

DO FUNDACIONISMO AO COERENTISMO: ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE OS RUMOS DA TEORIA DO DIREITO NA CONTEMPORANEIDADE

FROM THE FOUNDATIONISM TO THE COHERENTISM: SOME NOTES ON THE PATHS OF THE THEORY OF LAW IN CONTEMPORANEITY

Jaci Rene Costa Garcia¹

Resumo: A pesquisa envolve o tema da produção normativa na contemporaneidade e a exigência de uma nova compreensão do fenômeno normativo (ético e jurídico) a partir das interações que ocorrem numa sociedade cada vez mais complexa, onde estão presentes orientações mais ou menos explícitas de uma ética moderna egocêntrica que reproduz uma teoria jurídica reducionista e incapaz de responder satisfatoriamente na atualidade. Partindo-se de uma constatação de que as inovações e as novas tecnologias - bem como o seu correspondente econômico - demonstram a atual insuficiência normativa, a hipótese do trabalho é a de que teorias tradicionais - do tipo procedurais - e que cindem Direito e Ética perderão cada vez mais espaço nas sociedades contemporâneas, necessitando de um repensar do Direito a partir de um paradigma holístico. Assim, tendo como principal objetivo demonstrar que os diagnósticos realizados sob a égide de teorias procedurais estão condenados ao fracasso, a pesquisa aponta um caminho traçado pela Ética clássica que poderá fornecer subsídios a uma Teoria do Direito plural e capaz de absorver as complexidades e produzir respostas oportunas e adequadas.

Palavras-chave: Teoria do direito; Ética; Aristóteles; Kant; Kelsen.

Abstract: The research involves the issue of normative production nowadays and the need for a new understanding of the normative phenomenon (ethical and legal) from the interactions that occur in an increasingly complex society. In this society there are orientations that are more or less explicit, which refer to an egocentric modern ethic that reproduces a reductionist legal theory, unable to answer satisfactorily in the present. Based on a finding that innovations and new technologies - as well as its economic corresponding - show the current normative insufficiency, the hypothesis of this study is that traditional theories - of the procedural type - which split law and ethic, will lose more space in the contemporary societies, what will lead to the necessity of rethinking law from a holistic paradigm. Thus, having as primary objective to demonstrate that the diagnoses made under the aegis of procedural theories are doomed to failure, the research points to a path outlined by classical ethics that can provide foundation to a plural Theory of Law, being able to absorb the complexities and produce opportune and adequate responses.

Keywords: Theory of Law; Ethics; Aristóteles; Kant; Kelsen.

¹ Doutorando em Direito pela UNISINOS, Advogado, garcia@garcias.com.br. Vinculado ao Grupo de Pesquisa Fundamentação Ética dos Direitos Humanos/Linha de Pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização do PPG em Direito da UNISINOS e vinculado ao Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio/Linha de Pesquisa Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização do Curso de Direito da UNIFRA.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como tema a questão do fenômeno normativo na contemporaneidade onde estão presentes orientações mais ou menos explícitas de uma Ética moderna egocêntrica e de uma nova percepção que aflora a partir de nuances da Ética clássica na contemporaneidade, estando a exigir uma nova compreensão da produção normativa “multifonte” e plural a partir dos novos arranjos que se dão em cenários cada vez mais complexos. Partindo-se de uma constatação de que as inovações, as novas tecnologias e o seu correspondente econômico demonstram uma insuficiência normativa, tais questões trazem a lume discussões que envolvem as fontes do Direito, Teoria do Direito e Ética. A hipótese do trabalho é a de que teorias tradicionais - do tipo procedurais - e que tendem a cindir direito e ética não terão funcionalidade numa sociedade que se torna cada vez mais complexa.

Dá-se o *ethos* como uma aquisição coletiva que envolve o encontro dos “eus” em comunidade, permitindo que se fale num *ethos* construído de forma compartilhada e, reflexamente, apresentado sob a forma de um *corpus* teórico em construção permanente a partir de diálogo vivo com a moralidade/realidade. Na tradição Aristotélica esse *ethos* como comportamento aceito, repetido e transmitido possui força normativa legitimada pela sociedade. Desde os gregos o *ethos* teve esta conformação. A partir do século XVII, com a filosofia moderna, a ética passa a ter um tratamento deduzido de uma lógica transcendental (Immanuel Kant) e há uma valorização absoluta do sujeito, mudando-se, portanto, a compreensão teórica da ética.

O giro no plano normativo da Ética também afeta a Teoria do Direito. No presente trabalho o objetivo é demonstrar a tradição jurídica e a crise diante de uma realidade que a normatividade (herança da modernidade) não responde satisfatoriamente.

As crises presentes na contemporaneidade dão azo a que se apresente uma Teoria do Direito que não já não atende suficientemente e que se proponha o confronto com um plano normativo (ético e jurídico) mais amplo, buscando a identificação da teoria ética que - estando na base (ou dialogando) com uma Teoria do Direito - poderá trazer as melhores respostas aos problemas na atualidade. Dessa forma, o problema que se desenha na relação entre Ética clássica e Ética moderna não será objeto de confrontação direta no presente artigo, investigando-se o seu correlato que surge da evidente insuficiência das teorias do direito na contemporaneidade.

Tendo como principal objetivo demonstrar que os diagnósticos realizados sob a égide de teorias fundacionistas² estão condenados ao fracasso, a pesquisa aponta um caminho traçado pela Ética clássica que poderá fornecer subsídios a uma Teoria do Direito plural e capaz de absorver as complexidades e produzir respostas oportunas e adequadas, passando-se pelos seguintes pontos: [i] demarcação do problema, [ii] a cisão entre Direito e Moral, [iii] o fundacionismo em Kelsen e Kant, [iv] a perspectiva da filosofia grega. Nessa linha, o trabalho caminha para uma redescoberta da ética clássica e de seus indicativos para uma Teoria do Direito que se torne capaz de internalizar e dialogar com a Ética na contemporaneidade.

2 DEMARCANDO O PROBLEMA EM TERMOS FACTUAIS: ECONOMIA E NOVAS TECNOLOGIAS COMO NOVOS MÓBILES DA SOCIEDADE GLOBAL

Parece que há um consenso de que a ciência e a economia como produtoras de bem estar e riqueza são indispensáveis ao humano e a sociedade global, não estando na pauta qualquer óbice àquilo que desde muito se denominou progresso, no atual momento, o que move a sociedade global. Ocorre que o plano normativo (vale para Ética e para o Direito) em situações particulares regulam, restringem, impedem, permitem situações que envolvam o “progresso” ou, ainda pior, operam numa completa ausência de regulação em situações nas quais as comunidades econômica e científica esperam a resposta normativa.

No contexto da pesquisa, curial citar Etzkowitz para demonstrar a relação entre ciência e economia numa determinada perspectiva, em especial, ao conceber o conceito de hélice tríplice a partir do estudo das interações entre a Universidade, a Indústria e o Governo em diferentes sociedades e de seus vários papéis na inovação. Com Etzkowitz³ (2009) a inovação é ressignificada a partir da plataforma “hélice tríplice”, permitindo a criação de novos formatos organizacionais impulsionados pela espiral central (que se altera, uma vez que uma espiral substitui a outra em uma configuração de hélice tríplice). Nesse movimento, há uma

² BONJOUR (2003) traz importantes questões sobre fundacionismo e coerentismo enquanto epistemologias que permitem a construção de argumentos capazes de justificar as nossas crenças sobre o mundo. Entre nós, SARTORI E GALLINA (2010) trazem contribuições sobre epistemologia contemporânea envolvendo fundacionismo e coerentismo. Como não é objeto do trabalho a distinção conceitual dos modelos, ao longo do trabalho a distinção aparecerá numa perspectiva pragmática, qual seja: no embate entre as teorias do direito delimitado pelo problema de pesquisa.

