

5

O problema ético: como separar o bom do mau direito

JOÃO MAURÍCIO LEITÃO ADEODATO

Pós-Doutor em Filosofia Jurídica pela Universidade de *Heidelberg* (Alemanha). Doutor em Filosofia Jurídica (USP). Livre-Docente (USP). Professor de Direito (FDV e UNINOVE).

Artigo recebido em 3/7/2020 e aprovado em 21/6/2021.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *Esclarecimento preliminar: diferença entre objeto e enunciado ou entre linguagem e metalinguagem (direito natural e jusnaturalismo, direito positivo e juspositivismo)* • 3 *O direito natural cósmico: da ideia de ordem natural (physis) à de direito natural (nomos)* • 4 *O direito natural da divindade ainda irracional para o ser humano* • 5 *O direito natural na lógica divina traduzida pela igreja católica* • 6 *O direito natural protestante e a lógica humana da razão* • 7 *O direito natural democrático e a problematização da imutabilidade* • 8 *Conclusão* • 9 *Referências*.

RESUMO: Depois que sofistas e socráticos inauguraram o problema ético na história do pensamento ocidental, a diferença entre o bom e o mau direito passou a ocupar lugar central na filosofia jurídica. Diferentes contextos para as expressões *ética, moral, direito, justiça*; confusão semântica entre gênero e espécie, quando se empregam tais termos; a ideia do direito natural, que impulsionou a crítica e a luta contra o *status quo*; o direito positivo estabelecido pela ética dos vencedores, tudo isso faz parte do desenvolvimento da história das ideias na civilização ocidental, e sua exposição é o objetivo deste texto, de forma a demonstrar as dificuldades na determinação do conteúdo ético do direito. Por meio da metodologia retórica, o artigo analisa a evolução do direito natural como instância normativa acima do direito positivo, e, ao final, sugere uma ética da tolerância que abandona a possibilidade da verdade como objeto do conhecimento normativo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Natural • Justiça e Direito Positivo • Evolução da Ideia de Direito Natural • Democracia • Ética da Tolerância.

The ethical problem: how to separate good and bad law

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Preliminary clarification: difference between object and enunciado or between language and metalanguage (natural law and jusnaturalism, positive law and juspositivism) • 3 The cosmic natural law: from the idea of natural order (physis) to the natural law (nomos) • 4 The natural right of the divinity still irrational to the human being • 5 Natural law in divine logic translated by the catholic church • 6 Protestant natural law and human logic of reason • 7 Democratic natural law and problematizing immutability • 8 Conclusion • 9 References.*

ABSTRACT: After sophists and Socratics inaugurated the ethical problem in the history of Western thought, the difference between good and bad law came to occupy a central place in legal philosophy. Different contexts to the expressions ethics, morals, law, justice, semantic confusion between genus and species, when such terms are applied; the idea of natural law, which stimulated criticism and the struggle against the status quo; the positive law established by the winners's ethics, all of this is part of the development of the history of ideas in western civilization, and its exposition is the goal of this text, in order to demonstrate the difficulties in the determining of the ethical content of law. Through rhetorical methodology, the article analyses the evolution of natural law as a normative instance above the positive law, and, in the end, suggests an ethics of tolerance that abandons the possibility of truth as an object of the normative law.

KEYWORDS: Natural Law • Justice and Positive Law • Evolution of the Idea of Natural Law • Democracy • Ethics of Tolerance.

El problema ético: cómo separar lo bueno de lo malo derecho

CONTENIDO: 1 *Introducción* • 2 *Clarificación preliminar: diferencia entre objeto y enunciado o entre lenguaje y metalenguaje (ley natural y jusnaturalismo, ley positiva y juspositivismo)* • 3 *La ley natural cósmica: de la idea del orden natural (physis) a la ley natural (nomos)* • 4 *El derecho natural de la divinidad sigue irracional al ser humano* • 5 *Ley natural en lógica divina traducida por la iglesia católica* • 6 *Ley natural protestante y lógica humana de la razón* • 7 *Ley natural democrática y problematización de la inmutabilidad* • 8 *Conclusión* • 9 *Referencias*.

RESUMEN: Después de que los sofistas y los socráticos inauguraron el problema ético en la historia del pensamiento occidental, la diferencia entre el derecho bueno y el malo pasó a ocupar un lugar central en la filosofía jurídica. Diferentes contextos para las expresiones *ética, moral, derecho, justicia*; confusión semántica entre género y especie cuando se utilizan tales términos; la idea de la ley natural, que estimuló la crítica y la lucha contra el *statu quo*; el derecho positivo establecido por la ética de los vencedores, todo esto es parte del desarrollo de la historia de las ideas en la civilización occidental, y su exposición es el objetivo de este texto, con el fin de demostrar las dificultades para determinar el contenido ético del derecho. A través de la metodología retórica, el artículo analiza la evolución del derecho natural como instancia normativa por sobre el derecho positivo y, en definitiva, sugiere una ética de la tolerancia que abandona la posibilidad de la verdad como objeto de conocimiento normativo.

PALABRAS CLAVE: Derecho Natural • Justicia y Derecho Positivo • Evolución de la Idea del Derecho Natural • Democracia • Ética de la Tolerancia.

1 Introdução

Depois que os sofistas e os socráticos inauguraram o problema ético na história do pensamento ocidental, a pergunta pela diferença entre o bom e o mau direito passou a ocupar lugar central na filosofia jurídica. Este é o problema que o texto enfrenta. Afora os diferentes contextos em que as expressões *ética*, *moral*, *direito*, *justiça*, dentre outras, são desde então empregadas, há uma grande confusão entre gênero e espécie, entre contém e está contido, quando se empregam aqueles conceitos. Um ponto de partida útil e relativamente pacífico aos que estudam esse tema é que aquelas expressões se referem à conduta dos seres humanos: daí esses primeiros filósofos de depois da cosmologia pré-socrática serem chamados de *humanistas*. E, assim, a poderosa ideia do direito natural passou a ser o grande impulso para a crítica e a luta contra o *status quo*, o direito positivo estabelecido pela ética dos vencedores.

O objetivo do texto é expor o desenvolvimento da história das ideias na civilização ocidental, de forma a entender as dificuldades envolvidas na determinação do conteúdo ético do direito. A metodologia retórica, explicada no item 2 abaixo, consiste na comparação entre as diversas soluções apresentadas, a partir da diferenciação entre linguagem objeto e metalinguagem, e como elas competem para se tornarem preponderantes. Por isso o artigo analisa a evolução da ideia de direito natural como instância normativa acima do direito positivo, por meio da exposição de suas diversas vertentes, ressaltando as conexões sobre como uma nova concepção provém da anterior, sem que esta seja excluída do horizonte filosófico. Essa evolução culmina no direito natural de conteúdo variável, o qual prepara a vitória do juspositivismo na sociedade complexa. Ao final do artigo, sugere-se uma solução para o dilema da legitimidade do direito, por meio de uma ética da tolerância, que abandona a possibilidade da verdade como objeto do conhecimento normativo.

2 Esclarecimento preliminar: diferença entre *objeto* e *enunciado* ou entre *linguagem* e *metalinguagem* (direito natural e jusnaturalismo, direito positivo e juspositivismo)

Aqui é útil uma contribuição dos primeiros estudiosos da linguagem, a partir da *virada linguística* do início do século XX, na direção de inicialmente investigar se essas palavras estão sendo empregadas para designar como as pessoas devem se comportar, prescrevendo a boa conduta, ou para descrever como efetivamente se comportam, numa visão empírica. Para o primeiro sentido (segundo nível) reservaram

a metáfora *metalinguagem*, para o outro (nível básico), *linguagem-objeto*, aquela que, literalmente, está *posta à frente*:

No primeiro caso, a implicação situa-se em nível de metalinguagem, isto é, num nível de linguagem sobre a linguagem do Direito positivo, falando acerca de algo que ocorre no Direito positivo. No segundo caso, a implicação é usada no Direito positivo, adquire a prescristividade sobre o comportamento do intérprete e aplicador do Direito, que não tinha como estrutura lógica. Aqui, coloca-se no nível da linguagem-objeto; ali, no nível da metalinguagem. (VILANOVA, 1977, p. 192-193).

