



DIREITO E FILOSOFIA: É POSSÍVEL CONSTRUIR UMA TEORIA JURÍDICA COERENTE SEM A REFLEXÃO FILOSÓFICA?

LAW AND PHILOSOPHY: IT IS POSSIBLE TO CONSTRUCT A COHERENT LEGAL THEORY WITHOUT PHILOSOPHICAL REFLECTION?

Rafael Veras Castro Melo

Mestrando em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

Gina Vidal Marcílio Pompeu

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

Editor Científico:

Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva.

Submissão: 23/06/2016

Aprovação: 07/11/2017

RESUMO

Por meio desse artigo, aborda-se a relação entre direito e filosofia, notadamente na perspectiva da possibilidade da existência de uma teoria jurídica coerente sem a reflexão filosófica. Enfatiza-se os pensamentos da filosofia do positivismo, do liberalismo contemporâneo de Ronald Dworkin e da tradição clássica. Constitui-se como pesquisa qualitativa, bibliográfica e teórica. Para tanto, parte-se da análise de Hans Kelsen da cientificidade do Direito, com seus conceitos, a fim de introduzir a defesa do autor de teoria jurídica positivista, com críticas ao jusnaturalismo. Em seguida, estuda-se o pensamento do liberalismo de Ronald Dworkin, para o qual o Direito não pode fazer distinção entre valores, com respeito a todas as valorações com a mesma consideração e respeito. Por fim, aborda o pensamento da tradição clássica, para quem a busca da virtude deve ser o principal eixo norteador da reflexão filosófica. Ao final, avalia-se, através dos autores supracitados e do confronto dialético das tradições filosóficas, se é possível a edificação de uma teoria jurídica coerente sem a reflexão filosófica.

PALAVRAS-CHAVES: Teoria do Direito. Filosofia. Conflito de Tradições.

ABSTRACT

This article discusses the relationship between law and philosophy, especially in view of the possibility of a coherent legal theory without philosophical reflection. It emphasizes the thoughts of philosophy of positivism, of the contemporary liberalism of Ronald Dworkin and classical tradition. It constitutes a qualitative, literature and theoretical research. Therefore, it is normally Hans Kelsen's analysis of the scientific Law, with its concepts in order to introduce the author's defense of positivist legal theory, criticizing the natural law. After, studies the thought of Ronald Dworkin liberalism, to which the law cannot distinguish between values with respect to all valuations with the same consideration and respect. Finally, it discusses the thinking of the classical tradition, for whom the

pursuit of virtue must be the main guiding principle of philosophical reflection. In the end, it's evaluated by the above authors and dialectical confrontation of philosophical traditions, if is possible the building of a coherent legal theory without philosophical reflection.

KEYWORDS: Law Theory. Philosophy. Conflict of Traditions.

INTRODUÇÃO

Por meio do presente artigo, visa-se tratar da possibilidade da construção de uma teoria coerente do Direito sem a reflexão filosófica. Para tanto, analisa-se três das principais correntes de ideias ligadas a teoria do Direito: o positivismo, o liberalismo contemporâneo e a tradição clássica, a fim de estabelecer suas diferenças e suas posições com relação ao tema supracitado, para que se encontre resposta para a indagação colocada.

O positivismo tem como seu principal expoente o jurista Hans Kelsen, que elaborou a Teoria Pura do Direito. Tal teoria foi denominada pelo autor pura porque se pretende sem valores externos ao Direito, como aqueles advindos da reflexão sociológica ou filosófica. Hans Kelsen entendia os valores como subjetivos, pois variariam de pessoas para pessoa e de sociedade para sociedade. Assim, uma teoria do Direito que se pretendesse minimamente científica teria que abdicar dessa reflexão, a fim de se fixar apenas na análise do Direito Positivo.

Hans Kelsen coloca que a estrutura das normas jurídicas é hierárquica, com a norma hipotética fundamental como pressuposto lógico dessa estrutura. Esta é norma objetiva, carente de valores, pois estes não poderiam fazer parte de um Direito científico. Sem tal norma fundamental, todo arcabouço jurídico e esforço para justificar que o Direito é apenas Direito positivo é insuficiente, haja vista que esta fundamenta as outras normas jurídicas positivas, inclusive a Constituição.

Outra corrente em voga é a do liberalismo, especialmente o de Ronald Dworkin, o qual defende a existência de um direito a mesma consideração e respeito por parte do governo com relação aos indivíduos. Esse direito impede que o governo fizesse quaisquer distinções sobre qual vida deveria ser considerada boa para os cidadãos, o que impossibilita o Direito de conter valores advindos de uma reflexão filosófica que buscasse um bem abstrato.

