

Recebimento do artigo: 07/04/2008

Aprovado em: 30/08/2008

João Maurício Adeodato

Recife, Brasil

jmadeodato@globo.com

Sumário

1 Objetivos do texto. 2 Os problemas principais. 3 Uma justa concepção de positivismo jurídico.

Resumo

Este texto tem por objetivo geral considerar um conceito de dignidade da pessoa humana e outros fundamentos filosóficos do direito constitucional – sobretudo seus fundamentos éticos, mais do que os gnoseológicos – sob uma perspectiva positivista. Defende que não é correta a afirmação de ser o positivismo contra a ética em geral, acusando-o de visão cientificista, que considera o direito de forma “pura”, dissociado de tudo o mais, de valores e de contextos sociais. No mínimo pode-se dizer que nem todas as formas de pensamento positivista são assim. O direito passa a ser visto exclusivamente como fenômeno empírico, este o sentido de “positivo”, ainda que os positivistas diverjam sobre as características desse fenômeno. Por isso a moderna positividade dogmática da dignidade da pessoa humana, nas constituições hodiernas, tem sido um das causas da crescente importância do direito constitucional e de sua aproximação com a filosofia e a teoria geral do direito.

Palavras-chave

Dignidade da pessoa Humana. Positivismo. Filosofia. Teoria geral do direito.

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Graduado pela Faculdade de Direito do Recife, mestrado e doutorado pela Faculdade de Direito da USP e pós-doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Humboldt. Membro do Conselho Consultivo da Revista Mestrado em Direito do UNIFIEO.

Abstract

This text aims at considering a concept of human dignity and other philosophical basis to constitutional law – mainly its ethical basis, rather than the epistemological – under a positivistic point of view. It argues that it is incorrect to assume that juridical positivism is against ethics in law, to accuse it of Scientifics' excess, formality of “pure” theories, apart from values and social contexts. At least not all forms of positivistic thought are like this. Law comes to be seen exclusively as an empirical phenomenon – this is the meaning of “positive” – although positivists diverge over its characteristics. This is why the modern dogmatic positivation of human dignity in constitutions has been one of the causes for the increasing importance of constitutional law and its approximation of philosophy and general theory of law.

Key words

Dignity. Positivism. Philosophy. General theory of law.

214 **1 Objetivos do texto**

Este texto tem por objetivo geral considerar um conceito de dignidade da pessoa humana e outros fundamentos filosóficos do direito constitucional – sobretudo seus fundamentos éticos, mais do que os gnoseológicos – sob uma **perspectiva positivista**. Nesse sentido, defende que não é correta a afirmação de ser o positivismo contra a ética em geral, acusando-o de uma visão cientificista, que considera o direito de forma “pura”, dissociado de tudo o mais, de valores e de contextos sociais em geral. No mínimo pode-se dizer que nem todas as formas de pensamento positivista são assim.

Adota-se aqui ainda, como sempre, uma **postura retórica** na análise do problema, procurando colocar essa complexa relação metodológica entre positivismo e retórica, diante da temática dos direitos subjetivos, oriundos da chamada **dignidade da pessoa humana**.

A noção dessa dignidade foi construída, pelo menos na cultura ocidental européia, da qual o Brasil constitui uma das periferias, a partir da síntese colocada pelo jusnaturalismo, a filosofia do direito natural. Esta se baseia na idéia de que a dignidade da pessoa humana, a fonte dos direitos subjetivos, é um **princípio externo e superior** a todo e qualquer direito positivo, ou seja, na concepção de que há certos conteúdos normativos que valem por si mesmos, independentemente daquilo que os detentores circunstanciais do poder político e jurídico pretendam determinar como direito positivo. Este é o primeiro dos dois grandes problemas da filosofia do direito: há normas jurídicas fora e acima do sistema de direito positivo ou direito é a conduta efetiva? Ou direito é aquilo que o Estado ou outra instância empírica qualquer determina como tal?¹

O grande desafio da pós-modernidade, porém, diante da maior complexidade social, é que desaparecem aquelas bases morais comuns que permitiram a predominância absoluta da retórica jusnaturalista durante tanto tempo. Em que pese a força da tradição, o pensador contemporâneo vê com preocupação que o direito natural não consegue mais responder as grandes questões que se colocam, desde a filosofia do direito, até a decisão jurídica concreta. Aquelas normas, pretensamente válidas por si mesmas, deixam de ser “evidentes”, pois as bases axiológicas comuns das sociedades mais simples dissolvem-se na complexificação social, em grupos sociais nos quais torna-se difícil encontrar consenso sobre problemas dos mais pueris do cotidiano. O direito sofre uma **sobrecarga de demandas** com as quais a dogmática jurídica moderna não consegue lidar plenamente.

¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica** – para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p 261 s.