Aplicando a distinção ao termo *ética*, por exemplo, no nível da linguagem-objeto, a ética descreve, como dado empírico, que indivíduos sem muita segurança de seu próprio valor como pessoas gostam de se cercar de bajuladores ou que a cumplicidade entre governo e empresários constitui uma característica de sociedades subdesenvolvidas. No plano da metalinguagem, a ética recomenda que tanto pessoas bajuladoras como pessoas inseguras devem ser evitadas (ou louvadas, a depender da meta-ética que se esteja a defender). Em outras palavras, o termo *ética* pode ser utilizado como conhecimento empírico dos meios e fins que os seres humanos empregam em sua vida em comum, ou como o estudo das formas de controle estratégico desses meios e fins.

Há autores que empregam a palavra *ética* para designar esse cipoal de conhecimentos que teria a *moral* por objeto. Assim a ética seria a metalinguagem da moral. Outros chamam esse plano da metalinguagem de *filosofia moral* (CHAUÍ, 2001, p. 339). Em outras palavras, a ética seria um discurso sobre a moral.

Mesmo que se aceitem as definições acima, outro problema é: ficando somente no plano da metalinguagem (conhecimentos sobre a ética tal como ela efetivamente se apresenta), decidir se a metalinguagem ética deve descrever como a linguagem-objeto da ética (real) é praticada pelos seres humanos ou se deve dizer como essa ética fática deve ser. Em outras palavras, se a perspectiva da meta-ética deve ser descritiva ou prescritiva, analítica ou normativa, respectivamente.

A classificação entre perspectivas normativas e descritivas parece mais apropriada do que aquela entre idealistas e realistas, respectivamente, muito embora sejam por vezes identificadas. Isso porque as perspectivas analíticas, pretensamente realistas, apresentam por vezes um caráter idealista, pois o idealismo não é apenas normativo, axiológico (que prescreve como o mundo real deve ser a partir de uma concepção ideal de valores), mas também lógico (que, sob influências das matemáticas, descreve um aspecto interno da mente humana, pretensamente extensível a todo o universo).

Um dos argumentos em prol da convicção de que toda meta-ética tem que ser normativa é que a atitude descritiva já caracterizaria os estudos da antropologia, da sociologia, da psicologia, em suma, não faria sentido um estudo descritivo da ética, pois ele não seria mais, propriamente, ética (NERI, 2004, p. 27-29).

O que se observa, de uma perspectiva realista da linguagem, é que todas essas abordagens são conciliáveis na pragmática filosófica do uso dessas expressões.

Há um significado comum, a partir do conceito de *ethos*, sobre cuja base esses autores tentam definir as subdivisões. O entendimento sugerido aqui é que tanto a palavra *ética* quanto o termo *moral* precisam ser entendidos, ao mesmo tempo, nos planos da linguagem (tradicionalmente da ontologia) e da metalinguagem (gnoseologia), ou seja, ambos os termos designam tanto as opções de conduta que as pessoas efetivamente escolhem quanto o estudo e o conjunto de enunciados sobre elas.

No primeiro plano, para evitar confusões, a relação semântica entre ética e moral é a de gênero e espécie. Outras espécies de ética seriam as ordens normativas tradicionalmente consideradas, dentre as quais se destacam religião, direito, política, etiqueta, cada uma delas com sua respectiva metalinguagem, no segundo plano (VILANOVA, 1976, p. 51; BORGES, 1984, p. 91)¹.

Para resolver o problema de se a metalinguagem ética deve ser normativa (prescritiva) ou analítica (descritiva), apela-se aqui ao antigo ensinamento da retórica clássica de que há três níveis linguísticos e não apenas dois. Há, assim, a ética – e todas as suas espécies – como linguagem-objeto, a conduta real das pessoas; a ética como metalinguagem composta do conjunto de enunciados para guiar normativamente as pessoas em seu trato com a ética-objeto; e a ética como meta-metalinguagem, procurando analisar e descrever como a metalinguagem interfere sobre a linguagem-objeto da ética.

O fato de haver pena de morte para homicidas ou espíões em diversas comunidades, nações e Estados em diferentes tempos e lugares é uma postura ética efetiva, entendida no primeiro plano, os dados empíricos que qualquer um pode observar. As pessoas que defendem ou rejeitam a pena de morte sob diferentes argumentos, procurando interferir nesse primeiro plano e dizer como ele deveria ser, por exemplo, que a pena de morte não corresponde ao direito natural que defendem, adotam uma postura normativa, no segundo plano. No terceiro nível, adotam-se enunciados que procuram descrever como o segundo plano interfere

1 Esses autores tratam do conceito de linguagem-objeto.

sobre o primeiro. Exemplificando, alguém pode saber tudo sobre o que os mais diferentes povos e filósofos disseram e fizeram em nome do jusnaturalismo sem ser jusnaturalista, conhecer tudo sobre o assunto, mas como objeto descritivo de estudo, sem tomar posição normativa. Este alguém estaria no plano da meta-metalinguagem.

Essa tripartição de abordagens da linguagem toma base nas aulas de retórica ministradas por Friedrich Nietzsche na Basileia, publicadas nas obras completas da Edição Mussarion (LIMA, 2013, p. 305 e ss.). Contemporaneamente, a tripartição é trazida por Ottmar Ballweg (1989). Na opinião de Katharina von Schlieffen (2006, p. 42-64), a *Retórica* de Aristóteles teria sido a primeira obra a entender a retórica como conhecimento epistêmico propriamente dito, chamando atenção para o nível analítico e descritivo. Embora haja sem dúvida essa novidade na abordagem aristotélica, ele também faz alguma confusão ao defender sua concepção normativa, ao dizer que a legítima retórica precisa ser persuasiva e se apoiar nas vias *logos*, *ethos* e *pathos*.

A obra de Aristóteles, compreensivamente, chegou a nossos dias com diversas lacunas, deixadas por ele mesmo ou pelas notas de aula de seus muitos discípulos e pelos copistas posteriores. Mas sua definição de retórica é relativamente simples: “ἔστω δὴ ἡ ῥητορικὴ δύναμις περὶ ἕκαστον τοῦ θεωρῆσαι τὸ ἐνδεχόμενον πιθανόν” (ARISTOTLE, 1990, p. 595), transliterando: “*ésto de he rhetorikè dýnamis peri hékaston tou theorêsai tò endechómenon pithanón*”, ou seja: “a retórica é assim uma capacidade de, em qualquer assunto, observar aquilo que possivelmente persuade”.

A preocupação normativa com o uso pragmático da linguagem, contudo, é anterior, tendo sido inaugurada por uma espécie de manual de retórica escrito por Córax e Tísias, o qual se perdeu (COLE, 1991, p. 65-84). Esses primeiros retóricos, assim como a maioria das pessoas até hoje, colocaram a linguagem como *techné*, no sentido de uma exposição de estratégias eficazes para vencer um debate, sobretudo o forense.

De toda forma, quando se fala em jusnaturalismo, é preciso distinguir se a fala é normativa ou analítica, no plano das duas metalinguagens aqui sugeridas. Ambas são perfeitamente legítimas, mas não devem ser confundidas. Uma coisa é defender uma posição jusnaturalista, dizendo, por exemplo, que a tortura não pode ser legalizada porque desobedece a uma determinação superior (âmbito normativo); outra é afirmar que o jusnaturalismo tem servido tanto para justificar como para condenar a tortura nesse ou naquele contexto (âmbito analítico).