³ O Autor traz uma importante reflexão sobre as novas relações entre Universidade-Indústria-Governo que exige um repensar do papel da Universidade no século XXI, inserindo-se a inovação e o empreendedorismo como marcas de uma nova relação da Universidade. Ao longo do seu texto, nota-se um esquecimento do plano Ético e dos Direitos Humanos.

reciprocidade que visa melhorar o desempenho uma das outras em busca da excelência, esta que só será garantida à medida que aquilo que [i] é descoberto pela pesquisa [ii] passa a ser acessado por todos via produção industrial e, por fim, [iii] gera riqueza e novas possibilidades para o governo e o conjunto da sociedade. Adverte que relações bilaterais tendem a ser conflituosas, afirmando que a tríade proposta também serve ao propósito de desfazer tensões, funcionando o terceiro como espécie de mediador, gerando equilíbrio e reduzindo os aspectos negativos das divergências. A tese da hélice tríplice outorga um protagonismo à Universidade, nas palavras de ETZKOWITZ (2009, p. 207), “o formato organizacional predominante da sociedade baseada no conhecimento”. Conclui que a hélice tríplice resultante das diversas combinações, arranjos e rearranjos, assunção de múltiplos papéis, torna-se a base da criatividade social, de um novo sistema global de inovação.

Da análise do texto, percebe-se uma forte preocupação com o mundo econômico, vinculando o novo arranjo e o novo papel da academia como algo dado e inquestionável, surgindo a Universidade como a esfera institucional que faltava e que, a toda evidência, opera no sentido da maximização da riqueza e passa a integrar o jogo econômico subjacente. Ao teorizar a partir de questões da realidade, promovendo, no plano teórico, a continuidade de um processo que possui uma determinada tendência, aproxima-se do realismo e do pragmatismo norte-americano, numa análise descritiva dos movimentos das organizações.

A partir de uma lógica dialética⁴ demonstra e desfaz determinados antagonismos, deixando evidente o papel a universidade (terceira esfera) como capaz de desfazer as tensões de uma relação anterior polarizada (indústria e governo) e, em todo o texto, resta suprasumida a questão valorativa que orienta a vida em sociedade.

Engelmann (2009) propõe uma resposta ao empreender e ao inovar “sem freios”, ao ponderar sobre os direitos humanos, refletindo sobre as inovações tecnológicas a partir de nano partículas, ingressando num mundo imensamente pequeno de infinitas (e incontáveis) possibilidades, sem marco regulatório específico, tornando-se o cenário ideal para tratar da relação entre ética, direitos humanos e os limites à inovação. A pesquisa de Engelmann⁵

⁴ Em termos de epistemologia, o texto relembra a “Ciência da Lógica” de Hegel, em especial, nas situações em os papéis são invertidos, nas mudanças estratégicas, nos novos modelos organizacionais, nas oposições e suprasunções, demonstrando a tese da hélice tríplice uma condição importante de lidar com o novo num cenário complexo. A questão que permanece em aberto após a leitura do texto é da eticidade e a dos direitos humanos, em especial, a que se refere ao papel do governo, da indústria e da universidade em relação ao campo dos deveres, ou em outras palavras, o texto não responde se existem limites do empreender e do inovar.

⁵ Engelmann propõe uma quarta hélice (direitos humanos) introduzindo a questão axiológica ao conceito de inovação, ampliando e abrindo um caminho para o diálogo produtor com os direitos humanos em prol do ser humano e do meio ambiente. Tendo como marco teórico a hermenêutica filosófica, Engelmann considera a dependência homem/natureza e eleva a natureza a texto (linguagem) para, nessa perspectiva, identificar que o meio ambiente é a condição de possibilidade para a existência (finita) do ser humano, invertendo a relação de

(2009) traz a possibilidade de introduzir a questão axiológica ao conceito de inovação e, ao apropriar-se do modelo da *phrónesis* aristotélica, traz com inerentes ao referido conceito o equilíbrio, a prudência, a ponderação e a moderação na construção de uma razão prática que demonstre que os direitos humanos carregam uma dimensão moral e ética, prestando-se a redimensionar o conceito de inovação para abrigar a responsabilidade com o ser humano e a natureza, não descuidando de que se trata também de um problema que envolve a questão das fontes do direito.

Ao tratar da amplitude das questões que envolvem as fontes do Direito, Pérez Luño (2011) atribui importância para a compreensão das questões debatidas um conhecimento prévio das concepções juspositivistas e jusnaturalistas, com especial atenção ao desenvolvimento do debate ao longo do século XX. O próprio termo “fonte de direito” possui uma multivocidade que dificulta a compreensão e que passa, a partir das teorias do direito, ao domínio do direito e a uma tentativa de explicitação racional. O Autor investiga diversas concepções teóricas, algumas que ampliam o conceito de fontes (Gurvitch, por exemplo) e outras que reduzem o conceito de fontes, afastando aspectos sociológicos e éticos (Ross e Kelsen, por exemplo), interessando à pesquisa demonstrar que a cisão entre Direito e Moral tem prestado um desserviço ao não permitir uma orientação ao Direito num quadro de alta produção normativa.

3 SITUANDO O PROBLEMA NA TEORIA DO DIREITO: A CISÃO ENTRE DIREITO E MORAL PERPETRADA PELA PERSPECTIVA POSITIVISTA

Tradicionalmente o Direito tem se apresentado como o sistema que possui as respostas antes das perguntas⁶, oferecendo previsibilidade e segurança à sociedade. Identificado fortemente com a lei produzida pelo estado (principal fonte), na contemporaneidade, sofre com o influxo das inovações que se dão numa velocidade que permite que se ponha em dúvida o paradigma tradicional de antecipação da regra aos fatos. Em síntese, há um *spam* de

pertencimento, ou seja, o homem depende do meio ambiente e não o contrário. Sem entrar no mérito da proposta, dar-se conta disso passa a ser fundamental para uma humanização daquilo que denominei “progresso” na ciência e na economia.

⁶ Forte influxo de uma tradição que assenta suas bases num pensamento racionalista, cartesiano, do tipo mecanicista que ao comparar o mundo ao inanimado estabiliza o que nunca cessa e passa a permitir um tratamento rigoroso a partir da ideia de correção *a priori*, de certeza, de segurança, pretensões que acabam por se desconstituir diante da dinâmica e da complexidade da vida. Vale dizer que a relação mundo e máquina nunca se equivaleram.

fatos não regulados e, na perspectiva de uma teoria tradicional do direito, indesejáveis pela ausência de previsibilidade e, nessa perspectiva, atentatórios à identidade do Direito.

O desconforto que se pretende apresentar é o de que se busca nas fontes do Direito ou na Teoria do Direito uma resultante acerca de como encontrar respostas às perguntas que se acumulam e se, lentes tradicionais, ainda permitem enxergar respostas. Um problema de fontes ou de teoria do direito ou, ainda, se o diálogo das fontes pressupõe a necessidade uma nova Teoria do Direito onde a moralidade se reconcilie com o direito.

