a Justiça nos diálogos socráticos e, mais firmemente, na obra *A República*. Nessa obra, Platão, por intermédio do personagem Sócrates (470-399 a. C.), faz uma reflexão sobre a decadência da democracia ateniense e propõe o modelo de Cidade-Estado ideal. A estrutura deste Estado e o equilíbrio social são comparados ao equilíbrio individual. A Justiça é uma forma interna do homem. O indivíduo precisa ser justo para que essa virtude possa acontecer no plano maior da cidade.

Platão estabelece uma comparação entre a cidade e o indivíduo. E para isso ele faz uma homeologia, analisando a natureza da alma humana. Para Platão, a *pysiché* humana é composta de três elementos, que sempre estão em conflito: a parte apetitiva (*tó epithynetikón*), a parte irascível (*tó thymoéides*) e a parte racional (*tó logistikón*). O homem justo será aquele em que a razão dirige os sentimentos e os desejos. A justiça tem a ver assim, com alma organizada pelo elemento racional, do homem que é senhor de si, que não se deixa levar pelos seus desejos.

Da mesma forma, o equilíbrio da sociedade resulta de uma harmonia hierarquizada dos elementos que a compõem: a economia, a serviço dos desejos; o exército, elemento sentimental da nação; a direção política, semelhante à função racional. O Estado justo será, então, aquele em que os filósofos dirigem as classes dos soldados e dos artesãos, se entendermos por filósofos aqueles indivíduos que cultivam a saúde da alma, guiando-se sempre pelo conhecimento filosófico, o conhecimento das idéias, do Bem em si.

Aristóteles (384-322 a. C.), discípulo de Platão, desenvolve a idéia de Justiça em obras como *Ética a Nicômaco* e *Política*. Como seu mestre, Aristóteles compartilha a visão de que a melhor vida para o homem é aquela de acordo com a razão, que é o elemento que diferencia o homem dos animais. A virtude é uma boa ordenação dos desejos e dos afetos humanos. O homem feliz é aquele que se guia pela reta razão (*ortho lógos*).

No entanto, há uma originalidade em Aristóteles que o diferencia de Platão. É que o saber que guia o homem em Aristóteles não é um saber dos Universais, da Essência ou da idéia do Bem em si, como propõe Platão. O que auxilia a moral do homem é o conhecimento que ele tem do contingente. Essa virtude Aristóteles chama de Prudência (*phrônesis*), que o homem vai desenvolvendo no decorrer de sua vida pela experiência e pelo hábito. Nesse sentido, a virtude tem a ver com a repetição, com o exercício. A virtude não é desenvolvida por uma vida conceitual, pelo fato de o homem conhecê-la pelo seu intelecto, como acontece na ética platônica.

A virtude será, então, a mediania determinada pelo homem prudente. A ação correta do ponto de vista ético deve evitar os extremos, tanto o excesso quanto a falta, caracterizando-se, assim, pelo equilíbrio ou justa medida. É a sabedoria prática que leva o homem a discernir essa medida, que varia nos indivíduos e de acordo com as circunstâncias. A excelência moral é, portanto, um meio-termo entre duas formas de deficiência moral, uma pressupondo excesso e a outra a falta, num cálculo que depende do homem em cada caso particular.

9 Apud BARRETO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito, p. 340.

A finalidade da Ética nicomaquéia é a busca do Bem, que para Aristóteles é a felicidade do homem. Esse Bem individual está intrinsecamente ligado ao bem comum, pois o exercício da virtude pressupõe outro Bem. A felicidade da comunidade é a realização do Bem soberano. A Ética está inscrita no domínio político, ela é a arquitetônica da Política, do justo e do Direito.

É na cultura grega, portanto, que vemos uma identificação total entre a Ética e o Direito. Tanto na reflexão pré-filosófica, quanto nos sistemas filosóficos de Platão e Aristóteles, para não falar de outros pensadores tão importantes quanto, mas que aqui não citamos, tais como Epicuro, e os estóicos; o Direito – aqui sinônimo de Justiça – aparece como um prolongamento da moral. Segundo Japiassu, na Antiguidade, o equilíbrio da conduta individual é condição e causa da Justiça, “pois a virtude só se realiza na vida social: a verdadeira humanidade só é adquirida na sociabilidade”.¹⁰

4. O PARADIGMA DA SEGURANÇA: POSITIVISMO, CODIFICAÇÃO E LEI ESCRITA

O paradigma da Justiça, valor fundante do Direito antigo, vai ceder lugar, na Modernidade, ao paradigma da Segurança.

Essa passagem se dá com o Contratualismo¹¹ de Thomas Hobbes (1588-1679).