Por fim, a teoria da tradição clássica, originada da filosofia platônico-aristotélica, compreende que o Direito deve pautar suas normas positivas em reflexão filosófica acurada, a partir de uma concepção de busca da virtude. Aristóteles coloca que o bem supremo a ser buscado pelo homem é a felicidade, que, por sua vez, é a procura racional pela virtude. Já a partir do ano de 1980, John Finnis coloca que o objetivo do Direito e da filosofia deve ser a busca do florescimento humano integral, a partir de princípios mínimos e da racionalidade prática.

Do conflito entre essas tradições, deve-se responder a pergunta se é possível uma teoria coerente e científica do Direito sem a reflexão filosófica, como pretende o positivismo de Hans Kelsen. Além disso, questiona-se se é possível o governo ter, na elaboração de suas leis, a mesma consideração e respeito que pretende Ronald Dworkin, sem distinções entre valores. Tal resposta deve surgir do confronto dialético entre as tradições. Para tanto, utiliza-se de uma metodologia de pesquisa qualitativa, bibliográfica e teórica, na qual são explorados livros filosóficos acerca do tema, com vistas a comparar dialeticamente as concepções existentes, a fim de obter uma síntese que responda a pergunta colocada.

No primeiro capítulo, analisa-se a teoria positivista acerca do Direito, com ênfase no pensamento de Hans Kelsen. Observa-se que este pretende edificar uma teoria científica do Direito, sem a aceitação de valores não-jurídicos. Hans Kelsen compreende o Direito como científico apenas quando afasta compreensões subjetivistas, como ele pensa ser a do Direito Natural.

No segundo capítulo, trata-se do pensamento do liberalismo contemporâneo sobre o tema. Sublinha-se o discernimento de Ronald Dworkin, a partir da sua explicação do que seria o liberalismo, de sua ideia de um liberalismo igualitário, e do direito a mesma consideração e respeito por parte do governo e das leis, para que se possa refletir até que ponto o governo pode agir com a mesmo respeito por todos os tipos de ideias, sem distinção de valores.

No último capítulo, realiza-se levantamento dos conceitos apurados, para que se possa fazer síntese a partir da dialética entre o positivismo, o liberalismo contemporâneo e a tradição clássica, a fim de demonstrar se é possível construir uma teoria jurídica sem a reflexão filosófica e sem a observação de valores fundamentais que devem ser respeitados para uma melhor vida humana em sociedade.

1 O POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN: A BUSCA DE UMA TEORIA JURÍDICA CIENTÍFICA E AUSENTE DE VALORES

Por uma opção metodológica e primando pela coerência do estudo, optou-se por dedicar o primeiro capítulo à análise dos conceitos básicos relacionados ao positivismo jurídico, principalmente o de Hans Kelsen, vez que este é o teórico mais destacado desta corrente filosófica e o que mais veementemente defendeu a necessidade de edificação de uma teoria jurídica científica, com a rejeição de quaisquer valores que não sejam internos ao Direito.

Para Hans Kelsen (2001, p. 256), o Direito é apenas o Direito Positivo. Cabe a ciência do Direito que se pretenda efetivamente científica abordar apenas os aspectos relativos à norma positivada, sem se preocupar com normas de justiça natural. O conceito de justiça é vago e indeterminado, com variações de pessoa para pessoa e de sociedade para sociedade, portanto não serve para uma análise objetiva do Direito.

O Direito Natural não é coerente perante o que o autor chama de “tribunal da ciência”, visto que carece de conceitos claros e precisos. O Direito Natural pode ser utilizado para defender quaisquer tipos de valores externos à norma jurídica, como, por exemplo, governo democrático ou mesmo monárquico. O Direito Natural deriva, portanto, de interesses e valores pessoais, sem possuir condão para se tornar um conhecimento científico. Segundo Hans Kelsen (2001, p. 7):

A resposta à pergunta sobre a hierarquia de valores – como vida e liberdade, liberdade e igualdade, liberdade e segurança, verdade e justiça, apego à verdade e compaixão, indivíduo e nação – será necessariamente diversa, dependendo da pessoa a quem a pergunta se dirige: se um cristão praticante, que considera a salvação de sua alma, ou seja, seu destino após a morte, mais importante que os bens terrenos; ou a um materialista, que não acredita na imortalidade da alma. A resposta não poderá ser a mesma, se dada sob a convicção que a liberdade é o valor maior, quer dizer, do ponto de vista do liberalismo; ou se dada sob o pressuposto de que a segurança econômica é o objetivo final de uma ordem social, quer dizer, do ponto de vista do socialismo. A resposta terá sempre o caráter de um juízo de valor subjetivo e, portanto, relativo.

