

ÉTICA, JUSNATURALISMO E POSITIVISMO

João Maurício L. Adeodato

CONCEITOS DE ÉTICA

Este trabalho procura discutir o conceito de ética, diante de alguns aspectos de sua história e função, tomando como base a dicotomia jusnaturalismo/juspositivismo, isto é, concentrando-se no direito. Essa dicotomia, tal como será exposta, permanece sempre atual, ainda que se modifiquem os enfoques e, sobretudo, a terminologia.

A origem etimológica das palavras é sempre um bom guia inicial para determinar-lhes o sentido¹. O termo *Ethos*² quer significar aquela dimensão da vida humana sobre que incidem *nomoi*, normas destinadas a fornecer parâmetros para decidir entre opções de conduta igualmente possíveis e mutuamente contraditórias. Ética constitui, além da doutrina do bom e do correto, da "melhor" conduta, a teoria do conhecimento e realização desse bom, correto, melhor. O conceito de ética sofreu profundas modificações desde então e tem quase tantas definições quantos são os autores que o examinam. Sua aplicabilidade prática, porém, permanece fiel ao sentido original da hábito, uso, costume, direito. De uma perspectiva pragmática, todas as normas éticas preenchem a mesma função vital: organizam a imensa complexidade das relações humanas e nos ajudam a decidir sobre como agir.

Nosso postulado inicial é que não apenas aquilo que tradicionalmente faz parte da moral mas também o que hoje chamamos o político e o jurídico pertencem ao significado do termo ética. Isso não implica dizer que normas

¹ ARENDT, H. Preface. In: *Between past and future: eight exercises in political thought*. New York: Penguin, 1980. p. 15. Apud: ADEODATO, J. M. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 93 s.

² RITTER, J., GRÜNDER, K. (orgs.). *Historisches wörterbuch der philosophie*. Basel: Stuttgart: Schwabe. v.2. p. 759 s.

morais, normas de trato social, normas religiosas, normas jurídicas e políticas não se distinguem, mas apenas conformar sua origem comum, os limites imprecisos entre elas e, principalmente, sua função social semelhante.

As diversas tentativas para separar a moral do jurídico ou o religioso do político, na era moderna, isolando-se de suas bases éticas comuns, objetivam apoiar a emergente autonomia do Estado por meio de uma instrumentalização do direito. O importante de se fixar aqui é que essa separação só é possível como artifício metodológico e pragmático, não expressa qualquer "realidade em si", ontológica, que pudesse vir a ser erigida em paradigma científico. Querer desvincular o direito ou a política de seus aspectos éticos desvirtua a tradição milenar da palavra ética nesta cultura que, bem ou mal, herdamos. Além disso, exige redefinições altamente questionáveis do já questionável conceito de ciência.

O problema filosófico gnosiológico, pode ser exposto de forma simples: as decisões éticas, destinadas a solucionar conflitos intersubjetivos, não podem ser encontradas por procedimentos descritivos, como querem alguns, mas têm de ser prescritas. As descrições só cabem em assertivas lógicas e fáticas. As primeiras são tautologias, nada nos acrescentam sobre o mundo da experiência sensível e nada nos podem dizer sobre o que devemos fazer. As assertivas de fato só são verificáveis a posteriori e não nos podem dar parâmetros para opções de conduta futura. Apenas após ocorrer pode a conduta vir a ser descrita. Isso quer dizer que, quando se discute a respeito dos aspectos éticos, não se pode argumentar em termos de uma verdade, seja ela qual for³. Aqui só se pode opinar e tentar persuadir.

Dentre as diversas perspectivas da ética, talvez a mais relevante para o direito seja a chamada ética aplicada ou ética do discurso prático⁴. Seus problemas típicos são, por exemplo, a igualdade ou desigualdade racial e sexual dos seres humanos; a relação entre decisão que busca afastar o conflito e a noção de justiça; direitos humanos; aborto; energia nuclear, eutanásia;

³ ADEODATO, J. M. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 193 s. [Cf. para essa teoria do conhecimento.]