A toda evidência, as novas tecnologias tem trazido um desconforto ainda não experimentado, que se exemplifica com produtos nano, os quais envolvem uma relação extremamente complexa, eis que natureza, empresas, clientes, fornecedores, empregados, instituições bem como o conjunto da sociedade integram esse todo complexo que necessita, minimamente, de regras que permitam a modelagem de um cenário onde o risco está rondando o tempo todo. No exemplo que se traz, percebe-se que há uma interdependência que exige [i] consciência de que há um *locus* de onde se dá a observação e a exigência de uma observação mais sofisticada; [ii] clientes em condições (e ansiosos) por consumir produtos com tecnologia que produza/prometa resultados melhores (nano aplicado a cosméticos, por exemplo); [iii] as empresas querem vender os seus produtos; [iv] os empregados querem um emprego que lhes proporcionem uma remuneração compatível com os seus projetos de vida; [v] o estado necessita de empresas em razão da arrecadação fiscal; [vi] as empresas precisam da sociedade para atingir seus objetivos; [vii] a natureza como fonte de recursos precisa ser preservada ou utilizada racionalmente. O equilíbrio recíproco entre as interações num cenário de interdependência deverá se impor - e não deve ser negligenciado - numa perspectiva de reformulação teórica do direito, com uma estrutura conceitual que permita a compreensão e a produção de respostas.

Como se afirma, a ação e dependência recíprocas, por carregarem a ideia de equilíbrio, são indicativas do caminho a ser percorrido. Mas ainda é uma resposta insatisfatória para algo muito mais complexo. Uma fábula⁷ talvez seja mais representativa das respostas produzidas no interior dos sistemas: a fábula dos porcos assados. Conta a história de como o homem experimentou a carne assada pela primeira vez. Houve um grande incêndio num bosque onde haviam porcos selvagens e, após o fim do incêndio, os homens experimentaram a carne que se encontrava parcialmente assada e gostaram. Conta a história que depois da experiência, toda vez que desejavam comer carne assada queimavam um bosque. Embora a prática bizarra, os

⁷ A fábula não possui autoria conhecida.

aperfeiçoamentos se davam dentro do sistema de assar porcos: [i] os bosques eram escolhidos em locais onde os ventos não atrapalhassem o processo (havia os especialistas em ventos); [ii] criaram-se estruturas para prenderem os porcos e somente soltarem quando o fogo atingisse o ponto ideal; [iii] havia conferências onde especialistas discutiam temas que envolviam desde a indisciplina dos porcos até as melhores madeiras para produção dos bosques; [iv] formavam-se no exterior especialistas e eram produzidas teses visando sempre a melhoria do sistema. Numa ocasião, um trabalhador simples andava com umas ideias que poderiam resolver de uma vez por todas os problemas do sistema e alardeava que tinha encontrado a solução. Tal trabalhador, João Bom-Senso, foi chamado por uma autoridade do sistema para dizer, afinal, que solução teria. João expôs que poderiam obter o melhor resultado se dispusessem o porco suspenso em cima de um braseiro para que o calor, lentamente, assasse a carne e não ficasse parcialmente queimado pelas chamas num processo mais eficiente e menos complexo. O Diretor do sistema lança uma série de perguntas, tais como: na hipótese da tese estar correta, o que fazer com os milhares de pessoas que estão envolvidas no processo, com especialistas formados nas melhores universidades do mundo, com tudo o que foi construído dentro do sistema. João saiu sem ter qualquer resposta, ficando a ideia de que o bom senso nunca se faz presente nas reuniões para a resolução dos problemas do sistema.

A herança de uma escola positivista tem ensinado⁸ a olhar as questões dentro de uma perspectiva de antecipação do todo e de produção de respostas dentro da lógica do sistema como na fábula (até mesmo para que o sistema preserve as suas identidade e permanência). É provável que se tenha de produzir respostas a partir do rompimento com estruturas rígidas e com a abertura para uma horizontalidade normativa com uma multiplicidade de fontes/conhecimentos internalizados a partir da complexidade do externo, da casuística, do exercício de aprendizado de aplicação de um Direito Civil de cláusulas abertas, de uma ação preventiva da sociedade e de instituições com competência normativa substancial, na busca incessante de um equilíbrio, de bom senso, de uma abertura aos postulados éticos (igual

⁸ No ponto, apropriado trazer TEPEDINO (2009) que faz referência a uma aula inaugural proferida pelo Ministro Eros Roberto Grau na Faculdade de Direito da UERJ, ocasião que elaborou uma forte crítica a técnica da subsunção, aproximando interpretação e aplicação a partir do entendimento de que só há norma no momento da aplicação, invertendo a lógica da subsunção que pressupõe a existência a norma antes mesmo da aplicação. Constata que as afirmações do Ministro são coerentes com a sua obra e justifica a elaboração de uma crítica à subsunção presente na jurisprudência do STF (ADI 3689/PA, julgado em 10.5.2007). O Autor conclui que a subsunção parte de duas premissas equivocadas: (i) a separação do mundo abstrato das normas e o mundo real dos fatos, no qual aquelas devem incidir; (ii) a separação entre o momento da interpretação da norma abstrata e o momento da aplicação do suporte fático concreto. Infere que tal processo assume uma legitimidade em tese de todas as normas criadas pelo legislador devendo a sociedade se moldar as regras em abstrato. Se a subsunção prevalece, a norma infraconstitucional prevalece e os princípios constitucionais têm dificuldade de concretização, reduzindo-se a força normativa da Constituição.

consideração e respeito), estes imbricados no conceito de dignidade que é central na ordem jurídica brasileira.

De outro lado, com a aceitação do risco como algo inerente às complexas sociedades do século XXI, não há mais espaço para uma teoria puramente fundacionista (consequencialista, portanto), devendo emergir uma teoria coerentista⁹ capaz de colocar em ação recíproca questões morais, jurídicas, institucionais, sociais e políticas em busca de um equilíbrio e de uma resposta adequada aos anseios de uma sociedade complexa. Assim, talvez a nossa fábula do sistema de assar porcos mereça uma nova interpretação: o bom senso não deve representar uma ruptura com o passado, porém haverá de ser incrementada uma teoria que permita que se fale em relação de concomitância, de uma ação recíproca entre as fontes, de uma adequação sob pressupostos abertos (cláusulas gerais, no Direito Civil, por exemplo) que contribuam para a construção e um espaço de cooperação no momento de aplicação e de resolução de casos concretos. Vive-se o momento da concomitância e da internalização do bom senso redefinido como aceitação de outras formas de normatização como condição de normalização do Direito face aos anseios de respostas ainda não formuladas.

4 O FUNDACIONISMO EM KELSEN E KANT¹⁰: O APRISIONAMENTO NA LÓGICA PROCEDURAL DO ANTECEDENTE-CONSEQUENTE QUE AFETA FORTEMENTE A RACIONALIDADE JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

A pesquisa ao relacionar Kelsen e Kant pretende demonstrar um reducionismo inerente a ambos os modelos que, ao fundarem a teoria num princípio *a priori*, acabam por inserir o mundo da vida numa redoma metafísica que, pela velocidade e multiplicidade de fatos, denunciam, peremptoriamente, que tais teorias já não podem responder demandas no tempo esperado e com a qualidade desejada.