Por outro lado, há a perplexidade trazida pelo positivismo jurídico, com a submissão do conceito de legitimidade ao de legalidade que defende, enfatizando a validade formal das fontes do direito, colocando o conceito de dignidade da pessoa humana, por assim dizer, à mercê dos poderes constituídos, ou, pelo menos, das regras estabelecidas por eles – sejam mais ou menos democráticos. Hans Kelsen, falando na cidade de Göttingen, após a Guerra de 1945, causou celeuma quando lhe perguntaram se o sistema nazista era jurídico, era um sistema de direito, pergunta à qual respondeu afirmativamente. Para um positivista, o direito nazista era contra Kelsen, judeu e democrata, mas era direito.

Por isso mesmo, o positivista tem sempre presente que essas escolhas axiológicas racistas, eugenistas, exclusivistas podem voltar e procura meios empíricos, como as ameaças normativas do direito positivo, para inibi-las. Os positivistas do outro lado, porém, também procurarão fazer sua parte. Aí a arena do conflito.

É nesse sentido a perplexidade do aluno iniciante no estudo do direito, ao ser questionado sobre se “é direito” apedrejar mulheres sob acusação de adultério ou decepar membros por furto. Todos sabem do fenômeno empírico que ocorre a partir de decisões de tribunais de outros países, mas a acepção de direito “justo” é parte importante da expectativa no discurso, a ponto de provocar a resposta negativa. É a velha e vexatória questão sobre se decisões de tribunais efetivamente embasadas em leis gerais prévias (“praticar adultério, sanção morte por apedrejamento”) podem deixar de ser chamadas decisões “de direito”.

Em outros termos, a modernidade assiste à **dissociação** entre as idéias de direito e as de justiça, aparecendo o positivismo, logo no alvorecer dessa fase histórica, em suas vertentes mais extremadas como as da Escola da Exegese, como arauto da submissão do direito ao pacto político, o direito relativamente independente da sociedade, por meio do procedimento: o mundo jurídico como mundo constituído à parte, auto-referente do ponto de vista ético.

Aí a expressão “dogmática jurídica” e suas características fixadas pelos primeiros positivistas: o sistema político, as ideologias em conflito que resolvam se o aborto é ou não juridicamente viável, isto é, declarem em um texto o conteúdo valorativo escolhido autonomamente, o dogma, e que o juiz e demais agentes jurídicos só entrem em ação para decidir o caso após a decisão genérica tomada pelo legislador, para aí simplesmente aplicá-la subsuntivamente ao conflito concreto com que se depara².

² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede et. **De l'Esprit des Lois**. Paris: Garnier, nouvelle édition, s/d, Livro XI, 6.

216 Então, a relativa emancipação do direito em relação à moral, à religião e a outras ordens normativas é o preço para controlar os conflitos nessa imensa complexidade social que caracteriza a modernidade. O “evidente ético” desaparece.

Uma das teses centrais que se procura argüir aqui afirma que é ilusório e disfuncional um conceito de fundamento ético, de direitos subjetivos, de direitos humanos ou de dignidade da pessoa humana, que esteja **fora do direito positivo** e a ele superior. É fruto daquele mesmo engano de achar que o direito natural é o direito “do bem”, pois insurge-se contra o direito positivo, enquanto este é o direito submisso ao “mal”, aos poderosos de plantão. Parece preferível uma sociedade de celerados tementes à lei, como diria Kant, a uma sociedade de santos que viram a luz, pois estes só seguem a luz que descobriram.

E muitas vezes essa luz é inconciliável e intolerante para com outras visões de mundo. Se os primeiros cristãos eram jusnaturalistas que contradisseram e impulsionaram o direito positivo mediante o inusitado conceito de igualdade entre os homens, não se deve esquecer que Hitler também era um jusnaturalista, que viu sua luz contrária a um direito positivo da República que ajudou a destruir.

Assim o direito passa a ser visto exclusivamente como fenômeno empírico, este o sentido de “positivo”, ainda que os positivistas divirjam sobre as características desse fenômeno. Por isso a moderna posituação dogmática dos direitos humanos, nas constituições hodiernas, tem sido um dos grandes móveis da crescente importância do direito constitucional e de sua aproximação com a filosofia e com a teoria geral do direito.

O problema filosófico é que “dignidade humana” é um conceito, retórico como todos, cuja efetivação depende fundamentalmente de uma ideologia, de uma concepção de mundo; como essas concepções variam rapidamente, individualmente pulverizadas na modernidade, parece que é só no âmbito normativo da posituação do direito que tal discussão pode acontecer. A sociedade contemporânea modifica-se com esse esvaziamento de conteúdo axiológico, esse abandono da idéia de uma justiça em si, no momento em que o positivismo coloca legitimidade como sinônimo de legalidade e uma decisão legítima passa a ser aquela que está de acordo com as regras pré-fixadas pelo sistema jurídico-positivo (validade dogmática), independentemente de seu conteúdo.