⁴ ALEXY, R. *Probleme der diskurstheorie: zeitschrift für philosophische forschung*. Band 43, 1989. p. 81-3. Trad. bras.: *Problemas da teoria do discurso. Anuário do mestrado da Faculdade de Direito do Recife* (nº 5). Recife: Editora Universitária, 1992. p. 87-105.

manipulação genética; e muitos outros. E também a ética analítica, que coloca a ética prática como objeto de observação, constitui elemento inseparável do "ambiente" ético que se estuda.

Claro que todas essas diferenciações conceituais, a começar pela dicotomia jusnaturalismo versus juspositivismo, são tomadas no sentido proposto por Max Weber (1864-1920). Outros pensadores tiveram intuição semelhante mas foi Weber⁵ quem sistematizou claramente a metodologia de tipos ideais na descrição dos fenômenos sociais. Esses tipos não existem na realidade mas parecem inevitáveis ao funcionamento do pensar humano, como nos mostra, em outro contexto, a antiga e sempre atual discussão sobre os universais. Está aí a perspicácia de Weber: transformar em método essa característica da relação entre o homem e o meio ambiente. Certamente de fundo biológico, genético, a atitude humana de conhecer o mundo - o ato gnoseológico - tende a generalizações diante das realidades casuísticas. Esse é o primeiro dado, o primeiro fato. O segundo é que essas generalizações são lingüísticas, quer dizer, acontecem dentro de uma linguagem. Assim chamamos de "livro" um "algo" que não se identifica com nenhum dos livros particulares que conhecemos, nem com os que estamos para conhecer. Em outras palavras, os conceitos gerais, mesmo sem terem correspondência real, pois só o particular, o individualizado, é real, são também imprescindíveis na relação entre o homem e o meio em que vive⁶.

No caso presente, ressalte-se a amplitude em que são tomados os conceitos de jusnaturalismo e juspositivismo, posto que estão didaticamente colocados como uma dicotomia de partida, reunindo toscamente autores e doutrinas, sob outros aspectos muito diferentes.

HEGEMONIA INDIFERENCIADA DOS JUSNATURALISMOS

Podemos definir o jusnaturalismo, grosso modo, a partir de dois postulados fundamentais: 1. há uma ordem jurídica além da efetiva, daquela observável empiricamente pelos nossos órgãos dos sentidos, que é metafo-

⁵ WEBER, M. *Wirtschaft und gesellschaft: grundriss der verstehenden Soziologie*. Tubinger : J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1985. p. 3-20 (§ 1º, I).

⁶ ADEODATO, J. M. O sério e o jocoso em Jhering: uma visão retórica da ciência jurídica. In: ADEODATO, J. M. (org.) *Jhering eo Direito no Brasil*. Recife : Editora Universitária (UFPE), 1996. p. 83-109.

ricamente designada "natural", entendendo-se "natureza" como algo não produzido pelo homem; 2. em caso de conflito com a ordem positiva, deve prevalecer essa ordem "natural", por ser ela o critério externo de aferição daquela, hetero-referente (e superior) em relação ao direito positivo. O terceiro postulado, o da imutabilidade do direito natural⁷, é negado por algumas teorias jusnaturalistas mais recentes⁸.

Em outras palavras, os jusnaturalismos apresentam em comum a pretensão de retirar normas de fatos, possibilidade negada pelos juspositivistas. Aqui é decisiva para a teoria geral do direito, ainda que controversa, a interpretação e difusão que deu Hans Kelsen⁹ à teoria kantiana de intransponibilidade entre o ser (*Sein*) e o dever-ser (*Sollen*). Claro que o dever-ser e o ser comunicam na eficácia da norma e na efetividade do direito, mas isso só ocorre a *posteriori*, não é possível racionalmente retirar de algo que é agora - nível de renda do indivíduo, sua ascendência familiar, sua filiação a um partido, os caracteres de sua raça etc. - um dever-ser futuro que seja tão incontestável, óbvio, evidente, quanto o fato em que se baseia. Esse é o limite definitivo, o salto gnoseologicamente impossível. Daí a presença da vontade, do poder de criar normas. E aqui está o problema, é justamente essa a função pragmática das normas jurídicas dotadas de generalidade: fornecer critérios para decisões de conflitos que ainda estão por ocorrer.