Em Kant e Kelsen o Direito se encontra no plano do dever, sendo que na teoria de Kelsen o fundamento desse dever é um postulado formal. Em Kant, o princípio do Direito é encontrado *a priori*, consubstanciando-se num postulado onde a vontade e a liberdade se

⁹ Um exemplo de teoria coerentista, no sentido do texto, é a teoria dworkiniana ao postular um direito como integridade que - no âmbito da aplicação - utiliza políticas e princípios (normas e valores) numa visão coerente onde os conceitos se apoiam mutuamente. No presente trabalho a teoria de Dworkin não será analisada pela delimitação no interior da pesquisa.

¹⁰ Não há qualquer pretensão de exaustão das teorias, apenas no tópico demonstrar que há um método que aproxima os modelos e demonstram uma exaustão em face de uma realidade extremamente complexa.

reconhecem, surgindo um dever ser– definido na “Lógica”¹¹ e encontrado na Metafísica dos Costumes – que recebe o conteúdo da conduta, aplica na experiência (dever) e deduz se a conduta (ser) é justa, independentemente da existência de uma norma posta. O filósofo propõe uma adequação subsumindo o fato – o ser das condutas humanas – a um dever preexistente, sendo a demonstração dessa unificação uma forma de sintetizar *a priori* o fundamento do Direito.

Kelsen questiona sobre o objeto da Ciência do Direito. Nesta reflexão encontra a norma jurídica como preocupação central. Para o jusfilósofo o Direito é um sistema de normas e a ciência jurídica tem por objeto de estudo o Direito, apresentando uma metodologia aplicável a qualquer sistema de normas e que fornece critérios científicos de interpretação¹².

A Teoria Pura do Direito mantém um diálogo com a Metafísica dos Costumes e, enquanto teoria que impõe limites à Ciência do Direito, com a Crítica da Razão Pura. Percebe-se que até a edição da Teoria de Kelsen, o Direito não possuía uma metodologia jurídico-científica rigorosa e apta a realizar as suas leituras, bem como apontar os seus limites. Nesse sentido, quando diz o que pertence e o que não pertence ao Direito, a Teoria Pura do Direito se converte em verdadeira Epistemologia Jurídica, tendo como grande mérito o de apresentar o Direito para si mesmo e para o mundo, podendo dizer: com esta teoria é possível oferecer respostas com uma maior segurança e dentro de uma normatividade posta¹³.

Percebe-se que a questão fundacionista está presente tanto em Kelsen quanto em Kant. Em Kelsen, o fundamento do Direito é desprovido de conteúdo (essencialmente formal); em Kant, possui um conteúdo derivado da razão (material, portanto). Assim, a dedução do Direito se dá a partir de seu fundamento nos dois autores, servindo, ainda, para unificar e dar coerência ao Sistema de normas postas. Observa-se que o fundamento em Kant se apresenta como algo existente, tanto na Moral quanto no Direito, como um fato da razão que se opõe a uma teoria de um dever abstrato. (HÖFFE, 1986, p. 188-189).

¹¹ O imperativo é definido (Kant, 1992, p. 137): Por *imperativo* em geral deve-se entender toda a proposição enunciando uma possível ação livre pela qual um certo fim deve ser realizado. Logo, todo conhecimento que contenha imperativos é *prático*, devendo aliás ser chamado de prático por oposição ao conhecimento *teórico*, pois os conhecimentos teóricos são aqueles que enunciam, não o que deve ser, mas o que é; portanto, os que têm por objeto *não um agir*, mas um *ser*.

¹² A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesmo reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. (KELSEN, 1962, p. 370).

¹³ Kelsen reconhece a pluralidade das significações e a dificuldade de se pensar a questão da segurança jurídica, quando diz: “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente. (KELSEN, 1962, p. 371).

Tal leitura traz à baila o paralelo existente entre a lógica formal e a lógica transcendental, existindo antes de Kant - como ciência elaborada – apenas a lógica formal que investiga o pensamento em sua forma, prescindindo de todo o conteúdo. Por sua vez, a lógica transcendental de Kant desenvolve também uma ciência do pensar orientada aos conteúdos e estabelece portanto, junto a lógica formal, uma lógica material, porém válida *a priori*. (HÖFFE, 1986, p. 82).

Segue o autor dizendo que a lógica transcendental

não se ocupa pois da variedade de conteúdos concretos, o estudo destes é tarefa das diversas ciências particulares. A lógica transcendental formula a pergunta fundamental: como é possível que o pensamento humano se relacione com os objetos; ela investiga a origem, âmbito e limites do conhecimento real. (HÖFFE, 1986, p. 82).

Qualquer aplicação da lógica¹⁴ permite a dedução, sendo que Kant quando se dedica a elucidação da crítica à analítica da Razão Pura Prática, demonstra que no uso da razão prática há um procedimento analítico que lhe é imanente, nas palavras:

A analítica da razão pura teórica trata do conhecimento dos objetos que possam ser dados ao entendimento, devendo, portanto, iniciar-se pela intuição, e por isso, (já que esta é sempre sensível), pela sensibilidade, avançando só depois aos conceitos (dos objetos desta intuição) para, após essa dupla preparação, terminar com princípios. Por outro lado, como a razão prática não se preocupa de objetos para conhecê-los, mas sim de sua própria faculdade, para torná-los reais (segundo o conhecimento dos mesmos) isto é, ocupa-se de uma vontade que é uma causalidade, ao mesmo tempo que a razão contém o fundamento de determinação da mesma; e embora, como consequência disso, não tenha que proporcionar qualquer objeto à intuição, mas apenas (porque o conceito da causalidade contém sempre a referência a uma lei que determina a relação de múltiplos elementos entre si) como razão prática, uma só lei da razão, enquanto esta deve ser uma razão prática (que é problema próprio), deve começar pela possibilidade de princípios práticos *a priori*. (KANT, 1985, p. 141-142).

Considerando que a razão pura prática parte de princípios *a priori*, Kant (1985, p. 142) diz que terá de ocorrer a divisão da analítica da razão pura prática, de modo semelhante a de um silogismo¹⁵, isto é, passando do geral na maior (princípio moral) por meio de uma subsunção de ações possíveis (como boas e más) empreendidas na menor à conclusão, ou seja, à determinação subjetiva de vontade. É lícito concluir que o mesmo processo ocorre com

¹⁴ A assertiva vale tanto para a lógica formal quanto para a lógica transcendental.

¹⁵ Vernunftschlus.

relação ao Direito, com a aplicação do princípio¹⁶ do direito e a subsunção das normas positivadas a este princípio. Tal raciocínio é analítico e dedutivo.

De forma análoga, Kelsen deduz o seu sistema de normas da norma jurídica fundamental, criando-se um sistema hierarquizado e que estabelece relações entre si. A conflituosidade dessas relações pode ser demonstrada através de enunciados lógicos, o que equivale dizer que ambos permitem um enlace causal e orientam o discurso de fundamentação teórica a partir da aceitação de encadeamentos procedurais no direito.

Pode-se dizer, então, com Victor Delbos (1969, p. 602) que “o kantismo não se opõe a ciência positiva dos costumes, tanto que pretende fornecer a lei suprema da determinação da vontade.” Reconhece Delbos (1969, p. 601) que Kant pressente a importância de um Direito Positivo que regule os comportamentos do homem, nas suas Lições de Antropologia e na sua Filosofia da História, necessitando um “conhecimento científico da ordem dos fenômenos”.

