

# ÉTICA E DIREITO NO OCIDENTE MODERNO

NELSON SALDANHA

SUMÁRIO — 1 — *Em que sentido “ética” e em que sentido “moderno”*. 2 — *Um velho tema: ética antiga e ética moderna*. 3 — *Ética e direito: porque o problema*. 4 — *Ética e direito no Ocidente moderno (tentativa de reflexão abrangente)*.

1. Proponho-me tratar de ética e de direito, principalmente no Ocidente moderno. Com isso abrem-se expectativas conceituais que demandam algumas observações.

Falo de ética principalmente no sentido amplo, que corresponde, em uma das formas de distinguir entre moral e ética, ao padrão genérico de comportamento e de juízos vigente em determinado contexto social. Estou, no caso, bastante próximo ao conceito hegeliano de “eticidade”, embora sem assumir — ao menos inteiramente — as suas implicações filosóficas. Por outro lado sei, ao falar da ética como de um “padrão” de comportamentos e de juízos, que estes juízos e aqueles comportamentos são éticos se estiverem dotados de um sentido moral, o que devolve o problema ao ponto anterior e leva novamente a pensar na moral. Na verdade não pretendo deslindar a questão da diferença entre os dois conceitos, até porque, como se sabe, o significado dos temas *ethos* e *mos* variou por diversas vezes no curso do pensamento antigo e ocidental, desde Platão e Aristóteles, e Cícero e tantos outros.

Contento-me portanto, em princípio ao menos, com aludir ao sentido amplo da noção de ética.

Quanto ao conceito de *moderno* que adotei como referência histórica para situar estas reflexões, tomo-o no sentido tradicional, isto é, no sentido dado ao termo a partir do Humanismo e do Renascimento. Ou seja, no sentido que lhe foi dado por Chistoph Cellarius quando, em 1675, em sua *Historia antiqua*,

aludiu a uma história antiga, a uma média ou medieval e outra “nova” ou moderna. Este sentido foi adotado na historiografia ocidental dentro do esquema “antigo-medieval-moderno”, que seria completado depois com a referência ao “contemporâneo”, quando ainda não se cogitava da extravagante expressão “pós-moderno”. Adoto, portanto, a alusão ao mundo moderno como a algo que abrange todo o Ocidente posterior à Idade Média. Mas aqui penso sobretudo na modernidade ilustrada, isto é secularizada. A modernidade com suas bases, assentadas na cultura burguesa, consolidadas após o tumulto renascentista e as pompas barrocas.

A rigor a contraposição entre antigo e moderno é conceitualmente contestável, mormente depois que a teoria da cultura posterior ao evolucionismo reformulou as relações entre cronologia e quadros culturais. Mas ela serve ao propósito de pensar, ou repensar as coisas modernas, pondo-as sobre um contraste inteligível.

2. Quando falamos em história antiga, em direito antigo ou em ética antiga, estamos mencionando dois tipos de coisas. Podemos estar pensando na antigüidade como um todo, ou seja, na humanidade anterior a Cristo, com grandes impérios, povos diversos, culturas diversas. Podemos também, entretanto, estar aludindo aos gregos e romanos, que de preferência atendem ao rótulo *antigo*, ao menos segundo certos teóricos da história; do mesmo modo como atendem ao rótulo “mundo clássico”, já que a exemplaridade dos povos da Hélade e da Itália fez com que ficassem como modelos especiais para os pósteros.

Concentro-me neste passo, pois, sobre a antiguidade clássica. Geralmente se qualifica a ética antiga como uma ética de fins, ou de bens — atendendo-se obviamente ao sentido moral do conceito de “bens”. Uma ética da virtude, dir-se-á: o ideal grego do homem bem formado, um ideal aristocrático e ao mesmo tempo correlato da inserção do indivíduo na sociedade, refletia esta alusão à virtude. A sociedade, ou antes a cidade — porque o *politikos* era o social, era a convivência organizada —, moldava os caracteres; e os valores, aquilo que o pensamento ocidental de cento e tantos anos para cá chamaria de valores, nasciam da *polis*, nasciam da convivência organizada e normatizada. Como nasceriam da *civitas* com a ordem jurídica compreendida como correlato da ordem social. A noção grega de justiça, que não se completou com um conceito específico de direito, desenvolveu-se entretanto sem cessar, desde os rudes diálogos dos heróis homéricos até a metafísica dos estoicos. Do mesmo modo a noção de *jus* presente no latim mais antigo com um significado específico, desdobraria de si a idéia de *justitia*.