Essa definição em dois postulados não significa que os jusnaturalistas estejam de acordo. Ao contrário e à semelhança dos juspositivistas, há diferenças inconciliáveis sobre em que consistiria essa "natureza" suprapositiva. Para efeito de clareza didática, um tanto arbitrariamente como sempre, podemos distinguir quatro grandes correntes jusnaturalistas: teológica, antropológica, democrática e de conteúdo variável.

⁷ D'ENTRÈVES, A. P. *La dotrina des dirritto naturale*. Milano : Comunità, 1980. p. 25 s. [Afirma que a imutabilidade é inerente às doutrinas jusnaturalistas.]

⁸ STAMMLER, R. *Theorie der rechtswissenschaft (1923) e lehrbuch der rechtsphilosophie (1928)*. 2.ed. Darmstadt : Scientia/Aalen, 1970.

WILLEY, M. *Philosophie du droit: definitions et fins du droit*. Paris : Dalloz, 1975.

⁹ KELSEN, H. *Reine rechtslehre*. Wien : Frantz Deuticke, 1983. Cf. nota das p. 102-5, no item sobre a liberdade da vontade. Ainda que Kant não tire da tese todas as consequências que o leitor moderno poderia desejar, parece-nos que Kelsen tem razão quando credita a idéia de intransponibilidade entre ser e dever ser a Kant; cf. a solução dada por Kant à terceira antinomia na *Crítica da Razão Pura*.

Cf. KANT, I. *Kritik der reinen vernunft, in werkausgabe: in zwölf Bände*. W. Weischedel (hrsg). Frankfurt a. M. : Suhrkamp, 1977, v.IV. p. A 542 (B 570)s.

Certamente toda a esfera do que hoje chamamos ética apresenta-se indiferenciada em sociedades menos complexas. Pode-se definir uma sociedade como "complexa" exatamente com base na separação entre, direito, religião, moral, política, economia, etiqueta etc., entre outras diferenciações¹⁰. Chamamos uma sociedade de primitiva, indiferenciada, entre outros aspectos, quando a prática de um ilícito jurídico é ao mesmo tempo imoral e pecaminosa. Argumentos modernos como "pode não ser moral mas é ilegal", comuns em nossos tempos, não fariam muito sentido a um egípcio antigo. Um dos primeiros registros na direção dessa que pode ser dita uma das características da modernidade está na célebre passagem atribuída a Jesus Cristo: "A César o que é de César, a Deus o que é de Deus"¹¹. Busca-se aí uma esfera não-submetida à ética do estado Romano onipresente, um espaço que não é deste mundo e por isso mesmo precisa de autonomia.

Com a ascensão da Igreja Cristã no Ocidente, a situação se inverte, pois, como herdeira da *auctoritas* do Estado Romano¹² e fonte da legitimidade do poder secular, a Igreja paira acima dos ordenamentos locais, reunindo também competências jurídicas. É o ambiente social continua relativamente indiferenciado, pois a Igreja abarca o outro mas também este mundo, estendendo seu poder temporal sobre toda a esfera ética. É o jusnaturalismo teológico, representado sobretudo pela Escolástica, com a visão de um direito imutável, dentro da harmonia medieval, estabelecido por Deus. A Igreja é o elo de ligação entre o direito divino e natural e o direito empírico, real, efetivo, em suma, como se diria depois, positivo. Na prática, a hierarquia eclesástica determina a interpretação genuína da vontade de Deus, fonte de todo direito.