Delbos (1969, p. 430), ao analisar a faculdade de julgar em Kant, revela a metodologia inerente à teoria e considera que nesta se insere o poder de pensar o particular como conteúdo do universal. Em Kant (1968, p. 27), a faculdade de julgar aparece como faculdade legislativa *a priori*, consistindo em pensar o particular como *sob o* ou *abaixo do*¹⁷ universal. Pela descrição das teorias fundacionistas de Kelsen e Kant, embora com variações, percebe-se o rigor racional da construção com um método dedutivo inerente a ambas as construções, aparecendo a norma como premissa que rege a situação concreta, exercendo uma função determinante e, ao mesmo tempo, sendo fator de subsunção do mundo da vida

Na atualidade, Apel (2007) abre uma nova discussão onde sustenta que o campo dos deveres necessita de uma reconstrução hermenêutica e crítica que poderá conduzir a formação de consenso na elaboração de normas concretas relacionadas a situações empíricas e contingentes. A norma fundamental ética em Apel consiste na obrigação para com a metanorma da formação de consenso argumentativo sobre normas relativas a situações, considerando que o discurso argumentativo “é a instância fundamentadora e legitimadora para todas as normas problematizáveis” (APEL, 2007, p. 21), reconhecendo que “somente no contexto e com fundamento nas regras de jogo do discurso é que se poderão fundamentar juízos válidos, teorias, normas, etc., sobre as formas de existências não discursivas, e não eventualmente o inverso”. (APEL, 2007, p. 21-22).

¹⁶ Por princípios Kant entende: “Juízos imediatamente certos *a priori* podem-se chamar princípios na medida que outros juízos podem ser provados a partir deles, não podendo eles próprios, porém, serem subordinados a nenhum outro. Eis porque denominados princípios (inícios).” (KANT, 1992, p. 129).

¹⁷ Kant usa a expressão alemã *unter* que é mantida por Delbos na versão francesa.

Pelas constatações até aqui levantadas, esse processo dinâmico imposto pela eterna disputa entre moral e direito (tendo como correlato o direito natural *versus* o direito positivo) requer a aparição de processos mediadores, de novas leituras, de desfazimentos de oposições, cada vez mais premente às novas exigências no/do Direito na realidade do Século XXI.

Ainda, pertinente referir que uma tradição grega idealista seria possível encontrar aproximações com as teorias de Kelsen e Kant, exemplificando-se com a citação da República¹⁸:

Uma alegoria nos mostrará agora a situação dos homens em face da verdadeira luz. Suponhamo-los cativos, acorrentados num local subterrâneo, com o rosto voltado para a parede oposta à entrada e impossibilitados de ver algo além desta parede. Iluminam-na os reflexos de um fogo que arde fora, sobre uma elevação, em cuja metade passa um caminho bordejado por um pequeno muro. Atrás deste muro, desfilam pessoas carregando sobre os ombros objetos heteróclitos, estatuetas de homens, animais etc. Destes objetos os cativos enxergam apenas a sombra projetada pelo fogo sobre o fundo a caverna; do mesmo modo, ouvem apenas o eco das palavras que os portadores trocam entre si. Habitados desde a infância a contemplar estas imagens vãs, a escutar estes sons confusos cuja origem ignoram, vivem em um mundo de fantasmas que tomam por realidade. (PLATÃO, 1965, p.35-36).

Levando-se em conta que a alegoria traz um modelo idealizado, uma vez que traz um mundo justo e relaciona com o mundo real (sombras), Platão utiliza a arquitetônica grega para descrever o “lugar ideal”, permitindo a realização de inferências entre o ideal e o real, sendo que o primeiro, em tese, pode trazer contribuições ao último. Assim, encontra-se na alegoria a correlação entre justiça ideal e a justiça dos homens, através de um juízo de correspondência entre os dois mundos.

Nessa senda, o que se pretende demonstrar é que na filosofia grega também é possível trabalhar na perspectiva de estabelecer cisões, porém, no capítulo que segue o que se pretende demonstrar - a partir de Aristóteles – é a normatividade que nasce do *ethos* numa perspectiva externalista (de fora para dentro), rompendo, portanto, com os modelos teóricos tratados no presente ponto e servindo de guia ao encontro de respostas ao problema apresentado.

¹⁸ A citação de Platão - no presente ponto - visa apenas demonstrar que o modelo filosófico (Kant e Kelsen) renderia mais homenagens ao idealismo do que a uma filosofia normativa aristotélica. Deixa-se de fazer o aprofundamento do ponto por entender que tal discussão – embora relevante - extrapolaria o objetivo do presente artigo.

5 UMA NOVA (VELHA) PERSPECTIVA FILOSÓFICA: UM RETORNO AOS GREGOS

Há uma questão aristotélica importante que vincula o *ethos* ao hábito e não a uma natureza dizendo que “nenhuma das virtudes morais é em nós engendrada pela natureza, uma vez que nenhuma propriedade natural é passível de ser alterada pelo hábito” (ARISTÓTELES, 2009, p. 67), demonstrando que o campo dos deveres é produção cultural e essa capacidade é aprimorada pelo hábito.

A questão das fontes do Direito e/ou do diálogo das fontes está a exigir uma modificação de comportamento do jurista, em especial, de um afastamento de um modelo hierarquizado, do tipo procedural, para o encontro de um modelo de Direito mais planejado e com capacidade de integrar as diversas fontes normativas sem perder uma orientação axiológica. Percebe-se que com a multiplicidade das fontes normativas, vive-se na polis¹⁹ uma “pequena tragédia”, onde o modelo econômico, nas suas múltiplas manifestações, condena o Direito tradicionalmente concebido à morte (tratado no item 3). O que fazer num cenário de forças em tensão e de um direito que agoniza e observa inúmeras fontes normativas operando simultaneamente no Estado. Como superar problemas constatados por Engelmann (2009) e descritos (item 2) que envolvem ética, inovações (nano)tecnológicas, produção normativa multifacetada e que demonstram a insuficiência do Direito estatal. Tudo indica que um plano normativo ético e jurídico “a reboque” de questões econômicas induzam a um retorno a questão humanista, em ultima *ratio*, um retorno aos gregos como anunciado.

Na Paideia²⁰ há uma preocupação com a formação integral do homem e a tragédia grega de Sófocles (JAEGER, 1969, p. 305-10) ganha especial relevo ao tratar de questões limites que envolvem o humano, que integram as contingências da vida e revelam os valores inerentes ao processo formativo do humano. Interessa ao trabalho a perspectiva de Antígona, pois permite que se pense numa arquitetônica²¹ não linear ou procedural, a partir do conflito *família-estado* onde são desencadeadas uma série de cenas trágicas, produzidas pelo

¹⁹ Realizo uma extrapolação intencional do signo para incluir no seu campo de significação os Estados contemporâneos.

²⁰ Ao definir cultura Abbagnano (2012) traz que “no significado referente à formação da pessoa humana individual, essa palavra corresponde ainda hoje ao que os gregos chamavam *paidéia* e que os latinos, na época de Cícero e Varrão, indicavam com a palavra *humanitas*.”

²¹ “Em todas as ciências, mas principalmente nas racionais, a Idéia de Ciência é o seu esboço (Abriss) em geral ou o delineamento do seu contorno (Umriss), portanto a extensão (Umfang) de todos os conhecimentos a ela pertinentes. Semelhante Idéia do todo – aquilo que, numa ciência, deve se ter em vista e que deve ser primeiramente procurado – é arquitetônica (architektonisch). Exemplo: A Idéia de Ciência do Direito.” (KANT, 2003).

surgimento de duas divergentes posições: de um lado, a consciência de Antígona de estar agindo eticamente e, de outro, a de Creonte. Esclarecendo melhor a origem do conflito, a lei humana e a lei divina aparecem como duas forças rivais na tragédia, ambas refletindo comportamentos distintos.

