

DIREITO, ÉTICA E COMPLEXIDADE:
APONTAMENTOS NUMA PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA

José Ricardo Cunha

- 1.1. Mito da Neutralidade no Positivismo;
- 1.2. Complexidade, Pluralidade e Valores;
- 1.3. Consciência Ética e Teoria Jurídica; 2. Notas;
- 3. Bibliografia.

Uma das questões centrais sobre as quais se erigem os principais sistemas de pensamento da tradição ocidental é o tema da *consciência*. Antigos, medievais, modernos e contemporâneos, todos cremos numa consciência que marca a ontologia humana e, ao mesmo tempo, fundamenta diversos domínios teóricos que se deixam por ela enraizar, tais como a psicologia (consciência psicológica), a epistemologia (consciência reflexiva) e a deontologia (consciência moral), dentre outros. O ser humano enquanto tal, é identificado a partir de sua consciência e graças à sua consciência, ou seja, como ser consciente se apercebe daquilo que se passa em si mesmo e fora de si, numa idéia geral que o liga à realidade ao mesmo tempo em que o distingue dela. Não se concebe sujeito sem consciência e nem consciência sem sujeito, razão pela qual a consciência pode ser definida como “*capacidade humana para conhecer, para saber que conhece e saber o que sabe que conhece. A consciência é um conhecimento (das coisas e de si) e um conhecimento desse conhecimento (reflexão)*.”¹ Como seres conscientes assumimos nossa pluridimensionalidade, quer dizer, nos reconhecemos de formas diferenciadas, embora resguardada a unidade identitária. Reconhecemo-nos em nossas (1) vivências, como quem percebe, imagina, deseja, ama, odeia, sofre e é feliz; reconhecemo-nos em nossas (2) relações sociais, como quem é membro de uma classe social, se relaciona com as instituições da esfera pública portando direitos e deveres; reconhecemo-nos em nossas (3) atividades

cognitivas, como quem é capaz de análise, sínteses e representações, elaborando conceitos e teorias e instituindo sentidos; reconhecemo-nos em nossas (4) ações e opções, como quem é capaz de escolher, decidir e deliberar tendo em vista uma escala de valores e conforme certos fins determinados, se posicionando contra ou a favor de certos fatos e acontecimentos da vida social. Dessa forma, o atributo da consciência nos remete, ao menos, às dimensões (1) subjetiva ou psicológica; (2) política ou institucional; (3) epistemológica ou cognitiva; e (4) moral ou ética, de nossa existência.² Embora todas estas dimensões estejam unidas e entrelaçadas na vida prática do sujeito, será dado, nesse momento, especial enfoque à última dimensão apresentada.

Conforme nos recorda Ferrater Mora, o sentido da expressão *consciência moral* foi difundido e popularizado através de frases como “voz da consciência” ou “apelo à consciência”³. Assim, a consciência se nos é apresentada como um juízo prático capaz de distinguir o bem e o mal e avaliar moralmente as pretensões e os atos de nossa conduta e da conduta alheia. Nesse sentido, a consciência moral ou ética está inexoravelmente ligada às idéias de *liberdade* e *responsabilidade*, vez que se articula com nosso poder/dever de decidir por certas condutas e procedimentos e com o impacto que estas condutas e procedimentos irão produzir sobre nossa própria vida e, fundamentalmente, sobre a vida alheia. Seja no momento presente, seja no horizonte histórico estamos eticamente vinculados à responsabilidade que acompanha nossa liberdade de decidir, já que assim como nosso passado, o presente e o futuro resultam, em alguma medida, das escolhas que fazemos. Por isso a consciência moral ou ética é, antes de mais nada, consciência histórica⁴.

Pela consciência ética o ser humano se reconhece como ser sensível capaz de discernir entre o que está conforme aos valores de seu tempo e aquilo que afronta tais valores, se indignando com este afrontamento. Aliás, é exatamente nessa capacidade de indignação que inicialmente se manifesta a consciência ética, como aquilo que reage ao mal, ao ilegítimo, ao errado e, sobretudo, ao injusto⁵. Por outro lado, a permissividade em relação à violação de valores e a convivência tolerante com a injustiça revelam a degradação da consciência ética que costuma resultar em indiferença e desrespeito, até o limite do aviltamento da própria condição humana, onde a desigualdade e a opressão são banalizadas e, em certos casos, até desejadas. O agente da conduta ética assume sua responsabilidade já no âmbito de sua consciência:

“Para que haja conduta ética é preciso que exista o agente consciente, isto é, aquele que conhece a diferença entre bem e mal, certo e errado, permitido e proibido, virtude e vício. A consciência moral não só conhece tais diferenças, mas também reconhece-se como capaz de julgar o valor dos atos e das condutas e de

agir em conformidade com os valores morais, sendo por isso responsável por suas ações e seus sentimentos e pelas consequências do que faz e sente. Consciência e responsabilidade são condições indispensáveis da vida ética.”⁶

A responsabilidade do agente da conduta, no caso da consciência ética, se dá não apenas sobre as consequências, para si e para os outros, de seus atos e escolhas, mas, também, sobre os *meios* empregados para a realização dos fins. É de conhecimento geral e goza de relativa aceitação a velha sentença que afirma que os fins justificam os meios, tornando válido o emprego de meio questionável desde que assegure um fim legítimo. No entanto, diante da consciência ética, a afirmação parece não resistir pois o emprego de um contravalor não pode sustentar um valor. Assim, não se pode querer a verdade através da mentira, a justiça através da injustiça, a liberdade através da servidão etc... Diante da consciência ética, apenas são justificáveis os meios que estejam de acordo com os fins: para fins éticos, meios éticos⁷.

De todas as formas de consciência, a consciência ética é, provavelmente, aquela que mais revela a condição humana, na medida em que todas as capacidades e ações do homem (vivências, conhecimento, política etc...) devem se submeter ao critério ético. Esse controle ético da humanidade se justifica por duas razões básicas:

- 1) para que seja mantida a vida, perpetuando a existência⁸;
- 2) para que a vida mantida corresponda às aspirações dos seres humanos. Nessa esteira pode-se operar uma ligação entre consciência ética e ideal humanista para se falar em ética humanista, como faz Erich Fromm⁹.

Trata-se de uma ética que possui em seu âmago a existência humana e por isso é antropocêntrica, “*não, naturalmente, no sentido de que o homem é o centro do universo, mas no de que seus julgamentos dos valores, como todos os outros julgamentos e até percepções, estão arraigados nas peculiaridades de sua existência e só tem significação quando considerados em relação a esta. A posição humanista é de que nada há de superior ou mais digno do que a existência humana.*”¹⁰ Todavia, este homem referência e medida das coisas não deve ser entendido como indivíduo particular e isolado, embora seja este merecedor de todo respeito, a fim de que não sejamos compelidos a um perigoso relativismo que se sujeita às idiosincrasias de cada qual. O homem deve ser aquele considerado no âmbito de nossa cultura permeado pelos valores de nosso tempo. Nessa linha vai o entendimento de Gregorio Peces-Barba ao afirmar:

“Sólo importa en el ámbito de la cultura occidental y moderna, en que nos situamos, partir de un postulado humanista antropocéntrico propio de esa cultura, la dignidad del hombre, ser libre, con capacidad de elegir, ser racional, con

capacidad de construir conceptos generales, ser moral con habilitación para escoger y asumir un ideal de vida, que puede ser presentado como susceptible de ser universalizable, y ser comunicativo, capaz de diálogo con los otros, y de transmisión oral o escrita de su propia semilla de creación.”¹¹

O humanismo referencial intrínseco à consciência ética permite a sustentação da vida e da existência porque reconhece a dignidade não como privilégio de um indivíduo ou classe de indivíduos, mas da totalidade de pessoas que devem ter assegurados seus direitos para que valores éticos como liberdade e segurança sejam realizados. Continua Peces-Barba: “*Este ideal de la dignidad humana supone el mutuo reconocimiento de esa condición entre los hombres. No sería posible si unos reclamasen para sí esa dignidad, sin reconocérsela a los demás. Representa la necesidad, en el modelo de vida social, de igual libertad, de solidaridad, sin sacrificios desmedidos para contribuir a que la primera sea posible, y de seguridad como marco imprescindible de convivencia pacífica de saber a qué atenerse.*”¹² Com efeito, a ética humanista se assenta sobre a dignidade comum de todos e os direitos que são corolários desta, para reconhecer o impulso para a preservação da auto-existência do homem como dever de estar vivo que é próprio de sua natureza. Considerando a dinamicidade própria do fato da vida, esse “estar vivo” implica, como exigência ética, a possibilidade de expansão das potencialidades e das singularidades de cada um como forma de autorealização¹³. Essa dimensão pessoal da ética, como auto-existência e autorealização, conforme afirmado, vai ao encontro da concretização das aspirações de uma vida digna que atenda aos anseios de cada qual, num espaço de convivência recíproca. Não há ética sem o respeito por este antropocentrismo que resguarda cada sujeito como titular de sua própria consciência, ao mesmo tempo em que o aproxima da realidade concreta e histórica e das exigências que dela resultam.

Parece não restar dúvida de que a vida humana é visceralmente, marcada pela consciência do sujeito, em especial por sua consciência ética ou moral. O cuidado com o mundo, com o outro e consigo depende, basicamente, das opções e condutas que emergem de tal consciência, tornando não apenas viável mas, também, satisfatória e agradável a existência e a coexistência. Por isso mesmo a centralidade de tal temática que produz reflexos e inflexões específicas em toda a realidade e em todos os saberes. Nada se deixa escapar das exigências éticas e tudo parece exigir tais exigências como limites necessários ao toque inventivo das mãos humanas. A sociedade parece sentir a necessidade de uma regulação ética que impeça possíveis atrocidades resultantes de nossa própria intervenção. Isso pode ser resumido na seguinte interrogação: “Devemos fazer tudo o que podemos fazer?” A pergunta faz especial sentido em tempos de extraordinário avanço tecnológico onde possibilidades ao mesmo tempo fascinantes e terríficas se descortinam ante nossos olhos.

A despeito da extrema atualidade, a questão não é nova e já está presente na origem da tradição ocidental, seja na sua vertente socrático-platônica ou judaico-cristã. Nessa última, a interrogação já se apresenta como uma resposta dada por São Paulo em carta dirigida aos coríntios: “*Tudo me é permitido, mas nem tudo me convém.*”¹⁴ A sentença de São Paulo é expressão translúcida do limite ético que deve ser imposto à ação do homem em proveito de sua própria humanidade, reforçando o caráter humanístico da ética. O dever da conduta ética se coloca a partir do que *convém* ao homem, à sua auto-existência e autorealização. O conveniente é, portanto, proveitoso, interessante, favorável, propício, oportuno, aquilo que permite o desenvolvimento das qualidades singulares em ambiente de respeito à dignidade recíproca. É o impedimento do desenvolvimento das qualidades e o aviltamento da dignidade que afeta a sensibilidade ética do sujeito, gerando o sentimento de reação à injustiça e a todo mal, exigindo da consciência moral uma resposta e uma atitude que restabeleçam o valor ameaçado ou violado. A pergunta, “Devemos fazer tudo que podemos fazer?”, é uma espécie de sentinela que nos recorda preventivamente que “nem tudo nos convém”. O fosso da ausência ética reside no truque presente na modernidade que troca o discurso emancipador por práticas escravizantes, distorcendo o conveniente para que este esteja adequado à lógica do poder, da dominação, especialmente do capital: “*A sociedade moderna, a despeito de toda a ênfase que atribui à felicidade, à individualidade e ao interesse de cada um, ensinou ao homem que não é a sua felicidade (ou, para empregarmos um termo teológico, sua salvação) a meta da vida, e sim a satisfação de seu dever de trabalhar, ou o seu sucesso. Dinheiro, prestígio e poder transformaram-se em seus incentivos e fins. Ele age na ilusão de que suas ações beneficiam seu interesse próprio, embora na verdade ele atenda a tudo mais, exceto aos interesses de seu eu real.*”¹⁵ Desse movimento moderno de modelização das condutas, resulta a necessidade de recuperar a força vital da ética em toda a vida social, o que parece, de alguma forma, estar ocorrendo. É numa perspectiva verdadeiramente paradoxal que a ética parece ter sido redescoberta no final do século XX: de tanta falta de ética, fala-se muito em ética. Assim afirma Russ:

*“Tudo parece anunciar, hoje, um retorno da filosofia ética: desenvolvimento de novas correntes de pensamento, renascimento do debate ético e multiplicação das discussões. Assim, a reflexão axiológica e moral se beneficia de um favor inédito. Bioética, ética dos negócios, vontade de moralização da coisa pública ou política, ética e dinheiro etc.: tudo se passa como se os anos atuais fossem os da renovação ética, os dos ‘anos da moral’, aparecendo o estandarte dos valores axiológicos como a referência última de nossas sociedades democráticas avançadas. Sim, a ética ‘está na moda’ e a demanda de moral parece crescer indefinidamente. Cada dia, um novo setor da vida se abre à questão do dever.”*¹⁶

A emergência da consciência ética diante das mazelas do mundo contemporâneo coloca em questão as várias formas pelas quais se exerce o poder político: da administração dos negócios à vida familiar, passando pelo governo e pelo judiciário, tudo se abre à interpelação ética que busca o fundamento da legitimidade real do poder e denuncia as intoleráveis violências mascaradas: o dever dos pais de educar os filhos não justifica os maus-tratos perpetrados contra estes, a liberdade de gestão empresarial não justifica o sacrifício irresponsável de empregos alheios, o controle da ordem pública não justifica a invasão da intimidade e a quebra da privacidade, a decisão em nome da lei não justifica a violação de direitos fundamentais. Na consciência ética o poder deixa de ser desmedido para encontrar medida na proporção exata da necessidade de cada caso e situação, mantendo, assim, legitimidade política e axiológica. Nas palavras de Lima Vaz: “*Deve ser, em suma, um poder legítimo, vem a ser, um poder no qual o exercício da força é regido pela justiça e no qual a hybris da violência cede e se retira diante da equidade da dike.*”¹⁷ Diante desse questionamento moral do poder político em busca da legitimidade ética, o direito ocupa lugar de destaque não só por seu caráter normativo que o aproxima da prescritividade típica das normas éticas, mas porque, e sobretudo, o direito é o último lugar de salvaguarda dos indivíduos que são juridicamente reconhecidos como *sujeitos de direitos*. Antes de ser uma ficção, a categoria *sujeito de direito* é fundamento da prática jurídica que se legitima como forma de proteção da dignidade e da liberdade humana contra a força arbitrária e violenta. “*É, pois, em torno do homem como sujeito de direitos que a sociedade política se organiza e que se legitimam as forças que a regem e mantêm. O homem portanto, não no seu simples ser natural, mas nesta ‘segunda natureza’ pela qual é sujeito de direitos ou sujeito da liberdade realizada, é que deve exercer a mediação entre a simples força que é violência e o poder político que deve ser justo.*”¹⁸ Ao contrário das tradicionais posições dicotomizantes que buscam os critérios distintivos entre o direito e a moral, a consciência ética busca no direito fundamentos morais que legitimem axiologicamente a normatividade jurídica, ao mesmo tempo em que resguarda o sujeito, protegendo-o contra violências e ataques casuísticos. Por isso o direito é campo fecundo para a realização da ética humanista.