É aí que, apoiando a ascensão do Estado como instância jurídica-política máxima e a correspondente queda do poder secular da Igreja, enfraquecida pela reforma, surge o que podemos chamar de um Jesus Cristo às avessas. Com efeito, a intenção de Samuel Pufendorf (1632-1694), assim como de Christian Thomasius (1655-1728) é separar, na ética, as esferas da

¹⁰ LUHMANN, N., DE GIORGI, R. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 1995. p. 353 s.

¹¹ EVANGELHOS de Marcos, 12 (17); Mateus, 22 (21) e Lucas, 20 (25).

¹² ARENDT, H. What is authority?. In: *Between past and future: eight exercises in political thought*. New York: Penguin, 1980. p. 91-141.

religião e moral, a cargo da Igreja, das esferas jurídica e política, a cargo do Estado. Daí seu famoso critério interioridade-exterioridade, posteriormente adotado por diversos pensadores, dentre os quais Kant. Pufendorf parte da separação entre os campos da ética (*entia moralia*) e da física (*entia physica*) e, na linha aberta por Hugo Grotius (1583-1645), afirma a independência entre o direito natural e o direito divino.

Essa passagem do direito natural teológico para o chamado racional, secular, antropológico, não separa ontologicamente o jurídico do religioso, posto que não nega a fonte divina para o direito. Trata-se da mesma idéia advogada por Lutero e o protestantismo: Deus fala diretamente ao coração de todos e de cada um dos homens, sem que seja necessário um porta-voz oficial. Tal "democratização" é um dos fatores pelos quais as igrejas protestantes jamais tiveram o poder temporal ou espiritual de que desfrutou a Igreja católica. O direito continua imutável, contudo, já que para sempre fixado na natureza humana, conforme expressa a famosa síntese de Grotius:

"O direito natural é tão imutável que nem deus o pode modificar. Porque, embora seja imenso o poder de Deus, podem-se, contudo, assinalar algumas coisas as quais não alcança... Assim, pois, como nem mesmo Deus pode fazer com que dois e dois não sejam quatro, tampouco pode fazer com que o que é intrinsecamente mau não o seja... Por isso, até o próprio Deus se sujeita a ser julgado segundo esta norma..."¹³

Para Grotius, o direito não tem por base o instinto mas sim a razão, *dictamen rectae rationis*, cujo princípio máximo estaria no *pacta sunt servanda*.

A diferenciação entre moral e religião parece ser posterior. Um filósofo rigidamente moralista, sem apelo à idéia de divindade, só aparece na era moderna¹⁴.

Note-se que nem o jusnaturalismo antropológico nega Deus, nem o teológico, a razão. Só que, agora, a razão não é apenas o meio para conhecer

¹³ GROTIUS, H. *De jure belli ac pacis del derecho da la guerra y de la paz*. Madrid: Reus, 1925. v.I. p. 54.

¹⁴ Cf. HARTMANN, N. *Ethik*. Berlin: Walter de Gruyter, 1962.

o direito emanado da divindade, mas passa a ser também a fonte do todo direito. A tradição e a autoridade cedem lugar ao que é, em uma palavra, "racional".

A imutabilidade do direito racional começa a ser questionada por Immanuel Kant e domina o pensamento de Rudolf Staammmler, para quem haveria um conteúdo empírico e variável no direito, tornando impossível uma ordem jurídica única para todo o tempo e lugar, ainda que fosse único o conceito formal do direito. A linha que denominamos jusnaturalismo democrático parte dessa historicidade do direito e do princípio de que "por serem os homens todos iguais", a maioria detém a legitimidade do direito e deve decidir sobre os conflitos.

