

# A IDEIA DO CRITÉRIO ÉTICO EM CONTRAPONTO COM A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO

Jéssica Lopes Ferreira Bertotti\*  
Josemar Sidinei Soares\*\*

**RESUMO:** O presente trabalho propõe-se a contribuir no tocante ao que se refere ao critério ético e seu poder de modificar o cenário do positivismo jurídico contemporâneo, de que modo este pode auxiliar na aplicação do direito, levando em conta um equilíbrio entre a decisão subjetiva do magistrado e a pura aplicação da lei, tendo em vista também a crise do positivismo jurídico. Para isso se faz necessário perpassar o contexto histórico do positivismo jurídico, os seus principais defensores e verificar quais as modificações advindas com a pós-modernidade jurídica. O objetivo do presente trabalho é provar que, através de um embasamento ético, se possa transformar o positivismo jurídico contemporâneo. O sistema pelo qual se efetuou este trabalho será o método dedutivo através da análise do pensamento de autores nacionais e internacionais no tocante à filosofia e ao direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Critério Ético; Crise do Positivismo Jurídico; Transformação do Positivismo Jurídico.

## THE IDEA OF ETHICAL CRITERION AS A COUNTERPOINT TO THE CRISIS OF JURIDICAL POSITIVISM

**ABSTRACT:** Current research deals with the ethical criterion and its power to modify contemporary juridical positivism. It questions in what manner it may help in the application of law, taking into account a balance between the judge's subjective decision and the pure application of the law within the context of a crisis in juridical positivism. The historical context of juridical positivism and its main defenders are studied. The modifications brought forth with juridical post-positivism are also verified. Current research proves that, foregrounded on Ethics, contemporary juridical positivism may be modified. The deduction method is adopted through the analysis of works by Brazilian and foreign authors dealing with philosophy and law.

**KEYWORDS:** Crisis of Juridical Positivism; Ethical Criterion; Transformation of Juridical Positivism.

### INTRODUÇÃO

Nota-se que a Idade Moderna valorou em demasiado a ciência positiva, como sendo esta o caminho mais eficaz para se chegar ao conhecimento, através de características como verificabilidade e objetividade. Procurou-se deixar de lado a sensibilidade, a emoção e toda a dinâmica interna do homem (AB-BAGNANO, 1992, p. 45).

Observa-se que uma ciência excessivamente voltada ao objeto perde sua ligação intrínseca e

profunda com o sujeito que estuda este objeto. Caso haja a perda do sujeito, não há como ter segurança se aquilo que sabemos sobre este objeto é seguro.

Edmund Husserl, em sua conferência sobre a crise das ciências europeias, anunciou que a ciência positivista alcançara seu limite, pois havia perdido a ligação com o mundo-da-vida (Lebenswelt) ao tornar-se demasiadamente voltada ao objeto. (HUSSERL, 2002, p. 7.)

Neste íterim é importante ressaltar que a relativização cultural conduz à relativização da nor-

\* Acadêmica do curso de Direito Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; integrante do Grupo de Pesquisa e Extensão Paidéia do CNPQ. E-mail: jessicafbertotti@gmail.com

\*\* Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; Docente dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica e graduação em Direito; Coordenador do Grupo de Pesquisa e Extensão Paidéia do CNPQ.

ma jurídica. Se as culturas são consideradas relativas, se cada cultura é específica de um período histórico e região e se estas culturas participam também da construção do direito, como, então, aceitar o absolutismo de uma norma jurídica? Que fato valida uma lei como algo absoluto e inquestionável, se esta lei carrega consigo a ideologia de um Estado (MARX·EN·GELS, 1998) e a cultura de um povo? A lei brasileira é resultado do processo histórico e cultural do Brasil principalmente, e por isso é bastante diversa da lei dos países árabes, por exemplo.

Pode-se dizer que a norma jurídica também é institucional, também pode causar tanto prejuízos quanto benefícios. Com isso vemos que a contemporaneidade alcança o momento em que se questiona, inclusive, a eficácia das normas jurídicas.