Apesar do intenso debate sobre a ética, várias áreas de saber encontraram formas distintas de resistência em relação à abertura para o questionamento moral, distanciando-se da reflexão de caráter axiológico. Um ponto comum a quase todas as áreas de conhecimento da modernidade e que sempre se configurou como obstáculo à consciência ética é a epistemologia positivista que dentro da ideologia cientificista reduziu o saber à técnica, apresentando-a como axiologicamente neutra e não passível de juízos morais. Além dessa suposta neutralidade, a idéia do determinismo científico, tão a gosto do positivismo,

também foi imprescindível para o erguimento da espessa barreira que separou a ciência da ética. Dessa clivagem fundamental, outras se operaram entre formas de conhecimento tomadas sob uma perspectiva meramente técnica e suas possíveis bases de sustentação axiológicas que passaram a ser desprezadas ou secundarizadas. Esse é o caso da teoria jurídica hegemônica nos séculos XIX e XX, onde a objetividade científica, seja na vertente racionalista ou empirista, foi admitida e trabalhada como antítese dos fundamentos éticos. A negação do direito natural representou, nessas correntes hegemônicas, uma completa desaxiologização da norma jurídica, onde esta foi basicamente reduzida a uma estrutura lógico-formal, como na proposição do positivismo normativista. Com efeito, o desafio que se apresenta é melhor compreender a aludida clivagem entre ciência e ética no marco da epistemologia positivista; esclarecer quais as possibilidades de emersão da consciência ética e da realização de valores na perspectiva do paradigma da complexidade; e situar a teoria jurídica a partir da legítima incorporação teórica dos fundamentos éticos em suas bases. É o que será feito.

1.1. Mito da Neutralidade e Determinismo no Positivismo

O principal fundamento sobre o qual se apoia todo o sistema epistemológico do positivismo é a objetividade do conhecimento científico. Realmente, a “nova ciência” da modernidade, inspirada na física mecânica de Galileu e Newton só atingiu seu ponto culminante de desenvolvimento teórico quando assumiu o postulado que os fenômenos empíricos tem existência autônoma, obedecendo uma lógica própria e interna de funcionamento, pronta a se repetir quantas vezes as condições externas e internas estivessem mantidas e fossem desencadeadas. “Toda ação importa uma reação.” Ação e reação passaram a fazer parte de uma idéia geral de causalidade observável em qualquer fenômeno. Por um lado, é verdade inegável que esse modelo permitiu a compreensão de vasta dimensão da realidade e mesmo de grande controle sobre ela, possibilitando o desenvolvimento de técnicas e a construção de aparelhos dos mais simples aos mais sofisticados que possuem alguma utilidade, direta ou indireta, na vida de todas as pessoas. Entretanto, a ideologia cientificista propiciada pela epistemologia positivista, anexou ao ideal de objetividade várias outras crenças que serviram para enfraquecer, ou mesmo quase apagar, o lugar do sujeito. Entre essas crenças está a idéia de que a objetividade do fenômeno lhe resguarda uma existência absolutamente independente do sujeito cognoscente, vez que sua atitude de observação é sempre passiva e não interfere na regularidade fenomênica. Além disso, a epistemologia positivista pressupõe a *harmonia intrínseca* do fenômeno que existe com regularidade funcional que uma vez mantida, proporcionará o desenvolvimento natural do

fenômeno independente do homem. Em outras palavras, dada a ordem – natural – haverá o progresso – natural. A consequência teórica imediata dessas crenças é a suposição de que os fenômenos devem ser admitidos como fatos e que os fatos tem uma lógica interna que independem dos sujeitos e dos juízos que os sujeitos fazem sobre ele, sendo portanto neutros. Daí a afirmação de uma “neutralidade axiológica” no campo das ciências, que tornaria a observação e as conclusões científicas independentes e mesmo imunes da ideologia dos observadores. Nessa perspectiva, objeto e sujeito são absolutamente independentes um do outro, residindo a verdade científica apenas no objeto que deve ser examinado até as últimas consequências para que essa seja extraída dele. Pois bem, o equívoco dessa concepção já foi emblematicamente revelado pela Teoria da Relatividade de Einstein, vez que este demonstrou que o tempo é a quarta dimensão do espaço, ou seja, na velocidade da luz o espaço pode encurvar-se ou dilatar-se de modo a afetar o próprio tempo. Assim, um sujeito na velocidade da luz poderia atravessar em alguns minutos um espaço que numa velocidade inferior a da luz outros levariam anos para atravessar. Além disso, a Teoria da Relatividade também afirma que na velocidade da luz toda a matéria se transforma em energia e todo o movimento é relativo, não sendo possível distinguir observador e observado (como a breve sensação que temos quando parados no automóvel vemos um carro ao lado se deslocar e não sabemos qual dos dois está realmente em movimento)¹⁹. Como consequência direta da Teoria da Relatividade somos obrigados a aceitar que a separação absoluta entre sujeito e objeto é impossível, constituindo-se, ela mesma, numa crença metateórica. A mesma situação fenomênica tempo-espaço pode se manifestar de maneira diferente conforme a posição do sujeito, o que prova que o objeto depende diretamente da posição/situação do sujeito que lhe observa²⁰. Essas consequências no campo da física colocam em xeque a própria crença positivista da neutralidade decorrente da objetividade do fenômeno. Fatos continuam sendo fatos, mas não se pode esperar mais, seriamente, que eles tenham vida ou existência independente do sujeito que o observa e descreve. Ao menos não há razão epistemológica para crer nisso.

A neutralidade axiológica, embora decorrente do modelo das ciências exatas também afetou e impregnou o mundo das ciências sociais. A expectativa positivista – Comte e Durkheim – de que a sociologia pudesse ser desenvolvida como uma *física social* também afetou, de maneira direta ou indireta, outras formas de conhecimento das ciências sociais. Sobre essa temática vários e intensos debates se travaram, cabendo, todavia, destacar aqui a posição de Jürgen Habermas²¹ ao comentar a polêmica entre Popper e Adorno a respeito da neutralidade axiológica. Habermas relembra Popper para invocar o dualismo existente entre fatos e decisões como fundante da neutralidade axiológica:

“De um lado [fatos], temos as leis naturais como regularidades empíricas no âmbito dos fenômenos da natureza e da história; de outro lado [decisões], temos as normas sociais, isso é, um conjunto de regras e preceitos que regulam o comportamento humano. Enquanto as normas sociais tem caráter impositivo eis que o seu não cumprimento origina a sanção, os fenômenos definidos mediante leis naturais atuam sem qualquer influência do sujeito... A posição positivista defende a tese da autonomia absoluta para cada tipo de leis.”²²

Assim, os fatos estariam ligados às regularidades empíricas apresentadas como leis naturais e as decisões, por seu turno estariam ligadas às normas sociais. Popper, segundo Habermas, acredita ter encontrado uma solução para o desconfortável problema da neutralidade com base nessa dualidade entre fatos e decisões, pois admite que no campo das ciências da natureza e das ciências experimentais é impossível se falar em juízos valorativos, haja visto serem de conteúdo descritivos, por outro lado reconhece que no campo da vida prática, baseado em decisões racionais conforme os fins, não é possível falar no mesmo tipo de controle científico²³. Entretanto, Popper, em seu racionalismo, defende que é possível e necessário orientar o mundo prático das decisões a partir de conhecimentos técnicos, vez que argumentos e experiências não são suficientes para fundamentar as crenças e atos morais dos indivíduos. Habermas lembra que esse racionalismo popperiano obriga todos os indivíduos a um comportamento sócio-técnico pretensamente adequado: “[Nesse caso] A atuação racional na sociedade se dá mediante o estabelecimento de normas e instituições sociais de conformidade com o conhecimento destas leis naturais, e pela adoção de atitudes concordes com as sugestões técnicas...”²⁴ Daí uma ilusão cientificista do racionalismo de que o homem deve organizar o seu destino conforme técnicas sociais. Contra essa idéia, Habermas lança o seguinte questionamento:

“Analisando os fundamentos de sua argumentação, cabe a pergunta: Há um continuum racional entre a capacidade de utilização das técnicas sociais em processos sociais objetivados, e o controle prático de processos históricos, da história que é ‘feita’ até então inconscientemente? Trata-se de saber se a administração racional do mundo coincide com a solução de questões práticas, historicamente situadas?”²⁵

Certamente, com esses questionamentos, Habermas pretende lançar por terra a pretensão racionalista de controle da vida prática com técnicas sociais oriundas de formulações científicas. Não há absolutamente nenhuma razão para admitir que o conjunto das regras e preceitos que orientam e determinam a vida prática dos indivíduos, sejam seus comportamentos morais, jurí-

dicos ou sociais, devam estar baseados em conhecimentos científicos e técnicas descritivas das regularidades fenomênicas. Não há como buscar uma legitimidade para as decisões na neutralidade do mundo dos fatos, até porque, como afirmado anteriormente, os fatos não existem independentemente dos sujeitos e de seu sistema de crenças e valores. Novamente indaga Habermas: “*O conhecimento fundado no positivismo e realizado pela ciência empírica estará inteiramente divorciado de qualquer vinculação referida a valores?*”²⁶ A resposta à questão o próprio Habermas oferece quando comenta um paralelo traçado por Popper entre a pesquisa científica e o processo judicial onde este alega que o conhecimento analítico-empírico obedece deduções necessárias da mesma maneira que a aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Habermas retruca essa posição racionalista e comprova que os fatos também estão submetidos à valores – quebrando a suposta neutralidade axiológica – quando eles, os fatos, precisam passar por uma concordância geral, como no caso do processo judicial onde são exaustivamente trabalhados de forma probatória e argumentativa na perspectiva dialógica do contraditório. Assim a aplicação de técnicas científicas aos fatos, assim como a de normas jurídicas, importa uma vinculação necessária a um “*contexto explicável hermenêuticamente e não analítico-empiricamente.*”²⁷ Dessa maneira, a neutralidade axiológica resta inviável pois representaria uma negação da apreensão das condições vitais de realização dos fatos ou acontecimentos para, ao final, progredir na própria negação das condições reais do mundo da vida: “*O postulado da neutralidade axiológica confirma que os processos empírico-analíticos são incapazes de referir-se à vida, na qual eles estão imbricados objetivamente.*”²⁸

Cada vez mais se afigura como descabida a idéia da neutralidade axiológica, quer no campo das ciências exatas como no campo das ciências sociais. Sua aceitação significaria, também, a aceitação de uma negação da atitude ativa do sujeito de conhecimento que é, igualmente, sujeito de ação política e moral, através de sua consciência. Sendo assim, *neutralidade* seria o mesmo que *neutralizar* parte de sua consciência que, contudo, é una. A posição de Habermas é de reconhecer e afirmar o protagonismo do sujeito numa “*praxis vital*” que faz dele o centro operativo de sua própria vida, de modo que este sujeito se forja na medida em que atua como artífice de seu mundo e realidade ao mesmo tempo em que é produzido por estes. O último ponto enfrentado por Habermas no que se refere à neutralidade axiológica diz respeito aos enunciados de Max Weber sobre a relação entre as recomendações ou regras técnicas e os problemas práticos da vida. Conforme assinala Habermas, Weber diferencia *meios alternativos* e *fins hipotéticos*, ligando a estes últimos os juízos valorativos e admitindo que os meios alternativos podem ser vistos sob o ângulo da neutralidade de valores. Ou seja, enquanto a discussão ética residiria nos fins por serem passíveis de juízos de valor, os meios seriam neutros na medida em que corresponderiam a procedimentos técnico-científicos. Num

exemplo banal é como se precisássemos avaliar a construção de uma ponte sobre a qual passariam carros com artefatos de destruição em massa. O engenheiro poderia alegar que o problema de mérito é do político que decidiria em construir ou não a ponte pois o seu problema é apenas técnico, qual seja de empregar os meios para construção da ponte. A questão que se coloca é a seguinte: É possível descolar a técnica de construção da ponte do uso que será dado a ela? Habermas acredita que não e alega que esta visão dualista com sua respectiva indiferença axiológica sobre as consequências do emprego da técnica não se sustenta diante da noção de *práxis vital* como fundamento da análise científica e da sociedade²⁹. Conforme o entendimento praxiológico, meios e fins não se desvinculam, até porque na dinâmica social um meio pode converter-se num fim da mesma maneira em que um fim pode tornar-se um meio. Por isso não é possível tolerar que as interpretações científicas e os procedimentos técnicos sejam vistos como meios isentos da interpelação ética própria dos fins. Evidentemente, de um ponto de vista exclusivamente analítico, os prognósticos científicos devem ser objetivos existindo independentemente do juízo de valor que faça o cientista sobre ele. Todavia, isso não deve ser causa de embaraço para a avaliação ética das consequências como se o prognóstico tivesse uma força mágica irrelutável. Mais importante ainda, deve-se ter em mente que, como já aludido, as vicissitudes da vida prática imbricam meios e fins em processos dialéticos e dialógicos, além de não comportarem a aplicação linear de técnicas como fórmulas exatas e intocáveis:

*“Os problemas práticos não podem ser resolvidos simplesmente mediante regras técnicas, muito pelo contrário, necessitam de uma interpretação que anule aquela abstração, partindo das implicações vitais e práticas, isto é, decorrentes de uma imposição, não somente da estrutura do objeto, mas também do mundo social que condiciona a existência. Estas interpretações deixam claro que, no nível técnico, a relação entre meios e fins aparece no nível social envolvendo uma problemática. As condições que definem as situações práticas nada mais são do que momentos de uma totalidade impossíveis de uma bifurcação, entre uma parte viva e outra parte morta, fatos ou valores, meios despidos de carga valorativa e fins axiologicamente definidos. Tal divisão implicaria no malogro das condições de ação. Tal problematização coloca em primeiro plano a vigência da dialética de Hegel, referente a meios e fins: na medida em que o meio social é ao mesmo tempo um contexto vital – onde a parte imperceptível é tão viva e consequentemente tão vulnerável – como o todo o é, os meios no plano da imanência ligam-se a determinados fins como estes têm nível de conformidade a determinados meios. Razão pela qual os problemas práticos não podem ser integralmente abrangidos por uma escolha racional de meios neutros no plano valorativo.”*³⁰

Seria um equívoco conceber que procedimentos baseados em regras técnicas se legítimam a si mesmos por corresponderem a uma exigência absoluta de um prognóstico científico neutro e isento de valores, como se a ação prática fosse tão exata como um cálculo matemático linear. Tal equívoco se radica no fato de que a vida prática, e qualquer conhecimento que dela emane, é inexoravelmente marcada por uma crônica *complexidade*, sendo permeada por valores, princípios, orientações, percepções – sem falar nas reações psíquicas de cada sujeito, como angústia, prazer, raiva, dor, alegria, dúvida, satisfação, etc – que se entrecruzam gerando miríades de situações e possibilidades em movimentos não-lineares. O que resulta daí é um campo aberto para a intervenção de cada sujeito, onde valores e princípios estão constantemente em confronto e, por isso, mesmo a legitimação deve ser incessantemente construída e reconstruída através de constantes justificações. Há que se abandonar a cômoda e confortável posição de que a técnica é sempre o móbil da ação e fala pelo sujeito que a pratica, isentando-o de qualquer interpelação ética ou moral a respeito da ação ou de suas consequências.