Na crítica à Platão, o autor coloca que este fundamenta sua filosofia em uma ideia de bem, na qual a justiça deveria se nortear. Entretanto, sempre que investiga essa ideia de bem, Platão deixa sua concepção incompleta, jamais a atingindo o objetivo de definir precisamente o que seria esse bem e essa justiça. Explicita também que, quando não consegue encontrar esse bem visado, Platão acaba a se atrelar ao Direito Positivo, com um retorno ao positivismo. Afirma ainda que a concepção platônica do governante filósofo conduz a uma autocracia, pois disso se pode interferir que apenas o detentor do poder tem o conhecimento para exercer o

governo sozinho, excluindo os outros cidadãos. Relaciona, portanto, Platão ao autoritarismo (KELSEN, 2001, p. 107).

Com relação a Aristóteles, aduz que sua ideia da virtude, baseada no meio-termo com relação a dois objetos valorativos seria uma fórmula vaga, matemática, que o próprio Aristóteles abandona e retorna várias vezes durante a sua obra, por não ter como dar respostas precisas e científicas ao problema de responder o que é o justo. Mais uma vez, explicita que a solução para os problemas de justiça aristotélicos acaba por ser o Direito Positivo, pois seu conceito de justiça é indeterminado (KELSEN, 2001, p. 132-133).

Portanto, Hans Kelsen só considera ciência aquilo que possui um objeto preciso e concreto. Seu método científico em muito se assemelha com a concepção clássica das ciências naturais, em que se deve separar o sujeito do objeto na análise dos fenômenos. O fenômeno jurídico relevante no positivismo é a norma jurídica positivada advinda de um órgão estatal. Apesar de ressaltar o costume como norma algumas vezes em sua obra, a análise do autor é, primordialmente, focada no Direito Positivo, com rejeição à concepções jusnaturalistas.

Assim, a teoria jurídica kelseniana não aceita a filosofia como parte de uma reflexão válida acerca do Direito. Os valores são subjetivos e trazê-los para a teoria jurídica seria transformar a análise da norma em arbitrariedade, sem base científica. Não há na obra referência acerca de concepção de bem para a norma jurídica, até porque, explicitamente, o autor esclarece que não tem concepção de justiça.

A estrutura das normas jurídicas, dessa forma, é hierárquica, com uma norma com a necessidade de outra para justificar sua existência. No topo dessa estrutura, acima da Constituição, está uma norma pressuposta, objetiva e formal, denominada norma hipotética fundamental. Essa norma, como todo o sistema proposto por Hans Kelsen, é ausente de valores, com sua existência baseada apenas na necessidade de fundamentação do sistema jurídico (KELSEN, 2001, p. 257).

O autor concebe sua teoria como relativista, visto que não pode construir uma ordem de valores, pois estes variam de pessoa para pessoa. Chega a afirmar que não pode responder o problema da Justiça satisfatoriamente, uma vez que não tem uma resposta precisa para a pergunta acerca do “que é justiça?”. Tal atitude desconsidera que a ciência do Direito precisa de um fundamento metafísico para sua justificação: a diferença entre a boa e a má ciência do Direito só pode se dar por meio de diferenciações entre o correto e o incorreto, o justo e o injusto, perguntas que a lei, por si só, não pode responder.

Cabe a qualquer análise do positivismo kelseniano questionar a possibilidade da existência dessa norma hipotética fundamental ausente de valores. Caso se necessite de uma fundamentação para estrutura hierárquica das normas, essa fundamentação tem de ser bem embasada e construída com fundamento na realidade, não baseada em norma formal, que o próprio autor quer que seja objetiva e pressuposta. Só o fato de essa norma hipotética ser pressuposta já faz com que ela não seja objetiva, o que faz com que o sistema de Hans Kelsen, antes fechado, torne-se aberto por meio de uma abstração.

Cabe aos próximos capítulos abordar com maior profundidade o tema, a fim de estabelecer a possibilidade de prosperar uma teoria que rejeite valores para o Direito. Caso se entenda que o positivismo, da maneira como foi colocado por Hans Kelsen, é possível, então a reflexão filosófica é prescindível para o Direito, o que desqualifica sua necessidade na análise jurídica. É o que se procurará responder a partir das reflexões acerca do liberalismo contemporâneo e da tradição clássica.

2 O LIBERALISMO CONTEMPORÂNEO DE RONALD DWORKIN: IGUALDADE E DIREITO A MESMA CONSIDERAÇÃO E RESPEITO

Ronald Dworkin denomina-se um pensador liberal. As principais obras são “Levando os Direitos a Sério” e “Uma questão de princípio”. O tema básico é a liberdade dos cidadãos, a necessidade da igualdade na aplicação da norma jurídica e o direito a mesma consideração e respeito que o governo tem que ter com os cidadãos. Esse direito pressupõe atuação do governo a fim de não reprimir valores que sejam antagônicos aos da maioria do corpo social, a fim de respeitar as individualidades e não impor qualquer concepção de bem.