O positivismo jurídico é oriundo da racionalidade moderna, desenvolve-se a partir da evolução da ciência positivista. Analisar o enfraquecimento do positivismo jurídico na contemporaneidade é essencial para se implementar um direito mais vivo, funcional, atual e com identidade para solucionar conflitos e direcionar adequadamente para o futuro próximo.

Quanto aos objetivos gerais, aos quais se atenderam este trabalho, procurou-se evidenciar de que maneira o critério ético humano pode transformar o positivismo jurídico, tendo em vista uma aplicação voltada para o contexto atual, buscando um equilíbrio entre a decisão subjetiva do magistrado e a pura aplicação da lei.

Quanto aos objetivos específicos, visou-se estudar o contexto histórico do positivismo jurídico, seu surgimento durante a modernidade e o posicionamento dos pensadores que contribuíram para sua solidificação. Verificou-se, também, quais foram as transformações advindas com a pós-modernidade jurídica e por qual motivo o positivismo jurídico por si só não condiz com a realidade atual. Ademais, se fez necessário conceituar a categoria ética e critério ético humano, através da análise de pensadores que versam sobre ambos os termos. Por fim se analisou como o critério ético atua na transformação da racionalidade humana e de que modo isto pode ser aplicado no campo jurídico.

Quanto ao método utilizado na fase de investigação foi o dedutivo, baseado nas pesquisas bibliográfica e documental, onde foi utilizado material bibliográfico versando sobre o critério ético, positivismo, crise do positivismo e filosofia do direito. Foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

## 2 CONCEITUAÇÃO DA CATEGORIA ÉTICA E CRITÉRIO ÉTICO DO HUMANO:

Segundo Abbagnano, ética deriva do grego *ethos*, que significa hábito. Em geral, entende-se ética como a ciência que estuda as causas diversas que levam o homem a agir de determinada forma (ABBAGNANO, 1992, p. 45).

Para que o critério ético do humano surja, é necessário que cada indivíduo cultive a própria existência, utilizando-se do modo mais adequado, conforme seu próprio juízo. Aprendendo a agir conforme seu próprio critério de integridade, o indivíduo aprende a se relacionar melhor com os demais, direcionando suas ações para o que sua natureza exige, e não apenas por suas opiniões ou preferências momentâneas.

Como afirma Vidor:

O bem para o homem é a decisão e o ato que promove a vida, sua funcionalidade e seu ser, tanto em relação ao sujeito como em relação à sociedade. A mesma identidade do ser estabelece a ordem do bem individual para o sujeito e do comum para a sociedade (VIDOR, 2008, p. 27).

Portanto, o critério ético proporciona o desenvolvimento não somente do indivíduo, mas também da coletividade, o que implica em seu caráter de relação. O próprio termo “critério” está ligado à ideia de relação, por fundar-se na determinação do que é certo ou errado, em relação a algo.

Segundo Vidor, “o critério é sempre de relação. Se esta relação é estabelecida entre a vontade e a

natureza é o critério ético do humano; se é da vontade com a fé temos um critério religioso; e se é do comportamento com a lei temos um critério democrático ou de opinião” (VIDOR, 2008, p. 28).

O critério ético estabelece uma relação entre o bem individual e o bem comum, sendo assim capaz de voltar às leis existentes na própria ordem racional para um bem comum. Desta forma, a orientação racional proporcionada pelo critério ético deve acompanhar o autoconhecimento, pois as variáveis sociais podem influenciar a compreensão da natureza do próprio indivíduo.

Importante ressaltar que o desenvolvimento do indivíduo tem uma constante relação com a coletividade; isso apanha desde a relação com a Natureza até as inter-relações com os demais indivíduos, que virão a definir as condições de autoafirmação da pessoa como EU (VAZ, 2002, p. 243).

Antonio Meneghetti estabelece algo interessante; ele nos traz uma importante ressalva, a de que “é necessário distinguir o conceito de lei do conceito de bem. Lei é aquilo que liga, aquilo que condiciona” (MENEGETTI, 2002, p. 28). Então, entende-se que lei é aquilo que é imposto por violência ou por superioridade de força, o que foi sentenciado pelos mais fortes, não importa por quais modos.