O dogma da norma positivada é a questão fundamental: mesmo se o juiz quiser decidir (em sua concepção) de forma *contra legem*, não deve expressamente dizer que o está fazendo, precisa apelar a outros dogmas positivados (fontes) que fundamentem sua decisão, pontos de apoio “de dentro” do sistema. Mas o positivismo vai se afastando da rigidez exegética, elastece-se e modifica-se, ampliando o papel do caso

concreto: os pontos de apoio dogmáticos sempre existem, desde que o decididor saiba fazê-lo e consiga convencer seus colegas (os juízes, unidos, jamais serão vencidos).

Para não aplicar o contrato de prestação de serviços educacionais e permitir que o aluno inadimplente permaneça na faculdade sem poder pagá-la, porém, o juiz não pode fundamentar sua decisão no fato de o mantenedor “ser rico” e o aluno, “pobre”, por exemplo, pois não há no sistema um “ponto de partida” (fonte do direito válida, vigente e pertinente) que conceda ou negue direitos subjetivos à vaga na faculdade em função do patrimônio ou poder econômico das partes.

O juiz precisa buscar, por exemplo, a partir dos tipos programáticos do art. 3º da Constituição Federal, o conceito jurídico de dignidade numa “sociedade justa e solidária”, para “promover o bem de todos”, com o objetivo de fundamentar positivamente (no sentido de “acordo com o direito posto”) sua decisão, argumentando dogmaticamente que a norma constitucional superior prevalece sobre o contrato entre o mantenedor e o aluno. Aí, dentre outros, já tem uma meta-regra dogmática para seu argumento: *lex superior derogat inferiori*.

Como esses textos, que alegadamente vão fornecer os fundamentos da decisão, podem ser muito elásticos, de vagueza e ambigüidade incontroláveis pela coação racional, sobretudo nos casos-limite, é muito provável que as convicções subjetivas e personalíssimas do decididor acabem por desempenhar o papel central. É o que ocorre em casos como o do aborto, em seus diversos matizes, de pesquisas em células-tronco ou das relações entre religião e Estado. Mas, em uma sociedade na qual o direito positivo está dogmaticamente organizado, esse **arbítrio subjetivo** não deve ser explicitado, é preciso que o discurso tome por base aqueles textos e demais fontes componentes do ordenamento jurídico.

Mais ainda diga-se que, se o positivismo filosófico é cético a respeito da natureza humana e das grandes soluções onipotentes, por outro lado é o siamês a respeito da igualdade e da democracia. Este é um lado importante do positivismo contemporâneo, que não se confunde com o positivismo exegético do começo do século XIX. O direito positivo dogmático abdicou de um conceito válido em si mesmo, de uma concepção ontológica de dignidade da pessoa humana, para inserir esse conceito democrático na luta pelo poder de colocar em vigor e de realizar, sob determinado consenso, temporário e circunstancial, a ideologia que parecer mais adequada a cada grupo social vencedor.

A dignidade da pessoa humana, na democracia viabilizada pelo direito positivo dogmático, tem por base a igualdade radical entre os seres humanos, como disseram

218 Rousseau e Kant³, assim como na concepção do homem como fim em si. Hannah Arendt também vai afirmar que só entre iguais e dentro de um espaço público, o poder é possível e só assim o ser humano é livre⁴. Por isso, como na Grécia clássica (metaforicamente, pois as diferenças são enormes), o tirano não é livre, ele não está entre seus iguais. Mesmo considerando que a igualdade grega era aristocrática, oligárquica, a idéia é a mesma: são necessários igualdade e espaço público para viabilizar o poder político.

2 Os problemas principais

Fixar os limites do espaço público e estabelecer as regras dessa igualdade é função do direito. Daí a transformação da igualdade na isonomia. Nesse desempenho, os juristas defrontam-se com problemas de ordem gnoseológica (como conhecer e determinar “o direito” diante do caso concreto) e ética (como separar o lado “correto” do incorreto). Esses problemas vão ser aqui apenas mencionados, não podem ser devidamente fundamentados em artigo breve como este⁵.

Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana deve ser abordada a partir de uma postura “retórica”, em oposição a uma “ontológica”, tal como explicadas em outro lugar⁶. A retórica é aqui compreendida, filosoficamente, como maneira de experimentar o mundo humano, observando-o, julgando-o, conhecendo-o, mas também estando nele, vivendo essa rede de conexões. Esse é o tema da própria relação entre retórica e filosofia, remontando às origens gregas da civilização ocidental e ao debate humanista trazido pelos sofistas e socráticos, após o declínio da filosofia naturalista dos pré-socráticos.