Uma diferenciação básica na obra do autor é entre regras e princípios. O conflito entre regras deve ser resolvido em uma relação de “tudo ou nada”, ou seja, com uma regra sendo totalmente aplicada a um caso jurídico e a outra sendo descartada, em caso de conflito. Já os princípios resolvem suas colisões em uma relação de peso. Deve-se sopesar os princípios para se encontrar uma solução correta, especialmente nos casos difíceis (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

O pensador entende que, apesar da existência de normas positivas, não é possível que os juízes deixem de tomar decisões políticas. É que a norma jurídica sempre deixa algo de aberto na sua interpretação, e os juízes não podem se furtar a decidir subjetivamente,

especialmente os casos ditos difíceis. Logo, precisa-se de um tipo de interpretação que balize a solução dos casos difíceis, a fim da melhor utilização da subjetividade do juiz (DWORKIN, 2001, p. 36).

Assim, o liberalismo contemporâneo de Ronald Dworkin difere substancialmente da análise do positivismo já colocada: enquanto Hans Kelsen pretende que se utilize apenas do Direito Positivo para decidir as questões jurídicas, Ronald Dworkin pretende que o julgador sempre tenha subjetividade para decidir os casos jurídicos difíceis, inclusive com uma interpretação subjetiva da norma, algo que jamais seria aceito pelos positivistas.

Entretanto, as duas teorias tem um ponto em comum: ambas rejeitam qualquer concepção de bem abstrata na justificação da norma jurídica. Por motivos diferentes: Hans Kelsen porque pretende a norma objetiva, sem a inserção de valores na ciência do Direito; Ronald Dworkin porque pensa que o governo deve ter a mesma consideração e respeito por todos os cidadãos, sem a prerrogativa de impor qualquer concepção de virtude para os cidadãos, sob pena de desrespeitar o direito à igualdade destes.

Ronald Dworkin (2002, p. 36) diferencia entre argumentos de políticas e argumentos de princípio. Os argumentos de política são aqueles que são utilizados para decidir em favor de todo o corpo social, em detrimento dos direitos individuais, enquanto que os argumentos de princípio são aqueles que são utilizados para decidir em favor das demandas individuais das pessoas, respeitando o direito a mesma consideração e respeito. O Judiciário, quando provocado, deve decidir por argumentos de princípio, sempre respeitando os direitos individuais dos cidadãos.

Portanto, a teoria de Ronald Dworkin é de um liberalismo individualista. Liberalismo porque pressupõe a liberdade de escolha de valores para os cidadãos, sem distinções por parte dos governantes; individualista, porque pretende que as decisões judiciais, especialmente as dos casos difíceis, privilegiem direitos individuais, mesmo que estes prejudiquem substancialmente o todo social. Nas palavras do autor (2001, p. 38):

Reconheço que uma sociedade dedicada a essa concepção de Estado de Direito pode pagar um preço, com certeza na eficiência e, possivelmente, no espírito comunitário, que, segundo se supõe, é deformado pela preocupação excessiva com o Direito. Mas essa sociedade faz uma promessa importante a cada indivíduo, e o valor dessa promessa parece valer a pena. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o seu governo são questões de justiça e o encoraja, assim como a seus concidadãos, a discutir como comunidade o que a justiça exige que sejam essas relações. Promete-lhe um fórum no qual suas reivindicações quanto àquilo que tem direito serão constante e seriamente consideradas a seu pedido.

É necessário, entretanto, questionar se a teoria de Ronald Dworkin exclui realmente

qualquer concepção de bem, como pretende o autor. Seu entendimento de que o Judiciário deve respeitar um liberalismo igualitarista, com a mesma consideração e respeito por todos os valores, caso se analise objetivamente, é a disposição de uma concepção de valor. Para que sua teoria prevaleça, Ronald Dworkin deve provar porque o liberalismo está mais preparado para responder aos anseios da sociedade, através de uma confrontação dialética com outras teorias que disputam o espaço público. Assim, até mesmo a teoria de Ronald Dworkin, que se pretende ausente de concepções de virtude arbitrárias, possui uma concepção de valor, que deve ser refletida filosoficamente.

No último capítulo, portanto, deve-se comparar as teorias já colocadas com a da tradição clássica, que defende uma concepção de bem na construção das normas jurídicas, a fim de responder a pergunta se é mesmo possível prescindir de reflexão filosófica na edificação da ciência do Direito. A solução da tradição clássica passa por inferir que a sociedade e as normas jurídicas devem possuir uma concepção de bem, algo explicitamente rejeitado pelo positivismo de Hans Kelsen e pelo liberalismo de Ronald Dworkin.