Finalmente, jusnaturalismo de conteúdo variável defende a tese de que há uma ordem jurídica justa, que não se confunde com o direito aplicado pelo poder efetivamente obedecido, a qual brotaria espontaneamente - "naturalmente" - as características da comunidade, por isso mesmo variado no tempo e no espaço. Ele não se confunde com o positivismo, pois o direito posto em força e forma pode desviar-se do caminho justo e legítimo da comunidade em questão. Também não se confunde com o jusnaturalismo aqui dito democrático, vez que a maioria pode não se comportar de acordo com os preceitos naturais. O próprio Rousseau, defensor dos mais radicais do princípio democrático, faz diferença entre a vontade geral (que seria o fruto social do direito natural) e a vontade da maioria, esta meramente quantitativa.

Antes de passar ao conceito de juspositivismo, deve-se relembra a amplitude um tanto arbitrária de nossa dicotomia conceitual, à medida que muitos autores não se considerariam nem positivistas, nem jusnaturalistas, sem falar nas teorias que expressamente se situam em um meio termo entre o positivismo e o direito natural. Hobbes, por exemplo, é um pensador, habitualmente tachado de jusnaturalista, cuja filosofia se adapta ao conceito de positivismo adotado aqui.

Na prática o triunfo é do jusnaturalismo democrático, que já configura o positivismo, pois a maioria é um dado empírico, enquanto a "vontade geral", não. Esse jusnaturalismo democrático representa uma passagem para o positivismo porque não tem, a rigor, conteúdo: o que a maioria decide é legítimo, pois legitimidade é a igualdade de capacidade política dos cidadãos.

E o jusnaturalismo de conteúdo variável pretende ser empiricamente observável, mudando no tempo e no espaço, permanecendo problemáticos os critérios dessa mudança e como detectar o justo. A democracia e o princípio da maioria, que é seu corolário, podem prestar-se tanto ao jusnaturalismo quanto ao juspositivismo, haja vista que são autodeterminados (autopoéticos, auto-referentes, autônomos): se "a voz do povo é a voz de Deus", o seu conteúdo material é dado pelas circunstâncias do momento.

Muitos são os problemas que surgem de uma concepção jusnaturalista do direito e neles se concentram as críticas dos positivistas. Sobre o jusnaturalismo teológico, por exemplo, argumenta-se que a divindade não se revela empiricamente e, no fim das contas, seus intérpretes humanos decidem. Quanto ao antropológico, pelas dificuldades com a "lógica do homem" e os conceitos de racionalidade, fica difícil resolver o que é mais racional em um conflito, se há ponderações diferentes. No jusnaturalismo de conteúdo variável, a ambigüidade de um pretense "sentimento jurídico da comunidade" ou "natureza das coisas" salta aos olhos. Se levado à risca, o jusnaturalismo democrático, corolário do legalismo positivista, já se esvaziou de conteúdos éticos quanto ao poder constituinte originário e a questão passa a ser procedimental, isto é, como representar e contar votos. E assim por diante.

Daí o começo do positivismo moderno, ainda que não se assumisse expressamente a postura e muito menos a denominação, pois a oposição ao jusnaturalismo apareceria bem depois¹⁵. Sem dúvida a cultura europeia ocidental passa por um esvaziamento de conteúdo axiológico¹⁶ que prepara a emancipação do direito das demais ordens normativas, como a religião e a moral. A preocupação em separar direito e etiqueta vem muito depois, pois só na passagem do século XIX para o XX vem-se notar a semelhança entre essas esferas normativas e daí a necessidade de os juristas as distinguirem, para configurar o objeto de sua ciência emergente.

¹⁵ ELLSCHIED, G. Das naturrechtsproblem: eine systematische orientierung. In: KAUFMANN, A., Hassemer, W. (org.). *Einführung in die rechtsphilosophie der gegenwart*. 6.ed. revista. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1994. p. 179-247.

¹⁶ ADEODATO, J. M. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. p. 29-52. Nota 1.