Desde modo a ética clássica, que era uma ordem social e uma pedagogia, cercava e moldava o cidadão. Neste ponto creio que não se acha inteiramente “superado” o quadro desenhado por Benjamin Constant quando, em 1819, comparou a liberdade antiga com a moderna, acentuando naquela as limitações de base religiosa e destacando nesta os vínculos com o individualismo.

Poderíamos então mencionar alguns *momentos* que, não formando propriamente uma “evolução”, correspondem a transformações históricas que merecem ser tidas em conta. Assim a lenta passagem do *ethos* violento e heróico dos poemas homéricos à reflexão socrática, já em plena ilustração helênica; o caminho dessa reflexão ao mundo platônico, com uma ética metafisicamente embasada e politicamente definida, e ao mundo aristotélico, que retomou a propensão grega à mediania e também a idéia socrática da virtude como objeto de aprendizado. Depois o cristianismo e a ética do amor cristão, e a filosofia escolástica com a noção de “bem comum”, e só muito depois as referências de Kant à razão prática com sua legislação moral correspondente à própria dignidade humana. E Hegel com a eticidade, e Nietzsche com a quebra de valores, e aí começa a alusão a valores, tão constante no século vinte.

Em correlato a estas referências, o crescimento da noção de crise.

Permitam-me insistir nesta angulação histórica: menciono a cultura ocidental entrando no seu período de ilustração, depois o racionalismo absoluto em Hegel, o racionalismo cientificista no positivismo, os *ismos* transformados em ideologia, as ideologias conflitantes no século XX.

3. Tento agora retornar ao tema proposto, e tratar das relações entre ética e direito. Eis o problema: todo sistema jurídico, no sentido concreto da expressão, expressa valores e portanto implica uma ética. Até que ponto, porém, o sistema jurídico “depende” de suas implicações éticas? Até que ponto os valores e os princípios, que estão ligados ao sistema (ou que o integram, dependendo do ponto de vista adotado), são um elemento especificamente ético?

Certamente as respostas a tais perguntas vão variar conforme as diferentes posições doutrinárias. Um normativista conseqüente sequer admitirá o problema, pois a consideração do direito como pura norma exclui do campo “jurídico” todo componente ético, axiológico, político. Um jusnaturalista entenderá que o direito é, por si mesmo e em essência, um fenômeno ético, sendo incogitável um sistema jurídico reduzido à pura forma positiva. Entretanto o normativista reconhecerá — e Kelsen o admitiu — que os problemas éticos existem, e que o drama da justiça interessa ao jurista como homem, mesmo que este restrinja seu trabalho ao trato formal com a norma positiva. O jusna-

turalista, por outro lado, sabe que o direito e a ética não se confundem, e que aquilo que ele chama direito natural deve distinguir-se da justiça — embora isto seja, às vezes, muito difícil. Eximo-me de dar maior curso a este item, o do jusnaturalismo, sem deixar porém de aludir à proposta do professor Jean-Marc Trigeaud, que em vários trabalhos vem propondo a “superação” do direito natural clássico pelo personalismo e pela “prosopologia”.

Existe no direito uma posição, perante os fatos, que naturalmente se diferencia da posição ética. A ética recusa o fato ou aceita-o, apoia-o ou condena-o; o direito tem que regular interesses e conflitos, tomar o fato como realidade e normatizá-lo. Certo que há condutas que o direito invariavelmente reprovava, como o roubo ou o assassinato; mas há fatos que o direito regulamenta sem aprofundar o julgamento. O direito trata de criar normas para as novas formas de comportamento comercial ou financeiro, diante dos quais a ética se deteria para avaliar certos aspectos.

Ao falar de *ética* estamos, como se vê, aludindo ao seu sentido de realidade (a ética como *praxis*), tanto quanto ao sentido de “visão” e de padrão ou norma: a ética como conjunto de preceitos. Lembraria que no mundo antigo essa *praxis* ocorria dentro de estruturas mais hierarquizadas do que as de hoje.