Outro empecilho para a fundamentação ética da ação ou para a atuação da consciência ética do sujeito é o chamado *determinismo*. Apesar de não ser exatamente uma doutrina recente, já encontrando ressonância entre alguns antigos no período clássico do pensamento grego, o determinismo foi alavancado na modernidade a partir da concepção teológica calvinista, no plano espiritual, e da concepção científica mecanicista no plano material. Em relação a esta última vale relembrar a emblemática afirmação de Laplace: “*Devemos considerar o estado presente do Universo como efeito de seu estado passado e como causa daquilo que virá a seguir. Uma inteligência que, num único instante, pudesse conhecer todas as forças existentes na Natureza e as posições de todos os seres que nela existem poderia apresentar numa única fórmula uma lei que englobaria todos os movimentos do Universo, desde os maiores até os mínimos e invisíveis. Para ela, nada seria incerto e, aos seus olhos, o passado, o futuro e o presente seriam um único e só tempo.*”³¹ A total interdependência entre as séries causais, conforme assinalado por Laplace, reduziria a realidade a um único e central movimento capaz de unificar passado, presente e futuro. Essa imagem oferece boa elucidação do que seja o determinismo, embora este tenha várias formas de apresentação, conforme ensina Ferrater Mora: “*...um universo ou sistema é determinista quando ‘tudo já está dado’, ou quando ‘todo acontecimento é uma consequência necessária de um acontecimento ou de uma série de acontecimentos anteriores’, ou quando ‘todos os acontecimentos (ou estados) são reduzidos a um conjunto de condições iniciais’ ou quando ‘o presente está impregnado de futuro’, ou quando ‘todos os acontecimentos podem ser previstos’ etc.*”³² Para um acordo semântico diante de tantas definições, convém eleger apenas uma que oriente nosso entendimento. Assim, deve-se entender determinismo como a crença que “*tudo o que houve, há e haverá, e tudo o que sucedeu, sucede e sucederá, está de antemão*

fixado, condicionado e estabelecido, não podendo haver nem suceder senão aquilo que está de antemão fixado, condicionado e estabelecido.”³³ Na verdade, o determinismo como mera relação de causalidade entre fenômenos naturais e, portanto, origem dos acontecimentos regulares é apresentado como a própria condição de possibilidade da ciência, dentro de uma epistemologia positivista. No entanto, sua utilização mais extensa por parte de deterministas extremistas transcendeu o campo dos fenômenos naturais, admitindo que também as ações humanas encontram-se submetidas a um determinismo universal, haja visto que estas próprias ações são explicáveis como fenômenos naturais. Evidentemente outras correntes filosóficas resistiram a essa concepção, afirmando que há certas zonas da realidade, tais como as decisões e ações humanas, que não se sujeitam ao determinismo pois nele não restaria espaço para o livre-arbítrio. Ademais, a experiência radical da existência importa a liberdade como condição ontológica, expressa na capacidade de livre criação do ser humano. Mesmo que determinadas circunstâncias – políticas, culturais, econômicas, psíquicas, etc – pressionem ou mesmo influenciem as opções e condutas do sujeito, a capacidade de significar a própria realidade atribuindo a ela sentidos específicos é marca de nossa existência singular e não se submete a nenhuma determinação. Prova maior é que várias pessoas nas mesmas condições e sob as mesmas circunstâncias podem reagir de maneira distinta às mesmas provocações; isso porque no ser humano se rompe o vínculo necessário entre estímulo e resposta, sendo ele um ser indeterminado. Como afirma Manfredo Oliveira: “*O homem experimenta-se como algo que tem de se construir a si mesmo, determinar-se, determinar seu mundo e seu tempo, fazer surgir tempo e mundo como significação... Por essa razão mesma, o homem não é um ser natural, simplesmente produzido pelo processo evolutivo, mas, enquanto automediação, essencialmente ser histórico: ele se sabe a si mesmo como, em primeiro lugar, programa, tarefa infinita – a tarefa de construção de si e de seu mundo.*”³⁴ Como automediação constante o ser humano se coloca no mundo livre para lhe atribuir sentidos que correspondam à sua capacidade de criação. Maior exemplo disso é a estética, onde a obra de arte resulta de um singular devir criativo na sua relação com a matéria prima, bem como continua seu processo de (re)criação, não obstante o momento original nas mãos do artista, com as diversas interpretações que recebe público, num processo sempre aberto e imprevisível³⁵.

O reconhecimento da liberdade do sujeito que lhe faz capaz de tomar decisões é também o reconhecimento da responsabilidade que tem esse mesmo sujeito sobre estas mesmas decisões. Caso houvesse total determinação da vontade e/ou da conduta da pessoa e, conseqüentemente, ausência de liberdade, como defendem alguns deterministas, não seria possível falar em consciência ética ou consciência moral, pois essa depende da existência de um

sujeito autônomo. Por sua vez, a autonomia implica algumas condições imprescindíveis, contrárias ao determinismo, tais como: 1) ser consciente de si e dos outros, isto é, ser capaz de reconhecer a si mesmo e aos outros como sujeitos éticos; 2) ser dotado de vontade, isto é, ser capaz de orientar seus impulsos e de deliberar entre alternativas possíveis; 3) ser responsável, isto é, reconhecer-se como autor da ação e assumi-la, bem como as suas consequências; 4) ser livre, isto é, assumir o poder de autodeterminação, oferecendo-se como causa interna de suas escolhas e atitudes³⁶. Portanto, o agente ético é ativo e não pode estar passivamente submetido a uma ordem de coisas que o impedem de assumir sua tarefa moral e a responsabilidade sobre ela. O discurso da determinação causal de qualquer ordem – econômica, política, psíquica, jurídica, cultural – não pode ser apresentado como razão para o comportamento antiético.

Com efeito, se a ação não decorre de procedimentos técnicos existentes como meios neutros e nem de uma força necessária resultante de prévia determinação, então o sujeito é seu artífice e o faz com sua carga valorativa. Acrescente-se a isso que a ação praticada pelo sujeito se dá em contexto complexo numa sociedade marcada pelo pluralismo. O significado disso é o que se buscará adiante. Antes, porém, cabe reforçar a idéia de que todos, em qualquer função, sempre portaremos uma carga residual de liberdade que nos torna responsáveis por nossa escolha e por nossa conduta. Não há determinismo nem neutralidade que impeça esse curso. Seja o soldado com sua missão, o engenheiro com seu cálculo, o professor com sua disciplina, o advogado com seu arrazoado, o procurador com seu parecer ou o juiz com sua sentença, ninguém pode, seriamente, isentar-se de seus atos e das consequências destes como se estivesse acima do bem e do mal. Vale insistir na brilhante reflexão de Claude Lefort:

*“Confinando o Sujeito à neutralidade, priva-o de pensar uma experiência que se engendra e se ordena em razão de uma concepção implícita das relações dos homens entre si e de uma concepção de suas relações com o mundo. Impede de pensar o que é pensado em toda sociedade e lhe dá o estatuto de sociedade humana: a diferença entre a legitimidade e a ilegitimidade, entre a verdade e a mentira, o autêntico e a impostura, a busca de poder ou de interesse privado e a busca do bem comum.”*³⁷

1.2. Complexidade, Pluralidade e Valores

Tal qual outros seres existentes na natureza, o ser humano habita o mundo buscando adaptá-lo às suas formas concretas de existência, transformando a realidade de modo a maximizar suas possibilidades de vida, perpetuando-se

a si mesmo e a sua espécie. Contudo, diferentemente de outros seres, essa adaptação e transformação do mundo levada à cabo pelo ser humano implica diversas opções resultantes de uma avaliação moral da realidade; exatamente aquela avaliação que, como vimos acima com Claude Lefort, busca separar o legítimo do ilegítimo, a liberdade da servidão, o justo do injusto, o bem do mal, etc. O ser humano institui a cultura como uma forma própria de sua natureza e nela cultiva uma série de ideais e valores que sustentam sua imagem de uma existência mais digna e de uma sociedade melhor para si e para as gerações futuras. Como diz Morin: “O ser humano é aquele que é capaz de construir não o melhor dos mundos, mas um mundo melhor.”³⁸ Evidentemente, o “melhor” é considerado como resultado de uma avaliação moral, ou seja, como a atribuição de um valor num contexto histórico-social. Destarte, faz-se necessário compreender o sentido da idéia mesma de valor, que já sabemos a uma realidade cultural concreta e histórico-social.

Ao pensarmos o cotidiano mais básico de qualquer sujeito, deparamo-nos com o fato de que todos, continuamente, somos levados a escolher entre várias opções possíveis. Estas opções podem ser as mais banais como a marca de um creme dental, até as mais sofisticadas como as que se referem aos atos morais. De uma à outra, em qualquer hipótese, escolhemos aquilo que corresponde às nossas preferências, quer dizer, escolhemos *a* pois é preferível em relação à *b*, tendo em vista o proveito que faremos e as consequências possíveis. Nesse ato de escolha, é feita uma avaliação que atribui um sentido próprio à realidade conforme uma concepção prévia: um valor. Em função da relação estabelecida com o valor, pode-se apreciar, julgar, e mesmo conhecer uma dada realidade. Assim pode o sujeito realizar *juízos de valor* sobre situações da realidade como uma conduta ou um discurso. As escolhas entre as opções possíveis através de juízos de valores revelam-nos que o comportamento moral só existe em função de um conteúdo axiológico que dá preferência ao que é mais valioso. Esse valioso pode ser tomado em vários sentidos: valiosos podem ser os objetos da natureza (uma porção de terra, um mineral), podem ser, também, os produtos do homem (uma máquina, uma obra de arte, um tratado) ou, ainda, podem ser os atos do homem (uma ação moral, política ou econômica)³⁹. O valioso é, portanto, o que possui valor para o ser humano, seja ou não feito por ele. Porém, de um ponto de vista moral, não é possível atribuir valor aos objetos da natureza, apenas aos produtos do homem e, principalmente, aos seus atos. Uma vez que se refere ao ser humano, o conceito de valor implica a existência concomitante de pólos equivalentes, em sentido positivo e negativo: ao falar em valor pensa-se em bondade, justiça, beleza, utilidade, da mesma forma que se tem em mente o inverso como a maldade, injustiça, fealdade, inutilidade. Com efeito, valioso é a qualidade do que tem

valor, ao passo que valor é algo desejável, pela sua importância, que existe como meta de conquista e como critério de censura do contra-valor. O valor é profundamente humano porque é algo que se deseja consciente e livremente, permitindo a avaliação e qualificação de indivíduos e grupos sociais. Na síntese de Sánchez Vásquez:

*“Os valores morais existem unicamente em atos ou produtos humanos. Tão somente o que tem significado humano pode ser avaliado moralmente, mas, por sua vez, tão somente os atos ou produtos que os homens podem reconhecer como seus, isto é, os realizados consciente e livremente, e pelos quais se lhes pode atribuir uma responsabilidade moral. Neste sentido, podemos qualificar moralmente o comportamento dos indivíduos ou de grupos sociais, as intenções de seus atos e seus resultados e consequências, as atividades das instituições sociais, etc.”*⁴⁰

O valor moral liga-se ao que é *bom* para o ser humano. Nisso todos concordam, entretanto não há consenso filosófico sobre o que seja o bom. Há aqueles que considerem o bom a felicidade, ao que passo que outros consideram o prazer; já alguns acham que bom é o que é útil, enquanto outros o consideram uma espécie de “boa vontade”. De Aristóteles a Bentham a idéia de bom sofre significativas variações, o que revela o quão difícil e perigoso é se apegar num conceito fechado ou absoluto. Entretanto é possível buscar critérios que orientem o entendimento razoável do que seja o bom. Além de considerá-lo numa perspectiva histórico-social, o bom sempre deve ser compreendido no contexto da relação entre interesse pessoal e interesse geral. Como valor moral o bom não pode reduzir-se ao que pretende um único indivíduo, contudo igualmente não pode ceder à maioria desprezando o indivíduo, restando como alternativa, apenas, a relação dialética entre indivíduo e comunidade. Vejamos Vásquez:

*“A esfera do bom, portanto, deve ser procurada: a) numa relação peculiar entre o interesse pessoal e o interesse geral; b) na forma concreta que esta relação assume de acordo com a estrutura social determinada. Isso implica em que não nos atermos a um conteúdo determinado do bom, único para todas as sociedades e todos os tempos. Este conteúdo varia historicamente; certamente, pode ser a felicidade, a criação e o trabalho, a luta pela emancipação nacional ou social, etc. Mas o conteúdo concreto só é moralmente positivo numa apropriada relação do indivíduo e da comunidade.”*⁴¹