Em outras palavras, os enunciados normativos dos jusnaturalistas sobre como o direito positivo deve ser, de caráter estratégico, diferem dos enunciados

analíticos sobre a influência histórica das diversas teorias jusnaturalistas na formação do direito positivo, por exemplo, os quais não objetivam interferir sobre ele. No plano da metalinguagem normativa, os enunciados sobre um direito natural intrinsecamente justo visam modificar, otimizar a realidade estabelecida. No terceiro plano, da meta-metalinguagem ou da metalinguagem analítica, os enunciados procuram descrever as relações entre os dois níveis anteriores, isto é, como a abordagem e as estratégias argumentativas utilizadas por eles são construídas e de que maneira funcionam.

Por vezes não é fácil compreender a diferença entre direito natural (linguagem objeto) e jusnaturalismo (metalinguagem), assim como entre direito positivo e juspositivismo. O direito natural, para seus defensores, faz parte do mundo real, é o direito que deve ser, independentemente de ser ou não reconhecido em determinado contexto histórico e geográfico. Para os positivistas, o *direito* natural não é direito, mas, sim, um conjunto de aspirações ideológicas que, embora existam efetivamente, não podem ser compreendidas como direito. Já jusnaturalismo e juspositivismo são perspectivas filosóficas, doutrinas que procuram fundamentar determinadas perspectivas e, por meio delas, interferir no plano real da linguagem-objeto. São *visões*, teorias sobre a realidade do direito, mas não se devem confundir com ela.

Na exposição das doutrinas jusnaturalistas, a ser feita a seguir, é necessário ter em mente alguns pressupostos. Em primeiro lugar, uma nova forma de pensar o direito, uma nova filosofia do direito, não substitui aquelas que anteriormente preponderavam. A antiga maneira de pensar permanece presente, temporariamente derrotada, e pode retornar na evolução da história das ideias, volta tal como era ou modificada, adaptada aos novos tempos, abandona um aspecto, adquire outro, mescla-se com o novo. Mas permanece lá, como parte da cultura, no caso a cultura ocidental, constituída principalmente com as contribuições do judaísmo, do cristianismo, da Grécia e de Roma antigas, o que desemboca na chamada cultura europeia.

Depois, de um ponto de vista metodológico, a compreensão da história não se pode reduzir a um relato descritivo de casos e datas, como se houvesse “fatos” históricos, provenientes de relações de causa e efeito, como nas explicações dominantes entre os modernos professores de história. Uma compreensão adequada precisa se pautar pela sugestão de uma ideia diretora, uma tentativa de explicar o desenvolvimento histórico em determinada direção.

Por isso, em terceiro lugar, a tese aqui colocada como guia, em um plano de meta-metalinguagem descritivo, é a seguinte: de um lado, o jusnaturalismo normativo, no nível da metalinguagem da civilização ocidental, desenvolve-se em um ambiente de complexidade crescente, vale dizer, do menos para o mais complexo, da indiferenciação entre o direito justo e o direito posto para uma cada vez mais nítida separação; por outro lado, e ao mesmo tempo, caminha da transcendência para a imanência, ou seja, vai de uma compreensão de justiça como referência intangível e incompreensível para uma aspiração empírica de mudança do direito positivo. Em outras palavras, como a ideia de justiça vai de um cosmos acima dos próprios deuses a uma manipulação por órgãos que nem estatais mais são, numa microfísica de poderes difusos e incontrolláveis, dos quais são exemplos as agências reguladoras ou as auditorias brasileiras. Por isso a mutabilidade do direito se institucionaliza, sai do âmbito divino e, lentamente, passa às mãos do legislador universal, daí a juízes casuísticos e depois a incontáveis âmbitos de competência pulverizados.

Finalmente, num quarto pressuposto, essas fases descritas a seguir não devem ser entendidas como escolas. A história das ideias do jusnaturalismo mereceria um estudo muito mais aprofundado. Seus *desvios* céticos, mesmo na Idade Média, em Roscelino, Abelardo, Guilherme de Ockham, fogem a essa evolução dominante. Aqui têm-se somente direcionamentos genéricos os quais, ainda que extremamente úteis, não fazem jus à riqueza do pensamento, dominado pela força da religião. São agrupamentos de escolas, num esforço analítico deveras limitado. Mas a única maneira de conhecer esses caminhos do jusnaturalismo milenar é colocá-los em caixas conceituais.

Estabelecidos esses pressupostos, as correntes jusnaturalistas destacadas apresentam alguns aspectos comuns para serem assim denominadas, dos quais relevam-se os seguintes.

Em primeiro lugar, existe uma diferença entre o poder puro e simples e o poder legítimo, isto é, o fundamento da legitimidade não se confunde nem depende do poder efetivo, mas, sim, este depende daquele, pois o governo justo tem por base instâncias prévias e externas, ainda que cada corrente ou mesmo cada autor enxergue diferentes critérios para elas, os quais podem ser os ditames da razão prática, os mandamentos divinos ou a vontade orgânica do povo, o que quer que signifiquem.

Em segundo lugar, esses critérios de justiça têm conteúdos éticos específicos, o poder não é resultado de relações ou funções estabelecidas pela própria ação

política, vale dizer, as normas legítimas não estão à disposição dos eventuais governos, seu fundamento não é político, porém ético.

Em terceiro lugar, finalmente, o governo não pode se desviar do direito intrinsecamente justo, a noção de legitimidade é utilizada para limitar o exercício do poder e evitar seu aumento descontrolado.

3 O direito natural cósmico: da ideia de ordem natural (*physis*) à de direito natural (*nomos*)

O processo de desenvolvimento do jusnaturalismo na história das ideias da cultura ocidental passa por diferenciações lentamente construídas. A mais significativa delas é o surgimento da ética, dentro das inovações trazidas pelos sofistas, como uma esfera caracteristicamente humana, a qual não estaria submetida às leis causais da natureza: a separação entre *nomos* (que gerou *norma*) e *physis* (de onde proveio *física* no sentido de *natureza*). A metáfora de um direito *natural* nasce, e permanece até hoje, da tentativa de unir essas ideias que começavam a se separar de forma irresistível: da mesma forma que a natureza não está submetida à discricionariedade dos governos, que não têm poder para modificá-la, o direito justo também faz parte desse mundo além da vontade humana.

Para parte dos sofistas, que recusavam autonomia à esfera normativa, o direito seria imposição da vontade do mais forte, tal como no mundo animal. Outros, contudo, da mesma maneira que Sócrates, acreditavam que o direito natural humano seguia suas próprias determinações dentro do mundo da *physis*. Daí a expressão *virada socrática*, a qual, contudo, é bom repetir, era apoiada por muitos dos sofistas, cujo apogeu é chamado de “o iluminismo do século V” (a. C.) (GUTHRIE, 1971, p. 55).

Há também a importante separação entre ética e técnica, entre o fazer competente ou incompetente, de um lado, e a ação boa ou má, virtuosa ou vil, de outro, a qual foi realçada pelos estoicos e cristãos, como se vê na máxima “Vinde a mim os pobres de espírito, pois deles é o reino dos céus” Muito embora essa diferenciação seja clara para qualquer pessoa na cultura ocidental cristianizada, ela não era de modo algum óbvia para uma sociedade aristocrática como a grega clássica, na qual o agir com competência fazia parte da virtude.

Nessa evolução de complexidade social crescente, dentro do conceito de direito, com o vigoroso apoio da filosofia posteriormente dominante de Platão e Aristóteles, firma-se definitivamente a distinção entre direito justo e direito posto ou entre

direito natural e direito do governo. Daí em diante, cada vez mais diferenciações: direito público e privado, objetivo e subjetivo, válido e eficaz etc.