Após a morte de Polinices e Etéocles²², Creonte, irmão de Jocasta, assume o poder de Tebas. Creonte concedeu, então, todos os rituais fúnebres a Etéocles, que, segundo ele, foi o defensor da cidade até sua morte; por outro lado, deixou Polinices sem os rituais fúnebres e proibindo qualquer cidadão de enterrá-lo, alegando que Polinices era um transgressor da cidade. Além disso, havia uma lei na cidade dizendo que todo aquele que não honrar a cidade até a sua morte, deveria ficar com o seu corpo exposto às aves de rapina, como forma de pagamento por todo mal que causou a polis. E mais, Creonte condenaria a morte quem concedesse os rituais fúnebres à Polinices, tendo Antígona, mesmo sabendo do decreto de seu tio, vindo a conceder os rituais fúnebres ao irmão, seguindo a lei divina de enterrar os mortos. (JAEGER, 1969, p. 305-10).

Ao tomar conhecimento da ação de Antígona, Creonte manda desenterrar Polinices e prender Antígona por ter desobedecido a lei humana. Hémon intercede junto a seu pai, para que solte a noiva e prima, alegando que seu pai estava agindo com falta de temperança. Creonte não aceita o pedido do filho. Quando Hémon entra na prisão para ver Antígona, ela tinha se suicidado. Creonte por intermédio do coro (os anciãos de Tebas), pelo Corifeu (porta voz) e ainda por Tirésias (sacerdote, adivinho) resolve revogar sua decisão. Quando foi a morada subterrânea para soltar Antígona, viu lá seu filho com Antígona morta em seus braços. Hémon acabou se suicidando também com sua própria espada na frente do pai, que implorava para não cometer tamanha loucura. Sabendo que seu filho estava morto, a mãe de Hémon (Eurídice) também se suicida. (JAEGER, 1969, p. 305-10).

²² Situando a Tragédia de Sófocles: Laio, rei de Tebas, descendente da família dos Labdácidas, ao casar-se com Jocasta, perguntou ao oráculo Delfos sobre seu futuro. Este lhe disse que seu filho iria matar o pai e casar-se com a mãe. Laio temendo o oráculo, ao nascimento de seu filho Édipo, ordenou que amarrassem os pés do menino e o levassem para o monte Citerón, para que morresse. Um pastor passando por ali teve compaixão de Édipo e o entregou à rainha de Corinto, sendo que ela não possuía nenhum filho. Ao tornar-se homem, Édipo perguntou ao oráculo qual seria seu futuro. O oráculo lhe informou que ele mataria seu pai e se casaria com sua mãe. Édipo então resolveu sair de casa temendo as profecias do oráculo. No caminho para Tebas matou seu próprio pai em uma disputa, após ter sido insultado. Chegando a Tebas, decifrou o enigma da esfinge que abalava a cidade e como recompensa deram a ele o trono da cidade, casando-se então com Jocasta e tendo com ela quatro filhos: Polinices, Etéocles, Antígona e Ismênia. Após Édipo ter descoberto que tinha matado seu próprio pai e se casado com sua mãe, ele acabou furando seus próprios olhos e Jocasta se suicidou. Após a morte de Édipo, seus dois filhos Polinices e Etéocles começaram a lutar pela posse do trono de Tebas. Em um confronto, eles acabaram se matando um ao outro pelas próprias mãos (SÓFOCLES, 2005).

Do gênero literário, extraem-se diversos elementos importantes e originários do conflito entre as leis humana e divina²³. Estes dois aspectos constituem entre si uma profunda oposição. A lógica dialética consegue captar a contradição existente entre as duas leis, de maneira que não apenas reconhece os estágios contraditórios, mas também busca uma superação destes dois momentos. O resultado dessa superação é uma mediação entre o direito positivo e o direito natural.

Percebe-se na tragédia que Antígona estava agindo de acordo com os laços familiares de sangue, fazendo cumprir a lei divina por uma vontade ligada a lei familiar. Esta lei esclarece que todo aquele indivíduo que morre é digno de ser enterrado com honras fúnebres. A clareza desta lei e a consciência de que ela deveria ser cumprida foi a justificativa que levou Antígona a agir de tal forma - enterrar seu irmão independente de qualquer impedimento que possa surgir de vontades contrárias, justificada pelo fato de ser uma lei da família, cuja finalidade está em ser aplicada não a uma comunidade, mas sim a um grupo de indivíduos desta comunidade.

A problemática da contradição que aparece na tragédia exige reconciliação. De forma breve, caracterizou-se inicialmente a origem do conflito por representarem segmentos distintos da sociedade, quais sejam, o estado e a família. Assim, surgem três aspectos desta oposição: primeiro, o caráter universal da lei divina; segundo, o caráter particular da lei humana; terceiro, a conduta singular de Antígona. A conduta de Antígona é singular por se tratar do particular que se reconhece no universal – isto porque o envolvimento de Antígona que culminou no ato de enterrar o irmão é baseado nos laços de sangue (família). O caso excepciona a norma geral do Estado (polis), mas não exclui a sua aplicação. Diz-se isto, porque aquele que não pertence à família deveria respeitar a norma do estado.

Há que se cuidar para que se preserve a atitude conciliadora em face da contradição existente. O que deve ser feito é uma superação dessa contradição. Portanto, a necessidade de um momento que seja superior àquele contraditório é fundamental, pois do contrário, a partir destes dois polos contraditórios nenhuma solução poderia ser derivada.

O movimento de superação revelará a composição para aquele momento, momento este em que as leis políticas ainda não são o suficientemente fixas, de modo que o Estado, neste caso, não possui maior poder e autonomia do que a família, que representa os dogmas

²³ Aristóteles, na *Retórica*, também se preocupa com a colidência da lei particular (dos homens) e a lei comum (natural), citando, também a passagem de Antígona, quando esta afirma que é justo, ainda que seja proibido, enterrar seu irmão Polínices, por ser justo por natureza. Assim, em resposta à acusação de Creonte, de que estava ela descumprindo a lei particular, Antígona evoca as imutáveis e não escritas leis do Céu.

religiosos. Dessa forma, na medida em que se reconhece o oposto e analisa-se o oposto diante de nossas próprias convicções, aí a atitude de composição de conflitos começa a se revelar.

Dentro do espírito ético grego, o que revela a verdadeira atitude ética é o próprio Coro²⁴ (anciãos de Tebas), composto pelo povo, pois segundo ele, o coro revela esta temperança (meio termo) entre dois opostos tão radicais, de tal maneira que ele elimina o que há de unilateral na atitude tanto de Antígona quanto de Creonte. Verifica-se, então, que a temperança permite que se encontre a reconciliação, demonstrando que a tragédia surge na luta dos opostos que não abrem mão da unilateralidade de suas posições, fato que é estimulado nos processos judiciais tal qual se apresentam e, em sentido oposto, a mediação estimula o acordo e a superação dos antagonismos, que só podem levar a existência das pequenas tragédias que se perpetuam nas decisões em que houve o exaurimento do espaço do diálogo e as soluções se deram por ato exclusivo do poder do Estado.

Os ensinamentos do povo grego, expressos pelos anciãos de Tebas, revelam que a radicalidade das posições em discussão não contribuem para as respostas e, ao contrário, há necessidade de se encontrar um momento superior que se consubstancia na reconciliação das posições em litígio. A atitude que se espera é dependente de uma postura emancipatória dos sujeitos e na busca de espaços onde a voz mediadora do coro encontre ressonância.