A atitude retórica tem **três subdivisões** de enfoque. Como maneira de “experienciar” o mundo, a retórica é um **método**, mas não um método do tipo indução ou dedução, nem tampouco os métodos tradicionais dos hermeneutas, em suma, não no sentido tradicional da expressão “método”. A retórica é um método, no sentido de condição humana para agir no mundo, constituindo o ser humano nessas

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**, trad. de Lourdes Santos Machado. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983, Cap. VII; KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. WEISCHEDEL, Wilhelm (Hrsg.). **Werkausgabe** - in zwölf Bände. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1977, Bd. VII, p. 74 e 81 (BA 87 e BA 97).

⁴ ARENDT, Hannah. **The human condition**. Chicago/London: The University of Chicago, 1958, p. 52.

⁵ Isso é feito em ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23 s.)

⁶ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2005 (3ª ed. rev. e ampl.), p. 235 s.

“realidades em que vivemos” (Blumenberg).

Depois, e este é o sentido dominante, a retórica é também uma **metodologia**, no sentido de coordenação de estratégias para agir nesse mundo e obter efeitos desejados: quando se diz que algo é “mera retórica”, quer-se significar “essa retórica não é a minha”, “não concordo com essa retórica”, pois tudo é retórica, tentativa de controle intersubjetivo da linguagem.

E a atitude retórica pode se pretender **metódica**, enquanto análise tentativamente neutra e desinteressada dos métodos (padrões nos quais efetivamente ocorre comunicação, *modus vivendi*, comportamentos individuais, condutas sociais) e das metodologias (técnicas, tecnologias, estratégias para interferir sobre os métodos, todas focadas no sucesso), além do estudo das relações entre ambos os níveis.

Ter perspectiva retórica não significa abominar o prumo metodológico, falar por aforismos ou mediante *insights* e comentários superficiais, o que pode querer sugerir intimidade com a história da filosofia, mas demonstra, no mais das vezes, confusão conceitual, leituras desordenadas e pouco cuidado com as fontes de pesquisa.

Um segundo problema é também milenar e adquiriu grande relevância na modernidade: em que consiste (o que é) o direito, uma questão que, na tese aqui proposta, resume-se, em grande medida, a saber **de onde** ele provém: o problema das chamadas **fontes do direito** (*fons-fontis*), uma metáfora de longa tradição na doutrina jurídica. Utilizando a mesma nomenclatura dessa doutrina tradicional, o objetivo é diminuir sua ambigüidade. Assim é que se definem os conceitos classificatórios de fontes “primárias”, “secundárias”, “materiais” e “formais”, buscando separar os domínios semânticos da filosofia do direito e da dogmática jurídica. Assim pode-se mais bem entender o que significa dizer que a Constituição é uma fonte do direito⁷.

Para a filosofia do direito interessam as fontes não-dogmáticas do direito, no sentido de “fontes das fontes”, isto é, as raízes primeiras, os dados que dão origem às fontes dogmáticas formais. Antes de a dogmática jurídica formalizar seu conceito de fontes primárias em “leis”, “jurisprudência”, “costumes”, “tratados” e “contratos” etc., todas muito discutidas.

Esses fundamentos seriam superiores ao direito efetivo, real, positivado, daí poder dizer-se um “fundamento de direito natural”. Mas não necessariamente um direito natural transcendente, assumidamente meta-empírico, baseado em conceitos metafísicos como “vontade geral”, “palavra de Deus”, “espírito objetivo” ou “consciência coletiva”. Há quem defenda concepções sobre fatores alegadamente empíricos, como “luta de classes”, “raça” ou “instituição”. Em resumo, sem consi-

⁷ HAESAERT, Jean-Polydore. **Théorie générale du droit**. Bruxelles: Bruylant, 1948.

220 deração de seu conteúdo ético, as fontes materiais pretendem validade independentemente do direito positivo, tal como hoje a universalização dos direitos humanos. Os positivistas criticam essa duvidosa e aqui criticada necessidade desses elementos externos, vistos como “naturais”.

Tal contexto vai permitir compreender a retórica positivista decorrente da dogmatização do direito, enquanto método e metodologia. Como esses fundamentos sociológicos, antropológicos, axiológicos, genéticos, ideológicos do direito positivo são de difícil determinação, a dogmática jurídica moderna elimina sua discussão, procedimentaliza-se e concentra-se sobre as fontes formais do direito, como a lei, a jurisprudência, o contrato e a sentença.

Isso é importante: fazendo esse corte formalista, a dogmática jurídica consegue mobilidade extremamente funcional e liberta-se dos problemas filosóficos atavicamente ligados à legitimidade do direito. E aí o conceito de dignidade da pessoa humana passa a ser um conceito jurídico, definido pelo próprio direito positivo, ganhando autonomia e mobilidade semânticas inusitadas, características da modernidade.