Numa fase mais remota da evolução antropológica, a partir da observação de grupos sociais de outras espécies animais, pode-se supor que não há uma percepção clara de que as regras instintivas de organização social poderiam ser *melhoradas*. Só com alto grau de complexidade aparecem grupos sociais para os quais o governo estabelecido não impõe as regras mais adequadas. Em sociedades menos diferenciadas, a única ordem possível é aquela efetivamente existente, não há consciência sobre a distinção entre o direito posto e o direito justo.

Maior grau de complexidade ainda apresenta uma sociedade que passa a diferenciar, dentro da esfera ética dos *nomoi*, direito, religião, moral, política, economia, etiqueta etc., dentre outros tipos de normas (LUHMANN; DE DIORGI, 1995, p. 353 *et seq.*). Uma comunidade será mais primitiva, indiferenciada, dentre outros aspectos, se a prática de um ilícito jurídico é ao mesmo tempo contra a moral e a religião, por exemplo, isto é, quando os diversos subsistemas sociais se influenciam e confundem mutuamente.

Um dos primeiros sinais de diferenciação social, no plano das ideias, é precisamente a convicção de que outra ordem, imposta pela própria natureza, estaria acima do arbítrio do governo, fornecendo-lhe eventualmente um fundamento legítimo. Daí que, contra o direito positivo, a norma de direito natural autorizaria Antígona a enterrar seu irmão Polinices, cujo cadáver o governo determinara ficar ao léu para ser devorado pelos animais rapaces. Para ela é clara a ideia de que o direito que o governo do tirano impõe e o direito que ela reclama são diferentes: o dele baseia-se em seu próprio comando; o dela apela a uma instância superior a qualquer governo, está acima dos próprios deuses (SOPHOCLES, 1993, p. 159-74).

Diante das ressalvas já feitas acima, sobre a imprecisão dos conceitos, essa primeira fase do direito natural na cultura ocidental, depois da indiferenciação, pode ser denominada jusnaturalismo cósmico. Isso porque os deuses não são tidos como criadores do universo, mas são demiurgos, assemelham-se a artesãos, aqueles que dão forma a um material preexistente. Embora o significado da palavra demiurgo tenha depois variado no neoplatonismo e no gnosticismo, sua etimologia e seu uso difundido na Grécia clássica ganham o respaldo filosófico de Platão no diálogo *Timeu* (PLATO, 1990, p. 447 *et seq.*).

No *Gorgias*, por sua vez, escrito que se concentra sobre a definição e a utilidade da retórica, o Sócrates platônico defende que todo argumento precisa ter um fundo

moral fornecido pela filosofia, ou seja, ter uma boa ética; daí a natureza racional do direito. Sócrates rebate seus interlocutores, sobretudo o sofista Cálicles, o qual afirma que o direito natural se reduz ao direito do mais forte e que o apelo a instâncias não empíricas como a razão é apenas estratégia dos fracos para impor seus interesses (PLATO, 1990, p. 252-294).

O mesmo pensamento se encontra em Cícero, para quem o direito natural e o conteúdo ético do direito positivo não são produto da vontade dos deuses, os quais são parte dessa ordem cósmica natural, mas não seus criadores (LADEUR, 2018, p. 26-27).

Essas duas ideias centrais fornecem os pilares principais do jusnaturalismo cósmico: de um lado, o direito natural está acima dos próprios deuses, que não o podem modificar; de outro, ele tem um propósito ético de conteúdo definido e não está ao talante das forças cegas da natureza.

4 O direito natural da divindade ainda irracional para o ser humano

A ideia de que o direito justo é dado diretamente por Deus já está presente, contudo, na cultura judaica, como se pode depreender de vários trechos da Bíblia, a exemplo do Livro de Josué, após o Pentateuco. Deus se comunica de maneira imediata com Josué, assim como o fizera com Moisés. É dessa ideia que se apropriarão os protestantes muito tempo depois, mas somente com a Reforma ela vai se tornar dominante. Mais distante da influência judaica e mais próximo de Roma, o cristianismo católico vai pregar a necessidade de intermediação do clero para comunicar ao poder secular a justiça divina.

Mas a convicção da existência de um Deus todo-poderoso, criador da justiça natural e não a ela submetido, se estabelece antes do poder do clero pela forte influência da filosofia de Aurelius Augustinus de Hipona, o Santo Agostinho, que também se inspira na fonte judaica. À semelhança da filosofia de Plotino, considerado o primeiro neoplatônico, Agostinho entende que a fonte da vontade divina é inteiramente incognoscível para o ser humano, acrescentando os ensinamentos bíblicos dos hebreus de que isso ocorre em consequência do pecado original e decadência da humanidade. Por isso a graça é irresistível e a eleição (ou salvação para o paraíso) é incondicional, incompreensível e independente dos desígnios humanos. Não que a justiça divina seja em si mesma irracional, mas ela é irracional para os seres humanos, daí a denominação aqui escolhida de jusnaturalismo irracionalista. Note-se que parte dessa ética vai ser recuperada pelos jansenistas e calvinistas depois de Lutero.

Em sua obra *A cidade de Deus* (AUGUSTINE, 1990, p. 636 *et seq.*), Agostinho dá forma filosófica à separação entre o mundo divino, do direito natural, e o humano, do direito positivo, que vai impregnar de forma decisiva a cultura ocidental europeia. Essa distinção já aparecera no início do Cristianismo, quando três autores dos chamados evangelhos sinópticos – Marcos, Mateus e Lucas – dentre os quatro evangelistas oficialmente reconhecidos pela Igreja Católica, dos evangelhos canônicos, mencionam a frase de Jesus Cristo “Dai, pois, a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus” (AUGUSTINE, 1990, p. 636 *et seq.*).

Surgia assim um âmbito ético que pretendia não se subordinar aos governos seculares, dando origem a um conflito pendular que perpassou toda a Idade Média. Em alguns momentos, com papas mais vigorosos e governantes mais frágeis, a Igreja cristã ocidental, herdeira da *auctoritas* do Estado Romano como critério de legitimidade acima da *potestas* do poder secular, supera as forças regionais e assume também controle sobre o direito positivo (ARENDR, 1980, p. 91-141).

Nos séculos IV-V da era cristã, época de Agostinho, porém, a Igreja Católica estava firmando sua ortodoxia e, dentre as diversas heresias, o problema ético da relação entre o direito natural e o direito positivo ainda não se encontrava definido como se tornou posteriormente. A ideia prevalecente permite denominar essa fase de irracionalista, uma vez que, inobstante houvesse acordo sobre a diferenciação entre o direito divino e o direito humano, os desígnios do ser supremo não eram acessíveis para seus intérpretes, conforme dito acima. O Deus da teologia filosófica de Agostinho é onipotente e criador da justiça, mas a fragilidade humana não permite compreender por que alguns são salvos pela misericórdia divina, se todos estão condenados por causa do pecado original de Adão e Eva (AUGUSTINE, 1990, p. 165-700).

Essa perspectiva pessimista acompanha um período de grande desordem social no ambiente de queda do Império Romano, com o paganismo bárbaro ameaçando externamente a cristandade, ao lado das heresias internas, dando ensejo a uma visão sombria da Cidade dos Homens, tal como até hoje se caracteriza a alta Idade Média. A ideia de que a redenção ou condenação depende das boas ou más obras realizadas aqui no mundo dos homens é posterior e aparece associada a uma ortodoxia estável, pregada por um clero mais unido e senhor de si, com uma percepção mais racionalizadora da ética justa do jusnaturalismo e de seus critérios de avaliação do direito secular.