3 O PENSAMENTO DA TRADIÇÃO CLÁSSICA: A VIRTUDE E O FLORESCIMENTO HUMANO COMO BALIZAS PARA UMA TEORIA FILOSÓFICA DO HOMEM E DO DIREITO. CONFRONTO COM OUTRAS TRADIÇÕES

A tradição clássica é composta por diversos autores, desde mais antigos, tais como Platão e Aristóteles, como também contemporâneos, como Robert P. George, John Finnis e Alasdair Macintyre. São autores com teorias diferentes, porém com um ponto central em comum: todos defendem uma concepção clássica do homem como ser que deve buscar a virtude por meio da razão, com essa virtude como alicerce da construção do sistema jurídico.

Pode-se colocar como o primeiro membro desta tradição Platão. Isso porque ele fora o primeiro a sistematizar o conhecimento filosófico que objetiva a virtude, através de seus diálogos em que o método dialético fora amplamente implementado. Nisso, seguiu a concepção de Sócrates de que o confronto dialético das ideias traria uma melhor compreensão do fenômeno humano.

No *Górgias*, Platão (2007, p. 42) coloca que Sócrates fora questionado qual pergunta ele faria para *Górgias*, famoso retórico sofista da Grécia. Sócrates afirmara que a pergunta que

ele colocaria era “quem ele era”, ou seja, qual a essência de Górgias. Essa pergunta é fundamental para uma compreensão de toda a tradição clássica, visto que a resposta de quem é o homem é o ponto central da reflexão filosófica dessa doutrina.

Trasímaco, conhecido sofista da Grécia antiga, ao se confrontar com Sócrates na obra *A República*, afirma que a injustiça é mais potente que a justiça e que o direito seria o direito do mais forte, aquele que detém o poder. Nos negócios ou mesmo nos assuntos do governo, prevaleceria aquele que mais soubesse tirar vantagem da situação e se impor pela força e coerção (PLATÃO, 2000, p. 31)

Como resposta à concepção de Trasímaco, o filósofo coloca que a vida do justo é sempre preferível a do injusto, porque a primeira traria ordem na alma dos indivíduos e possibilita ao justo a vida boa e tranquila. Isso coloca em xeque que o problema central da filosofia no autor é encontrar as concepções de bem e de justiça, para possibilitar ao homem o melhor de sua existência (PLATÃO, 2000, p. 42-43).

Nas *Leis*, deixa claro que a legislação deve buscar educar os cidadãos para a virtude, mesmo que seja necessário limitar algumas de suas escolhas na busca da melhor sociedade. Toda a construção filosófica desta obra da fase madura do autor é voltada para estabelecer regras de conduta que possibilitem ao homem levar a melhor vida possível, através da limitação de suas paixões (PLATÃO, 1999, p. 74).

Sócrates, personagem principal dos diálogos platônicos, fundamenta sua filosofia em uma série de considerações sobre “o que é o justo?”, “o que é a virtude?”, “o que é o belo?”, “o que é o bom?”, dentre outras perguntas dessa estirpe. A filosofia platônica é, fundamentalmente, a filosofia que busca respostas sobre os problemas da essência do homem, em como o ser humano pode ser melhor ao se questionar sobre a melhor forma de vida para sua existência.

Aristóteles, na mesma linha filosófica de Platão, compreende que o bem supremo que deve buscar o homem é a felicidade. Porém não a felicidade dos prazeres, mas sim a busca racional pela virtude, sendo esta virtude o meio-termo entre excessos e faltas. Assim, o homem virtuoso é aquele que age com prudência, a partir da observação das diversas situações, com o fito de atingir a vida virtuosa (ARISTÓTELES, 2014, p. 99).

Aristóteles entende o homem como naturalmente animal político, ser obrigatoriamente social. O homem que não vive em sociedade é um ser vil ou um ser inferior ao homem. O Estado possui precedência em relação ao indivíduo, que deve ter suas paixões controladas

para possibilitar o maior benefício da sociedade. Pode-se perceber concepção embrionária da ideia do bem-comum, cara à moderna doutrina do Direito Natural (ARISTÓTELES, 2009, p. 17).

A justiça aristotélica é em parte natural, em parte convencional, pois existem algumas ideias justas por natureza, independentemente de convenção social. Aquelas disposições que não contrariem o justo por natureza, podem ser definidas por meio de convenções humanas, no caso as leis. Mais uma vez, Aristóteles floresce uma diferenciação básica para o Direito Natural contemporâneo: que o Direito Positivo deve pautar-se no Direito Natural para que suas normas sejam justas (ARISTÓTELES, 2014, p. 200).

A principal virtude dos textos aristotélicos é a prudência. Prudência não no sentido de covardia, de medo de realizar determinadas atividades, como a palavra vem sendo concebida pelo senso comum na atualidade, mas prudência no sentido de busca a reta razão no agir. Deve-se utilizar o intelecto e a experiência prática para, através da consideração de princípios sólidos de justiça, atingir a razão prática e se tornar um homem prudente.