Em terceiro lugar, sugerem-se aqui os três pilares de uma postura retórica diante do direito. Primeiro, ela é **histórica**: se, como quer Tucídides, a história não se confunde com a literatura, já que supostamente cuida do que ocorreu e não de um relato, fruto da imaginação do autor, ela se inclui dentre as sete artes liberais, com a gramática e a própria retórica⁸. E é isso o que ocorre na pedagogia retórica: o controle intersubjetivo da linguagem varia no tempo e no espaço (porosidade lingüística).

A outra perspectiva filosófica que apóia a metódica analítica da retórica está no **humanismo**, na retomada da dimensão humana, em sua imensa variabilidade, ligada ao postulado ético da tolerância. Esse movimento humanista, dirigido aos problemas éticos, em detrimento da filosofia da natureza anterior, foi iniciado pela sofística e pela “virada socrática”, na Antigüidade grega, e depois redescoberto pelo Renascimento e pela Reforma protestante⁹. Ele vai preparar a “virada lingüística”, muitos séculos depois.

A terceira perspectiva é o **ceticismo** a respeito da possibilidade de chegar a uma verdade, seja em sentido gnoseológico, como a verdade científica, seja em sentido ético, axiológico. Isso significa uma ética relativamente **cética**, não aquele ceticismo

⁸ THUCYDIDES. **The history of the Peloponnesian war**, trad. R. Crawley. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 5, p. 349-593, Livro I, cap. I [20-22], p. 353-354.

⁹ LAFAYE, Jacques. **Por amor al griego** – La nación europea, señorío humanista (siglos XIV-XVII). Méxio: Fondo de Cultura Económica, 2005.

suicida de aceitar toda e qualquer postura axiológica, mas um ceticismo saudável, pirrônico, imune aos discursos ontológicos, verdadeiros, impostos de cima para baixo pelas grandes soluções.

O **quarto tema** importante nesta lista é a tolerância, cujo aumento de importância no discurso da modernidade recebeu grande impulso quando Gutenberg criou sua técnica de impressão e tornou muito mais complexa – até inviabilizou – a censura da difusão de idéias. A imprensa também faz com que o texto se mundanize, diminuindo seu caráter sagrado e a literalidade de sua interpretação. Como há muitas pessoas a ler, essas passam a ver os textos mais retoricamente e diminuem sua força as teorias da verdade na hermenêutica jurídica, assim como se enfraquecem os monoteísmos ontológicos. O **paradoxo da tolerância** é exatamente de fixar limites: até que ponto se deve tolerar a intolerância. A resposta pode ser formulada assim: até ponto nenhum, pois o direito deve ser intolerante para com a intolerância.

O **quinto problema** é compreender o **papel do direito positivo** como organizador da esfera pública, pois ele se tornou a única forma de garantia do espaço público e do exercício das faculdades humanas. O direito positivo, como sugere Arendt, precisa garantir as regras da política e, assim, o pleno exercício da “humanidade”, a especificidade do ente humano que é a faculdade de ação política¹⁰. O direito nasce da política e se transforma na norma (*nomos*) para as futuras políticas,

Se o direito é visto, desde Pufendorf, como regulação de condutas exteriorizadas, intersubjetivas, a dignidade ontológica do mundo das aparências de Arendt é outro ponto de apoio na fundamentação filosófica da preeminência do direito positivo¹¹. Ser é aparecer e não se devem considerar argumentos baseados em um fundamento ético, um “direito justo e verdadeiro” por trás das aparências (realidades em que vivemos).

Um **sexto ponto** crucial para a discussão sobre a dignidade da pessoa humana é o fenômeno da **positivação** dos chamados “direitos do homem” (“humanos”), isto é, como determinados direitos subjetivos são transformados em “fundamentais”. Aí interessa fixar determinação semântica clara entre os conceitos de direitos **humanos**, direitos **subjetivos** e direitos **fundamentais**, tarefa que parece ser resolvida por meio da relação contém/está contido, como nas categorias de Aristóteles.

Embora muito se tenha escrito sobre a distinção entre essas expressões, uma interpretação da gênese dos direitos subjetivos e de sua recepção, na cultura oci-

¹⁰ ARENDT, Hannah. **The human condition**. Chicago/London: The University of Chicago, 1958, p. 9

¹¹ ARENDT, Hannah. **The life of the mind** (Thinking – Willing), ed. and with an Introduction by Mary McCarthy. New York/London: Harvest-HJB, 1981, p. 37 s.

222 dental, num mundo no qual o direito é positivado e os critérios de justiça são procedimentais, ainda demanda estudo no Brasil, mormente em suas especificidades “subdesenvolvidas”.