Considerando que o critério fundamental do bom como valor moral é a relação estabelecida entre interesse pessoal e interesse geral em dado contexto histórico-social e que, por isso mesmo, não possui um conceito definitivo, é

necessário pensar a realização do valor moral a partir de proposições de base que iluminam o campo reflexivo do agir moral, adensando a idéia de bom. Trata-se de princípios éticos ou morais⁴² que governam a conduta prática resultante da reflexão da consciência moral, isto é, princípios que sustentam a ética aplicada ao mesmo tempo que apontam uma fonte axiológica fundadora. Como qualquer princípio, o princípio ético ou moral registra, concomitantemente, a origem e o fim do agir ético. Além disso, os princípios morais agem diretamente relacionados com a sociedade que os institui ou legitima: “*De um lado, respondem a uma determinada necessidade social e, do outro, por serem fundamentais, constituem o fundamento das normas que regulamentam o comportamento, numa determinada sociedade, em certa direção.*”⁴³ Evidentemente, se os princípios morais respondem uma demanda social, eles possuem uma base material de existência na própria sociedade de onde emergem, sociedade esta que deve ser considerada nas suas condições concretas, com suas contradições e relações complexas. Portanto, por mais que haja um esforço teórico para filtrar e dar coerência lógica a estes princípios, ainda assim eles carregaram a marca da complexidade e, por seu turno, projetaram formas complexas de regulação. Por isso mesmo os princípios morais, assim como já visto em relação aos princípios jurídicos, não se excluem mutuamente mas podem ser superpostos na sua função reguladora, conforme as exigências concretas da situação ou do caso. De qualquer forma, é a concretude das relações sociais em seu contexto histórico que determina a aplicabilidade do princípio ético. Certamente, numa realidade como a vivida pela maior parte dos povos do sul do planeta onde as injustiças sociais são tão profundas e marcantes, os princípios éticos devem privilegiar situações de igualdade e justiça distributiva. Inicialmente, o princípio fundante da consciência ética é, sem dúvida, o da *autonomia*, ou do sujeito autônomo onde este é concebido como livre e responsável por si mesmo e por seus atos, capaz de dar-se a si mesmo as normas que o governam. Como prolongamento necessário do princípio da autonomia, decorre o *princípio da alteridade* ou da diferença, onde o sujeito moral que reconhece em si sua liberdade é, por conseguinte, obrigado a reconhecer a liberdade de outrem e sua condição de ente não manipulável. No princípio da alteridade o outro vale na sua condição de outro – outricidade – portador de diferenças e singularidades e não naquilo que tem de igual. No campo oposto, mas não contraditório, temos o *princípio da igualdade* que nos força a reconhecer que todos devemos ter os mesmos direitos fundamentais e oportunidades, como decorrência direta do fato de sermos igualmente humanos. Ainda é possível falar no *princípio da realidade* que nos chama à lucidez para que nossas intenções e condutas sejam sempre pautadas nos termos das condições efetivamente existentes, sem fantasiá-las nem abstrai-las em conceitos ideais. Por outro lado, temos o *princípio da força criadora* que reconhece no ser humano sua capacidade singular de instituir reali-

dades sempre novas, como resultado de sua criatividade, de tal forma que ser realista não é estar preso à realidade, mas ter capacidade de levá-la em conta e transcendê-la. Ao lidar com a realidade surge outro princípio que é o *princípio da responsabilidade*, onde cada um de nós é convocado a controlar, no máximo possível, os seus atos para que as consequências não sejam nocivas para si mesmo, para os outros e para as gerações futuras. Daí decorre o novo imperativo formulado por Hans Jonas: “*Age de modo que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida autenticamente humana sobre a terra.*”⁴⁴

Como já visto, o comportamento ético, resultante da atuação da consciência moral e inspirado nos princípios morais, supõe a existência de um sujeito livre e responsável nas suas decisões – princípio da autonomia –, encarnado na sua cultura e nos valores de seu tempo e perpassado pelas condições concretas de sua existência: trata-se do homem real, implicado nas suas relações e condições históricas⁴⁵. Tão real quanto o sujeito da consciência moral é o mundo exterior onde ele se situa. Sujeito e mundo são marcados pelas diversidades e diversificações que caracterizam o dinamismo de uma realidade sempre e incessantemente em mutação, onde o sentido real de ações, fatos e situações depende da capacidade de compreensão das inúmeras conexões estabelecidas entre os fenômenos. Em outras palavras, a concretude da consciência ética a remete ao âmago da complexidade própria da vida e da existência. Ética e complexidade são temáticas necessariamente recorrentes, conforme já nos advertia Edgar Morin: “*Se ainda podemos ousar esperar uma melhora em algumas mudanças nas relações humanas (não quero dizer só entre impérios, só entre nações, mas entre pessoas, entre indivíduos e até consigo mesmo), então esse grande salto civilizatório e histórico também inclui, na minha opinião, um salto na direção do pensamento da complexidade.*”⁴⁶

Um dos grandes obstáculos para a asserção da consciência ética na modernidade foi a idéia de ciência baseada na epistemologia positivista que com postulados como os da neutralidade axiológica e do determinismo causal pretendeu atribuir à realidade um sentido objetivo totalmente independente do sujeito e de sua cultura. A ciência passou a ter vida própria e a deter o monopólio da produção da verdade através de formas de conjugação do racionalismo e do empirismo, quer dizer, seja pela via da dedução racional ou da indução dos fenômenos observados. Rapidamente o *saber* da ciência se associou ao *fazer* da técnica, dando à ciência um caráter aplicado e à técnica um caráter epistêmico. Dessa associação resultou que os experimentos científicos e os procedimentos técnicos foram postos à margem da avaliação ética como se correspondessem a um mundo do ser que não se conectaria com o mundo do dever ser, próprio da ética. Ciência e humanismo foram, paulatinamente se separando até o ponto que o humanismo deixou de ser a fonte última de

legitimidade da ciência, para que este lugar fosse ocupado pelo pragmatismo, ou seja, a ciência se legitima pela capacidade de fazer coisas (técnica). Por isso, hoje “*estamos na época da big science, da tecno-ciência, que desenvolvem poderes titânicos. Todavia é preciso notar que os cientistas perderam seus poderes que emanam dos laboratórios; esses poderes estão concentrados nas mãos dos dirigentes das empresas e das autoridades do Estado.*”⁴⁷ Essa transferência, mesmo que parcial, do poder científico para o campo da economia (empresas) e da política (Estado) agravou ainda mais o problema do vazio moral do campo científico, pois gerou uma certa irresponsabilidade ética nos cientistas que foram incorporados numa administração tecnoburocrática da sociedade. Vale lembrar que Eichmann dizia “*Eu obedecia às ordens*” quando se referia ao massacre de Auschwitz. Essa é a posição comum de qualquer burocrata que transfere para a máquina institucional a responsabilidade moral de suas atitudes. Institucionalizada e burocratizada a tecno-ciência foi perdendo, pouco a pouco, a capacidade de pensar a si mesma, colocando-se fora das avaliações e mesmos das normatizações da ética. Somente através de experimentos de forte impacto, tais como a clonagem humana, a tecno-ciência é pensada sobre um prisma moral, mas ainda assim, sob grande resistência. Edgar Morin invoca Husserl, em sua conferência sobre a crise da ciência européia, para comentar a cegueira do objetivismo científico que tornou a ciência incapaz de pensar a si mesma:

*“A partir do momento em que, de um lado, aconteceu a disjunção da subjetividade humana reservada à filosofia ou à poesia e, do outro, a disjunção da objetividade do saber que é próprio da ciência, o conhecimento científico desenvolveu as maneiras mais refinadas para conhecer todos os objetivos possíveis, mas se tornou completamente cego na subjetividade humana; ele ficou cego para a marcha da própria ciência: a ciência não pode se conhecer, a ciência não pode se pensar, com os métodos que dispõe hoje em dia.”*⁴⁸

Essa cegueira do objetivismo científico se agrava ainda mais quando da hiperespecialização do conhecimento científico na perspectiva da epistemologia positivista, que conduz os próprios cientistas a perderem a visão do todo da produção científica. Além disso, essa hiperespecialização destrói a noção de homem, especialmente nas ciências humanas. A medicina se ocupa da patologia, a economia da escassez, a sociologia do fato social, o direito da norma e todos se esquecem do ser humano sem o qual nada existiria. Mais ainda, se esquecem que o ser humano, na vida real, não pode ser esquadrinhado e repartido em vários pedaços ou situações, mas é sempre uma totalidade biopsíquica-cultural que se manifesta de diversas formas. Esse modelo da disjunção e da simplificação tem sido um gigantesco obstáculo para a consolidação da consciência moral na modernidade, o que representa uma verdadeira contradição, pois de um lado a modernidade se afirmou através da bandeira de gran-

des valores éticos como a liberdade e a igualdade, mas por outro lado o pragmatismo irracional da racionalidade instrumental não reconhece nenhum tipo de valor ético. Por isso mesmo é necessário, como diz Morin, um salto na direção do pensamento da complexidade para a retomada da consciência ética e de seus valores.

Antes de mais nada, o pensamento complexo se opõe ao racionalismo científico da modernidade que, vendo a realidade de maneira linear simplista, pretendeu criar teorias capazes de responder, a um só tempo, todos os problemas do planeta, libertando o pensamento de qualquer dificuldade ou aporia fundamental. É necessário abandonar a crença de que as respostas podem durar pela eternidade, nos colocando numa situação cômoda, mas ilusória. Não estamos livres do desafio de descobrir o mundo e de buscar formas melhores de viver, pois a consciência da complexidade é também a consciência da biodegradabilidade, da dispersão e da singularidade, da ordem e da desordem, da criação e da destruição; fenômenos ao mesmo tempo contínuos e descontínuos que marcam a realidade natural e cultural como um reino de liberdade que se coloca como desafio constante à nossa inteligência e a nossa moralidade. É necessário compreender que o racionalismo científico apresentou-se como um sonho esclarecido⁴⁹ de liberdade que foi transformado pelo positivismo em uma marcha moral – ordem e progresso – sobre a sociedade. Essa moral determinista ou falso moralismo já foi desmascarado pelas mazelas da tecno-ciência e agora deve ser submetido ao exame epistemológico da complexidade como forma de superação da disjunção e busca da conjunção entre ciência e ética no contexto histórico. A contradição contemporânea entre o desenvolvimento científico, por um lado, e a crise de valores éticos, por outro, deve ser superada pela “*conjugação orgânica entre verdade, liberdade individual e justiça social.*”⁵⁰ Religar o que foi separado é o grande desafio do pensamento complexo, pois todas as disjunções tem servido para minimizar e, por consequência, a pequenar o ser humano. Não se pode, corretamente, imaginar um sujeito que tenha seu corpo, sua mente e sua vida partidos em momentos ou situações que não se conectem entre si. O ser humano que ama é o mesmo que odeia, que tem fome e fastio, que cumpre e desrespeita as regras ao mesmo tempo. O pai de família é também o trabalhador e a mãe é igualmente cidadã. Isso não quer dizer que sejamos uma massa amorfa presa numa totalidade incompreensível. É claro que cada sujeito pode ser captado numa realidade e vivência específicas conforme a situação ou mesmo estado de espírito. Todavia, isso não significa que o sujeito possa ser reduzido àquele momento, àquela situação ou àquela experiência. O complexo não quer dizer, em nenhuma hipótese, massificação, mas sim conjunção com distinção, isto é, a realida-

de continua sendo multidimensional, dinâmica e incerta, a complexidade apenas levará em conta as inúmeras conexões, retroações e interações que existem no real, formando sempre novos planos de significação. É nessa perspectiva que a ética e a ciência ou a técnica devem ser articuladas, superando as incoerências aparentes e as falsas dicotomias. Diz Morin:

*“Tal junção de noções até então disjuntas faz-nos aproximar do próprio núcleo principal da complexidade que se situa não só na ligação do separado/isolado, mas também na associação daquilo que era considerado como antagônico. A complexidade corresponde, neste sentido, à irrupção dos paradoxos ou contradições no centro da teoria. O problema do pensamento complexo é, a partir daí, pensar em conjunto, sem incoerência, duas idéias que, no entanto, são contrárias. Isto só é possível se encontrarmos: a) o metaponto de vista que relativiza a contradição; b) a inscrição num anel que torne produtiva a associação das noções antagônicas tornadas complementares.”*⁵¹

A organização conjuntiva da complexidade supera a fixação positivista pela ordenação, pois reconhece que ordem e desordem formam um binômio inseparável e inevitavelmente presente. Aliás, quanto maior for o grau de complexidade da organização mais terá de comportar desordens como forma de manifestação imediata da liberdade. Por seu turno, a liberdade é condição de possibilidade para o agir ético que deve estar presente no seio da organização complexa. Com efeito, a ética não decorre da ordem, mas da relação dialógica entre ordem e desordem que abre espaço para a ação do sujeito, sua criação e liberdade. Novamente Morin numa contundente afirmação:

*“Neste caminho espiral que ainda não é o método, mas onde se destila o método, compreendi cada vez melhor que tudo aquilo que não traz a marca da desordem e do sujeito é insignificante e mutilador, e isto concerne também a cibernética, o sistemismo e o informacionismo, no seu funcionalismo racionalizador, nas suas máquinas, no seu programa e na sua informação, que o ruído desregula e degenera sempre. Compreendi radicalmente que tudo aquilo que não traz a marca da desordem elimina a existência, o ser, a criação, a vida, a liberdade; e compreendi que toda eliminação do ser, da existência, do si, da criação é demência racionalizadora. Compreendi que a ordem sozinha não passa de burocratização, que a organização sem desordem é a subjugação absoluta. Compreendi que devemos temer, não a desordem, mas o medo da desordem, não o sujeito, mas a subjetividade débil que julga ser objetividade. Compreendi que as teorias mais ricas e audaciosas, mais altamente portadoras de complexidade inclinaram-se para o seu contrário porque tinham recaído na órbita gravitacional do paradigma da simplificação.”*⁵²

Na realidade complexa os acontecimentos devem ser compreendidos como resultado da causalidade complexa, não linear, circular e inter-relacional. Uma causa pode gerar várias consequências e uma consequência pode corresponder à várias causas, num movimento anelar onde causa e efeito se influenciam reciprocamente. Mais ainda, a causalidade complexa deve ser vista a partir da dialética estabelecida entre causas internas e causas externas à organização, no que é chamado de dialética endo-exocausal. Tal dialética comporta, necessariamente, um princípio de incerteza: *“Nem o passado nem o futuro podem ser inferidos diretamente do presente. Já não pode haver explicação do passado garantida nem futurologia arrogante: podemos e devemos construir cenários possíveis e improváveis para o passado e o futuro.”*⁵³ A incerteza própria do pensamento complexo decorre não apenas da dialética endo-exocausal mas, também, do reconhecimento que vivemos numa realidade que é marcada por estabilidades, repetições e ciclos, porém igualmente marcada por perturbações, obstruções e apacrecimentos. Não existe determinação, mas sim múltiplas determinações que interagem entre si. Por isso, *“em toda a complexidade existe a presença de incertezas, sejam empíricas, sejam teóricas, e mais freqüentemente ao mesmo tempo empírica e teórica.”*⁵⁴ Esse espaço de incerteza quanto ao passado e futuro é lugar fundamental de atuação da liberdade e da consciência ética, na medida em que o incerto nos conclama a lutar pelos valores que acalentamos. A incerteza histórica implica o dever ético de fazer a história, de ser agente da história para buscar nela a realização dos ideais éticos. Nesse sentido, a admissão da complexidade é fundamental para a realização dos valores morais, pois como afirma Morin: *“Sabemos que nossas finalidades não vão inevitavelmente triunfar, e que a marcha da história não é moral. Devemos visualizar seu insucesso possível e até mesmo provável. Justamente porque a incerteza sobre o real é fundamental, é que somos conduzidos a lutar por nossas finalidades.”*⁵⁵ É possível dizer que é na realidade complexa que os valores alcançam o verdadeiro potencial de sua realização, por isso mesmo a pluralidade, além de um fato é também um valor. Pascal já afirmava ser a pluralidade a melhor via⁵⁶, o que pode-se corresponder contemporaneamente com o ideal democrático. A complexidade coaduna-se com a democracia porque permite a luta pelos valores. Evidentemente, essa luta, no campo complexo, requer estratégia igualmente complexa. *“O problema consiste em evitar o realismo trivial (adaptar-se ao imediato) e o irrealismo trivial (subtrair-se às constrições da realidade). O importante é ser realista no sentido complexo do termo (compreender a incerteza do real, saber que há o possível, mesmo que ainda esteja invisível no real), o que freqüentemente pode parecer irrealista.”*⁵⁷ Ser realista nesse sentido complexo é invocar o princípio da realidade, conforme já aludido, e articulá-lo com o princípio da força criadora, para que o idealismo ético, o agir de acordo com valores e ideais, ocorra nos contornos concretos da dinâmica da vida. Por isso a estratégia deve elaborar um cenário de ação onde se possa levar em conta certezas