Segundo o mesmo autor, “quando adultos nós estendemos que lei é aquilo que o Estado (o grupo político de poder) impõe. Todo o corpo social deve observar em suas ações diárias a lei, sob pena de exclusão física” (MENEGETTI, 2002, p. 28).

Importante entender também o que se entende por moral: “por moral entende-se costume, é uma moda, repete-se, um modelo, um estereótipo, uma estrutura de comportamento”. (MENEGETTI, 2002, p.15).

Antonio classifica critério como sendo o ponto que estabelece a diferença entre uma relação tanto de coisas, como de ideologias, de indivíduos, de características. Interessante observar que, para a sociedade, o critério ético é o que a lei ou a opinião pública estabelece como verdadeiro ou falso. Neste caso as pessoas identificam, então, o critério como se partindo

de um critério legal, onde a lei é que discrimina o bem e o mal, o certo e o errado, o pró e o contra.

Entretanto, o bem e o mal no interior de um critério legal são relativos à história e ao modo de pensar, são conexos com a relatividade do direito positivo. Na realidade o “bom e o mal são verificados pelos resultados sociais: se uma lei traz como efeito o bem estar, então é boa, do contrário, é negativa.” (MENEGETTI, 2002, p. 29). Nota-se então que este mau efeito é o que faz de nosso direito positivo, muitas das vezes, inadequado em suas aplicações.

Após estas afirmações é possível, então, determinar que o critério ético é estabelecido a partir da relação entre a efetivação da vontade e da natureza. Então o “objeto da ética é o ato voluntário. A decisão da vontade é um ato interno, é uma ação que, quando exteriorizada, torna-se comportamento”. (VIDOR, 2008, p. 122.)

A questão da ética vem sendo abordada desde Platão. E na dita ética platônica se trata de uma ética das virtudes que visa transformar o cidadão em um ser virtuoso em um Estado virtuoso; por conseguinte vê-se na Paideia grega, repercutida por Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômaco* (ARISTÓTELES, 2001), que a ética surge como a ciência que estuda o agir humano visando à felicidade, por ser este o sumo da vida do indivíduo.

Da mesma forma a ética é apresentada na obra *Política* (ARISTÓTELES, 1998), também de Aristóteles, onde a ética se fundamenta na busca pelo bem comum.

### **3 O POSITIVISMO JURÍDICO EM SEU CONTEXTO HISTÓRICO, SEUS PRINCIPAIS DEFENSORES E A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL**

O positivismo jurídico desenvolveu-se em função do positivismo científico, buscando estabelecer um critério imparcial, seguro e objetivo para a aplicação do direito. A norma jurídica, portanto, viria

a ser este critério, sendo delimitada como o objeto de estudo da ciência jurídica.

Faz-se importante destacar que a expressão “positivismo jurídico” deriva da locução “direito positivo” contraposta àquela de direito natural. É necessário, então, esclarecer o sentido da expressão “direito positivo”, afinal toda a distinção ocidental é dominada pela distinção entre “direito positivo” e “direito natural”. Acrescenta-se que o uso da expressão “direito positivo” é relativamente recente, vez que se encontra apenas nos textos latinos medievais. (BOBBIO, 2006, p. 15)

Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*, faz, em seu capítulo VII do livro V, a diferenciação entre o direito positivado e direito natural. Neste texto ele determina que:

Da justiça Civil uma parte é de origem natural, outra se funda na lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não, já a fundada na lei é aquela que, ao contrário, não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada. (ARISTÓTELES, 2001, p. 144-145).

Ademais, dois são os critérios que Aristóteles utiliza para distinguir o direito natural e direito positivo, pois o direito natural é aquele que tem em toda parte a mesma eficácia, já o direito positivo é apenas nas comunidades políticas em que é posto. (BOBBIO, 2006, p.16).

Além disso, o direito natural é aquele que prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tem o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros, já o direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece relações, que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro, mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.