5 O direito natural na lógica divina traduzida pela igreja católica

O jusnaturalismo teológico, como se vê na etimologia da palavra, se baseia na *lógica* divina. Essa lógica significa que, muito embora não de maneira completa, os desígnios de Deus podem sim, ser compreendidos pelos seres humanos. Mas não quaisquer seres humanos, haja vista que a lógica da razão precisa ser complementada pela revelação, cuja porta-voz é a Santa Madre Igreja, isto é, a Igreja Católica Apostólica Romana, comandada pela infalibilidade do Papa. Cabe à Igreja transmitir as normas gerais ditadas por Deus, a partir das quais os governantes seculares deduzem e especificam o direito positivo.

Essa variante do jusnaturalismo atinge seu apogeu na obra de Tomás de Aquino, até hoje o mais importante dos chamados doutores da Igreja, o *doutor angélico*, de cujo nome vem a filosofia tomista ou o tomismo, o qual se dedica a conciliar a filosofia de Aristóteles e as escrituras sagradas da Igreja de Roma, discutindo e buscando eliminar as aparentes contradições entre ambas.

Aquino divide o direito em quatro níveis. Ensina que a *lex aeterna*, o direito essencial e primordialmente divino, origem de todas as instâncias éticas, permanece sempre incognoscível para o ser humano, no que segue a ideia da *Cidade de Deus* de Agostinho. Mas a misericórdia de Deus permite que uma parte da *lex aeterna* seja percebida e constitua a *lex naturalis*, o direito divino por participação ou irradiação, revelado aos representantes de sua Igreja e assim o fundamento efetivo do direito positivo e de todo poder mundano, a *lex humana* dos imperadores e reis. A *lex divina* é justamente essa mediação entre a lei eterna e o direito natural que se revela nas escrituras e se interpreta pelo clero. A *lex humana* explicita o direito natural a fim de permitir a organização jurídica da sociedade, lançando mão de procedimentos racionais como a dedução lógica dos conteúdos da *lex naturalis*, que permite, por exemplo, considerar o homicídio mais grave do que o furto, e a quantificação de orientações práticas, tais como regras de administração pública ou a determinação das penas.

Essa hierarquia deixa entrever a concepção de um direito imutável, bem característico da estabilidade medieval, segundo uma harmonia estabelecida pela própria divindade. A uniformidade hermenêutica dos representantes da Igreja revelava a interpretação genuína da vontade de Deus, fonte de todo direito. A legitimidade do direito e da política é, dessa forma, uma decorrência imediata da subordinação das leis humanas às leis divinas: "...a lei humana não é propriamente

uma lei a não ser na medida em que é conforme à reta razão; neste caso, é manifesto que ela deriva da lei eterna” (AQUINAS, 1990, p. 208 *et seq.*)².

Observe-se a acentuação da razão no direito natural, mesmo que seus respaldos sejam a lei eterna e a lei divina; o direito natural é racional, mas a essa razão o ser humano só tem acesso de modo imperfeito, por participação. A lei humana está, então, ontologicamente condicionada à lei natural e à lei divina e, daí, à lei eterna. Por isso decidiu-se aqui não chamar o jusnaturalismo protestante posterior a Aquino de *racionalista*, como o fazem muitos autores³, pois que ambas as vertentes, a teológica e a antropológica, são racionalistas, com as diferenças que serão expostas a seguir.

6 O direito natural protestante e a lógica humana da razão

Por diversos motivos que não cabe aqui discutir, a hegemonia da Igreja Católica Apostólica Romana foi paulatinamente se rompendo, até a irrupção dos protestantismos, e o internacionalismo católico passou a ser ameaçado pela ascensão dos Estados nacionais como instância máxima para decidir questões éticas.

Esse jusnaturalismo antropológico se define a partir da crença de que a ideia de direito justo não parte de qualquer critério que transcenda os dados empíricos, mas sim de fatos da experiência que são estabelecidos por escolhas humanas e, por isso mesmo, podem ser compreendidos pela razão de qualquer ser humano (KELSEN, 1953, p. 32). Ao aderir a esses limites racionais empíricos para aferir a justiça do direito positivo, seus defensores afirmam que as normas de conduta racional são tão válidas em si mesmas quanto, por exemplo, as deduções da matemática. O holandês Hugo Grotius, já no século XVI, um de seus primeiros e maiores representantes, as coloca acima do próprio poder de Deus e escreve:

“O direito natural é tão imutável que nem Deus o pode modificar. Porque, embora seja imenso o poder de Deus, pode-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...” (GROTIUS, 1925, p. 54).

2 *Lex* aqui deve ser entendida como sinônimo de *direito* e não de *lei* no significado moderno.

3 Por exemplo AFTALIÓN e VILANOVA, (1998).

Isso porque o direito tem por base os ditames da reta razão, *dictamen rectae rationis*, cuja síntese está na máxima de que os pactos devem ser cumpridos, *pacta sunt servanda*.

Essa passagem do direito natural teológico para o antropológico não recusa uma fonte divina para o direito positivo, mas, à semelhança do direito natural cósmico, a situa acima da própria divindade. No plano teológico, é semelhante aos ensinamentos de Martinho Lutero, para quem Deus comunica-se diretamente com a razão e o coração de todos os seres humanos, sem necessidade da intermediação do clero. Essa horizontalização entre as justiças divina e humana explica quatro características importantes: a divisão entre as diversas igrejas protestantes desde seu início; a maior simplicidade de seus ritos; o fato de jamais terem constituído um clero tão nitidamente separado dos fiéis; e a tendência a unir Igreja e Estado e daí não adquirir o poder temporal ou espiritual independente de que gozou a Igreja Católica.

Samuel Pufendorf e Christian Thomasius, pré-iluministas do século XVII, pretendem separar as esferas éticas da religião e da moral, a cargo da Igreja, das esferas jurídica e política, submetidas ao Estado. Daí seu famoso critério de que as condutas religiosas e morais são avaliadas por sua interioridade, ao passo que o direito e a política pertencem à esfera da exterioridade, posteriormente adotado por diversos pensadores, dentre os quais Immanuel Kant (REALE, 2002, p. 653 *et seq.*). Pufendorf parte da separação entre as esferas da física (*entia physica*) e da ética (*entia moralia*) e, neste segundo plano, segue a senda aberta por Hugo Grotius e afirma a independência entre o direito natural e o arbítrio divino.

No campo do direito positivo, Pufendorf argumenta que o Estado é um ente moral e, por meio desse conceito, ele é um dos primeiros, se não o primeiro jurista, a distinguir o Estado tanto da pessoa física do soberano quanto da comunidade de pessoas a ele submetida, numa inovação que persiste até os dias de hoje. A exterioridade o leva a enfatizar o caráter imperativo do direito, cuja necessidade provém da *imbecillitas* ou desamparo de um ser degradado por seus instintos como o ser humano; a *imbecillitas* gera a necessidade da *socialitas*, a sociabilidade, o conceito básico do direito natural. Thomasius passou à história das ideias, sobretudo, por sua luta contra a tortura e pela tentativa de acabar com as superstições sobre magia, denunciando a crueldade da caça às bruxas.

Ressalte-se que o jusnaturalismo antropológico nasce no seio da Igreja protestante e provém de uma Reforma do catolicismo, comandada por membros do clero. Daí que não tem por objetivo recusar o papel de Deus na constituição do

direito justo. Por outro lado, conforme já mencionado, o jusnaturalismo teológico assenta-se sobre a lógica divina, da qual emana a razão humana, não são instâncias contraditórias, porém complementares. A mudança é que, agora, a razão deixa de ser uma irradiação proveniente da divindade para ser a fonte imediata originária do direito, tomando o lugar da autoridade e da tradição. Da perspectiva do direito positivo, Grotius, Pufendorf e Thomasius são os primeiros pensadores a perceber a necessidade histórica de separação entre os poderes espiritual e temporal, embora mantivessem a importância da fé: “o problema não era negar a existência de Deus, mas descobrir no domínio secular um significado independente e imanente que nem mesmo Deus pudesse alterar” (ARENDR, 1977, p. 70).