Refiro-me de novo ao mundo antigo. Além de terem tido, ao que parece, uma estrutura mais hierarquizada, as sociedades antigas possuíam uma cosmovisão estável e coerente. As crenças eram estáveis e coerentes, e de certo modo a fase final da história “antiga” correspondeu à crise das crenças: crise e fragmentação, também, da ética e das normas em geral. Adiante mencionarei de novo a complexidade crescente da ética moderna, cujos contornos incluem relações instáveis com a economia, a tecnologia e a política. A *polis*, de que tratei algo acima, nutria e envolvia os significados do viver dos homens: não esquecer a frase de Tucídides, segundo a qual “a cidade são os homens”. Habitualmente não se contestava a lei, veja-se o que disse Sócrates ao enfrentar a hora da morte, em face do convite para a fuga, sobre a aceitação das leis da cidade. Quase um positivismo formalístico, no sentido que Bobbio menciona em seu pequeno livro *Il problema del positivismo giuridico*. Diria, entretanto, que é dentro da experiência moderna que se descobre, com todos os seus meandros, o problema das relações entre ética e direito. O Ocidente moderno tende à especulação histórica, sente-se como póstero em relação aos antigos e busca interpretações culturais. Grande parte dos problemas de base da filosofia jurídica dos últimos dois séculos, do último sobretudo, vem consistindo em conciliar e conjugar este afã historizante, com sua carga de provocações hermenêuticas, com o cunho “sistemático” que a ciência jurídica parece obrigada a apresentar. Cunho sistemático que foi procurado pela própria Escola Histó-

rica, posto que Puchta, e o próprio Savigny, tiveram como objetivo trazer para a *Rechtswissenschaft* o sentido de sistema que Kant preconizava para a filosofia e para todo saber filosoficamente aceitável.

4. Insisto, porém, sobre a complexidade do “mundo moderno”. Creio, de certa forma, na idéia hegeliana da *Aufhebung*, segundo a qual as experiências históricas são cumulativas, não se eliminam inteiramente: no caso do mundo moderno, temos a acumulação de diferentes legados históricos, absorvidos pela consciência histórica própria da cultura ocidental. Dentro da ética moderna encontram-se portanto, além dos componentes específicos da modernidade, sobrevivências do mundo antigo e da religião cristã, resíduos medievais e traços que a filosofia pretende atribuir ao próprio espírito humano como algo perene.

De Rousseau a Hegel, para tomar duas referências ilustres, o espírito da ética política moderna se confirmou como um racionalismo inquieto, dinâmico, quase trágico. Nos séculos XVII e XVIII, uma certa literatura moral (que talvez não fizesse parte da “filosofia” em sentido rigoroso) criticava comportamentos. Citaria Charron, Vauvenargues, La Rochefoucauld — aliás, escritores apreciados por Nietzsche. Acrescentaria Montesquieu, Voltaire, o próprio Rousseau: todos empenhados em denunciar as distorções que o homem moderno vinha ou vem impondo ao seu próprio mundo. Após Kant e Hegel, o século dezenove entronizou o empirismo: criou-se a sociologia, criou-se a psicologia, criaram-se ciências que cuidam de estudar condicionamentos, que relativizam os comportamentos e destarte relativizam as culpas. A ética teria de esperar pela teoria dos valores para escapar do empirismo, mas a troco de fugir frequentemente do mundo real. Hegel havia identificado o ideal com o real, tinha levado a história para dentro da metafísica, mas foi o medo das suas idéias sobre o Estado que fez com que muitos se afastassem de sua filosofia. Lembraria entretanto, e de passagem, que Benedetto Croce, em seu famoso livro sobre Hegel, encontrava no aparente conservadorismo do filósofo de Iena o amor à realidade, a valorização do real e da vida como condições para o ideal e para a verdade.

Nas sociedades modernas, pode-se fazer com bastante clareza de uma ética econômica, de uma ética social, de uma ética jurídica. Talvez tenhamos perdido a unidade do *ethos* que havia nas sociedades antigas, mas em compensação torna-se mais nítida a caracterização dos comportamentos. Mais nítida no sentido de formalmente apreensível. Este dado, que possivelmente não terá peso decisivo, é talvez a explicação para certos otimismo, como por exemplo o de Larenz, quando em seu livro sobre o *Direito justo* mencionou a justiça e a “paz jurídica” como finalidades objetivas da ordem jurídica. Na verdade a

enorme importância das relações econômicas no mundo moderno faz com que o caráter dos atos econômicos, que a cada passo exigem novas regulações jurídicas, transforme a ética propriamente dita em uma preocupação de poucos, ou um mero alegado, em vez de ser um fundamento real como em outras épocas. A cidadania, de que tanto se vem falando, corre o risco de perder-se dentro de um labirinto de exigências parciais, e de *direitos* nem sempre eficientes, ao contrário da cidadania antiga, que era um inteiriço conjunto de *status* socialmente definido. Por sinal que uma das tendências, dentro do confuso quadro ideológico de hoje, é a de entender a cidadania mais como uma questão de direitos do que de deveres; e mais, como algo pensável sem a presença do Estado, o que me parece pelo menos utópico.