CONCEITUÇÃO PROBLEMÁTICA DOS POSITIVISMOS

Fornecer um conceito genérico de positivismo jurídico é tarefa tão complexa quanto harmonizar os diversos conceitos de direito natural. Podemos partir do seguinte postulado: o juspositivista aceita como único direito existente aquele empiricamente observável (aquilo que, na realidade empírica, é tido como "direito" vai depender da linha positivista que se considere). O direito positivo moderno é autônomo em relação à moral em uma acepção bem específica: como há várias morais em vigor, ele elege e impõe uma moral vencedora; em certo sentido, boa parte do direito positivo depende de alguma moral, só que não deste ou daquele conteúdo específico: esses conteúdos são fixados contextualmente, *a posteriori*, resultam da experiência, de conflitos e cooperação políticos¹⁷.

A abordagem positivista tem raízes no empirismo e também no iluminismo. Precursores do positivismo são Francis Bacon, Berkeley, Hume, D'Alembert, sem esquecer seu antecessor medieval, Roger Bacon (1220-1292). Francis Bacon (1561-1626) é o primeiro a falar de uma "doutrina positiva", aquela que se baseia na experiência, em seu *De Principiis atque Originibus*, de 1623. Essa obra teria influenciado Augusto Comte¹⁸, que inaugura o positivismo moderno em meados do século XIX. Elemento complicador na conceituação é o fato de que alguns filósofos declaram-se positivistas e não são vistos como tais, como é o caso de Schelling, representante do idealismo pós-kantiano germânico. Outros recusam a denominação, ainda que adotem muitas das teses habitualmente tidas como positivas, como é o caso de Karl Popper. E ainda há um positivismo lógico, menos empírico e mais alicerçado na análise da linguagem e nas matemáticas, além de um positivismo marxista e outro até religioso, com sua Igreja Positivista.

Filosoficamente, podemos dizer que o positivismo jurídico caracteriza-se por aceitar que o direito resulta de um ato de poder competente, podendo

¹⁷ KAUFMANN, A. Problemgeschichte der rechtsphilosophie. In: KAUFMANN, A., HAASSEMER, W. (org.). *Einführung in die rechtsphilosophie und rechtstheorie der gegenwart*. Cit. p. 88 s.

¹⁸ Cf. RITTER, J., GRÜNDER, K. (orgs.). *Historisches wörterbuch der philosophie*. Basei-Stuttgart: Schwabe und Co. v.7. p. 1118-22.

assumir qualquer conteúdo. Ele é auto-referente, é procedimental, é de certo modo irracional quanto ao conteúdo, à medida que recusa um paradigma externo que configuraria a possibilidade de uma matéria ética "necessária".

Quanto ao debate interno, o positivismo jurídico começa ingênuo, com o legalismo da Escola da Exegese francesa, e sofisticada-se nas diversas formas de normativismo, estatistas ou de tendência sociológica, para desembocar no que se pode chamar de realismo positivista, cada tendência envolvendo diversas escolas que só muito grosseiramente cabem ser reunidas sob a mesma denominação¹⁹. Já o positivismo cético e o pragmatismo rejeitam a distinção epistemológica entre argumentos analíticos e argumentos substanciais²⁰, pois estes não são susceptíveis de argumentação.

O conceito de racionalidade aparece como um complicador para a dicotomia metodologicamente simplificada entre jusnaturalismo e juspositivismo, proposta aqui, pois "a razão" aparece, de um lado, como fundamento externo do sistema jurídico, critério superior a aferidor de sua legitimidade, mas, por outro lado, pretende ao mesmo tempo ser "positiva", isto é, demonstrável, sistematizável, transmissível. É assim que são pressupostos postulados de ética materiais, tais como um conjunto coerente de preferências, uma hierarquia consciente de fins, viabilidade de realização dos mesmos etc., conforme colocação de John Rawls²¹. Apresentam-se também acima do paradigma direito natural versus direito positivo, posições híbridas como as de Jürgen Habermas e Robert Alexy, que, apesar de por em relevo o procedimento argumentativo, como muitos positivistas, mantêm um conteúdo de racionalidade externo, que não é autonomamente determinado pelo posto, efetivo.