e incertezas, mostrando-se disponível às possíveis modificações e alterações de rumo que podem ocorrer em função de acasos, contratempos e novidades que podem surgir no percurso. Por isso mesmo, os principais referenciais que devem orientar a luta pela concretização de valores éticos no terreno da complexidade são, simultaneamente, a *audácia* e a *prudência*⁵⁸. A primeira deve conduzir à efetivação dos compromissos necessários para a concreção dos valores e a segunda deve fazer o exame de cada situação e caso específicos para identificar, de acordo com as singularidades do caso ou situação, a melhor maneira de realizar o compromisso. Na prática, isso significa que a incerteza inerente ao real nos obriga a complexificar a própria idéia de ética. Seria ingenuidade típica do irrealismo trivial, achar que os valores éticos se realizam sempre identicamente e de maneira absoluta. Se a realidade é dinâmica e incerta, as respostas aos dilemas éticos também serão dinâmicas e incertas. Isso é o que ocorre quando estamos em situações de *double bind*, onde nos encontramos diante de dois compromissos distintos e, até certo ponto, opostos, ou seja, caminhando entre dois imperativos contrários. Os exemplos mais gritantes são aqueles que envolvem situações-limite como casos de eutanásia, barriga de aluguel ou aborto, mas pode-se pensar em situações mais básicas, como no exemplo oferecido por Morin: “em que momento devo parar de me dedicar às pessoas mais próximas para me engajar nas grandes lutas e movimento em prol da humanidade? E o inverso também vale: em que momento devo abandonar as grandes organizações de luta em prol da humanidade para me dedicar às pessoas mais próximas que precisam do meu apoio?”⁵⁹ Talvez o melhor exemplo de *double bind*, em todo o campo normativo, quer moral ou jurídico, seja o das situações que implicam os valores da liberdade e da igualdade, já que entre eles não há apenas relação de complementaridade mas, também, de antagonismo. Isso significa que todo homem médio deseja estar livre e em relação de igualdade com os demais; entretanto quanto mais liberdade existir, menos igualdade haverá, sendo verdadeira a recíproca, quanto mais igualdade houver, menos liberdade existirá⁶⁰. Aqui fica patente a complexidade que envolve esses valores. Uma vez isolados – perspectiva disjuntiva – eles são empobrecidos, já ligados – perspectiva conjuntiva – eles são enriquecidos, sem perder sua dignidade própria. Esse exemplo de *double bind* é importante, porque nos faz perceber que a complexificação da ética passa, necessariamente, pela compreensão de dois aspectos, a saber: 1) Os valores não podem ser tomados como absolutos, pois não há princípio abstrato que não admita exceção em sua aplicação. “*A diferença entre regra e exceção está no fato de que a exceção deve ser justificada.*”⁶¹ 2) As decisões sobre os dilemas éticos situam-se no limite de valores distintos e, por isso mesmo, sempre comportam algo de negativo, de oposto. Por isso mesmo, serão sempre “*decisões provisórias.*”⁶²

1.3. Consciência ética e teoria jurídica

Como foi salientado, mesmo diante de tantas mazelas que colocam em xeque nossa consciência moral, o tema da ética encontrou forte ressonância a partir da segunda metade do século XX. Talvez, exatamente pela falta da conduta ética de tantas pessoas quer na esfera pública ou privada, a ética tenha sido tão solicitada – bioética, ética na política, ética dos negócios, etc. – como ocorreu e ocorre contemporaneamente. Diante de um apelo tão forte e adequado como esse da ética, nenhuma área de conhecimento pode se esquivar de enfrentar suas próprias responsabilidades morais. Da física à sociologia, da biologia à história, todos são chamados a uma reflexão em torno dos valores éticos e de sua realização. Reflexão esta que se torna mais crucial ainda nas áreas de conhecimento que possuem vocação prática ou “aplicada”, tais como a economia, a administração, a contabilidade, etc. Entretanto, o chamado à reflexão ética fica especialmente dramático quando estamos na seara jurídica. Não apenas o caráter “aplicado” mas, sobretudo, a dimensão explicitamente normativa do direito o coloca num lugar privilegiado para tal reflexão. Assim, todas as teorias jurídicas e os operadores do direito devem ser interpelados quanto aos seus fundamentos éticos. Em outras palavras, a questão central que se coloca para o mundo jurídico é a seguinte: “O direito positivo pode tudo?”, ou ainda, “Qualquer coisa pode ser feita em nome do direito positivo?” Ora, o problema que está subjazido nas questões apresentadas é o do *limite* das disposições normativas do direito. O que significa que as mesmas questões ainda podem ser apresentadas da seguinte forma: “Não há limites para aquilo que prescreve o direito positivo?” Obviamente o direito positivo conhece vários limites de natureza física, geográfica, histórica, etc. Mas o limite colocado em questão pelas indagações anteriores se refere aos valores da ética, o que torna possível apresentar a questão, agora, da seguinte maneira: “Há limites éticos para as disposições normativas do direito positivo?” Essa é uma questão que foi banida da teoria jurídica ou respondida negativamente pelas várias formas de positivismos jurídicos dos séculos XIX e XX⁶³, mas que reencontrou espaço na doutrina do direito formulada a partir de meados do século XX. Indubitavelmente o grande marco referencial que propiciou esta retomada da discussão ética no direito, apesar das doutrinas positivistas, foi o fato da segunda guerra mundial, em especial pelas atitudes criminosas do estado nazista. De certa maneira, os horrores praticados durante a segunda guerra, de conhecimento geral e irrestrito, colocaram em xeque a consciência moral da humanidade, na medida em que revelaram, com absoluta clareza e eloquência, que o ser humano não é tão grandioso, generoso, honrado e racional como pretendiam as doutrinas idealistas e iluministas sobre a natureza humana⁶⁴. As gravações em filmes e os testemunhos eram provas incontestes das ações mais hediondas que podem ser per-

petradas por qualquer pessoa. Diante da perplexidade produzida pela tomada de consciência histórica dessa atrocidade, a humanidade, em especial o ocidente, voltou-se para a ética como maneira de fixar limites morais às condutas de indivíduos e de estados. Por isso, a primeira ação desenvolvida pela recém criada Organização das Nações Unidas – ONU – foi o estabelecimento formal de direitos fundamentais através da Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada em assembléia geral em 10 de dezembro de 1948⁶⁵. Como nos lembra Ernst Tugendhat, os Direitos Humanos explicitam a tênue fronteira entre a moral e o direito, mostrando a dificuldade ontológica de qualquer separação desses dois campos⁶⁶.

Não resta dúvida de que a segunda guerra mundial é o marco mais visível de uma série de arbitrariedades e mesmo de irracionalidades atentatórias contra a dignidade humana perpetradas pelos “horrores do positivismo trazidos pelo totalitarismo e, em menor escala, pelo autoritarismo”⁶⁷ ao longo do século XX. Diante destas nefastas formas de manifestação de poder ilimitado, várias teorias – jusnaturalismo, liberalismo, utilitarismo, socialismo, etc – buscaram fundamentos para o estabelecimento de limites e todas, de uma forma ou de outra, se socorreram de uma consciência ética humanista. No entanto, o que mantém a perplexidade em todos os estudiosos ou pessoas de sensibilidade é um certo fracasso, em maior ou menor medida, de todas essas teorias citadas no estabelecimento de limites éticos para o exercício do poder, o que leva à questão formulada por Celso Lafer: “Por que as pessoas e as sociedades se tornaram, em diversos momentos do século XX, surdas a uma razão aberta à razoabilidade da tutela do valor da pessoa humana, enquanto ‘valor-fonte’ legitimador do ordenamento jurídico?”⁶⁸ São várias as respostas possíveis para essa pergunta; o próprio Celso Lafer irá buscá-la à luz do liberalismo político de Hannah Arendt. Contudo, essa questão parece reforçar a perspectiva da complexidade, conforme apresentada por Edgar Morin ao afirmar que “nossas finalidades não vão inevitavelmente triunfar, e que a marcha da história não é moral”⁶⁹. Numa perspectiva semelhante afirma Norberto Bobbio que “neste mundo, porém, a glória do justo e a condenação do injusto não estão de modo algum asseguradas.”⁷⁰ Essas são as razões maiores para uma dedicação constante e incansável à busca dos valores éticos que devem orientar a realidade social e a ordem jurídica. Essa lição parece ter sido extraída da II Guerra Mundial e se afirmou no famoso Tribunal de Nuremberg, influenciando não só a sociedade mas o mundo jurídico. A influência capital da segunda grande guerra sobre a teoria e a prática do direito, em especial em relação a resistência ao positivismo jurídico, foi apontada por Chaim Perelman:

“Enquanto a prática jurídica não estava muito distante dos costumes, dos hábitos e das instituições sociais e culturais do meio regido por dado sistema de direito, a concepção positivista do direito podia expressar de modo satisfatória a

realidade do fenômeno jurídico. Mas, com o advento do Estado criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível, mesmo os positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuaram a defender a tese de que a 'Lei é a lei', e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela. Uma lei injusta, dirá Radbruch, não pertence ao direito. Esta revolta antipositivista não deixará de ter importância na Alemanha do pós guerra, pois permitirá aos tribunais condenar um oficial que matara um soldado que se ausentara sem ter pedido permissão, e que pretendia ter se pautado por uma ordem de Hitler (Hatastrophenbefehl) que autorizava qualquer membro das forças armadas a matar imediatamente qualquer desertor, covarde ou traidor. O Tribunal Federal, em seu acórdão de 12 de julho de 1951 (B.G.H.Z., 3,94), recusou-se a reconhecer à ordem do Führer a qualidade de uma regra de direito e condenou o oficial ao pagamento de indenização à mãe do soldado executado sem julgamento.”⁷¹

O problema da resistência que reluta em admitir uma fundamentação ética no direito e a questão da emergência da consciência ética ao interior da teoria jurídica deve ser pensado em dois níveis fundamentais: o epistemológico e o ontológico. No nível epistemológico devemos analisar as influências dos pressupostos metateóricos⁷² da ciência moderna – positivista – sobre o direito, bem como as formas de conhecimento produzidas acerca do fenômeno jurídico, objeto de estudo da ciência do direito. Já no nível ontológico devemos analisar a origem jurídica do direito positivo e as categorias estruturais que o conformam.

Do ponto de vista epistemológico, o direito sofreu forte impacto dos pressupostos metateóricos da ciência moderna, especialmente no que diz respeito ao caráter instrumental da techno-ciência. Essa por sua vez, incorreu num problema de base que foi sua progressiva desumanização, admitindo-se que o processo criativo orientado por valores poderia ser substituído por procedimentos técnicos padronizados. Eis aí a dicotomia formada pela separação entre valor e técnica. No entanto, trata-se de falsa dicotomia, pois, antes de mais nada, a ciência e a técnica são ações humanas e toda ação humana é aberta a uma dimensão axiológica. “Em se tratando de um ato humano, sua natureza implica necessariamente a intenção de um fim e a posição de um valor.”⁷³ No caso da prática científica, sobretudo, há uma relação essencial entre a atividade humana e um valor fundamental para a humanidade que é a verdade. Isso poderia ser facilmente percebido se a própria verdade não tivesse sofrido, na modernidade, uma alteração substancial de seu sentido. Enquanto para os antigos a verdade era um conceito axiológico, capaz de distinguir como virtuoso aquele que a alcançasse, para os modernos a verdade tornou-se um conceito instrumental, valiosa apenas pelo que ela permite que seja feito por aque-

les que a possuem. Foi, exatamente, essa apropriação instrumental da verdade que permitiu que a ciência moderna fosse cada vez mais dimensionada como pura tecnologia⁷⁴. Deu-se a tecno-ciência, interessada mais na manipulação dos fenômenos para a obtenção de fins específicos do que na realização de valores éticos ao alcance de todos ou, ao menos, da maioria. Em outras palavras, a tecno-ciência constituiu um campo político muito mais voltado para a técnica do poder do que para o discernimento sapiencial do justo⁷⁵. Nesse sentido, Henrique de Lima Vaz: *“A nova idéia de Razão [instrumental] se manifesta exatamente na constituição de um tipo de ciência que se funda numa relação de fazer — uma relação técnica ou experimental — entre o homem e o mundo. Como termo desse tipo de relação, o mundo se apresenta como campo de fenômenos que se oferece à atividade conceitualizante e legisladora da Razão e à atividade transformante da técnica.”*⁷⁶ Essa mentalidade atingiu em cheio o coração do mundo jurídico através do paradigma do positivismo jurídico que reduziu o direito a uma técnica de poder voltada para a regulação social, especialmente para a decidibilidade de conflitos. Evidentemente que é inegável essa finalidade do direito, mas reduzi-lo a isso foi o passo fatal para uma prática jurídica dissociada dos fundamentos éticos. Nesse espaço vazio da ausência da fundamentação ética, a epistemologia jurídica do positivismo apresentou, principalmente, a legalidade — legalismo jurídico — ou o fato social — sociologismo jurídico — como manifestações empíricas e critérios últimos para a intervenção normativa decisória nos casos de conflitos juridicamente relevantes. Dessa maneira, reduziu o direito a mera técnica de poder e afastou dele sua dimensão ética essencial: os valores que fazem com que a ciência jurídica possa ser identificada como “direito” e não “torto”:

*“O positivismo jurídico, oposto a qualquer teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia dos valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial. Elimina do direito qualquer referência a valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo que é subjetivo, portanto arbitrário.”*⁷⁷