Logo, já nos primórdios gregos da tradição clássica, pode-se observar que a reflexão acerca da norma jurídica exige dos estadistas uma concepção de bem. Deve-se buscar a virtude dos cidadãos para a construção do bem comum, o que exige disposições legais concernentes com uma vida qualificada. Há nítida diferenciação com o entendimento do positivismo e do liberalismo contemporâneo, pois estes pretendem rejeitar concepções de bem nas suas reflexões sobre o Direito.

Aristóteles (2014, p. 81-82) diferencia a virtude como potência e a virtude como ato. A virtude como potência todos os homens possuem, que é a possibilidade de desenvolver a vida virtuosa, caso se tenha esforço e busca da razão. A virtude como ato seria essa potência colocada em prática, devidamente utilizada pelo homem, algo que nem todos estão dispostos a praticar. Portanto, a visão aristotélica é voltada para o bem, assim como a platônica, devendo o homem restringir suas paixões a fim de encontrar a boa razão.

Na contemporaneidade, os mais destacados seguidores dessa tradição clássica inaugurada por Platão e Aristóteles são Alasdair Macintyre, Robert P. George e John Finnis. O primeiro se destaca com as obras *“After Virtue”* (publicada em 1981) e *“Whose Justice? Which Rationality?”* (publicada em 1988), que abordam o conflito entre tradições filosóficas e a precedência da tradição aristotélica sobre as tradições modernas da filosofia; o segundo se destaca com a obra *“Para hacer mejores a los hombres”* (publicada em 2002), no qual

defende a necessidade de leis para limitar a liberdade do homem, contrapondo-se ao liberalismo contemporâneo; e o terceiro com a obra “*Natural Law and Natural Rights*” (publicada em 1980), obra em que sistematiza a problemática da tradição clássica e suas concepções do Direito Natural.

Alasdair Macintyre (2007, p. 84) coloca que a concepção da avaliação dos fatos independentemente dos valores é típica da modernidade em diante, não sendo conhecida na antiguidade. Critica, portanto, o positivismo, que pretende tornar objetivas as avaliações dos fatos e das normas, pois esta doutrina não permite uma avaliação coerente de qual seria a melhor concepção de uma determinada situação. É necessário valorar para se entender qual a melhor compreensão de um fato.

O autor também coloca que a característica essencial do pensamento moderno é o que ele chama de “emotivismo”, ou seja, uma crença na ausência de base valorativa para avaliar as ações individuais. Explicita que esse individualismo de valores exacerbado não possui limites para julgamento e nem para a racionalidade, com a possibilidade de todos os tipos de opinião serem aceitos com base nesse critério irracional (MACINTYRE, 2007, p. 31)

Robert P. George (2002, p. 17) coloca os seguintes motivos pelos quais a norma jurídica deve limitar a liberdade dos cidadãos e proibir vícios, a fim de buscar a virtude e permitir melhor disposição social, fazendo as pessoas morais: a) prevenir a posterior autocorrupção que segue a uma escolha imoral; b) prevenir o mal exemplo para outros que são induzidos por esse comportamento; c) ajudar a preservar a ecologia moral na qual as pessoas fazem suas escolhas auto constituintes; d) educar as pessoas no bom e no mal.

Robert P. George (2002, p. 29) também pontua que o objetivo das escolhas humanas deve ser o florescimento humano integral, o melhor desenvolvimento da personalidade do homem. O florescimento humano integral tem significado diretivo: deve guiar o homem em suas ações para que eles busque, através da racionalidade prática, o melhor de suas ações. Esse conceito assemelha-se ao da busca da virtude platônico-aristotélica: o homem deve procurar o melhor de si em suas atitudes, inclusive na elaboração de suas leis.

Além disso, John Finnis (2011, p. 86-90) coloca diversos valores mínimos que devem ser respeitados para que se alcance esse florescimento integral, como o respeito à vida, o valor do conhecimento, a experiência estética, a sociabilidade, a razão prática e o valor da religião (não como defesa de uma instituição religiosa, mas da reflexão acerca da criação do mundo e da ordem do cosmos). Para o autor, tais valores não podem ser prescindidos se o homem

pretende realizar o melhor de si.

Ressalte-se que os contemporâneos pensadores da tradição clássica colocam-se em favor da liberdade individual. Há que se reconhecer, mesmo na busca de uma concepção de bem para o homem, que este deve ter liberdade para escolher dentre os vários modos de vida valiosos que estão disponíveis na sociedade. A busca do bem deve ser o objetivo da ação humana e das leis, mas o bem pode ser buscado em diversas formas de trabalho e em diversas concepções de vida (GEORGE, 2002, p. 11-12).