¹⁹ Cf. ADEODATO, J. M. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1989. p. 53 s.

²⁰ Na precisa formulação de Toullmin.

TOULMIN, S. E. *The uses of argument*. New York: Cambridge University Press, 1994. p. 232 s.

Cf. BALLWEG, O. Rhetonik und vertrauen. In: DENNINGER, E., HINZ, P., MAYER-TASCH, P., ROELLECKE, G. (orgs.). *Kritik und vertrauen: feestschrift für Peter Schneider zum 70 guburtstag*. Frankfurt a. M.: Anton Hain, 1990. Trad. bras. *Retórica Analítica e Direito*. In: *Revista Brasileira de Filosofia* nº 163, fasc. 39. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991. p. 175-84.

²¹ RAWLS, J. *A teoria of justice*. Oxford: Oxford University Press, 1973, § 25, p. 143 e passim.

Ao contrário do procedimento funcionalista da teoria dos sistemas, por exemplo, que admite diversas formas, desde que eficazes no controle social, o procedimento discursivo-racionalista entende que o consenso é legítimo à medida que corresponde a uma situação discursiva ideal, intrinsecamente racional, fundamentada por critérios como liberdade de expressão e igualdade de oportunidades para todos os participantes, sinceridade nas afirmações e firme intenção de entendimento, conhecimento dos dados empíricos envolvidos, disponibilidade de tempo, entre muitos outros. Em suma: para essas modernas de jusnaturalismo, mais do que uma confrontação entre critérios formais e materiais, o direito guarda uma relação indelével com a moral²².

VANTAGENS E DESVANTAGENS (ÉTICAS E TÉCNICAS) DE UM CONCEITO (POSITIVISTA OU NATURALISTA) DO DIREITO

Quando as civilizações de nossa cultura ocidental começaram a atentar para o conceito de norma, o dever-ser, ainda estava indiviso o limite entre o que a doutrina jurídica tradicional tem chamado regras técnicas e normas éticas. Essa distinção, que atenua o dia-a-dia dos estudantes de Introdução ao Estudo do Direito, é relevante no processo de diferenciação que constitui característica importante das sociedades modernas mais complexas, como dissemos.

Para o Sócrates platônico ambos os conceitos estão imbricados. Todo mal provém da ignorância e toda ignorância configura, em certo sentido, um mal. A maldade é vista como uma espécie de incompetência. Tudo indica que, para os homens cultos da Grécia antiga, a separação não era de modo algum nítida. Parecem estar na tradição cristã as primeiras tentativas de separar nitidamente os conflitos éticos dos conflitos técnicos, enfatizando a bem-aventurança de um coração puro e a sua prevalência sobre a sabedoria,

²² Cf. LEXY, R. *Theorie der juristischen argumentation: die theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen begründung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1983. p. 361 s.

Cf. HABERMAS, J. *Faktizität und geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen rechtsstaats*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993. p. 550 s.

opondo *fides* e *intellectus*²³, pois "felizes os pobres de espírito, porque deles é o reino dos céus"²⁴. Essa é também uma preocupação do apóstolo Paulo de Tarso (ca. 10-67): "Cuidai de que ninguém vos leve novamente à escravidão com filosofias falazes e vãs, fundadas em tradições humanas e não em Cristo"²⁵. O belo, o bom, o bem não estão mais no conhecimento, no saber, já que os designios de Deus são inescrutáveis, mas sim no querer crep²⁶. A vontade purificada pela fé é de muita importância.

À distinção entre técnica e ética aliam-se várias outras, como a diferenciação entre direito e religião, direito e moral, direito e usos sociais, tudo cooperando para esse processo de positividade do direito, que culmina em sua dogmatização, cujo aspecto ético principal é exatamente o esvaziamento de qualquer conteúdo axiológico como critério, já bem longe de jusnaturalismo cristão.