Aristóteles dá este exemplo: antes da exis-

tência de uma lei ritual, é indiferente sacrificar a uma divindade uma ovelha ou duas cabras; mas, uma vez existente uma lei que ordena sacrificar uma ovelha e não duas cabras, isto se torna obrigatório; torna-se correto, então, sacrificar uma ovelha, e não duas cabras, não porque esta ação seja boa por sua natureza, mas porque é conforme a uma lei que dispõe desta maneira. (BOBBIO, 2006, p. 17).

Segundo Villey, pode-se considerar Thomas Hobbes como o fundador do positivismo jurídico. Segundo o autor, foi Hobbes quem impulsionou a aplicação do positivismo científico em áreas como a filosofia, a política e o direito (VILLEY, 2005, p. 13).

Hobbes não encontra no direito natural um sistema de regras que obrigue o indivíduo a cumpri-las, restringindo-se apenas ao campo moral. É por este motivo que, para Hobbes, é apenas com a instituição de um contrato social, ou seja, de um direito positivo, que as regras adquirem um caráter obrigatório (HOBBS, 2003).

Montesquieu foi outro pensador de grande contribuição para a teoria positivista. O autor francês traz em sua obra *O Espírito das Leis* uma abordagem sobre todas as leis que regem a natureza. As divindades, os animais, o mundo material, os fenômenos da natureza e o próprio homem, todos estes são regidos por suas leis. O diferencial do homem é que este, por possuir a racionalidade, é capaz de violar e transformar as leis que o cercam.

Apesar da abordagem jusnaturalista do pensamento de Montesquieu, o autor reconhece a superioridade do direito positivo, que, através da coerção intrínseca em suas normas, leva o homem a agir da maneira devida (MONTESQUIEU, 2000).

Montesquieu também atenta para a questão da especificidade das leis, devendo elas serem adequadas às necessidades de cada Estado. As normas jurídicas devem ser, segundo o próprio autor, “[...] tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir uma para outro” (MONTESQUIEU, 2000).

Contudo, foi com Hans Kelsen quem de fato delimitou o objeto da ciência jurídica, elevando o di-

reito à categoria de ciência pura. Para o autor, a ciência jurídica deve voltar—se apenas para o que está contido no enunciado normativo. O mesmo autor, em sua obra intitulada *Teoria pura do Direito*, afirma que:

O conhecimento jurídico é voltado para determinadas normas, que conferem a certos fatos o caráter de atos jurídicos (ou não jurídicos) e que também se originam de atos jurídicos semelhantes. É preciso atentar para o fato de que a norma, no sentido de valor específico, é um tanto diferente do ato psíquico no que ele for voluntário ou representado.

É preciso distinguir com clareza o fato de querer ou de representar—se a norma voluntária ou representada da norma que, de algum modo, foi querida ou representada. [...] com a tese de que só as normas jurídicas podem constituir o objeto do conhecimento jurídico, afirma—se apenas uma tautologia, pois no direito, o único objeto do conhecimento jurídico é a norma. (KELSEN, 2011).

Contudo, Kelsen não deixa de considerar que a norma jurídica é embasada por uma norma moral. O que o autor alemão traz à tona é a ausência de uma moral absoluta, pois ela pode mudar de acordo com a época, a sociedade e a própria cultura (KELSEN, 2003).

Manuel Atienza e foi, após a publicação da obra de Kelsen, quem aumentou o número de adeptos do positivismo jurídico, sendo que o debate entre esta corrente e o jusnaturalismo tornou—se um dos grandes debates na teoria jurídica ao longo do século XX (ATIENZA; MANERO, 2007).

O positivismo jurídico tem grande importância na construção do direito, pois limitou o abuso de autoridade ao restringir sua atuação ao que está posto na lei. Assim, o cidadão não deve preocupar—se com imposições estatais abusivas, visto que está protegido pelo enunciado normativo.