A ambição da ciência moderna em conhecer e controlar a natureza foi transposta para o campo da cultura, onde pretendeu usar os mesmos métodos para *“submeter o pensamento social e político, bem como o pensamento ético, aos princípios epistemológicos e às regras metodológicas da nova ciência da natureza, ciência de tipo hipotético-dedutivo e tendo a análise matemática como seu instrumento conceptual privilegiado.”*⁷⁸ Esse modelo epistemológico que afetou o direito através do paradigma do positivismo jurídico, também o afetou através do paradigma

do direito natural que na modernidade, séculos XVII e XVIII, foi apresentado por autores como Puffendorf e Wolff⁷⁹ como sistemas dedutivos e axiomáticos, onde os preceitos jurídicos poderiam ser apreendidos com precisão através de um procedimento lógico empreendido pelo raciocínio analítico. *“A universalidade hipotética que está no fundamento do Direito Natural moderno tem a mesma estrutura epistemológica e obedece às mesmas regras metodológicas que caracterizam as ciências modernas da Natureza, cujo paradigma é dado pela mecânica galileiano-newtoniana.”*⁸⁰ É claro que esse modelo axiomático do jusnaturalismo foi transposto, na forma de jusracionalismo, para o positivismo legalista influenciando, sobretudo, os países do sistema jurídico da *civil law*. Com efeito esse modelo de racionalidade analítica influenciou toda a teoria jurídica, especialmente na sua forma de fragmentar a realidade para recompor o todo a partir das partes elementares, nas quais o movimento é pensado a partir da causalidade mecânica. Essa perspectiva disjuntiva, transposta para toda a sociedade política acaba por produzir uma concepção ao extremo individualista do ser humano, além de acarretar vários dualismos. Nos termos de Lima Vaz:

*“Ao ser transposto para esse nível de inteligibilidade, o problema fundamental da sociedade política é formulado como um problema de cooptação de partes elementares – a partir do átomo social que é o indivíduo – e de composição de forças – a partir da força social elementar que é o egoísmo individual... É na trilha desse problema que a evolução do pensamento moderno no campo social e político será marcada por dualismo e oposições aparentemente irreduzíveis: entre o indivíduo e a sociedade, entre a moralidade e a legalidade, entre o privado e o público e, finalmente, entre o Estado e a sociedade civil.”*⁸¹

Esse modelo fragmentador e disjuntivo do raciocínio analítico foi crucial para retirar do direito o seu fundamento ético, razão pela qual é impossível pensar em emergência da consciência ética na teoria jurídica sem questioná-lo. A retomada da ética como critério cumulativo de fundamentação do raciocínio jurídico passa, necessariamente, por essa reflexão epistemológica, onde o paradigma da complexidade se coloca como alternativa metateórica ao positivismo e ao idealismo. A perspectiva conjuntiva da complexidade nega, epistemologicamente, essa fragmentação atomizante levada a cabo pelo raciocínio analítico e permite que os fenômenos sejam compreendidos na sua totalidade (complexa). Assim, o direito pode até ser apreendido por dimensões diferenciadas – vigência, eficácia, fundamento, etc – mas essas dimensões jamais poderão ser tomadas de maneira estanque. Por essa concepção epistemológica complexa, a prática jurídica poderá ser renovada por uma nova forma de conhecimento produzida acerca do fenômeno jurídico. Naturalmente, a idéia de ser humano que se liga a essa concepção também será complexificada,

de maneira a compreendê-lo como uma totalidade bio-psíquica-cultural. Com efeito, podemos ter uma concepção integral de ser humano na base de uma concepção integral de direito, de maneira que o objeto do direito não será a conduta humana normada, mas o ser humano que vive e atua no mundo. Dessa perspectiva humanista não se pode olvidar o fundamento ético.

Deve-se ter em conta que a retomada da consciência ética na teoria jurídica, desde uma perspectiva da complexidade, não se confunde, de forma alguma, com nenhuma forma de fundamentalismo. Seja um fundamentalismo de tipo jusnaturalista que considera necessariamente jurídica qualquer dimensão da moralidade, mesmo sem levar em conta qualquer norma de identificação ou critério de vigência, seja um fundamentalismo de tipo positivista que considera intrinsecamente justa toda norma do direito positivo⁸². Em síntese, o fundamentalismo considera justa toda norma de direito, como se o direito sempre e necessariamente se manifestasse eticamente. Porém, consoante o pensamento complexo, é sabido que as diferenças, contradições e desordens são inerentes as organizações, razão pela qual não se pode formar nenhum tipo de convicção a priori acerca da ocorrência de acontecimentos ou da realização de valores. Não se deve acreditar que numa organização complexa algo necessariamente irá acontecer dessa ou daquela forma, pois as inúmeras conexões tornadas possíveis em função de uma realidade multidimensional, dinâmica e incerta, marcada por interações e processos endo-exocausais apresentam sempre uma miríade de alternativas possíveis e não uma única perspectiva. Portanto, a realização ética da norma jurídica deve ser encarada, sempre, como uma possibilidade e não como algo inexorável. O reconhecimento dessa complexidade epistemológica própria do direito é importante, de um ponto de vista ético, por três razões básicas: 1) Destroi a ingenuidade ou a má consciência que afirma que qualquer norma jurídica, abstrata (lei) ou concreta (sentença), deve sempre ser considerada justa; 2) Mostra que da mesma forma que é possível a aplicação da norma sem legitimidade ética, também é igualmente possível a aplicação da norma eticamente legítima que será uma das alternativas possíveis da realidade complexa; 3) Coloca claramente a responsabilidade ética do operador jurídico que na organização complexa deverá se orientar por valores e princípios consagrados não apenas no plano histórico mas, também, na teoria do direito e no ordenamento jurídico, especialmente no plano constitucional. Portanto, diante das alternativas possíveis, a mais adequada pela qual deve optar o operador jurídico, é sem dúvida, aquela que possuir legitimidade ética, podendo ser considerada justa. Certamente esse é um processo de luta pela realização de valores, no plano jurídico, diante de uma realidade aberta e incerta, longe de qualquer fundamentalismo.

Como afirmado anteriormente, o problema da resistência que reluta em admitir uma fundamentação ética no direito e a questão da emergência da consciência ética ao interior da teoria jurídica deve ser pensado tanto na perspectiva epistemológica como ontológica. Feita a visada na primeira perspectiva, resta fazer uma análise de um ponto de vista ontológico, onde devemos examinar a origem jurídica do direito positivo e as categorias estruturais que o conformam.

Consoante à moderna teoria jurídica o direito positivo, no sentido de direito posto pelo estado – portanto ainda numa perspectiva monista – se subordina à constituição como momento maior de sua realização ou manifestação. Por seu turno, a constituição tem como fundamento sócio-político a nação e como origem jurídica o poder constituinte que a cria⁸³. Um dos problemas fundamentais que se coloca acerca do poder constituinte originário, criador da constituição, é exatamente o dos *limites* de sua atuação, o que recoloca claramente a questão nuclear da presente reflexão: “Há limites éticos para as disposições normativas do direito positivo?” Sobre esse ponto, a doutrina tradicional costuma caracterizar o poder constituinte originário como inicial, autônomo e incondicionado. É inicial porque a constituição que irá criar é a base sobre a qual se desdobrará a ordem jurídica; é autônomo porque só compete a ele decidir como será a constituição; é incondicionado porque não se subordina a qualquer tipo de regra prefixada. Alguns autores chegam mesmo a usar a expressão *ilimitado* para afirmar que não há nenhuma força de direito que possa restringi-lo⁸⁴. Ora, muito embora a doutrina, ou boa parte dela, reconheça essas características de autonomia e incondicionalidade, a idéia de um poder constituinte originário totalmente ilimitado pode chegar, no limite, ao absurdo. Certamente agrediria não só ao sentimento popular mas, também, à consciência jurídica um poder constituinte que negasse qualquer direito fundamental ou que se desviasse dos pilares democráticos de sustentação do estado. Como imaginar uma constituição, de um ponto de vista eminentemente jurídico, que negasse princípios como do devido processo legal ou da reserva legal? Como exigir obediência jurídica diante de tal barbárie? A afronta à consciência jurídica é tamanha que seria difícil reconhecer tal diploma como uma constituição. Em outras palavras, a idéia de uma ausência total de limites para o poder constituinte originário tem sentido muito mais retórico para o ensino do direito constitucional do que efeito prático, pois só é efetivamente admissível enquanto a elaboração constitucional não ande distante de costumes e valores socialmente aceitáveis. Isso significa que o poder constituinte originário não pode ser compreendido apenas como um fato, como algo que *é*, mas também como um valor, como algo que *deve ser*, pois *é*, sobretudo, aí que se radica o fundamento de sua legitimidade. Nas palavras do constitucionalista Paulo Bonavides:

“Os governantes, comandando e postulando obediência em nome dessas regras ou desse sistema de organização [poder constituinte], podem, contudo, ter sua autoridade questionada, numa interrogação de legitimidade acerca da licitude ou dos limites da sobredita obediência. Se isso acontece, principia então uma reflexão que obrigatoriamente se inclina para o exame dos valores cuja a presença justifica tanto o comando como a obediência. O poder constituinte deixa de ser visto como um fato, como o poder que é ou que foi, para ser visto como um fato acrescido de um valor; como o poder que deve ser, conforme o título de legitimidade que lhe sirva de raiz ou respaldo na consciência dos governados... A grande descoberta ou o grande passo que a Ciência deu e a que se reportava o abade Sieyès é indubitavelmente o que procede da verificação de que o poder constituinte existe como fato. Mas não como fato apenas, senão também como valor, em cujo nome atuam com legitimidade os poderes constituídos... A doutrina do Poder Constituinte não nasce do fato, mas do valor anexo ao fato.”⁸⁵

Com efeito, não resta dúvida de que o poder constituinte originário que institui o ordenamento jurídico é um poder de fato assentado sobre a representatividade da assembléia nacional constituinte, mas a qualidade de *poder jurídico*, ou seja, como poder que pode ser reconhecido como de direito, transcende sua dimensão meramente fática para assumir uma dimensão axiológica. A legitimidade não se refere apenas à representatividade, mas, também, aos fundamentos éticos que, se espera, sejam salvaguardados na constituição nascente.

Para alguns, essa limitação ética do poder constituinte originário seria o direito natural, uma vez que este é apresentado pelos jusnaturalistas como eticamente superior e logicamente anterior ao direito positivo e, portanto, à própria constituição. Embora não se debruce especificamente sobre esse assunto e não se costume comentar este aspecto de sua obra, o próprio Sieyès chega a fazer o seguinte comentário: *“A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural.”* [grifo nosso]⁸⁶ Sieyès não explica as consequências da sobreposição do direito natural à vontade da nação, mas parece admissível considerar que esta seria limitado por aquele. Entre nós, posição semelhante assume Manoel Gonçalves Ferreira Filho a partir da seguinte indagação: *“Qual é a natureza do Poder Constituinte? É ele um poder de fato, isto é, uma força que se impõe como tal, ou um poder de direito, ou seja, um poder que deriva de regra jurídica anterior ao estado que funda?”*⁸⁷ Para essa pergunta, admite duas respostas possíveis: *“Para quem entender que o Direito só é Direito quando positivo, a resposta é que o Poder Constituinte é um poder de fato, no sentido de que se funda a si próprio, não se baseando em regra jurídica anterior. Para os que admitem a existência de um Direito anterior ao Direito positivo, a solução é que o Poder Constituinte é um poder de direito, fundado num poder*

R¹

*natural de organizar a vida social de que disporia o homem por ser livre.*⁷⁸⁸ Diante das duas alternativas possíveis sentencia o Professor constitucionalista: “Na realidade, parece preferível a segunda tese. O Direito não se resume ao Direito Positivo. Há um Direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior a este. Deste Direito natural decorre a liberdade de o homem estabelecer as instituições por que há de ser governado. Destarte o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de direito.”⁷⁸⁹ Apesar de estar presente no universo doutrinário, o recurso ao direito natural como limite do poder constituinte não representa uma posição majoritária nem é a posição que se pretende assumir nesse trabalho. Todavia, trata-se de uma corrente significativa que corrobora com a idéia de uma consciência ética que emerge no âmbito do direito, abraçando valores e princípios que passam a ser considerados como parte da consciência jurídica. O fundamental a considerar é que desde a origem – poder constituinte originário – o direito encontra-se onticamente eivado e submetido a um conjunto de valores históricos que surgem na forma de *fontes materiais do direito*⁸⁰. É bem verdade que, a despeito dessas fontes materiais, a doutrina constitucionalista, em especial a francesa, atribuiu ao poder constituinte uma série de poderes ilimitados, como se o poder de criação constituinte partisse do nada – *creatio ex nihilo* – e a nada estivesse vinculado, numa idéia de onipotência constituinte. Porém, conforme o influente posicionamento de José Joaquim Gomes Canotilho, trata-se de uma posição superada, pois a doutrina contemporânea reconhece a vinculação do poder constituinte originário a princípios éticos que estão radicados na consciência jurídica da comunidade. Assim assevera Canotilho:

“A doutrina actual rejeita esta compreensão [de onipotência constituinte]. Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta ‘vontade de constituição’ pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como ‘vontade do povo’. Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (como princípios suprapositivos ou como princípios supraleais, mas intra-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e onnipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode hoje estar out da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância dos direitos humanos)”⁸¹.