Com o progressivo aumento de complexidade social, essa imutabilidade do direito racional começa a ser posta em dúvida e se fortalece a ideia de que há um conteúdo empírico e variável no direito, o que traz a convicção sobre a historicidade do direito e torna impossível uma ordem jurídica única para todo tempo e lugar. Surge, assim, a tendência que aqui se convencionou chamar de jusnaturalismo democrático, a qual reconhece que os seres humanos são iguais, na medida em que podem conhecer o direito justo diretamente de Deus, por influência da razão colocada pelo jusnaturalismo antropológico. A novidade que trazem é a verificação de que essa razão não é homoganeamente percebida e que justamente por isso as pessoas divergem sobre o conteúdo ético da justiça.

Aparece, então, o princípio da maioria, cujo tratamento vai adquirir matizes diversos na definição de quem participa das decisões, num processo de ampliação contínua do direito de voto, o qual perdura até hoje, incluindo paulatinamente setores da população como os mais pobres e as mulheres. Esse grave problema de decidir o que significa “a maioria” vai acompanhar os fenômenos da procedimentalização, no plano da evolução do direito ocidental, e da ascensão do juspositivismo, como orientação filosófica para legitimar e controlar a nova forma de sociedade que se formava. Mas, antes ainda, se consolida a forma mais recente de jusnaturalismo, resistindo ao processo de esvaziamento de conteúdo ético nos fundamentos do direito positivo que o princípio da maioria e o juspositivismo iriam implantar.

7 O direito natural democrático e a problematização da imutabilidade

Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles discute a divisão estabelecida pelos sofistas entre natureza e lei humana, entre *physis* e *nomos* e daí separa o direito que vale para a cidade em natural e positivo (*nomikon* e *physicon*) (ARISTOTLE, 1990, p. 333-436). Menciona,

então, duas diferenças entre os dois tipos de direito: primeiro, o direito natural se aplicaria (*dynamis*) da mesma maneira em qualquer parte; depois, ele também vale independentemente do acordo de qualquer pessoa. Já o direito positivo pode se constituir de maneiras diferentes, porém, uma vez estabelecido, deve ser obedecido.

Apesar dessa distinção aparentemente clara, Aristóteles confere também ao direito natural certo grau de mutabilidade e, logo adiante, dá o exemplo das mãos: por natureza, a mão direita é mais forte que a esquerda, mas é possível treinar a mão esquerda para ter duas mãos igualmente fortes (ARISTOTLE, 1990, p. 333-436). Essa controvérsia, sobre se Aristóteles teria defendido a imutabilidade e universalidade do direito natural ou não, vem desde a Antiguidade e atravessa a Idade Média, assim como as tentativas de suavizar a aparente contradição, chegando até os dias de hoje (OTTMANN, 2001, p. 152 *et seq.*).

Conforme já colocado aqui, todo jusnaturalismo se caracteriza pela crença na existência palpável de uma ordem jurídica além e acima do direito positivo. Com a corrente do direito natural de conteúdo variável, na era moderna, nasce a teoria (geral) do direito como disciplina relativamente independente da filosofia, com quatro pilares básicos de pesquisa.

Em primeiro plano, o problema da validade formal do direito positivo, vez que sua mutação continuada não permitia que ele fosse reconhecido por seu conteúdo ético de legitimação tradicional, identificado pela Igreja ou pela razão, como no passado, e passou a exigir procedimentos para ser produzido adequadamente, com autoridades e ritos de elaboração reconhecidos previamente. Depois, a teoria do direito precisava investigar as condições de possibilidade de seu conhecimento, inaugurando a perspectiva e a relevância central da metodologia, entendida assim como uma meta-teoria, teoria do conhecimento ou teoria da ciência, a qual tem por foco determinar que método (caminho) é adequado a cada tipo de conhecimento e que perguntas devem ser feitas. Em terceiro lugar, como muitas das normas de direito deixavam de ser espontaneamente criadas por meio de costumes e tradições já existentes e passavam a ser elaboradas por legisladores com projeções de condutas futuras, planejando comportamentos sociais ainda a serem estabelecidos, aparece a questão da dúvida sobre se os destinatários do direito iriam ou não obedecer a seus comandos, ou seja, o problema da efetividade como distinto da validade. Finalmente, a variabilidade de conteúdos éticos do direito positivo tornou crucial o problema da legitimidade, pois os critérios tradicionais de justiça também perdiam suas referências diante de um direito natural de conteúdo variável.

Ao mesmo tempo, contudo, o jusnaturalismo democrático daí resultante pretende não se confundir com o juspositivismo emergente e, para tanto, a pedra de toque é a recusa do princípio da maioria como critério absoluto para o direito justo. Assim, embora aceite que o direito justo é mutável no tempo e no espaço, essa forma de jusnaturalismo não aceita o esvaziamento de conteúdo ético que o procedimento juspositivista trazia embutido na ideia de que o justo é aquilo que a maioria decide que é justo. Por isso ainda se situa na tradição jusnaturalista que permanece até hoje na ideia de universalização dos direitos humanos acima do direito positivo, por exemplo.

Um de seus principais representantes é Jean-Jacques Rousseau, em cuja antropologia o ser humano nasce individualmente bom, mas a convivência com a comunidade natural dos demais o corrompe pela disputa, vaidade, inveja e outras características não solidárias. Daí a necessidade do contrato social democrático para superar esse estado de corrupção em uma sociedade melhor.

Na interpretação desse contrato social democrático, o direito justo é conduzido pela *Vontade Geral*, conceito de definição obscura, a qual, ele diz expressamente, não pode ser aferida pelo princípio da maioria, pois sequer se identifica com a vontade de todos os cidadãos, a qual seria apenas a soma dos interesses egoístas de cada um. Com a associação da vontade geral com o corpo político e a crítica de Rousseau às associações parciais que poderiam se formar dentro do Estado e solapar a legitimidade coletiva, resta a vontade do Estado – e então do governo – como fonte do direito justo. Daí tudo parece conduzir à identificação da vontade geral com uma hegemonia autocrática do poder, embora o apelo à figura metafísica do “povo” tenha levado seus simpatizantes a identificá-lo como um democrata. Mas certamente que os sistemas de contrapesos e mútua fiscalização de John Locke e Charles Montesquieu, por exemplo, foram bem mais decisivos na constituição das democracias modernas.

Outro exemplo da recusa em identificar o direito justo com a vontade da maioria se encontra em Georg Friedrich Hegel, que elabora o conceito de *Sittlichkeit* (“eticidade”) como uma tentativa de libertar-se por completo da influência de Rousseau em sua juventude filosófica, assumindo claramente o Estado como portador dessa vontade, objetiva (em si) e autoconsciente (para si), na qual as vontades individuais não teriam qualquer papel, e excluindo o contrato como figura essencialmente de direito privado, inaplicável ao problema da legitimidade política.

Por isso o *espírito objetivo* resulta na unidade superadora da família e da sociedade civil, nas quais ainda preponderam as vontades subjetivas, qual seja, o Estado.