A norma jurídica é o centro do positivismo jurídico. Por ser externa ao sujeito, verifica—se que a norma jurídica possui estabilidade tanto temporal como espacial: é válida apenas no período de tempo em que está em vigor, podendo perdê—lo a qualquer momento, do mesmo modo que incide apenas em seu território. É nesta possibilidade de mudança que se

encontra a seguridade da norma jurídica, reservando à sociedade a possibilidade de buscar por mudança quando a lei não corresponder mais aos anseios da sociedade, por estar desatualizada.

Esta relação do direito com o momento histórico já havia sido abordada por Hegel, ainda no século XIX. O direito é entendido como a manifestação dos costumes de determinada sociedade; portanto, como estes podem modificar—se através do tempo, também o pode o ordenamento jurídico. Assim, entende—se que não se pode considerar o direito como “acabado”, pois ele está em constante transformação (HEGEL, 1982).

A grande discussão em relação à validade do positivismo jurídico na atualidade é a exclusiva abordagem da norma, quando se entende que, para esta atingir a eficácia, é preciso estar atrelada a fato e valor (REALE, 2002, p. 38).

Com o surgimento do neoconstitucionalismo, constata—se uma evolução no positivismo jurídico, na medida em que a relação entre direito e moral passa a ganhar maior importância, principalmente através da discussão dos princípios, que, diferentemente das regras, possuem um caráter mais abrangente, como diretrizes do direito de modo geral.

#### **4 POSIÇÃO DO JUIZ QUANTO À FORMAÇÃO DO DIREITO DURANTE E PÓS O ESTADO MODERNO**

Inicialmente se faz necessário estabelecer por que, como e quando ocorreu esta passagem da concepção jusnaturalista à positivista, que dominou todo o século passado e que continua dominando, em grande parte, até os dias atuais.

A origem desta concepção é ligada à formação do Estado moderno que surge com a dissolução da sociedade medieval. (BOBBIO, 2006, p. 26). A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, ou seja, constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito se apresentava como fenômeno social, produzido, não pelo Estado, mas, sim, pela sociedade civil.

Com a formação do Estado moderno, a sociedade assume uma estrutura monista, onde o Estado concentra em si todos os poderes, onde o Estado quer ser o único a estabelecer o direito, diretamente através de lei ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária, que surge a partir dos costumes. (BOBBIO, 2006, p. 27)

Observa-se que há no Estado moderno, então, o processo de monopolização da produção jurídica exercida pelo Estado.

Originariamente e por um longo tempo o direito não era posto pelo Estado, mas, sim, pela sociedade civil. Atualmente temos nítida resistência a conceber esta ideia. Ademais, o estado primitivo não se preocupa, em geral, em produzir normas jurídicas, mas deixa a sua formação a cargo do desenvolvimento da sociedade. E eventualmente, aquele que deve dirimir as controvérsias, o juiz, este tem a incumbência de fixar, de quando em quando, a regra que deve ser aplicada.

É importante que se fale do juiz, pois, seguindo as modificações de sua posição e de sua função social, é que colhemos a passagem do direito não estatal ao direito estatal e a passagem do direito natural ao puro direito positivo (BOBBIO, 2006, p. 27).

Podemos de fato, então, definir o direito como um conjunto de regras que são consideradas como obrigatórias em uma determinada sociedade, porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um “terceiro” (magistrado ou eventualmente um árbitro), que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma (BOBBIO, 2006, p. 28).

Falamos de direito quando, do surgimento de um conflito entre dois sujeitos, intervém um terceiro, sendo este o juiz nomeado pelo Estado, ou pelas partes, que estabelece uma regra segundo a qual a controvérsia será resolvida.

Neste ínterim, dizemos, então, que se em uma sociedade não há a intervenção de um terceiro, não se pode falar em direito em senso estrito: dir-se-á que aquela sociedade vive segundo costumes, usos.

Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz, ao resolver as controvérsias, não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia ele deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso com base em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão, segundo princípios da razão natural (BOBBIO, 2006, p. 28).