É que, se na filosofia grega o Estado se institui com vista a um Bem Supremo; em Hobbes, o que antecede a polis é o mal, e não o bem. A origem do Estado é o desejo do homem de se furtar ao mal no estado de natureza. É o medo que faz os homens se reunirem na figura do pacto social e acordarem abrir mão de uma parte de sua liberdade, entregando-a a um poder soberano, que ele chama de Leviatã, a fim de terem assegurados os seus direitos naturais.

Hobbes quer compreender a origem do Estado com base na observação científica do homem, uma vez que, para ele, “a natureza (a arte mediante a qual Deus fez e governa o mundo) é imitada pela arte dos homens também nisto: que lhe é possível fazer um animal artificial”.¹² Com o seu método de análise lógico, Hobbes se afasta da filosofia política da tradição, pois, para ele, não há que se falar na essência das coisas. Assim, não há que se dizer que a Justiça é um valor em si, como o faz Platão, ou que há uma essência de homem. As categorias para

10 JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de filosofia, p. 16.

11 A noção de contrato social definindo a sociedade como o produto de uma convenção entre os homens marca o nascimento da reflexão política moderna (século XVIII). Trata-se de uma concepção, bastante controversa entre os filósofos, que define a sociedade como o resultado das convenções pelas quais os cidadãos, de modo livre e voluntário, trocando sua liberdade natural pela paz e segurança, constituem o poder comum.: “O único meio de instituir um poder suscetível de dar segurança aos homens, consiste em conferirem eles todo o seu poder e toda a sua força a um homem ou a um conjunto de homens que pode reduzir todas as suas vontades a uma única vontade” (Hobbes). Para Rousseau, o contrato social é um pacto constituindo o fundamento ideal do direito político e repousando numa forma capaz de “defender e proteger, com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada sociedade, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece a si mesmo e permanece tão livre quanto antes. [...] Embora o contrato não tenha constituído um ‘acontecimento’ vivido pelos primeiros homens, nem por isso deixa de constituir a essência do social como tal”. (JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de filosofia, p. 55)

12 HOBBS, Thomas. Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, p. 7.

Hobbes são lógicas, e não ontológicas, o que faz do filósofo um pensador nominalista,¹³ influenciando mais tarde o fenômeno do positivismo.¹⁴

Disso decorre que o homem não é mais considerado um animal político na perspectiva hobbesbiana. Não há inclinação natural do homem para o Estado. O Estado é consequência de uma escolha racional feita pelos homens no estado de guerra, em que “a vida do homem é solitária, pobre, embrutecida e curta”.¹⁵ O Estado é o que permite o homem escapar das suas paixões e fazer valer as leis naturais, leis estas deduzidas do pensamento lógico.

A autoconservação é o valor que institui o político em Hobbes e, conseqüentemente, a axiologia do Direito na era Moderna. Difere da Antiguidade clássica, em que o Direito era a justiça efetiva, real. Segundo Barzotto,¹⁶ “o Direito, que para os clássicos só faz sentido a partir da alteridade, da presença do outro, agora passa a ver a presença do outro como ameaça aos meus interesses”.

O positivismo, a partir da influência hobbesbiana e outros filósofos iluministas, vai representar, portanto, segundo Barzotto, “a tentativa de fornecer segurança a um mundo em que a presença do outro gera insegurança”.¹⁷

A corrente positivista pensa o Direito como um fenômeno social objetivo. O Direito quer tornar-se uma ciência tão rigorosa quanto as ciências naturais, apartando-se da sua base axiológica a moral, a ética ou a religião. O que serve como fundamento para o fenômeno jurídico são os sistemas de leis escritas nas diferentes sociedades históricas. Para Barzotto,

assim como o positivismo filosófico revela uma era pósmetafísica, na qual o mundo é reduzido à sua descrição científica, o positivismo jurídico também partilha a visão de Direito desencantada própria do mundo contemporâneo, nas quais as práticas sociais, e, portanto, o direito, parecem carecer de um propósito e um sentido últimos.¹⁸

Um dos principais expoentes dessa Escola é Hans Kelsen (1881-1973). Em Kelsen, o objeto da ciência jurídica são as normas válidas em um estado. Segundo Noletto, o filósofo apresenta o

ordenamento jurídico positivo – conjunto das normas válidas – como uma pirâmide de normas, onde se articulam o aspecto estático (normas) e o aspecto dinâmico (atos) do Direito. A noção de validade formal é o elemento que integra esses dois aspectos, pois, nesse arranjo, cada norma retira de uma outra

13 Corrente filosófica que se origina na filosofia medieval, interpretando as idéias gerais ou universais como não tendo nenhuma existência real, sendo apenas nomes. Mediante o estudo do nominalismo em Hobbes, podemos notar que o pensador influencia a corrente positivista no Direito, pois, se não encontramos nas coisas – no fenômeno da justiça, por exemplo – o conceito absoluto de Ser, deixa-se aberta a via do relativismo ético, características do pensamento político hobbesbiano e da doutrina do positivismo jurídico.