Um **sétimo e último problema** deve ser ressaltado. Além da positivação, essa descrição constitucional e legal de direitos passa a ser confrontada com a nova jurisdição constitucional, e o problema do crescimento do poder judiciário em detrimento do legislativo na determinação e na efetivação do direito dogmático.

É daí que surge o problema básico da hermenêutica constitucional (e jurídica como um todo): determinar se e em que medida um texto normativo genérico prévio pode limitar e legitimar uma decisão concreta para um conflito único e irrepetível. Nas respostas, opõem-se como extremos o casuísmo irracionalista, para o qual o juiz cria livremente o direito, e o otimismo da crença ingênua em uma única decisão correta, para aplicação da lei diante dos conflitos concretos.

Repetindo: com a sobrecarga do direito como principal ambiente ético comum, cresce a importância das normas jurídicas na esfera pública. E com a pulverização das demais ordens éticas e seu esvaziamento de significado social e público, crescem as divergências hermenêuticas e exacerbam-se as funções do poder judiciário, em detrimento do legislativo, o elaborador dos textos genéricos, outrora mais importantes. Isso significa uma guinada no positivismo tradicional e faz sobressair a importância da jurisdição constitucional e legal, ou seja, não apenas aquela proveniente de tribunais constitucionais e de outros tribunais superiores, mas mesmo do mais simples juiz singular ou funcionário administrativo.

Esse é o ambiente do conflito entre o ativismo judicial, decisionistas e judicialistas, constitucionalistas simbólicos e defensores do poder legislativo, neoconstitucionalistas guardiões de certa “força moral” da Constituição, órfãos do direito alternativo, patriotas constitucionais, as mais diversas correntes, em suma. A análise retórica do positivismo vai procurar matizes diferentes nesse debate.

3 Uma justa concepção de positivismo jurídico

Ressaltados os problemas principais, discute-se agora se a perspectiva positivista implica necessariamente uma postura antiética sobre a dignidade da pessoa humana, ou mesmo o abandono definitivo dessa idéia.

Parte-se aqui da visão de que o direito é uma das espécies do gênero ética e daí sempre apresenta conteúdos éticos; falando mais vulgarmente, podem-se dizer posturas morais¹². Essas opções estão suscetíveis de ser consideradas más por muitas

¹² Toma-se aqui uma licença didática, pois não é correta a metonímia que coloca ética (gênero) e

peças, mas parece óbvio que determinado conteúdo ético só é incorporado pelo direito, porque pelo menos um grupo significativo de pessoas o considera desejável. “Significativo” pelos mais diferentes critérios: organização, força das armas, dinheiro, maioria. Se todos pensassem que o aborto é abominável, sua permissão jamais seria corroborada pelo direito positivo, como ocorre hoje em vários Estados. O mesmo se pode dizer de temas como a pena de morte e a tortura, a pesquisa em embriões humanos e o divórcio.

O positivismo pode perfeitamente aceitar que o direito tem conteúdos éticos; apenas nega que eles estejam fixados por uma instância superior, externa e independente do direito posto. O problema dos jusnaturalistas, já que o direito positivo não é para eles critério e que os humanos pensam e avaliam diferentemente, é determinar quem vai dizer qual posição é a legítima, racional, natural, válida *de per se*, diante da divergência. Se todos adotassem os mesmos conteúdos éticos, poderiam ser jusnaturalistas e concordar sobre a “natureza das coisas”; por isso o direito natural funcionou tão bem em sociedades menos complexas, mais homogêneas. Assim, a doutrina do direito natural encerra uma arrogância ética, na medida em que procura determinar conteúdo normativo superior ao âmbito humano do discurso.

O positivismo não necessariamente endossa a ética dos detentores do poder, e ainda que tal posição seja positivista, o positivismo simplesmente recusa a imposição de critérios externos e acima do direito posto pela comunidade.

O fato de o positivismo, tal como é entendido e exposto aqui, insistir em ver a ética jurídica dentro de um sistema de normas auto-determinadas, não implica falta de contato com os demais subsistemas sociais como a moral, a política, a economia. O acoplamento estrutural entre os subsistemas, na terminologia de Niklas Luhmann, é importante e revela a abertura do direito positivo para influências externas, oxigenando-o, retroalimentando-o, desde que essas interferências permaneçam sob controle do próprio sistema jurídico. Esse controle garante que não se dê corrupção de códigos, característica da alopoiese, a qual ocorre, por exemplo, quando o direito fica à mercê da política, da corrupção, do compadrio ou das intervenções econômicas, como se vê no Brasil de hoje.

Assim é que o direito positiva as fronteiras da ética, é o “muro”, o “prumo” (*nomos*) mínimo dentro do qual se processam as ordens éticas mais sutis, mais individualizadas, que se consideram mais raras e engrandecedoras da espécie humana, tais como a moral e a religião.