Nesse contexto, o sucesso pragmático do positivismo parece estar ligado a uma adequação ao poder jurídico-político leigo característico da modernidade no Ocidente europeu, tendo em vista sua imensa disponibilidade de conteúdos éticos. No plano da teoria, o positivismo investe na tentativa de apresentar o direito (e outras ciências sociais) como uma ciência, privilegiado, na seqüência, seus aspectos técnicos. Está pronto o terreno para a dogmática jurídica enquanto "tecnologia de controle social"²⁷.

O CARÁTER RETÓRICO DO DIREITO POSITIVO E A ÉTICA DA TOLERÂNCIA

Pode-se perguntar a tese de Grotius de que os pactos devem ser cumpridos configuraria uma ligação necessária entre o direito e a moral, por

²³ ARENDT, H. *Tradition and the modern age*. In: *Between past and future*. Cit. p. 31; 35 s.

²⁴ EVANGELHO de Mateus, 5 (3).

²⁵ PAULO DE TARSO. *Epístola aos Colossenses*. 2 (8).

²⁶ ARENDT, H. *The life, the mind*. v.2. Willing New York - London: Harvest-HBJ, 1978. p. 67 s. e 84 s.

²⁷ Para um conceito de dogmática jurídica, cf. a coletânea de artigos de T. Viehweg: VIEHWEG, T. *Topica y filosofia del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991. FERRAZ JR., T. S. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

exemplo. Nossa tese, em primeiro lugar, é a de que tal princípio não se impõe necessariamente, sendo possíveis relações sociais que não o atendam, genérica ou casuisticamente; em segundo lugar, trata-se de princípio meramente formal, como qualquer dos critérios ditos positivistas (exterioridade, coercitividade, bilateralidade atributiva), podendo assumir os mais diversos conteúdos fáticos e axiológicos. Com efeito, pode haver pactos cujo cumprimento contrarie mais determinados conteúdos morais do que o seu descumprimento.

Outro problema é saber se a perspectiva positivista, tal como metodologicamente exposta aqui, implica necessariamente uma postura anti-ética. Em primeiro plano, é preciso lembrar que o direito é uma das espécies do gênero "ética" e necessariamente assume conteúdos éticos; no sentido amplo empregado neste estudo, o positivismo só nega que esses conteúdos estejam fixados por uma instância "natural" superior. Em segundo plano, pode-se tentar retirar também uma ética construtiva a partir do positivismo, a ética da tolerância.

Com efeito, dentre as várias controvérsias internas que dividem os positivistas, são argumentativamente viáveis mas de modo nenhum inquestionáveis aquelas que colocam o positivismo simplesmente como a ideologia da facção vitoriosa na luta pelo poder. A ética inerente a um positivismo moderno, parece-nos, não é aquela que, por admitir qualquer conteúdo, presta-se, por exemplo, a justificar a imposição compulsória de padrões homogêneos de comportamento a toda a comunidade. Por recusar parâmetros de conduta legítimos "em si mesmos", o positivismo coaduna-se mais facilmente com uma ética genericamente cética, compreensiva, disposta a tolerar posturas diversas, desde que não se pretendam estender a todos a todo custo.

Apesar da imensa força retórica dos jusnaturalismos, posto que carregam as certezas de quem viu a luz sabe separar claramente o ético do não-ético, um ceticismo tranqüilo quanto ao direito e a este poder quase mágico da *juris dictio*, de diferenciar coercitivamente o lícito do ilícito, cabe também em uma abordagem empírica e juspositivista.

Se a crença em um direito superior pode impulsionar o direito positivo, segundo esta ou aquela concepção, para um aperfeiçoamento ético, como na defesa da igualdade feita já nos primórdios do Cristianismo, não se deve esquecer que são também perspectivas jusnaturalistas que inspiram a intolância religiosa, o racismo e assemelhados.