14 “Sistema filosófico formulado por Augusto Comte, tendo como núcleo a teoria dos três estados, segundo o qual o espírito humano, ou seja, a sociedade, a cultura passa por três etapas: a teológica, a metafísica e a positiva. As chamadas ciências positivas surgem apenas quando a humanidade atinge a terceira etapa, sua maioridade, rompendo com as anteriores. [...] O positivismo valoriza o método empirista e quantitativo, defende a experiência sensível como fonte principal do conhecimento, pela hostilidade em relação ao idealismo, e pela consideração das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade e modelos para as demais ciências”. (JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de filosofia, p. 217)

15 HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, p. 76.

16 Apud BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito, p. 647.

17 Apud BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito, p. 647.

18 Apud BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito, p. 643.

que lhe é superior, na escala hierárquica do ordenamento jurídico, a sua existência e validade. O ponto final dessa cadeia de validade é o que Kelsen chama de norma fundamental – pressuposto lógico de seu sistema normativo.¹⁹

O objetivo do cientista do Direito é dizer se as normas são válidas ou não num determinado ordenamento, fazendo uma análise lógica da hierarquia das leis. Julgamentos axiológicos tais como opinar se uma regra é justa ou não, se deve ou não ser aplicada em determinado caso concreto, não é da seara do cientista jurídico.

Se por um lado a Teoria Pura do Direito kelseneana delimita o campo da disciplina jurídica dos outros saberes, dando-lhe clareza, objetividade e um método de análise lógico acerca da sua validade, por outro lado, a cisão da ciência jurídica dos valores humanistas faz surgir inúmeras críticas contra o positivismo.

O surgimento do pós-positivismo é a consequência da reação dos filósofos à ortodoxia positivista. Segundo Diniz,

para alguns, o pós-positivismo pode ser descrita como uma espécie de terceira via aos paradigmas positivista e jusnaturalista, sem incorrer nos reducionismos e aporias nos quais estes desembocaram historicamente; para outros, seria uma nova geração do positivismo jurídico mitigado pelo peso da principiologia jurídica; e ainda, para terceiros, o pós-positivismo não passaria de mais uma variante fraca do jusnaturalismo, uma fase ulterior na milenar história do Direito Natural.²⁰

É mister que a legislação, em sua forma tradicional, num conteúdo rígido, fechado e estático, não possui espaço para o intérprete em face do caso concreto: falece o sistema assentado em tipos legais com atividade do seu aplicador apenas na adequação das hipóteses fáticas ao modelo normativo.

Destarte, a velocidade e o dinamismo nas estruturas sociais exigiram mudanças no modelo de sistema positivista fechado, que buscava segurança e certeza do Direito em códigos totalizadores, perfeitos e de operabilidade imediata (ou lógico-dedutivo).

Basta ver a gama de novidades tecnológicas – como a internet – e biológicas – experimentação com embriões, indagações em torno do genoma humano, avanços da engenharia genética, etc. – enfrentados pelo Direito contemporâneo “que nem sempre são resolvidos pelos instrumentos tradicionais”, como alertado por Maria de Fátima Freire de Sá.²¹

5. O NOVO DIREITO: A VOLTA AO INÍCIO

O fato é que um novo paradigma de Direito vem se delineando, e pensadores, como John Rawls (1921-), por exemplo, começam a elaborar uma teoria em que o horizonte da Justiça se volta para o campo delimitado do Direito posto, positivo. Segundo Rawls, numa sociedade sem a idéia de justiça, “a desconfiança e o ressentimento corroem os vínculos de civilidade”.²² Para

19 NOLETO, Mauro Almeida. Direito e ciência na Teoria Pura de Hans Kelsen. 2001. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2644>, p. 2. Acesso em: 2 mar. 2008.

20 Apud BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito, p. 650.

21 SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei. n. 10.211/01, p. 12.

22 RAWLS, John. Uma teoria da justiça, p. 2.

tanto, na obra *Uma teoria da justiça*, ele propõe um parâmetro para medir se uma sociedade é ou não justa, contemporaneamente.

Segundo Rawls, os princípios de uma sociedade devem ser escolhidos por indivíduos livres e racionais numa posição original. Essa posição é uma situação hipotética, assim como é o contrato social em Hobbes. Nessa posição, os indivíduos cobertos por um “véu de ignorância”²³ de sua posição social na sociedade a posteriori, vão escolher sob quais princípios serão reguladas as suas instituições.