Ainda que se apresentem como variáveis no tempo e no espaço e empíricas, ou seja, acessíveis e demonstráveis por via da experiência por todos compartilhada, o problema aqui é que essas instâncias superiores não são de fato empiricamente detectáveis. Enquanto o critério da maioria depende apenas da fixação da competência – quem exatamente compõe essa maioria – e do rito – como se afere a manifestação de vontade das pessoas competentes para votar, a vontade geral e a eticidade, a vontade do povo e o espírito objetivo, a luta de classes e a sociedade civil, com suas variantes, não podem ser aferidas, revelando-se tão metafísicas quanto a vontade de Deus e a razão, ou tão vazias quanto as fórmulas de justiça “dar a cada um o que é seu” e a “regra de ouro” “só faz aos outros o que queres que façam contigo” (KELSEN, 2000, p. 38-39).

É evidente que as regras de direito precisam apontar algum conteúdo ético, dizer se o aborto é permitido ou proibido, qual a alíquota do imposto ou se a pena de morte é legal. A vitória do positivismo na sociedade complexa resulta, exatamente, de ter colocado esse conteúdo ético como resultado do procedimento: determina-se a autoridade competente – por exemplo, votam todos os maiores de 18 anos, o Senado decide sobre a destituição de um presidente da República – e o rito de criação do direito – por exemplo, haverá duas sessões da Câmara que decidirá por maioria igual ou superior a cinquenta por cento dos presentes ou da totalidade dos membros – e justo será aquilo que decidirem.

Assim começa o juspositivismo, com a aceitação do princípio da maioria e todas as suas vantagens pragmáticas, que viriam também com as desvantagens da incerteza que levariam, posteriormente, à criação das maiorias qualificadas e das cláusulas pétreas, dentre outros mecanismos para frear a inconstância das massas, que John Locke tanto temia. Nos seus primórdios, com a Escola da Exegese, o juspositivismo não se opunha tão abertamente ao jusnaturalismo, o que só se manifestaria mais tardiamente (ELLSCHIED, 1994, p. 179-247). De toda maneira, o domínio da filosofia do direito natural e sua ética já tinham passado à história.

8 Conclusão

A conclusão pode ser expressa na sentença de que não é possível separar analiticamente o bom do mau direito.

Conforme exposto acima, desde as origens milenares da cultura ocidental, o problema ético foi abordado, no que concerne ao direito, na procura por um fundamento de justiça para o direito positivo. Essa diferenciação impregnou a história das ideias por meio da noção de direito natural, a qual foi-se tornando cada vez mais mundana, vindo do Céu para a Terra, diluindo-se e daí diferenciando-se cada vez mais acentuadamente.

Essa mundanidade, *worldliness*, na expressão de Hannah Arendt, impõe a autodeterminação do direito positivo em todas as esferas da práxis jurídica e os temas da legitimidade e da justiça passam a ser meramente teóricos – e ainda assim minoritários – sem condições de serem alegados diante das instâncias decisórias, quaisquer que sejam. A legitimidade passa a se confundir com a legalidade e daí com a própria validade das normas jurídicas, fazendo-se também resultado do procedimento. Em outras palavras, o direito e a justiça, na sociedade complexa, se identificam com aquilo que é produzido por autoridade competente, de acordo com o rito estabelecido. Não cabe falar em conteúdos *axiológicos* ou *éticos* acima das regras do sistema jurídico. Claro que se pode alegar que uma instância qualquer, seguindo o procedimento, decidiu em desacordo com o conteúdo *material* da Constituição, por exemplo, porém será um novo procedimento que decidirá sobre o provimento ou não de tal argumento.

Todo argumento jurídico, como parte da ética, é estrategicamente normativo. Mas seu conhecimento, como se tentou fazer aqui, tem caráter analítico, descritivo, precisa tentativamente evitar tomadas de posição valorativas antes da experiência (*a priori*), sem, por exemplo, abordar controvérsias ideológicas a partir de uma convicção prévia. O conceito de direito justo é impossível de ser racionalmente fundamentado, seja ele equiparado a liberdade, felicidade, igualdade e assim por diante, todos substantivos abstratos que não encontram correspondência no mundo empírico.

Os posicionamentos das pessoas sobre o direito positivo são estrategicamente normativos porque o direito existe para dirimir conflitos, se não há disputas incompatíveis não há necessidade de direito. Pode-se dizer, romanticamente, que o direito leva à paz e ensina a solidariedade, o que não é de todo falso, mas isso só na medida em que consegue resolver conflitos. E os chamados *valores* pelas filosofias

ontológicas tradicionais são de fato essas preferências humanas inconciliáveis, diante das quais uma só pode ser satisfeita, total ou parcialmente, à custa da outra.

Esses problemas éticos não admitem qualificações de verdadeiro e falso, não é possível demonstrar, em sentido lógico, como funcionam essas escolhas de comportamentos. Pelo menos no estágio atual em que se encontram as ciências que estudam o processo de conhecimento humano, os problemas éticos não podem ser verificados pela lógica racional, o que levou pensadores como David Hume, Immanuel Kant e Hans Kelsen, dentre muitos outros, a separar *dois mundos*: o ser e o dever ser.

As certezas éticas buscadas pela maioria das pessoas, de forma instintiva e irracional, têm levado a um domínio das filosofias ontológicas, que se digladiam em defesa de cada *verdade* respectiva que defendem. Essa inclinação atávica por verdades absolutas parece ser uma condição antropológica do ser humano, porém não é apoiada pelos dados empíricos. Uma filosofia retórica realista sugere três principais estratégias para tratar esses conflitos éticos, todas lentamente construídas pela civilização ocidental, ainda que nunca tenham sido as tendências dominantes: a dúvida, proveniente do ceticismo; a tolerância, fruto do humanismo; e o relativismo, fruto do historicismo.

O ceticismo deve ser entendido em sua versão pirrônica original – e não segundo as correntes acadêmicas dogmáticas – a partir de dois postulados, um referente ao conhecimento e outro, à ética. Primeiro, que a verdade, no sentido de uma adequação precisa entre enunciados da linguagem humana e o mundo não é possível, pois a percepção é sempre relativa e o mundo sempre muda, como apontou Heráclito. Depois, que o ceticismo não implica negar ou abandonar qualquer parâmetro ético, mas, sim, imunizar contra a intolerância dos dogmatismos.

O pirronismo, a forma inicial de ceticismo na história das ideias, apenas suspende a crença na verdade dos enunciados (*epoché*) e assume a inapreensibilidade do mundo (*acatalepsia*), atitudes que levam a uma dúvida respeitosa (*afasia*) perante a “verdadeira” natureza do mundo (SEXTUS EMPIRICUS, 2000, p. 1-15). Isso não significa duvidar de tudo, da experiência cotidiana, dos sentidos, até da dor (*anestesia*), muito pelo contrário.

Depois de Pirro, é certo, desenvolveu-se na Academia de Platão uma forma de ceticismo que Sextus Empiricus (2000) denomina *dogmática*, a qual não apenas nega a verdade, mas também o respeito a quaisquer convenções. Provavelmente por força de argumentos dos adversários ou críticos do ceticismo em geral, aplicando a conhecida e eficiente estratégia sofística de exacerbar o que se

quer combater, essa forma acadêmica tornou-se, metonimicamente, tomando a espécie pelo gênero, sinônimo de ceticismo. Mesmo grandes pensadores incorrem nessa incompreensão (BERKELEY, 1985). Os céticos acadêmicos combatiam principalmente os estoicos, mas Sextus Empiricus considera ambos *dogmáticos*, na medida em que pretendem desvelar “coisas ocultas” (*adela*) e emprestar-lhes uma certeza inacessível (SEXTUS EMPIRICUS, 1985, p.93)

O segundo componente da atitude para enfrentar a impossibilidade de distinguir verdadeiramente o bom do mau direito está no humanismo. Iniciado pela dita *virada socrática* na Antiguidade grega clássica – de fato diversos sofistas tiveram antes dele essa perspectiva –, continuado pelo círculo cipiônico de Scipio Aemilianus e pelos *studiae humanitatis* de Cícero e redescoberto no alvorecer da modernidade, no seio do Renascimento e da Reforma Protestante, unindo Erasmo de Roterdã, Thomas Morus, Sebatián Castellio e outros, esse movimento implica situar o ser humano no centro da filosofia, isto é, concentrar-se no problema ético. Recorde-se que a filosofia tinha nascido cosmológica, *científica*, mais semelhante ao que hoje fazem astrônomos, físicos e matemáticos, conforme sugerido no início deste artigo. No Brasil, o humanismo repercute em pensadores como Tomás Antonio Gonzaga, Tobias Barreto, Joaquim Nabuco, Padre Roma e Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, para citar alguns dos mais significativos.