Compreendido o problema da origem do direito positivo, resta enfrentar a questão, ainda dentro da perspectiva ontológica de análise, das categorias estruturais que o conformam. Como é sabido, o positivismo jurídico, aliado à tradição voluntarista, passou a entender o fenômeno jurídico como resultante de um ato de vontade da autoridade competente. Conforme a linha do positivismo adotado essa “autoridade competente” pode ser considerado o estado, via legislativo ou executivo, como no caso dos países alinhados com o sistema da *civil law*, ou ainda pode ser considerada a própria sociedade, nas suas tradições e costumes que alimentam as decisões judiciais, como no caso dos países alinhados com o sistema da *common law*. Pelas mãos do estado, esse ato de vontade da autoridade competente ganha força coercitiva, seja diretamente, impondo seus comandos – *civil law* – ou indiretamente, assegurando judicialmente as tradições e costumes jurídicos da sociedade – *common law*. Além disso, o positivismo jurídico, entendido de maneira genérica, ao afirmar o fenômeno jurídico como realidade jurídica concreta em detrimento a todas as formas de direito natural, assumiu que o modo de apreensão desse mesmo fenômeno jurídico deve ser apenas pelas suas características exteriormente observáveis⁹², ou seja, pela sua forma, independentemente do conteúdo. Assim, sob aspectos distintos ou características mais ou menos peculiares, todas as formas de positivismo jurídico identificam e explicam o direito a partir de duas categorias fundamentais: *força* e *forma*. Em síntese, para o positivismo jurídico somente o direito positivo pode ser considerado direito, que, por sua vez, apenas pode ser identificado como tal quando existente sua coercibilidade e quando manifestado da forma determinada (aquela considerada como jurídica). Esse estatuto positivista de juridicidade que reduz o direito à força e à forma, nega qualquer tipo de preocupação com o conteúdo de suas normas e com seus fundamentos éticos. Nas palavras de João Maurício Adeodato: “Filosoficamente, podemos dizer que o positivismo jurídico caracteriza-se por aceitar que o direito resulta de um ato de poder competente, podendo assumir qualquer conteúdo. Ele é auto-suficiente, é procedimental, é de certo modo irracional quanto ao conteúdo, na medida em que recusa um paradigma externo que configuraria a possibilidade de uma ética ‘necessária’.”⁹³

Muito embora o positivismo jurídico tenha se afirmado no mundo do direito basicamente a partir do século XIX, essa operação que minimiza a ontologia jurídica, apresentando-a somente através das categorias força e forma, pode encontrar uma de suas origens no século XVII, mais especificamente no Leviatã de Thomas Hobbes: “É, com efeito, na obra do autor do Leviathan... que, pela primeira vez, nos tempos modernos, o Direito aparece concebido de um modo formalista – com total indiferença pelo seu conteúdo – e imperativístico, como um ‘comando do ou dos que detêm o poder soberano, dirigido aos seus súditos, publicamente promulgado, determinando o que aqueles devem fazer ou devem abster-se de fazer’.”⁹⁴ A

passagem do estado de natureza para o estado civil é o marco para a instituição de um poder soberano, resultante de um pacto coletivo de sujeição, que se expressa na forma de um Estado detentor do monopólio oficial do processo de produção das leis e portador da força coercitiva necessária para impor seu cumprimento. Para esse Estado nada é injusto, pois o soberano, delegatário de todos os direitos individuais ou pessoais – a exceção do direito à vida –, é a própria manifestação de cada um dos indivíduos participantes do pacto e, para Hobbes, ninguém pode ser injusto consigo mesmo. O momento mais forte da concepção jurídica imperativista e formalista hobbesiana, ocorre quando desvincula o direito da idéia de verdade e, no mesmo passo, o vínculo a autoridade estatal, donde a famosa locução atribuída a Hobbes: “Não é a verdade, mas a autoridade que faz a lei” – *auctoritas, non veritas facit legem*. Nesse movimento, o direito passa a ser concebido exclusivamente a partir da *força* e da *forma* do poder estatal, sem qualquer referência ao seu conteúdo e às exigências éticas desse conteúdo que estariam implícitas na idéia de “verdade” historicamente trabalhada pelos filósofos. Vale notar que a restrição à noção de verdade, como aparece no *Leviatã*, não é um problema epistemológico, na medida em que não se coloca em discussão a veracidade fática da norma como fenômeno jurídico, mas sim ontológico, pois apresenta o direito como fenômeno meramente formal e imperativo, sem nenhuma referência a qualquer conteúdo que demarcasse exigências éticas. Eis a afirmação de Thomas Hobbes:

*“Num Estado, a interpretação das leis da natureza não depende dos livros de filosofia moral. Sem a autoridade do Estado, a autoridade de tais filósofos não basta para transformar em leis suas opiniões, por mais verdadeiras que sejam. Tudo o que escrevi neste tratado sobre as virtudes morais, e sua necessidade para a obtenção e preservação da paz, embora seja evidentemente verdadeiro não passa por isso a ser lei. Se o é, é porque em todos os Estados do mundo faz parte das leis civis. Embora seja naturalmente razoável, é graças ao poder soberano que é lei.”*⁹⁵

Qualquer dispositivo somente será lei quando formalizado no ato de vontade do poder estatal, conforme afirma Hobbes: “As [leis] positivas são as que não existem desde toda a eternidade, e foram tornadas leis pela vontade daqueles que tiveram o poder soberano sobre outros.”⁹⁶ Cabe registrar que a estatalidade que se impõe como critério para a existência da lei é a que resulta diretamente do soberano, sem mediações. Nesse sentido, Hobbes é crítico do sistema da *common law*, apesar de ser inglês: “Portanto o que faz a lei não é aquela juris prudentia, ou sabedoria dos juizes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado, e suas ordens.”⁹⁷ Dessa maneira, estão postas as condições para que o direito seja

visto como um conjunto de normas legais, independentemente de seu conteúdo, colocadas pelo estado soberano e destinada a obediência, mesmo que forçada, dos súditos, cidadãos ou qualquer um a que se destine. No comentário de Braz Teixeira:

*“Paralelamente, Hobbes concebe o direito como um conjunto de normas que têm a possibilidade de serem impostas por meio da força, entendendo, assim, que é o aspecto imperativo ou coativo do direito que constitui a sua natureza própria (teoria coactiva do direito), ao mesmo tempo que, vendo na certeza o objectivo primordial da ordem jurídica, afirma a supremacia da lei sobre o costume e as decisões judiciais, opõe-se à força obrigatória dos precedentes, não reconhece a doutrina como fonte de direito, considera os juízes como delegados do soberano cuja função é apenas a de aplicar a lei e não a de criar direito (teoria declarativa da interpretação) e admite que o costume só vale como fonte de direito na medida em que seja tacitamente aceito ou reconhecido pelo soberano.”*⁹⁸

Com essa concepção hobbesiana do direito, as mais fundamentais bases teóricas do positivismo legalista já estão lançadas e irão ser, posteriormente, desenvolvidas na Inglaterra por Jeremy Bentham (1748-1832) e John Austin (1790-1859), na escola que ficou conhecida como *positivismo analítico*⁹⁹. Na França do século XIX, a perspectiva hobbesiana corrobora com os doutrinadores da Escola da Exegese e na Alemanha do mesmo século, com a Escola Pandectista.

Apesar do esforço teórico empreendido por várias correntes do positivismo jurídico, a doutrina em geral não hesita em apontar o *normativismo jurídico* de Hans Kelsen como o mais sofisticado momento do imperativismo – força – e do formalismo – forma – no direito¹⁰⁰. A tarefa precípua que se coloca Kelsen é dar ao direito um tratamento exclusivamente científico, baseado numa epistemologia positivista, buscando nele uma estrutura *a priori*, universalmente observável, isto é, apreendendo o jurídico naquilo que ele tem de específico, de formal, que é, segundo conclui Kelsen, seu caráter normativo: “Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter do normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.”¹⁰¹ Isso significa que a forma específica do direito é a norma jurídica – a forma é a norma – que se manifesta como um nexó lógico de imputabilidade, onde para um fato juridicamente relevante está prevista uma consequência jurídica. Essa consequência é, segundo Kelsen o elemento mais importante do ordenamento jurídico, pois é nela que o direito se realiza como *ordem*, ou seja, de maneira imperativa:

“Na medida em que o ato de coação estatuido pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito – quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada como prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção.”¹⁰²

A teoria kelseniana é sofisticada o suficiente para evitar a utilização indiscriminada ou ingênua da palavra “força”. Kelsen reconhece o direito como uma ordem coercitiva estatal: *“Com efeito, pressupõe-se como evidente que a ordem coercitiva estadual própria é o Direito.”*¹⁰³ Todavia, prefere não considerar, explicitamente, a força como a essência do direito, substituindo-a pela idéia de poder: *“E, então, a solução aqui tentada é apenas a formulação cientificamente exata da antiga verdade de que o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela. É – no sentido da teoria aqui desenvolvida – uma determinada ordem (ou ordenação) do poder.”*¹⁰⁴ Esse poder é, de fato, uma força, ou uma força de fato que é transformada em força de direito, através do estado. O processo de observação e reconhecimento do fenômeno jurídico manifestado como ordem normativa do poder coercitivo estatal, Kelsen reputa como ciência. É a ciência do direito fundada sobre postulados positivistas. Por isso mesmo a idéia de neutralidade perante os valores. A ciência do direito deve ser objetiva e apreender o fenômeno jurídico com precisão e isenção de juízos morais. Aqui reside o aspecto central da resistência que tem a teoria kelseniana à moral e à consciência ética de maneira geral: *“Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever.”*¹⁰⁵ Embasado epistemologicamente pelo positivismo, Kelsen elabora uma teoria disjuntiva que dissocia a validade da norma de seu fundamento ético, de sorte que mesmo injusta mantém sua força coercitiva e está apta a produzir efeitos: *“Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de justiça. O fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva.”*¹⁰⁶ De efeito, o normativismo kelseniano quer explicar o direito *“com total desinteresse relativamente à questão axiológica, por considerar a justiça um ideal irracional, inacessível ao conhecimento.”*¹⁰⁷ Em verdade, esse positivismo jurídico de Kelsen se coloca numa posição indiferente à moral, admitindo que a norma jurídica, de um ponto de vista material, pode ou não realizar preceitos morais ou mesmo violá-los, mas isso é indiferente para o direito como ciência:

“Seria um contra-senso presumir que o direito positivo pode ser justo mas não pode ser injusto. Se o direito positivo não pode ser injusto, também não pode ser justo. Ele apenas pode ser justo ou injusto, ou nem justo nem injusto. Abstrair da validade de toda e qualquer norma de justiça, tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva como daquela que está em harmonia com uma norma jurídica positiva, ou seja, admitir que a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça – o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas – é justamente o princípio do positivismo jurídico.”¹⁰⁸

Como dito anteriormente, essa teoria do direito que recusa toda e qualquer a juízos de valores, evitando o problema da justiça e negando os fundamentos éticos do direito, somente se sustenta na prática enquanto não estiver muito distante das práticas sociais e da consciência jurídica comunitária, pois se os acontecimentos históricos tenderem para experiências mais autoritárias e totalitárias, o direito, refém desse positivismo jurídico, ficará obsoleto como forma de realização da liberdade humana. Daí o que diz Perelman: *“Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentro os quais figura em primeiro plano a justiça.”¹⁰⁹* A filosofia do direito não pode olvidar o fato de que o ordenamento jurídico é uma organização complexa e o direito se sustenta sobre uma racionalidade prática e não teórica. Aqui malogra a intenção positivista que se recusa a aceitar o caráter dialético e dialógico da lógica jurídica, pois *“só dá valor a um saber não controverso, inteiramente fundamentado nos dados da experiência e na prova demonstrativa, desprezando totalmente o papel da argumentação. Com efeito, nem a experiência nem a demonstração lógica permitem a passagem do ser para o dever ser, da realidade para o valor, de comportamentos para normas.”¹¹⁰* Pelo critério lógico-formal da Teoria Pura do Direito não se pode falar em decisão razoável, em escolha justificada e pretensão fundamentada, coisas que são inerentes à razão prática que anima o raciocínio jurídico e que acolhem as valorações próprias da consciência ética. O fato é que o direito se manifesta na vida individual e social, bem como nos tribunais, de maneira complexa e rica em detalhes, sendo impossível para uma teoria tão linear, como o normativismo, explicá-lo com profundidade ontológica e epistemológica. *“Observe-se, para começar que um sistema de direito não se apresenta de modo tão formal e impessoal quanto um sistema axiomático, lógico ou matemático.”¹¹¹* Também é fato no mundo jurídico que, *“contrariamente às teses positivistas, nas decisões judiciais são introduzidas noções pertencentes à moral, algumas que foram fundamentadas, no passado, no direito natural, são hoje consideradas, mais modestamente, conformes aos princípios gerais do direito.”¹¹²*

Com efeito, é possível afirmar que, apesar da epistemologia positivista – hegemônica durante certo tempo – que reduziu a ontologia jurídica à mera manifestação de força e forma, a consciência ética, própria do mundo cultural, mostrou-se inarredável da experiência jurídica e o fenômeno jurídico irredutível na sua qualidade axiológica. Os princípios gerais do direito, a exigência do bem comum e os fundamentos de liberdade e igualdade são ícones que resistiram à violência do formalismo do positivismo jurídico e continuam na consciência jurídica como exigências a serem realizadas política e juridicamente. Evidentemente, a concreção da intenção ética dessa filosofia do direito, depende de uma aplicação da norma jurídica inspirada em valores e princípios. Em última instância, a hermenêutica e a interpretação é que sustentaram e balizaram a consciência ética diante das situações específicas e casos concretos. Daí ser necessário falar-se em fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica.

Recebido para publicação em 15/10/04

José Ricardo Cunha é Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UERJ

2. Notas

1 CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1994, p. 117.

2 Cf. CHAUÍ, Marilena. Ob. cit., pp. 117-118.

3 FERRATER MORA, José. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 126.

4 Cf. GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. A articulação entre consciência ética e consciência histórica será trabalhada de maneira mais detida em seção posterior quando será vista a questão dos fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica.

5 Nesse sentido escreve Paul Ricoeur: "...é em primeiro lugar a injustiça que somos sensíveis: 'Isso é injusto!', 'Que injustiça!', exclamamos." Cf. RICOEUR, Paul. *Em Torno ao Político*. São Paulo: Loyola, 1995, p. 90.

6 CHAUÍ, Marilena. Ob. cit., p. 337.

7 Uma instigante posição que defende a máxima que os fins podem justificar os meios, num contexto ético é apresentada por Peter Singer em seu livro *Ética Prática*, onde o autor defende que em certos casos os meios justificam são sim justificados pelos fins. Essa posição será discutida em seção posterior.

8 Reduzindo-se ao absurdo, ninguém é capaz de conceber a existência humana onde somente haja o que é mal, injusto, ilegítimo, atroz etc....

9 FROMM, Erich. *Análise do Homem*. 12 ed. [s.l.]: Zahar Editores, [197-?].

10 FROMM, Erich. Ob. cit., p. 22.

11 MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Ética, Poder y Derecho: Reflexiones ante el fin de siglo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 59.

12 Idem, p. 60.

13 Ao tratar dessa dimensão subjetiva da ética humanista, Erich Fromm lembra que "o homem, entretanto, não existe 'de modo geral'. Conquanto compartilhe a essência das qualidades humanas com todos os membros de sua espécie, ele é sempre um indivíduo, uma entidade original, diferente de todas as demais. Ele difere em sua mistura particular de caráter, temperamento, talentos, aptidões, tal como difere em suas impressões digitais. Só pode afirmar suas potencialidades humanas concretizando sua individualidade... na ética humanista o bem é a afirmação da vida, o desenvolvimento das capacidades do homem." Cf. FROMM, Erich. Op. cit., p. 27.

14 Cf. Bíblia Sagrada, Edições Paulinas, 11ª edição, I Coríntios, capítulo 6, versículo 12.

15 FROMM, Erich. Ob. cit., p. 27.

16 RUSS, Jacqueline. *Pensamento Ético Contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 1999, p. 5.

17 VAZ, Henrique de Lima. *Escritos de Filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1993, p.137. Para facilitação da compreensão dos termos, temos: HYBRIS: tudo que ultrapassa a medida, excesso, desmedida; costuma indicar o que é desenfreado e violento. DÍKE: deusa Dike, a Justiça; uso ou modo de agir de acordo com o direito.

18 VAZ, Henrique de Lima. Ob. cit. pp. 137-138.

19 Cf. HAWKING, Stephen William. *Uma Breve História do Tempo: do big bang aos buracos negros*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, pp. 35-60.

20 Evidentemente, as reações às descobertas de Einstein foram várias, principalmente durante sua vida como cientista. Entretanto ele sempre soube defender com bastante eloquência suas posições. Caso pitoresco deuse quando foi publicado um livro intitulado *Cem autores contra Einstein*, ao que ele revidou: "Se estivéssemos errados, um autor apenas seria suficiente." Cf. HAWKING, Stephen William. Ob. cit., p. 240.