Há, assim, confronto entre a concepção da tradição clássica e as duas anteriormente colocadas. A tradição clássica defende que há princípios mínimos de bem que devem ser seguidos por qualquer homem para atingir a virtude, o que obriga a legislação a impor determinadas restrições às liberdades que os cidadãos pensam ter. Enquanto isso, o positivismo advoga que apenas o que está na norma positiva pode ser levado em consideração nas avaliações da ciência do Direito, o que exige a rejeição de dimensões valorativas. Por fim, o liberalismo contemporâneo exige um autodenominado direito a mesma consideração e respeito por parte dos cidadãos, o qual impede o Estado de promover quaisquer concepções de bem. Este Estado do liberalismo contemporâneo, porém, deve incentivar a liberdade individual e a igualdade entre os cidadãos.

A pergunta fundamental do presente artigo é se é possível construir uma teoria jurídica coerente sem uma respectiva concepção filosófica. Para os positivistas, somente uma ciência do Direito sem valores, portanto sem filosofia, seria possível. Para o liberalismo de Ronald Dworkin, o Estado não pode promover nenhuma concepção de bem, o que restringe a concepção filosófica na teoria do Direito, mas não a impede completamente, visto que o direito a mesma consideração e respeito é uma concepção de valor, por mais que Ronald Dworkin negue esse fato. Já para a tradição clássica, a reflexão filosófica acerca do Direito não só é possível, como é necessária para a solidificação de uma teoria jurídica coerente com a busca da virtude.

Desde logo, é preciso expor uma incoerência fundamental na teoria de Ronald Dworkin. Dizer que não se deve promover nenhuma concepção de bem abstrato e promover uma teoria que escolhe um dos valores disponíveis na reflexão filosófica (no caso, a liberdade de valores conjugada com a igualdade) é contraditório, pois a liberdade igualitarista não é o único valor disponível no confronto entre visões filosóficas. Se Ronald Dworkin pretendia que sua filosofia prevalecesse, deveria justificar porque os direitos individuais valem mais que

os coletivos, não rejeitar qualquer concepção de bem. Sua própria teoria, queira ele ou não, é uma clara disposição de bem e uma escolha entre valores possíveis.

Já com relação ao positivismo de Hans Kelsen, são várias as objeções à tentativa de objetividade do autor que devem ser postas. Em primeiro lugar, a norma hipotética fundamental, esteio de todo o arcabouço jurídico-hierárquico de Hans Kelsen, não pode ser cientificamente aceita em um sistema que se pretende positivo. Kelsen formulou uma forma abstrata para fundamentar um sistema concreto, pretendendo que esta guarde a objetividade, o que constitui uma incoerência filosófica.

Ademais, o sistema jurídico kelseniano, ao defender o Direito Positivo como base da ciência do Direito, abre a possibilidade para um sistema nitidamente injusto. A norma positiva, conforme já foi visto diversas vezes nos regimes de exceção, pode conter disposições injustas, que aviltem inclusive a vida de indivíduos inocentes. A teoria do Direito que não faz opção entre valores disponíveis acaba por legitimar quaisquer valores, inclusive os injustos.

Tomás de Aquino (1946, p. 51), um dos principais teóricos da escola da tradição clássica, apontou que, quando o Direito Positivo deixa de seguir as disposições do naturalmente justo, este passa a ser um Direito passível até mesmo de desobediência, pois não corresponde aos verdadeiros anseios de Justiça da população. Considerar o Direito como mera norma positiva é olvidar do problema do fundamento da ciência jurídica, e este fundamento só pode ser alcançado através de alguma espécie de consideração ao Direito Natural e ao naturalmente correto.

Assim, relevante que seja a tentativa de construir uma Teoria Pura do Direito, como pretendeu Hans Kelsen, essa sempre será incoerente com a realidade, pois os homens, na elaboração das leis, devem optar por valores. E quando estas leis são injustas, deve-se recorrer a um Direito anterior ao Direito Positivo, que proteja valores que são fundamentais à vida humana. Por mais vago que seja o conceito de Justiça, há princípios mínimos de justiça dos quais não se pode abdicar, sob pena de prosperar um Direito Positivo injusto e excludente.

Para Gustav Radbruch (1979, p. 45), o Direito só pode ser compreendido em uma atitude referente à valores, pois é um fenômeno cultural e pode ser injusto. O sentido do Direito, apesar de sua possibilidade de conter injustiças, é o de realizar o justo. É uma impossibilidade se formar um conceito jurídico sem uma contemplação valorativa das coisas jurídicas.