O humanismo vai ressaltar a intersubjetividade de qualquer conhecimento e de toda ética, opondo-se tanto à ontologia medieval quanto ao solipsismo do método cartesiano. Isso leva ao pluralismo, vez que não há comunicação entre pessoas isoladas, e assim à tolerância para com a diferença, construindo a dignidade humana como valor básico.

Finalmente, contribui para uma ética analítica o historicismo, bem resumido por Nietzsche, já no século XIX, pois processos históricos escapam ao conhecimento da verdade: “Todos os conceitos, nos quais se compõe semioticamente um processo inteiro, escapam à definição; definível é somente aquilo que não tem história” (NIETZSCHE, 1988, p. 245-424). Por isso os acordos são sempre relativos.

Historicismo é aqui entendido no sentido clássico da Grécia antiga, onde a história era entendida como relatos de exemplos passados a serem seguidos no presente, como paradigmas a ajudar na argumentação, vez que as pessoas tendem a acreditar que o passado se repete. A concepção moderna da história, de viés cartesiano, inspirada nos sucessos das ciências físicas e biológicas, trouxe a nova ideia de que certos fatos causam outros (etiologia) e que isso permite prever e

até determinar, “causar” o futuro (escatologia), “fingir a hipótese de um nexos causal entre presente e passado, inclusive fazendo prevalecer o *moderno* frente ao *antigo*, assentar a superioridade do presente, fruto do denodado esforço do homem” (GIL CREMADES; RUS RUFINO, 1998, p. X-XI).

No início de sua obra principal, Tucídides, ceticamente, critica Homero pela inserção dos deuses na *Ilíada* e na *Odisseia*, disposto a pagar o preço de menos sucesso junto ao público, pois “...a acuidade do relato foi sempre escrutinada pelos testes mais severos e detalhados possíveis” (THUCYDIDES, 1990, p. 353-354). O historicismo retórico é assim – como no mito de Sísifo, que não sabe até onde conseguirá conduzir a pedra –: a montanha íngreme é o mundo, Sísifo é a humanidade e o fardo da pedra é a história.

Está a tese aqui, para lidar com o problema ético no direito.

9 Referências

AFTALIÓN, Enrique; VILANOVA, José; RAFFO, Júlio (ed.). **Introducción al Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

AQUINAS, Saint Thomas. Treatise on law. *In: The Summa Theologica*; v. II, Questions 90-108. Tradução: Father Laurence Shapcote, Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

ARENDT, Hannah. What is authority? *In: Between past and future* – eight exercises in political thought. New York: Penguin Books, 1980.

ARENDT, Hannah. The concept of history. *In: Between past and future* – eight exercises in political thought. New York-London: Penguin Books, 1977.

ARISTOTLE. **Rhetoric**. I, 2, 1355b. **The works of Aristotle**. Tradução: W. Rhys Roberts. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 8.

ARISTOTLE. Nicomachean ethics. V, 10, 1134b19-20, tradução: W. D. Ross. *In: The Works of Aristotle*. Col. Great Books of the Western World, v. 8. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

ARISTOTLE. Nicomachean ethics, v. 10, 1134b34-35, tradução: W. D. Ross, *In: The Works of Aristotle*. Col. Great Books of the Western World, v. 8. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

AUGUSTINE. **The city of God**. tradução: Marcus Dods, Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

BALLWEG, Ottmar. Entwurf einer analytischen Rhetorik. *In*: SCHANZE, Helmut (ed.). **Rhetorik und Philosophie**. München: Wilhelm Fink, 1989.

BERKELEY, George. Três diálogos entre Hílas e Filonous em oposição aos céticos e ateus. Tradução: Antônio Sérgio, Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação tributária** – Uma introdução metodológica. São Paulo: Saraiva, 1984.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2001.

COLE, Thomas. Who was Corax? **Illinois Classical Studies**. V. 16, n. 1/2 (Spring/Fall 1991). Urbana–Champaign: University of Illinois Press.

DIVERSOS. **Evangelhos** de Marcos, 12 (17); Mateus, 22 (21) e Lucas, 20 (25). **Bíblia Sagrada**. Tradução: Pe. Antonio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1987.

ELLSCHIED, Günther. Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung. *In*: KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (ed.). **Einführung in die rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart**. 6. ed. rev. Heidelberg: C. F. Müller, 1994.

GIL CREMADES, Juan José; RUS RUFINO, Salvador. Estúdio preliminar. *In*: THOMASIIUS, Christian. **Historia algo más extensa del derecho natural**. Madrid: Tecnos, 1998.

GROTIUS, Hugo. **De Jure Belli ac Pacis** (Del derecho de la guerra y de la paz). Madrid: Ed. Reus, 1925, v. I.

GUTHRIE, William Keith Chambers. The sophists. Cambridge University Press, 1971, p. 55 s. *In*: **A history of Greek philosophy**, v. III. Cambridge University Press, 1969.)

KELSEN, Hans. **Was ist Gerechtigkeit?** Stuttgart: Reclam, 2000 (1953).

LADEUR, Karl-Heinz. **Der Anfang des westlichen Rechts** – Die christianisierung der römischen rechtskultur und die entstehung des universalen rechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

LIMA, Pedro Parini Marques de. **A metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico**. Tese de Doutorado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 1995.

NERI, Demétrio. **Filosofia moral** – manual introdutivo. Tradução: Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich; COLLI, Giorgio (ed.); MONTINARI, Mazzino (ed.). **Zur Genealogie der Moral** – Eine Streitschrift, Kritische Studienausgabe – in fünfzehn Bände, v. 5. Berlin: Walter de Gruyter, 1988.

OTTMANN, Henning. **Geschichte des politischen denkens** – Von den anfängen bei den Griechen bis auf unsere Zeit. Stuttgart/Weimar: Verlag J. B. Metzler, 2001, t. I.

PLATO. Timaeus [29-34]. In: **The works of Plato**, tradução: J. Harward. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 6.

PLATO. Gorgias. In: **The dialogues of Plato**. Tradução: M. A. Benjamin Jowett. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 6.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUSSELL, Bertrand. **History of Western philosophy** – and its connection with political and social circumstances from the earliest times to the present day. London: Routledge, 1993.

SCHLIEFFEN, Katharina von. Rhetorische Analyse des Rechts: risiken, gewinn und neue einsichten. In: Rouven Soudry (org.). **Rhetorik: Eine interdisziplinäre Einführung in die rhetorische Praxis**. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.

SEXTUS EMPIRICUS. **Grundriß der pyrrhonischen skepsis**. Tradução: Malte Hossenfelder. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985.

SEXTUS EMPIRICUS. **Catalogus Translationum et Commentariorum: Mediaeval and Renaissance Latin Translations and Commentaries**. KRISTELLER, Paul Oskar (ed.) e BROWN, Virginia (ed.). Washington: Catholic University of America Press, 2000.

SOPHOCLES. **Antigone**. Tradução: Elizabeth Wyckoff. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993, v. 4.

THUCYDIDES. **The history of the Peloponnesian war**. Tradução: R. Crawley. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 5.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VILANOVA, Lourival. **Lógica jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1976.