A citação da tragédia demonstra a insuficiência das posições egocêntricas, unilaterais, produtoras de conflitos que atravessam as sociedades atuais. O que se pretende extrair dos ensinamentos ao homem grego e que servem ao tempo atual é a questão relativa a uma superação pela coerência, pelo equilíbrio, pela temperança, pelo resgate da capacidade de incluir possibilidades múltiplas. Entende-se que qualquer modelo teórico (ético ou jurídico) que seja incapaz de dialogar permanentemente com a externalidade e com as novas formas de regulação não está em condições de resolver questões e irá fomentar tragédias contemporâneas.

Lima Vaz (1995) analisa a situação da ética na cultura contemporânea realizando uma passagem pela sociedade ocidental nos últimos cinquenta anos, trazendo a formação das racionalidades éticas modernas e, ao pensar a ética contemporânea e seus problemas propõe uma solução através de um retorno aos princípios da ética clássica. Lima Vaz (1995, p. 70) chama a atenção para uma questão central desde os primeiros passos da história da ética: é a ética relativizada pelo ethos ou é o ethos universalizado pela ética? Na questão estão os pressupostos Sofistas e Socráticos, sendo a segunda parte que possibilitou na metafísica

²⁴ O coro não toma parte real na ação, não exerce nenhum direito contra os heróis em luta, mas limita-se à expressão teórica de seus juízos. (SÓFOCLES, 2005).

clássica a formulação de uma ciência do *ethos*, sendo Sócrates considerado o fundador de uma ciência moral e, após, no idealismo de Platão, a Ética se universaliza e anda *pari passu* com a metafísica e suas primeiras noções (o ser, o verdadeiro, o bom).

O giro da modernidade, segundo o Autor, desloca a Ética do pólo metafísico para o pólo lógico e o sujeito passa a ser o legislador²⁵, identificando de imediato uma dificuldade insuperável na ética moderna: “a passagem do *eu* ao *nós* no exercício da vida ética, uma vez que, no seu existir concreto, o agir ético individual tem lugar necessariamente na realidade objetiva do *ethos*, ou seja, na vida ética de uma comunidade histórica.” (Lima Vaz, 1995, p. 71). Como o *ethos* é histórico, a ética moderna se torna descontextualizada e a comunidade ética enfraquece, passando-se a experimentar (chegando à contemporaneidade) o predomínio do lógico e do operacional em detrimento do sentido, nas palavras do Autor houve “a ocultação do pólo metafísico da Razão” (Lima Vaz, 1995, p. 78) o que acaba arrastando as racionalidades éticas para um niilismo dos valores. A solução encontrada por Lima Vaz, citando Robert Spaemann quando este diz “Esgibtkeine Ethikohne Metaphysik” (Não há nenhuma ética sem metafísica), indica que a alternativa para o desconcerto ético do nosso tempo passa pelo reencontro da ética clássica seguindo a trilha aristotélica.

Retornando a nossa delimitação factual da pesquisa (item 2), relembra-se Engelmann e Flores²⁶ (2009) que gravitando em torno da ideia de bem comum e preocupados com os avanços gerados no emprego das nanotecnologias, propõem uma aproximação entre ciência e humanidades, preocupados com a garantia de efetividade do bem comum num possível conflito de interesses com os avanços tecnológicos. (ENGELMANN e FLORES, 2009, p. 310).

Corroborando a ideia, necessário pensar que o conceito aristotélico de *phrónesis* é central por carregar a virtude ética que permite que o sujeito estabeleça diferenciações e possa adotar uma atitude moral, revelando-se a *phrónesis* como uma capacidade reflexiva da pessoa diante de uma situação concreta e da capacidade de escolha da ação moralmente adequada.

²⁵ Em termos de ética, a toda evidência o giro copérnico dado na modernidade por Kant traz prejuízo à concepção da ética aristotélica, uma vez que a razão prática kantiana irá dizer que o homem é um fim em si mesmo e, no campo da ética, a autonomia do sujeito irá fazer com que busque um mandamento para a ação em si mesmo (embora universal e necessário, ou seja, válido para todo ser racional), escapando de juízos a posteriori ou encontrados historicamente, sendo importante demonstrar a necessidade de superação de um modelo de ética deontológica na contemporaneidade (se possível) e o retorno da ética clássica numa versão contemporânea capaz de superar as racionalidades existentes.

²⁶ O marco teórico estabelecido pelos Autores relaciona Aristóteles, Tomás de Aquino e John Finnis, unidos por uma percepção ética comum conformada por uma razão prática capaz de promover o bem comum.

Em síntese, a ética aristotélica, por ser teleológica e voltada a concretude e a ponderação do mundo da vida, é permeada por um “equilíbrio reflexivo” capaz de gerar uma atitude moral e a plena realização da pessoa na sociedade e no Estado.

Nesse ponto, a crítica a uma ética instrumental da modernidade levada a termo por Lima Vaz encontra o texto de Engelmann e Flores (2009) na proposta de retomada de uma ética aristotélica e permite inserir a hipótese de que, a partir dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, ter-se-ia uma fonte legítima para a proposição de regulação das nanotecnologias e dos avanços das novas tecnologias, estabelecendo-se um diálogo produtor e capaz de auxiliar na resposta do problema da pesquisa.

Por fim, a teoria capaz de unificar no campo da linguagem o caráter ontológico e deontológico do Direito²⁷ poderia auxiliar na compreensão e desfazimento dos conflitos pela produção normativa multifonte. Arnaud (2008) explora os prejuízos de um mundo “re-criado” somente pela razão, restando implícita a alusão ao caráter representacional da razão e ao abandono da coisa em si, apontando que ao não considerar a tradição, as crises (da Justiça, do Estado, do Direito) e os impasses vividos são, em grande parte, resultado de um desprezo ao direito natural. Refere a um triunfo do direito positivo nos séculos XIX e XX e que na contemporaneidade, em face da necessidade de pensar o Direito em relação à natureza, questiona se a perspectiva jusnaturalista não seria essencial às demandas existentes. Arnaud (2008) irá propor uma definição da relação entre jusnaturalismo e positivismo no campo da Filosofia e da Epistemologia. A questão é resolvida numa perspectiva epistemológica construtivista em que o conhecimento é um tornar-se, numa perspectiva que se abre entre o objeto e o sujeito, onde o sistema de Direito Positivo e de Direito Natural podem ser mutuamente reconhecidos, ou seja, há um direito forjado na história do pensamento jurídico ocidental, coexistindo o positivo e o natural, podendo ser exemplificado quando o jurista conceitua o direito fundamental como inerente ao homem enquanto homem, atribuindo uma natureza ao direito e, concomitantemente, não excluindo o direito positivo. Sinteticamente, Arnaud (2008) propõe uma superação da dicotomia Direito Positivo e Direito Natural a partir de uma epistemologia construtivista.