Portanto, é possível responder que a tradição clássica, com sua concepção de bem e de

florescimento humano integral, é a mais apta para resolver as questões filosóficas que se colocam à ciência do Direito. É preciso que se respeite a liberdade de escolha de valores dos cidadãos, mas com um balizamento filosófico mínimo que impeça os indivíduos de incorrerem em arbitrariedades e prejudicarem o bem-comum. Sem a filosofia, o Direito torna-se uma fórmula vazia de aplicação.

CONCLUSÃO

Conclui-se, à luz dos elementos analisados no presente artigo, que a questão da necessidade da filosofia para construção de uma teoria coerente do Direito é uma das principais questões da contemporaneidade. Explicita-se, dessa maneira, o confronto de tradições entre os positivistas kelsenianos, os liberalistas contemporâneos e os seguidores da tradição clássica.

O positivismo de Hans Kelsen advoga que o Direito só pode ser científico caso abandone quaisquer concepções valorativas, pois os valores são subjetivos e variam entre pessoas e sociedades. A teoria positivista se pretende objetiva e hierárquica, com a norma hipotética fundamental como norma pressuposta que fundamenta todo o sistema jurídico.

Entretanto, é preciso observar que essa norma hipotética, por mais que Hans Kelsen tenha tentado a formular de uma maneira formal e objetiva, é uma concepção abstrata, que não pode ser filosoficamente considerada despida de valores. Pretende uma teoria objetiva, mas a fundamentação de seu sistema é abstrata. Ademais, sua concepção do Direito como norma positiva abre margem para sistemas fundamentalmente injustos, pois o Direito Positivo pode ser feito de modo a perpetuar injustiças; logo, deve-se ter uma avaliação de valores para a elaboração de normas positivas.

Já o liberalismo contemporâneo de Ronald Dworkin defende que há um direito a mesma consideração e respeito por parte de todos os cidadãos e seus valores. Não deve o governo diferenciar entre quaisquer tipos de valor. O Judiciário tem a obrigação de decidir de modo a promover a igualdade entre os cidadãos e respeitar os direitos individuais. Aduz que nenhuma concepção de bem pode ser defendida pelo governo, pois isso seria ferir a igual consideração.

Todavia, a teoria de Ronald Dworkin é incoerente quando afirma que não se pode ter uma concepção de bem abstrato por parte do governo e do Judiciário, pois a sua própria teoria

é uma concepção de bem. O liberalismo individualista é apenas uma teoria filosófica dentre várias outras, e não pode se pretender a única neutra entre valores. Deve provar que seus valores filosóficos são melhores que os outros e que promovem o desenvolvimento social.

Finalmente, a tradição clássica, em suas diversas vertentes, conduz ao entendimento de que o homem tem como objetivo obter a virtude, e esta procura deve limitar as ações dos cidadãos. Pretende produzir um sistema jurídico que reflita sobre o melhor para o bem-comum e para o bem individual, a fim de possibilitar o melhor para o homem em sua vida em sociedade. É, portanto, a tradição que mais se abre para a reflexão filosófica, considerando-a essencial para o processo de elaboração do Direito.

Deve-se assentar, no entanto, que a concepção de um bem filosófico que deve ser buscado na reflexão da ciência do Direito não pode ser utilizada para defender arbitrariamente determinadas concepções de mundo. O homem, além de um âmbito coletivo, em que deve limitar suas escolhas individuais em nome do enaltecimento do bem comum, possui também uma dimensão individual, em que suas escolhas devem ser respeitadas, inclusive pelos órgãos estatais. Qualquer teoria que não considere o ser humano em suas duas dimensões é incompleta. É nesse viés que se deve compreender a necessidade de certo liberalismo na teoria do Direito.

O homem não pode prescindir da filosofia em suas escolhas, inclusive na produção das normas jurídicas e da ciência do Direito. Pretender uma teoria jurídica neutra com relação à valores é possibilitar a construção de uma ciência do Direito que aceita quaisquer tipos de normas, sem a valoração do que seria o melhor para o florescimento do homem. Se se pretende construir um Direito que leve à justiça e à vida melhor, não se pode prescindir da filosofia.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Do Governo dos Príncipes ao Rei de Cipro e Do Governo dos Judeus à Duquesa de Brabante**. São Paulo: Anchieta S/A, 1946.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: EDIPRO, 2009.

_____. **Ética à Nicômaco**. 4.ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

_____. **Metafísica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GEORGE, Robert P. **Para hacer mejores a los hombres**: libertades civiles y moralidad pública. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias Madrid, 2002.

JAEGER, Werner. **Paideia**: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MACINTYRE, Alasdair. **After virtue**: a study in moral theory. Notre Dame: University of Notre Dame, 2007.

_____. **Whose Justice? Which Rationality?** Notre Dame: University of Notre Dame, 1988.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. **As Leis**. Bauru: EDIPRO, 1999.

_____. **Diálogos: Górgias**. Bauru: EDIPRO, 2007.

_____. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.