Rawls conclui que com base na posição original, os indivíduos escolherão dois princípios: o da Liberdade dos indivíduos e o da Diferença, que é aquele que tenta corrigir as contingências naturais mediante a regulamentação das ações de indivíduos e instituições pelo princípio de que “ninguém deve beneficiar das contingências, a não ser de maneira que redundem no bem-estar dos outros”.²⁴

Nesse sentido, Rawls resgata o que ele crê que os ideais burgueses deixaram de lado nas revoluções da Modernidade. Ao lado da igualdade e da liberdade, ele propõe que as sociedades contemporâneas guiem-se também pelo ideal de fraternidade que, na sua obra, corresponde ao segundo princípio regulador das instituições sociais, que é o princípio da Diferença.

O importante fazer notar com essa pequena visão da obra de Rawls é que a idéia de Justiça se volta para o horizonte das instituições sociais e, conseqüentemente, para a ciência jurídica, fato esse impensável em um paradigma positivista.

Está suprimida nos tempos atuais a separação entre o Direito e a Ética. Segundo Diniz,

caminhamos a passos largos para uma Teoria do Direito normativa, fortemente conectada com a filosofia política e a filosofia moral. Nesta nova etapa, a razão jurídica não é mais identificada exclusivamente com a racionalidade formal, instrumental, dirigida a fins, passando a incorporar também a razão prática. Neste sentido, a mola mestra da atividade jurídica não deve estar orientada – ou pelo menos, não totalmente – pela obtenção de êxito ou vantagem, mas por uma aspiração moral, uma pretensão de justiça.²⁵

6. CONCLUSÃO

Faz necessário agregar ao valor segurança, base axiológica do Direito moderno, outros valores que essa ciência foi deixando pelo caminho. A Ética, cuja pretensão é a busca de princípios universais para reger a conduta do homem, cujo escopo é a felicidade – se tomarmos um conceito aristotélico –, ou a dignidade do homem – se tomarmos um conceito kantiano –, deve estar imbricada ao fenômeno jurídico.

Louva-se, portanto, o Direito, na socialização, promoção e funcionalidade de efetivamente realizar a concretização dos objetivos sociais e da pessoa humana, ajustados à filosofia políticoconstitucional e consolidar avanços normativos e teóricos que, se bem compreendidos e aplicados pelos operadores jurídicos, farão realidade referidas metas.

23 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, p. 21.

24 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, p. 106.

25 Apud BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*, p. 650.

Daí a idéia de propor à ciência do Direito esse eterno retorno às reflexões morais não para tomá-las ao modo místico ou metafísico dos antigos – como é por vezes salientado por autores críticos do jusnaturalismo –, mas para que nós, homens de hoje, possamos ter em vista um horizonte de justiça nas nossas instituições.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO. O livre arbítrio. Tradução de N. De A. Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.
- ARISTÓTELES. Poética; Ética a Nicômaco: Organon; política; constituição de Atenas. São Paulo: Nova Cultural, 1999. 313 p.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo, RS: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 874 p.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de filosofia do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 559p.
- CANTO-SPERBER, Monique. Dicionário de ética e filosofia moral. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2003. 2 v.
- EPICURO. Carta sobre a felicidade: a Meneceu. São Paulo: Unesp, 2002. 51 p.
- HESÍODO; LAFER, Mary de Camargo Neves. Os trabalhos e os dias: primeira parte. 3. ed. São Paulo: Iluminuras, 1996. 103 p.
- HOBBS, Thomas. Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. 2 v.
- HOMERO. A Ilíada: em forma de narrativa. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. 275 p.
- HOMERO. Odisséia. Tradução em forma narrativa por Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nova Cultural, 2002, 316 p.
- JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de filosofia. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.
- KANT, Immanuel; QUINTELA, Paulo. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2002. 139 p.
- MACEDO, Humberto Gomes. As cláusulas gerais do código civil e seu papel na nova hermenêutica civil-constitucional. In: MACEDO, Humberto (Org.). A efetivação do direito civil-constitucional: temas e tendências. Curitiba: Bio Editora, 2007.
- MARCONDES, Danilo. Textos básicos de ética: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. 131 p.
- MARQUES, Marcelo. Filosofia e educação: introdução à Leitura de Platão. Belo Horizonte: apostila do curso de Especialização em Temas Filosóficos do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.
- NOLETO, Mauro Almeida. Direito e ciência na Teoria Pura de Hans Kelsen. 2001. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2644>. Acesso em: 2 mar. 2008.
- PLATÃO. A república. São Paulo, SP: Nova Cultural, 1999. 352 p.
- RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 701 p.
- REALE, Giovanni. História da filosofia antiga. São Paulo: Loyola, 1993- 5 v (História da filosofia).
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei. n. 10.211/01. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de história do direito. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 431 p.