Nessa linha, percebe-se que o trabalho de Arnaud tem o mérito de buscar uma relação de complementaridade entre o Direito Positivo e o Direito Natural, o que seria extremamente útil nesta quadra da história, onde as exigências de regulação das diversas atividades humanas

²⁷O Direito Natural e o Direito Positivo permitem uma relação: pode-se dizer que o Direito Natural assume uma perspectiva ontológica (sustentação no ser) e o direito positivo traz como fundamento um dever (deontológico, portanto).

superam a capacidade de produção via direito positivo, sendo apropriado o encontro e a legitimação de outras fontes²⁸ alternativas de regulação das novas situações que se apresentam, em especial, os avanços no campo da ciência e das novas tecnologias.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa visou demonstrar que os diagnósticos realizados sob a égide de teorias fundacionistas já não respondem satisfatoriamente e que há necessidade de um repensar da teoria do direito ainda fortemente afetada pelo paradigma racionalista. Nesse sentido, a direção apontada pela ética clássica traz subsídios para que se pense uma teoria do direito plural e capaz de absorver as complexidades e produzir respostas adequadas a partir das perguntas que se multiplicam num cenário de instabilidade normativa.

Nessa linha, o trabalho demonstrou que as inovações e as novas tecnologias trazem um desconforto ainda não experimentado, que envolvem uma relação extremamente complexa, eis que natureza, empresas, clientes, fornecedores, empregados, instituições, bem como o conjunto da sociedade, integram esse todo complexo que necessita, minimamente, de regras que permitam a modelagem de um cenário onde o risco ronda o tempo todo.

Ainda, o corte abrupto de uma teoria dos valores, levada a termo especialmente por Kelsen, deixa uma lacuna que dificulta ao intérprete do Direito realizar leituras apropriadas a partir do modelo que – virtualmente tragado pela pureza normativa – se afasta do mundo da vida e abandona a possibilidade de construção de respostas. Assim, a doutrina kantiana do Direito e a teoria do Direito de Kelsen se destacam pelo rigor analítico com que as respectivas posições normativas são concebidas e articuladas. Demonstrou-se que as duas propostas aceitam o raciocínio dedutivo e se submetem à razão, sendo tratadas no trabalho como teorias do Direito fundacionistas, servindo de exemplo de construções presentes e que sofrem ataques importantes em face da constatação fática que se encontra na origem da pesquisa e que se consubstancia nas múltiplas fontes normativas que emergem na contemporaneidade por força

²⁸ Dialogando com o capítulo 5, em Kelsen, o problema das fontes ficaria circunscrito ao fundamento de validade, ou seja, a Constituição é a fonte que regula a produção normativa e a norma geral é fonte da norma individual (decisão judicial). Em Hart, o critério de validade e fonte do direito é a regra de reconhecimento, espécie de critério racional (regra) e empírico (teste de realidade) de validação do direito, uma vez que procura responder se a regra de direito é uma regra aceitável e reconhecida pela sociedade a que se refere. Para Dworkin o critério de Hart é insuficiente para justificar o direito, pois entende que um direito inautêntico poderia ser reconhecido e aceito por temor e pelo uso da força. PÉREZ LUÑO (2011) entende que a teoria da integridade de Dworkin e sua concepção de princípios trazem uma nova perspectiva para uma revisão das teorias das fontes jurídicas. Aponta que a filosofia do direito pode ser uma importante fonte do direito, em especial, clarificando o sentido e o alcance da moralidade institucional, servindo de parâmetro orientador da interpretação, uma vez que princípios expressam *standards* ético-políticos institucionalizados que legitimam as próprias Constituições democráticas.

dos avanços tecnológicos e, paradoxalmente, por uma normatividade exigível que rompe com a produção clássica do modelo jurídico. O problema é normativo: por excesso, por ausência e por conflito.

Nesse contexto, as teorias de Kelsen e Kant demonstram que o modelo de herança racionalista trabalha na perspectiva de antecipação e numa lógica de ser o antecedente que responde suficientemente ao contingencial, algo que dificilmente é defensável na atualidade. Forte na constatação, o retorno aos gregos, na proposta do trabalho, buscou na tradição aristotélica e nos comentadores citados ao longo da pesquisa uma nova fonte de legitimidade para a produção normativa e novos indicadores para a teoria do direito, encontrando na conformação do *ethos* uma nova possibilidade de compreensão teórica da normatividade jurídica permeada pela ética.

Por fim, os conceitos estruturantes de antagonismo e reconciliação em *Antígona*, prestaram-se a fornecer as bases para uma solução de conflitos que venha a elidir pequenas tragédias, no sentido de indicar a necessidade da busca de parâmetros éticos e aceitar o seu potencial normativo como fonte de direito, resolvendo-se questões pela temperança, pelo diálogo, pela justificação ética das decisões, recolocando-se o direito na contingência própria da vida.

Ao cabo, a hipótese do trabalho se confirma. As teorias fundacionistas que tendem a cindir direito e ética não terão funcionalidade numa sociedade que se torna cada vez mais complexa, sendo necessário o aparecimento de modelos - do tipo coerentista - com capacidade de abertura cognitiva e horizontalidade normativa, com forte influxo de uma tradição aristotélica como sustentado ao longo da pesquisa.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

APEL, Karl-Otto. A situação do homem enquanto problema ético e solução de conflitos na Era Atômica enquanto problema de uma Ética da Responsabilidade. IN: **Ética e Responsabilidade: o problema da passagem para a Moral Pós-Convencional**. Tradução de Jorge Telles Menezes. Lisboa: Piaget, 2007, p. 17-38 e 189-207.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2009.

BONJOUR, Laurence. **Epistemic justification: internalism vs. Externalism, foundations vs. Virtues**. Malden: Blackwell, 2003.

DELBOS, Victor. **La Philosophie Pratique de Kant**. 3. ed. Paris-França, PressesUniversitaires de France, 1969.

ENGELMANN, Wilson. **As nanotecnologias e a inovação tecnológica: a hélice quádrupla e os direitos humanos**. IN: Anais do Seminário Nanotecnologias: um desafio para o século XXI. 2010.

ENGELMANN, Wilson e FLORES, André Stringhi. A phrónesis como mediadora ética para os avanços com o emprego das nanotecnologias: em busca de condição para o pleno florescimento humano no mundo nanotech. IN: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 36, nº 115, p. 309-25, set. 2009.

ETZKOWITZ, Henry. **Hélice Tríplice: Universidade-Indústria-Governo: Inovação em Movimento**. Tradução de Cristina Hintz. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

FACHIN, Luiz Edson (Coords.) O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. **Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 37-51.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Barcelona-Espanha: Editorial Herder, 1986.

JAEGER, Werner. **PAIDEIA – A formação do Homem Grego**. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Herder, 1969.

KANT, Emmanuel. **Critique de Faculté de Juger**. Tradução de A. Philonenko. Paris-França, Librairie Philosophique J. Vrin, 1968.

_____. **Crítica da Razão Prática**. Rio de Janeiro: Ed. Tecnoprint, 1985.

_____. **Lógica**. Traduzido por Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1992.

_____. **Manual dos Cursos de Lógica Geral**. Tradução: Fausto Castilho. 2. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Coimbra, 1962.

LIMA VAZ, Henrique C. de. Ética e Razão Moderna. IN: **Sintese Nova Fase**. Belo Horizonte, v. 22, nº 68, p. 53-84, jan.-mar. 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Itinerarios doctrinales de las fuentes del Derecho. IN: El desbordamiento de las fuentes del Derecho. Madrid: La Ley, 2011, p. 17-69.

SARTORI, Carlos Augusto e GALLINA, Albertinho Luiz. **Ensaio de Epistemologia Contemporânea**. Ijuí, RS: Editora Unijuí, 2010.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução: Millor Fernandes. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

PLATÃO. **A República**. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo, Divisão Européia do Livro, São Paulo, 1965.

TEPEDINO, Gustavo. O caso da subsunção. IN: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo III, p. 443-5.