Daí a defesa de duas teses básicas aqui. A primeira considera que o estudo dos direitos fundamentais, mesmo quando realizado no âmbito de uma teoria especi-

moral (espécie) como sinônimos.

224 ficamente jurídica, pressupõe a pesquisa de temas correlatos de filosofia jurídica e política (dentre outros), desde os temas mais antigos em tempos mais recuados, como aqueles do direito natural e dos direitos humanos; isso sem descuidar dos resultados de estudos recentes, que revigoram a discussão sobre a teoria da justiça e o caráter pedagógico dos direitos humanos, preferindo uma ética do discurso de cunho prescritivo, em lugar de analítico.

A segunda mantém esse viés crítico para a construção de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, mas agora já ante uma positivação constitucional determinada, que considera os direitos materiais num contexto específico, o brasileiro. Isso porque, apesar da pretensão de universalidade dos direitos humanos, é preciso levar em conta que o elenco de direitos materiais varia de época em época. As duas perspectivas voltam-se assim sobre a **afirmação histórica** dos direitos humanos e sua **problematização** enquanto direitos fundamentais na modernidade.

Para isso é preciso investigar o processo de como a dignidade da pessoa humana adquire *status* jurídico renovado e mais crucial no mundo contemporâneo, abrangendo a ordem política, social e econômica, e pretendendo tornar-se o núcleo “essencial e intangível” dos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões. Há uma progressiva **ampliação do âmbito semântico** desses direitos fundamentais positivados para abranger, além dos clássicos direitos e garantias individuais, também os direitos coletivos e difusos, sociais, econômicos e culturais, os chamados novos direitos em sucessivas gerações e dimensões. O princípio da dignidade da pessoa humana permanece em seu *locus* tradicional de pólo central dos direitos fundamentais, mas se irradia, na modernidade, no sentido de uma especificação dos direitos fundamentais, que vai das diversas matérias com assento constitucional, até todos os níveis infraconstitucionais¹³.

Com essa positivação, tais direitos adquirem caráter tecnicamente dogmático, ganhando em abstração e complexidade e demandando pesquisa em conjunto que se diferencia da perspectiva mais universalista do projeto ocidental anterior.

Para além da positivação dogmática dos direitos fundamentais, é crucial compreender a intrincada transformação do texto e demais elementos normativos do discurso na norma jurídica concreta, examinando os instrumentos jurídicos para realização desses direitos. Ressaltam, dentre as funções primordiais do direito no Estado democrático, as estratégias para controle da colisão entre direitos e a necessidade de neutralização dos conflitos daí decorrentes. Por exemplo, problematizar as garantias constitucionais do processo, com ênfase nos ditames da inafastabilidade

¹³ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2008.

de do controle jurisdicional e da ampla defesa, assim como observar a natureza e os conteúdos da jurisdição constitucional, as funções das cortes superiores de justiça e as matérias que lhes estão afetas. Em outras palavras, examinar a constitucionalização de procedimentos que objetivam propiciar um exercício efetivo da cidadania e observar o papel **concretizador** das instâncias decisórias e dos cidadãos em geral.

Finalmente, pode-se dizer que a visão positiva da dignidade da pessoa humana, hoje em dia, pressupõe “preparação espiritual”, necessária à perspectiva retórica que se pretende, partindo basicamente de três pontos, que resumem as idéias deste artigo.

Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana demanda **igualdade** jurídico-política entre todos, ninguém é melhor do que ninguém, todos devem falar e todos devem ser ouvidos. Mas também demanda respeito pela história de cada um, pois a igualdade constitui o norte retórico, o *topos* que a vida de cada pessoa se encarrega de individuar, idéia muito diferente daquela que a igualdade matemática quer exprimir (é o que Rui Barbosa queria dizer quando definiu a isonomia como “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”). A igualdade é problema jurídico-político exatamente porque os seres humanos não são iguais em suas potencialidades genéticas, em suas oportunidades na vida e nem no encontro com o acaso (sorte e azar).

Conseqüentemente, em segundo lugar, a visão positiva da dignidade da pessoa humana pressupõe a **democracia**, pois positivismo e democracia nasceram juntos na modernidade e permanecem indissolúvelmente ligados. Sim, pois o que é a legitimidade por meio do voto e da delegação de poderes senão abdicar de normas e de conteúdos previamente estabelecidos e assumir que tudo é discutível e mutável? Claro que o conceito e daí o exercício da democracia permanecem problemáticos, bastando mencionar a discussão sobre as cláusulas pétreas e o direito de maiorias presentes limitarem maiorias futuras.

Em último lugar, arrematando tudo isso, a dignidade da pessoa humana, livre das imposições de um direito válido por sua própria “natureza”, exige a ética da tolerância mencionada: já que todos são juridicamente iguais, já que estão todos em um só espaço público e que não têm a mesma visão de mundo, é preciso ser tolerante com aqueles que pensam diferentemente.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARENDT, Hannah. **The human condition**. Chicago; London: The University of Chicago, 1958.