Entretanto, com a formação do Estado moderno o juiz, de livre órgão da sociedade, torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich em sua obra dita “La logica dei giuristii” (BOBBIO, 2006, p. 134), este fato transformou o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo. Este impõe ao juiz a resolução das controvérsias, sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo, possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado (BOBBIO, 2006, p. 27–28).

Ademais, com o advento do Estado moderno o direito natural e o positivismo não mais são considerados de mesmo nível; eis que, sobretudo o direito positivo, posto e ditado pelo Estado, é tido como o único e verdadeiro direito: este é o único a encontrar, efetivamente, aplicação nos tribunais, tratando-se de normas consuetudinárias (BOBBIO, 2006, p. 29).

Deve-se deixar claro que, quando identificamos o direito com as normas postas pelo Estado, não damos uma definição geral do direito, mas, sim, uma definição obtida de uma determinada situação histórica, aquela em que vivemos.

Enquanto de fato, num período primitivo, o Estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares, buscando a norma a aplicar ao caso sob exame tanto nos costumes quanto em critérios de equidade e, a seguir, adicionando à função judiciária aquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz, com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de

obter as normas a aplicar na resolução das contravérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito (BOBBIO, 2006, p. 30).

Neste tópico nota-se que o foco está no decorrer do tempo, no dever do juiz não ligado à pura aplicação da lei; porém, é preciso se ater à um critério de auxílio, o qual irá complementar o bom uso da norma, sem chegar a se tornar uma decisão arbitrária e abusiva. Desta forma, o critério ético passa a ser uma concepção humanista que possibilita ao magistrado uma opção para a aplicação da lei.

## 5 MOTIVOS PELOS QUAIS O POSITIVISMO JURÍDICO NÃO CONDIZ COM A REALIDADE ATUAL

Entende-se que a ideia não é abandonar o positivismo jurídico, e, sim, transformá-lo, buscando adaptá-lo às necessidades atuais. Não se pode deixar de lado a contribuição do positivismo jurídico, garantindo a segurança e liberdade ao homem em uma época em que o abuso de autoridade era frequente.

O que não cabe mais é a aceitação da simples aplicação da norma jurídica, separando-a de todo o contexto valorativo e ético o qual ela engloba. A existência do ser humano e os valores da sociedade estão, todos, contidos na formulação da norma jurídica. O critério ético passa a ser, desta forma, essencial para a aplicação da norma jurídica de um modo completo.

Esta aplicação do positivismo jurídico auxilia—do pelo critério ético do humano contribuiria também para o estímulo das pessoas para buscarem o próprio desenvolvimento, já que tal direito requer a formação de uma racionalidade mais profunda. Isso envolve o conhecimento de si e do ambiente no qual este indivíduo se insere.

Conforme afirma Antonio Meneghetti em sua obra:

[...] Qualquer sociedade ou nação resolve a própria ética com a violência do direito; cada sociedade

faz uma Constituição, aprovada pelo grupo ou pelos potentes, e a impõe. É uma violência de opinião, inevitável, que é aceita e se vive por meio das várias constituições jurídicas que a humanidade configura. Mas se a sociedade pode resolver com um direito mais ou menos racional, qual racionalidade utiliza o indivíduo quando está só no seu ínfimo íntimo? (MENE—GUETTI, 2002. p. 19)

É de grande valia que se pare para analisar nosso atual sistema jurídico e sua função e, posteriormente, sua funcionalidade; afinal sua função é garantir direitos e preservá—los. Mas, estamos chegando a sua plena funcionalidade? De forma concreta pode—se afirmar que não.

Ademais, segundo o mesmo estudioso, a razão (*ratio*) significa medida, critério, e afirma: “razão é a projeção da nossa proporção existencial, a nossa forma, as nossas ideias para gerir qualquer real próximo de nós”. (MENE—GUETTI, 2002. p. 142)

É esta razão que trará o processo decisório do magistrado quando se trata de uma resolução de conflitos, lembrando que justiça, atualmente se entende como sendo o igual, o agir, o conforme. Define—se, então, direito como sendo o concreto do que objetiva a lei (MENE—GUETTI, 2002. p. 142).