E eis um sério problema dentro da temática das relações entre direito e ética: a presença do Estado. Não podemos, a estas alturas, fazer como Hegel e juntar o direito e o Estado como expressões do espírito objetivo e da idéia ética. Nem podemos, ao que penso, dispensar o Estado — como alguns pretendem — e voltar bucolicamente ao estado-de-natureza.

O Estado moderno, após a derrubada do absolutismo, adotou como se sabe o constitucionalismo, transformando-se em Estado-de-Direito. Com isso realçaram-se as linhas do próprio Estado, definidas no ordenamento constitucional, e também as do Direito, tomado como ordem apta a fundar e ao mesmo tempo limitar toda a ação estatal. As liberdades e os direitos do cidadão, bem como as funções governamentais, achavam abrigo dentro daquela fórmula que parecia perfeita.

Cedo, porém, começaram as críticas ao modelo liberal do Estado de Direito: ele atendia apenas às necessidades formais. Correspondia mais ou menos à definição kantiana do Direito como coexistência de liberdades. A ética liberal, tendente ao formalismo, era de fato, política e juridicamente, uma ética de “foro externo” (para aludir à expressão de Tomasius), e era um esquema de equilíbrio precário. Rousseau aliás o havia previsto, ao pensar em um corpo político unido por uma vontade concreta.

O formalismo, cuja ligação com a prestigiosa ética de Kant não impediu que Scheler tentasse superá-lo, tem evidentemente relações históricas com o iluminismo. Em Hegel, a alusão ao formalismo como tautologia revela uma posição que já não é iluminista, mas que alcança e expressa a modernidade em seu mais abrangente sentido.

E como o iluminismo foi, no Ocidente, o período mais central da secularização, caberia perguntar se esta não seria (em parte ao menos) uma “deseiticização”. A ética mais antiga, na Grécia, a que veio dos primeiros tempos, foi contestada pelos sofistas, vale dizer, pela dessacralização; a ética cristã mais

tradicional, no Ocidente, terá sido por sua vez contestada pela ilustração erudita e crítica. Note-se que Max Weber indicou, no direito moderno, a tendência ao formalismo, própria, genericamente, da legitimação *racional*. Note-se também que Pietro Piovani, em livro datado de 1961, anunciava a incompatibilidade da ética moderna com o jusnaturalismo, posição doutrinária que requer fundamentos metafísicos. Daí, por outro lado, e esta é uma questão que não podemos aprofundar aqui, o perigo das tentativas de devolver à teoria jurídica a sua politicidade, vale dizer, as suas conexões com uma ética não-formal. Foi este, aliás, um dos lados mais polêmicos do trabalho, sem dúvida notável, de Carl Schmitt.

Deste modo a dessacralização, com o iluminismo e com o racionalismo, afetou as relações entre a ética e o direito no mundo moderno. Não poderemos, realmente, evitar o problema, porque este é o quadro do mundo nos últimos séculos. A ética não desapareceu, embora a dessacralização lhe tenha arrancado as bases transcendentais. A crítica racionalista banuiu, por exemplo, os crimes que eram pecados e reformulou o conceito de culpa, mas a idéia da punibilidade permaneceu. O direito não pode dispensar uma conexão com a ética, embora as referências modernas, neste sentido, sejam sempre fragmentárias. Tributo que as sociedades pagam à instabilidade moderna, aliás a mesma que atinge os regimes democráticos.

Mencionei o racionalismo. Ele se desdobra em cientificismo (aludi a isto *en passant*), e o cientificismo tem como um de seus frutos a tecnologia. A tecnologia, contudo, não é apenas uma extensão da ciência, mas também um instrumento do poder; e este seu aspecto é correlato da problemática ética. A tecnologia fortalece e flexibiliza o poder, altera comportamentos e afeta valores. As ambigüidades da técnica são evidentes, e Heidegger associou a tecnologia com a metafísica — não a ontologia — e com o esvaziamento do espírito do Ocidente. Ocorre-me também, a respeito, a frase de Goethe segundo a qual é pernicioso para o homem tudo o que, sem torná-lo melhor, dá-lhe mais poder.