_____. **The life of the mind** (Thinking – Willing), ed. and with an Introduction by Mary McCarthy. New York; London: Harvest-HJB, 1981.

HAESAERT, Jean-Polydore. **Théorie générale du droit**. Bruxelles: Bruylant, 1948.

KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. WEISCHEDEL, Wilhelm (Hrsg.). **Werkausgabe** - in zwölf Bände. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1977, Bd. VII, p. 74 e 81 (BA 87 e BA 97).

LAFAYE, Jacques. **Por amor al griego**. La nación europea, señorío humanista (siglos XIV-XVII). México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede et. **De l'Esprit des Lois**. Paris: Garnier, nouvelle édition, [s.d.], Livro XI, 6.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: ou princípios do direito político. Tradução de Lourdes Santos Machado. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983, Cap. VII.

THUCYDIDES. **The history of the Peloponnesian war**, trad. R. Crawley. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 5, p. 349-593, Livro I, cap. I [20-22].

Recebimento do artigo: 30/02/2008

Aprovado em: 17/06/2008

Carlos María Cárcova

Buenos Aires, Argentina

e-mail

Doctor por la Universidad de Buenos Aires. Abogado (Universidad de Buenos Aires). Ex Profesor Titular Ordinario de Filosofía del Derecho en la Facultad de Filosofía y Letras (UBA). Profesor Titular Ordinario de Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho (UBA). Ejerce docencia de grado y de posgrado en Universidades Nacionales (UBA/UNR/UNL) y extranjeras (España/Brasil).

Resumen

Este ensayo examina los conceptos de Derecho consonante a la teoría social contemporánea, específicamente por los procesos de globalización.

Palabras-clave

Globalización. Responsabilidad. Teoría social.

Abstract

This essay looks at patterns of law and contemporary social theory, in specific processes of the globalization.

Key words

Globalization. Responsibility. Social theory.

Durante buena parte del siglo XX, la teoría jurídica, estuvo dominada por dos paradigmas tradicionales, el jusnaturalismo y el juspositivismo, con acentuado predominio de este último que, de la mano de un autor tan fundamental como Hans Kelsen primero y luego de Herbert G. Hart, Alf Ross y otros destacados exponentes, había ocupado un espacio canónico. Esto es, había conseguido establecer el “canón” de cientificidad, naturalmente adecuado a sus principios y presupuestos epistémicos y metódicos. Ser un buen jurista, pues, consistía en ocuparse de las normas y de su posible organización sistemática y abordar, entonces, como cuestiones principales, los problemas de consistencia lógica del sistema, de decibilidad y de completitud.

Se soslayaba de ese modo que, en el juego del derecho, creación humana, había – como en toda creación humana – algo más: estrategias, poder, legitimación, reparto, intereses en pugna, interpretaciones, operadores jurídicos, ideologías, representaciones sociales, valores confrontados. Sin embargo, para las concepciones hasta entonces dominantes, tales asuntos no eran materia pertinente del estudio de los juristas, pues éstos debían atender las problemáticas de la validez y no de la facticidad. Y estos dos mundos, el de la validez (deber ser) y el de la facticidad (ser) no resultaban conmensurables.

Pero, a principios de los setenta, el “malestar en la teoría” se hizo progresivamente más intenso y comenzaron a surgir otros modelos explicativos, otras visiones del derecho, que marcharon a la procura de rearticular lo jurídico con lo ético, con lo político, con lo económico, con lo social. Me refiero a las tesis de los comunitaristas como Sandel, Taylor, Walzer, Buchanan; me refiero a la crítica dworkiana al positivismo; me refiero al neo contractualismo de Rawls; a la teoría de la acción comunicativa de Habermas; al deconstructivismo de Derrida, a las ideas de “campo de saber” y “campo de poder” de Bourdieu; a la teoría de los sistemas autopoiéticos de Luhmann; y, por cierto también, a las distintas manifestaciones de la Crítica Jurídica y al Movimiento del Derecho Alternativo y del Pluralismo Jurídico. Estos últimos, dispuestos a explorar y explicar las dimensiones antropológicas, sociológicas y políticas de la legalidad y a transformar esta última de discurso legitimatorio en discurso emancipatorio.

Han transcurrido, desde la época que evoco hasta el presente, largos treinta años y podríamos decir que, como estas últimas corrientes lo afirmaban tempranamente, sólo desde una teoría jurídica multi y transdisciplinaria puede intentarse hoy dar respuesta a los desafíos de la sociedad compleja del siglo XXI.

Repasemos algunos de esos desafíos.

Resulta un lugar común de la teoría política y la investigación historiográfica