Entretanto:

Infelizmente, a lei coage à própria conformidade independentemente da sua utilidade ao grupo. Isso implica a obrigatoriedade ao grupo. Isso implica a obrigatoriedade, o viver ou fazer conforme o legal, e não o verdadeiro ou útil em si; isso lhe é consentido se possui o primado da violência, ou força ideológica ou física (MENE—GUETTI, 2002. p. 143).

## 6 O CRITÉRIO ÉTICO DO HUMANO COMO AUXÍLIO PARA TRANSFORMAÇÃO DO ATUAL SISTEMA JURÍDICO EM CRISE

O positivismo jurídico e, por consequência, todo o sistema jurídico, encontra—se em crise, por—

que, dentre outros fatores, perdeu sua legitimidade enquanto emanador da ordem jurídica, visto que não acompanha mais as mudanças sociais. Partindo desta ideia o sistema jurídico está em eminente descompasso com suas finalidades.

Por conta disso, nota-se que:

No Brasil, a formação multicultural, o gigantismo territorial, as mais variadas necessidades sociais, a má administração governamental, o sistema capitalista, o sistema econômico, a má distribuição de renda, a corrupção em todos os poderes, o desvio dos interesses estatais sempre no interesse de minorias, dentre outros aspectos, propiciam as movimentações sociais em busca de soluções a problemas, que acabam se consubstanciando em formas de Pluralismo Jurídico. No país a ineficácia estatal está atrelada a diversos fatores, tais como históricos, humanos, excesso de formalismo, burocracia e principalmente pela falta de vontade e interesse dos representantes dos três poderes e resolver a crítica situação em que se encontra o país. (GRIBOGGI, 2007, p. 341).

Esta crise é um sinal de que falta uma forma eficaz para tratar esse problema e amenizá-lo. A melhor opção seria adotar um critério ético para que houvesse a solução de impasses jurídicos e, consequentemente, para que os juristas fizessem o direito alcançar de forma efetiva suas finalidades respeitando seus princípios, principalmente o da equidade.

Quanto ao princípio da equidade, suscitamos que uma norma jurídica justa, ao ser aplicada ao fato concreto, pode tornar a solução injusta. O juiz, nesses casos, pode e deve suavizar o rigor da norma, adaptando-a às peculiaridades e às circunstâncias particulares do caso concreto. Surge, então, a equidade, que é o “critério particular da justiça de cada caso” (MONCADA, 1995, p. 40).

Quanto à ética Foucault afirma, de forma muito pertinente que, com relação à construção do critério ético no indivíduo, esta “construção ética do eu [...] é

uma tarefa politicamente indispensável de resistência ao poder na atualidade” (FOUCAULT, 2006, p. 306).

Ele acrescenta também que:

[...] E se é verdade que o jurídico pôde servir para representar, de modo sem dúvida não exaustivo, um poder essencialmente centrado na coleta e na morte, ele é absolutamente heterogêneo com relação aos novos procedimentos de poder que funcionam, não pelo direito, mas pela técnica, não pela lei, mas pela normalização, não pelo castigo mas pelo controle, e que se exercem em níveis e formas que extravasam do Estado e de seus aparelhos.

Entramos, já há séculos, num tipo de sociedade em que o jurídico pode codificar cada vez menos o poder ou servir-lhe de sistema de representação [...]. É esta representação jurídica que continua presente nas análises contemporâneas [...]. Permanecemos presos a uma certa imagem do poder-lei, do poder-soberania que os teóricos do direito e a instituição monárquica tão bem traçaram [...] (FOUCAULT, 1988. p. 86-87).

No mesmo texto Foucault apresenta que essa ideia jurídica do poder é “[...] centrada exclusivamente no enunciado da lei e no funcionamento da interdição” (FOUCAULT, 1988. p. 83).

Nesse íterim, observa-se que, para Foucault, o poder não pode ser reduzido ao simples texto da lei. Aliás, quando as instituições jurídicas, como um todo, conseguem compreender e pôr em prática os valores da justiça e da utilidade social, denotam claramente sua vontade de orientar a conduta do indivíduo para a realização do que é bom e disseminar o bem. A categoria que traduz e efetua essas perspectivas no mundo cotidiano é a Ética (AQUINO, 2012, p. 31).