Hoje temos a tecnologia penetrando no universo do direito sob duas formas: primeiro, trazendo para as técnicas cartoriais e forenses as novidades da informática e coisas afins; segundo, levando as normas a assumir, a cada passo, a organização de novas formas de atividades empresariais. E também levando-as a controlar interesses e efeitos no tocante a descobertas científicas, algumas das quais afetando, inquietantemente, a vida humana. Talvez assistamos a um momento em que a técnica se sobrepõe à ética. Neste caso ocorre-me evocar o dualismo *Kratos Ethos*, isto é, o poder e a consciência ética, mencionado por Friedrich Meinecke como uma fundamental constante histórica.

Mas falava do racionalismo. Aludi ao seu desdobramento nos positivismos e nos científicismos que aparecem na cultura moderna. Aludo agora a outro aspecto, o problema do ordenamento, que nas grandes teorias modernas assume feição racional (algumas lhe atribuem um caráter lógico): desse feição racional cabe destacar a problemática das fontes e a das normas. De um certo modo, o que se chama de “ordenamento” equivale ao direito positivo, isto é, ao conjunto de fontes do direito positivo.

Sob prisma filosófico, o problema do direito positivo consiste em como situá-lo em face dos valores, e em como caracterizá-lo em face dos princípios e das normas. Pessoalmente entendo, sem embargo de certas novidades doutrinárias, que os *princípios* se encontram em um plano distinto dos valores, mas em ligação com eles, e distinto das normas; mais ou menos entre estas e os valores, aceitando que no direito a correlação entre norma e valor é uma característica estrutural.

Mas pretendo insistir sobre o tema dos *princípios* cuja natureza também revela algo das relações entre o ético e o jurídico. Uma teoria jurídica radicalmente normativista deixará de lado este tema; ou então reduzirá a questão aos princípios de caráter meramente técnico.

Ao entender que os princípios são algo situado entre o plano dos valores e o das normas, quero dizer que eles se acham como que em um espaço específico: os princípios não são apenas “norteadores da aplicação do direito”, mas encontram-se também no processo de elaboração da ordem positiva, o que confirma a idéia de Max Ascoli sobre a continuidade que existe entre a criação legislativa e a decisão judicial. Lembraria que Karl Larenz, em seu livro sobre o direito justo (*Richtiges Recht*), no qual busca as linhas de uma “ética jurídica”, acolhe a idéia de serem os princípios não propriamente regras aplicáveis, mas algo que pode “transformar-se em regras”. Daí a permanência de dois modos básicos de ver a figura doutrinária dos princípios, ora encarados como inspiradores da formação da norma, ora como algo que o intérprete encontra “dentro” da norma — justamente através da hermenêutica.

Coloco estes temas para acentuar o sentido ético dos chamados *princípios*. Josef Esser, em seu magnífico livro sobre o assunto — livro que não perde atualidade —, tende a remeter os princípios ao nível internacional, no qual se encontram as expressões maiores da doutrina. Este apelo à universalidade, que em certas passagens parece utópico ou pouco convincente, tinha, no jurista alemão, o intuito de manter o conceito de princípio fora do alcance das vicissitudes do direito positivo.

O que me parece válido, com isso, é confirmar as implicações éticas — portanto axiológicas — da noção de princípio. A justiça, que se cobra ou se



espera de um ordenamento, tanto aparece nas concepções gerais que o fundamentam como na formulação ou positivação das normas e também na hermenêutica que preside à aplicação do direito. Não se entenderiam as constituições clássicas do século XVIII sem implicações axiológicas e éticas, nem, do mesmo modo, os códigos clássicos, expressadores de uma específica visão-do-mundo.

A referência às implicações éticas da noção de princípios — ou de uma certa classe de princípios — levaria, como dito acima, ao problema das relações da ética com a hermenêutica, até porque os princípios são uma construção hermenêutica. Relações da ética com a hermenêutica quer dizer, aí, responsabilidade ética do trabalho do intérprete, e isto conduz de novo ao tema dos valores: não há hermenêutica sem alguma concernência a valores. Daí que as posições conseqüentemente formalistas, avessas à consideração axiológica do direito, pouco contribuam, ou pouca novidade tragam, *data venia*, para a problemática hermenêutica.