- 21 HABERMAS, Jürgen. *Teoria Analítica da Ciência e Dialética: contribuição à polémica entre Popper e Adorno*. In *Os Pensadores*, São Paulo: Abril Cultural, 1980, pp. 277-299.
- 22 HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 286.
- 23 HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., pp. 286-287.
- 24 HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 288.
- 25 HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 289.
- 26 Idem.
- 27 HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 292.
- 28 HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 295.
- 29 HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 296.
- 30 HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 297.
- 31 Cf. CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1994, p. 264; JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 69.
- 32 FERRATER MORA, José. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 161.
- 33 FERRATER MORA, José. Ob. cit., p. 159.
- 34 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 96.
- 35 Para a relação entre sujeito, estética e direito, num contexto de radical liberdade cf. CUNHA, José Ricardo. *Direito e Estética: fundamentos para um direito humanístico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- 36 Cf. CHAUÍ, Marilena. Ob. cit., pp. 337-338.
- 37 LEFORT, Claude. *Pensando o Político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 27.
- 38 Edgar Morin apud ALMEIDA, Maria da Conceição de. *Cumplicidade, Complexidade (Comp)paixão*. In: CARVALHO, Edgard de Assis (Org.). *Ética, Solidariedade e Complexidade*. São Paulo: Palas Athenas, 1998, p. 22.
- 39 Cf. VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 111.
- 40 VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. Ob. cit., p. 124.
- 41 VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. Ob. cit., p. 147.
- 42 Cf. RUSS, Jacqueline. *Pensamento Ético Contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 1999, pp. 31-58; MORIN, Edgar. *A Ética do Sujeito Responsável*. In: CARVALHO, Edgard de Assis (Org.). *Ética, Solidariedade e Complexidade*. São Paulo: Palas Athenas, 1998, pp. 71-77; VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. Ob. cit., pp. 176-177;
- 43 VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. Ob. cit., p. 176.
- 44 JONAS, Hans. *Le Principe Responsabilité* apud RUSS, Jacqueline. *Pensamento Ético Contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 1999, p. 100.
- 45 Cf. VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, pp. 68-70.
- 46 MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996, p. 192.
- 47 MORIN, Edgar. Ob. cit., pp. 126-127.
- 48 MORIN, Edgar. Ob. cit., p. 128.
- 49 Cf. contundente crítica ao racionalismo esclarecido em ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- 50 FIEDLER-FERRARA, Nelson. *Ciência, Ética e Solidariedade*. In: CARVALHO, Edgard de Assis (Org.). *Ética, Solidariedade e Complexidade*. São Paulo: Palas Athenas, 1998, p. 32.
- 51 MORIN, Edgar. *O Método I: a natureza da natureza*. [S.l.]: Publicações Europa-América, 1987, p. 345.
- 52 MORIN, Edgar. Ob. Cit., p. 351.
- 53 MORIN, Edgar. Ob. Cit., p. 250.
- 54 MORIN, Edgar, *A Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Peirópolis, 2000, p. 169.
- 55 MORIN, Edgar. *A Ética do Sujeito Responsável*. In: CARVALHO, Edgard de Assis (Org.). *Ética, Solidariedade e Complexidade*. São Paulo: Palas Athenas, 1998, pp. 68-69.
- 56 PASCAL, Blaise. *Pensamentos*, 878. In *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 269.

- 57 MORIN, Edgar. Ob. Cit., p. 69.
- 58 MORIN, Edgar. Ob. Cit., p. 70.
- 59 Cf. MORIN, Edgar. *A Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Peirópolis, 2000, p.170.
- 60 A contradição entre igualdade e liberdade é histórica e está na base do antagonismo existente entre as principais correntes políticas da modernidade: socialismo e liberalismo. Por outro lado, igualdade e liberdade são igualmente fundamentos da democracia, isto é, “a maior ou menor democraticidade de um regime se mede precisamente pela maior ou menor liberdade de que desfrutam os cidadãos e pela maior ou menor igualdade de que existe entre eles.” BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 8. Em função desse binômio complementaridade/antagonismo, o pensamento complexo é o melhor caminho para entender a relação entre igualdade/liberdade. Também é o dilema entre igualdade e liberdade que está na base da discussão contemporânea sobre Teoria da Justiça. Claramente, para os liberais prevalece o valor da liberdade enquanto para os comunitários prevalece o valor da igualdade, embora os primeiros não abram mão da igualdade e os segundos não abram mão da liberdade. Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- 61 BOBBIO, Norberto. Ob. Cit., p. 10.
- 62 MORIN, Edgar. Ob. Cit. p. 171.
- 63 Cf. BATIFFOL, Henri. *A Filosofia do Direito*. Lisboa: Editorial Notícias, [198-?], pp. 7-50.
- 64 Essa decepção do homem consigo mesmo resultante da barbárie da II Guerra Mundial, pode ser alinhada na esteira da reflexão desenvolvida por Freud em 1917 quando comenta as teorias que provocaram verdadeiras feridas narcísicas no ser humano ao macular seu amor próprio. A primeira destas teorias foi, segundo Freud, a de Copérnico ao afirmar que o planeta Terra não era o centro do cosmo; a segunda foi a de Darwin ao incorporar a espécie humana à escala zoológica, aproximando-a dos macacos; a terceira foi a do próprio Freud ao demonstrar que, por força do inconsciente, o ser humano não era soberano de sua própria alma e que sua consciência não controlava todas as suas atitudes. FREUD, Sigmund. *Uma dificuldade da psicanálise*. Obras Completas. Apud PLASTINO, Carlos. *Sujeito e História em Marx e Freud*. Revista de Teoria Jurídica e Práticas Sociais do Núcleo Interdisciplinar de Direito e Sociedade da UFRJ, Rio de Janeiro, Vol. 1, 1989, pp. 65-66.
- 65 Comenta Norberto Bobbio: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido, e essa prova é o consenso geral acerca de sua validade.” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26.
- 66 TUGENDHAT, Ernst. *Lições Sobre Ética*. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 12.
- 67 Cf. LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 79.
- 68 Idem ibidem.
- 69 MORIN, Edgar. *A Ética do Sujeito Responsável*. In: CARVALHO, Edgard de Assis (Org.). *Ética, Solidariedade e Complexidade*. São Paulo: Palas Athenas, 1998, pp. 68-69.
- 70 BOBBIO, Norberto. *Ética e Política*. Lua Nova Revista de Cultura e Política do CEDEC. São Paulo, nº 25, p. 140.
- 71 PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 94-95.
- 72 “As concepções constitutivas do paradigma da modernidade – determinismo, racionalismo, materialismo – não são conclusões do trabalho das ciências modernas, mas, ao contrário, ‘crenças’ a partir das quais o empreendimento científico da modernidade foi organizado. Não constituem resultados do trabalho teórico mas pressupostos metateóricos desse trabalho.” PLASTINO, Carlos. *Prefácio*. In: CUNHA, José Ricardo Ferreira. *Direito e Estética: fundamentos para um direito humanístico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 13.

73 VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 202.

74 Essa análise ocorre num prisma exclusivamente filosófico, pois de uma perspectiva mais sociológica é evidente que a tecnologização crescente da ciência ocorre devido aos fortes interesses do capital que, apresentando a ciência na forma de aparelhos tecnológicos, a transforma em produto de mercado, pronta para o consumo.

75 VAZ, Henrique C. de Lima. Ob. cit., p. 140.

76 VAZ, Henrique C. de Lima. Ob. cit., p. 162.

77 PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 91.

78 VAZ, Henrique C. de Lima. Ob. cit., p. 163.

79 VILLEY, Michel. *Liminaire: Données historiques, Archives de philosophie du droit*, Paris, 9(1): VII-IX, 1966 APUD AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e Contexto Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 97.

80 VAZ, Henrique C. de Lima. Ob. cit., p. 165.

81 VAZ, Henrique C. de Lima. Ob. cit., p. 166.

82 Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Ética, Poder y Derecho: Reflexiones ante el fin de siglo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 11; BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 225-229.

83 Conforme teoria esboçada no famoso opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?* de Emmanuel Joseph Sieyès. Tradução portuguesa: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: que é o terceiro estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

84 Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 54; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 25. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 34.

85 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 138.

86 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: que é o terceiro estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 117.

87 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1986, p.21.

88 Idem, ibidem.

89 Idem, ibidem.

90 Em síntese, as Fontes Materiais podem ser entendidas como o resultado de um processo histórico que determina um conjunto de fatores sociais e de valores que influenciam a produção concreta do direito. “As fontes materiais não são, portanto, o direito positivo, mas tão-somente o conjunto de valores e de circunstâncias sociais que, constituindo o antecedente natural do direito, contribuem para a formação do conteúdo das normas jurídicas, que, por isso, têm sempre a configuração determinada por esses fatores, que também encerram potencialmente as soluções que devem ser adotadas na aplicação das normas jurídicas.” DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 259.

91 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 77.

92 BATIFFOL, Henri. *A Filosofia do Direito*. Lisboa: Editorial Notícias, [198-?], pp. 22.

93 ADEODATO, João Maurício. *Ética, Jurnaturalismo e Positivismo no Direito. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. Recife, nº 7, 1995, pp. 12-13.

94 Cf. TEIXEIRA, Antônio Braz. *Sentido e Valor do Direito: introdução à filosofia jurídica*. Portugal, s.l., Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990, p. 74.

95 HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 171.

96 HOBBS, Thomas. Ob. cit., p. 175.

97 HOBBS, Thomas. Ob. cit., p. 168.

98 TEIXEIRA, Antônio Braz. Ob. cit., p. 74.

99 Idem, ibidem.

100 Apesar de notória a afirmação, apenas como exemplo cf. TELXEIRA, Antônio Braz. *Sentido e Valor do Direito: introdução à filosofia jurídica*. Portugal, s.l., Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990; BATIFFOL, Henri. *A Filosofia do Direito*. Lisboa: Editorial Notícias, [198-?]; REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

101 Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 5.

102 Kelsen, Hans. Ob. cit., p. 37.

103 Kelsen, Hans. Ob. cit., p. 78.

104 Kelsen, Hans. Ob. cit., p. 238.

105 Kelsen, Hans. Ob. cit., p. 78.

106 Kelsen, Hans. Ob. cit., p. 55.

107 TELXEIRA, Antônio Braz. Ob. cit., p. 78.

108 Kelsen, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 11.

109 PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 95.

110 PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 476.

111 PERELMAN, Chaïm. Ob. cit., p. 477.

112 PERELMAN, Chaïm. Ob. cit., p. 479.

3. Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. *Ética, Jasnaturalismo e Positivismo no Direito. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. Recife, nº 7, 1995.

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ALMEIDA, Maria da Conceição de. *Cumprimento, Complexidade (Compatção)*. In:

CARVALHO, Edgard de Assis (Org.). *Ética, Solidariedade e Complexidade*. São Paulo: Palas Athenas, 1998.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e Contexto Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BATIFFOL, Henri. *A Filosofia do Direito*. Lisboa: Editorial Notícias, [198-?].

Bíblia Sagrada, Edições Paulinas, 11ª edição.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Ética e Política*. Lua Nova Revista de Cultura e Política do CEDEC. São Paulo, nº 25.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1994.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CUNHA, José Ricardo. *Direito e Estética: fundamentos para um direito humanístico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERRATER MORA, José. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FERRER FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1986.

FIEDLER-FERRARA, Nelson. *Ciência, Ética e Solidariedade*. In: CARVALHO, Edgard de Assis (Org.). *Ética, Solidariedade e Complexidade*. São Paulo: Palas Athenas, 1998.

- FROMM, Erich. *Análise do Homem*. 12 ed. [s.l.]: Zahar Editores, [197-?].
- GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria Analítica da Ciência e Dialética: contribuição à polémica entre Popper e Adorno*. In *Os Pensadores*, São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- HAWKING, Stephen William. *Uma Breve História do Tempo: do big bang aos buracos negros*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- HOBBES, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988.
- LEFORT, Claude. *Pensando o Político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Ética, Poder y Derecho: Reflexiones ante el fin de siglo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MORIN, Edgar. *A Ética do Sujeito Responsável*. In: CARVALHO, Edgard de Assis (Org.). *Ética, Solidariedade e Complexidade*. São Paulo: Palas Athenas, 1998.
- MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.
- MORIN, Edgar. *O Método I: a natureza da natureza*. [S.l.]: Publicações Europa-América, 1987.
- MORIN, Edgar. *A Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Peirópolis, 2000.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Loyola, 1993.
- PASCAL, Blaise. *Pensamentos*, 878. In *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PLASTINO, Carlos. *Sujeito e História em Marx e Freud*. *Revista de Teoria Jurídica e Práticas Sociais* do Núcleo Interdisciplinar de Direito e Sociedade da UFRJ, Rio de Janeiro, Vol. 1, 1989.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RICOEUR, Paul. *Em Torno ao Político*. São Paulo: Loyola, 1995.
- RUSS, Jacqueline. *Pensamento Ético Contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 1999.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: que é o terceiro estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- TEIXEIRA, Antônio Braz. *Sentido e Valor do Direito: introdução à filosofia jurídica*. Portugal, s.l., Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- TUGENDHAT, Ernst. *Lições Sobre Ética*. Petrópolis: Vozes, 1996.
- VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1993.

Palavras-chave: complexidade-positivismo- pós-positivismo.

O presente artigo busca as condições para uma relação entre ética e direito a partir do paradigma epistemológico da complexidade. Inicia apontando a consciência ética como condição ontológica do sujeito para poder fazer a crítica da clivagem entre ciência e ética, decorrente, sobretudo, do positivismo como marco epistemológico e forma de ver o mundo. Após, enfatiza a condição social-histórica do ser humano como produtor de valores que buscam ajustar o mundo conforme sua consciência que, por sua vez, também recebe os influxos do mundo. Aborda o problema específico da complexidade das opções éticas em contextos de conflitos de valores, próprios das sociedades plurais. Por fim, apoiado numa compreensão pós-positivista da teoria jurídica, apresenta as perspectivas históricas e epistemológicas para considerar-se a ética como um dos fundamentos do direito.

Keywords: complexity - positivism - post positivism

The work searches the conditions for a relationship between ethics and law from the epistemic paradigm of complexity. It begins looking at the ethical consciousness as the subject's ontological necessary condition to criticize the science-ethics cleavage, which results mainly from positivism as an epistemic mark as well as a way of seeing the world. Afterwards, the author emphasizes the socio-historical condition of the human being as a value-producer, seeking to adjust the world to his/her consciousness, which in turn gets world inflows back. It deals with the specific problem of the complexity of ethical choices in contexts of value strife typical of plural societies. Lastly, based on a post positivistic understanding of legal theory, the author presents the historical and epistemic perspectives that support ethics as one of law's foundations.