Sendo que a palavra Ética denota orientação para a conduta coletiva. Ressalva-se que, na medida em que não se percebe a saída da postura individual, não se enxerga nada além do ego, a Ética denota atitude contrária ao seu propósito original, qual seja, procurar e disseminar aquilo que é bom em contra-



posição àquilo que é mau (AQUINO, 2012, p. 31). É por conta disso que se faz necessário uma reavaliação de nosso atual sistema jurídico, e urgente é que se use como meio auxiliador para aperfeiçoamento do direito o critério ético do humano.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por concludente, entende-se que o critério ético do humano se demonstra como sendo uma alternativa viável e de extrema funcionalidade, se usado como meio auxiliador pelo magistrado para a resolução de litígios.

Lembrando que o objetivo geral foi cumprido, afinal foi possível demonstrar de que maneira o critério ético humano pode transformar o positivismo jurídico para melhor, acompanhando as mudanças constantes de nossa sociedade, tendo em vista uma aplicação voltada para o contexto atual, buscando um equilíbrio entre a decisão subjetiva do magistrado e a pura aplicação da lei, como demonstrado nos resultados e discussões.

Foi também possível fazer o estudo do contexto histórico do positivismo jurídico, do seu surgimento durante a modernidade e do posicionamento dos pensadores que contribuíram para sua solidificação; verificou-se quais foram as transformações advindas com a pós-modernidade jurídica e por qual motivo o positivismo jurídico não condiz com a realidade atual; conceituou-se a categoria ética e critério ético humano; também demonstrou-se a análise de como o critério ético atua na transformação da racionalidade humana e de que modo isto pode ser aplicado no campo jurídico.

Mostrou-se o critério ético do humano como a melhor alternativa para auxiliar na resolução de impasses jurídicos, afinal, não é mais possível se ater apenas a norma, sendo que nossa sociedade vive em constante transformação e os contrastes de realidades são grandes. Por conta disso, como podemos nos limitar às normas idênticas em todos os locais, rígidas

e que perdem sua funcionalidade, quando ferido algum princípio próprio da função do direito?

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. 2.ed. São Paulo: Mestre Jou, 1992.

AQUINO, S. R. F. de. Ética da autenticidade e Alteridade: Critérios estéticos para a produção do Direito na Pós- Modernidade. **Revista Húmus**, v. 4, p. 31. 2012. Disponível em: <<http://humus.pro.br/201243051.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 4. ed. Brasília: Ed. da Unb, 2001.

ARISTÓTELES. **Política**. Lisboa: Vega, 1998.

ATIENZA, M.; MANERO, J. R. Dejemos atrás el positivismo jurídico. **Revista Isonomía**, n. 27, p. 7–28, oct. 2007.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bino, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p.15.

FOUCAULT, M. **A hermenêutica do sujeito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOUCAULT, M. **Historia da sexualidade: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GRIBOGGI, A. M. Pluralismo jurídico e a crise do positivismo jurídico no Brasil. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais....** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 3413.

HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982. (Werke in zwanzig Bänden, 7).

HOBBS, T. **Leviatã ou matéria forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUSSERL, E. **A crise da humanidade europeia e a**

**filosofia.** Tradução e introdução: Urbano Zilles. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 7.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENEGHETTI, A. **O critério ético do humano.** Porto Alegre: Ontopsicologica Editrice, 2002.

MONCADA, L. C. de. **Lições de direito civil: parte geral.** 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, M. **Teoria tridimensional do direito de Miguel Reale.** Curitiba, PR: Juruá, 2002.

VAZ, H. C.L. **Ética e direito.** São Paulo: Loyola, 2002. p. 243.

VIDOR, A. **Filosofia.** Curitiba: IESDE, 2008.

VILLEY, M. **A formação do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

*Recebido em: 31 de março de 2014*

*Aceito em: 03 de junho de 2014*