\* \* \*

Gostaria, entretanto, de tocar em outros aspectos. O que chamamos de mundo moderno se apresenta, inegavelmente, como um conjunto de estruturas e de relações crescentemente complexo. Realizam-se, ao que parece, os prognósticos dos pensadores do século XIX sobre o irreversível trânsito do simples ao complexo; ou a passagem, tão bem descrita por Toennies, da comunidade à sociedade. Esta, melhor dizendo, agrava-se. Um sem-número de complicações administrativas e técnicas envolve e escraviza os seres humanos, um sem-número de exigências enreda a vida cotidiana. Crescem as obrigações burocrático-sociais, incluindo-se aí tributos, normas de trânsito, limitações de toda a sorte a cortar o fluxo existencial das condutas. O direito tem de amiudar os passos, mover-se normativamente por toda a parte para regulamentar estas coisas. Eu diria que o aumento das obrigações burocrático-sociais corre em paralelo à diminuição das obrigações éticas, e isso de alguma forma se reflete no direito.

O processo, que nos inícios era um ritual, passou a ser um sistema laico de práticas e procedimentos: Calamandrei, em seu *Processo e Democracia*, chegou a escrever que o direito processual “não é senão um método”, a ser seguido pelas partes e pelos juízes, com o fim de obter uma decisão justa. Um método, dizia o mestre, e provavelmente com razão, o que não impede que se veja em seu pensamento (ou em seu *momento*) um passo a mais no caminho do prosaísmo e da tecnificação.

É provável que no direito antigo o peso das obrigações morais tenha sido comparativamente maior, ao contrário do que ocorre no moderno, do que as obrigações burocrático-sociais. E eu indago se não haveria, nestas alterações históricas, uma passagem do *direito-medida* — a que certos autores se referem — para um *direito-norma*, concepção tão prestigiada no século XX por conta do legalismo dos logicismos e dos ecos da secularização. Uma concepção que tem certamente sua lógica e seu significado histórico, mas que deixa em aberto tantos ângulos da problemática do direito.

\* \* \*

Não gostaria de encerrar, porém, sem uma referência aos graves problemas da *bioética*. Trata-se, na verdade, de problemas da tecnologia, agora concentrados em uma área extremamente delicada, ou seja, a vida humana com seus aspectos diversos: a medicina, a biologia, a genética. E com isso coisas como as clonagens, o aborto, o transplante de órgãos, a cirurgia plástica.

Em 1995, Stefano Rodotà incluiu, em seu livro *Tecnologie e diritti*, alguns estudos sobre bioética, afirmando, entre outras coisas, que a bioética se acha destinada a situar-se entre diversos tipos de conflitos, destacadamente entre diferentes modelos culturais. Mas os modelos culturais são padrões genéricos, e a alusão a eles não exclui absolutamente a referência a ideologias e a posições religiosas. Sobre o tema ocorre-me citar também os textos publicados na revista francesa *Mots* (número 44, set. 1995): sobretudo o estudo de Pierre-André Taguieff sobre as três direções da bioética, e o corajoso artigo de Fiammetta Venner sobre os malentendidos existentes nos debates sobre o aborto. No Brasil, um dos artigos mais valiosos sobre o assunto é o de Vicente Barreto, “Bioética, biodireito e direitos humanos”, editado no recente volume *Teoria dos Direitos Fundamentais*, organizado por Ricardo Lobo Torres (Renovar, Rio de Janeiro 1999).

Posto em face dos problemas éticos que se colocam a partir de experimentos genéticos e de outras formas de intervenção humana nos processos naturais, o direito procura acompanhá-los, e a tendência dominante parece ser no sentido de se acrescentar um “biodireito” ao já complicado quadro dos “direitos humanos”.

\* \* \*

Em resumo: as relações do direito com a ética são historicamente variáveis e não podiam deixar de sê-lo. São culturalmente condicionadas. Como já

escreveu o professor Laclau, de Buenos Aires, a historicidade tanto caracteriza cada vida individual, como o próprio “mundo espiritual”. O Ocidente moderno, com o seu pendor historizante, assumiu a consciência deste tipo de problemas. A formação de um pensar histórico no Ocidente moderno coincidiu, porém, desde o início, com o processo de secularização, isto é, com o iluminismo, dentro do qual latejava uma inclinação racionalista-sistemática. Deste modo a reflexão sobre o direito foi marcadamente racionalista até o período romântico, com o qual o pendor historizante, que vinha em grande parte de Vico, conviveu com o sistemático. Essa dualidade é visível na chamada “Escola Histórica”, e propiciará uma oscilação constante no pensamento jurídico contemporâneo: ora o predomínio da visão histórica, apoiada pela sociologia ou pela axiologia, ora a visão conceitual-formalística. Esta oscilação atinge também, aliás, uma questão de ética política.

O problema das relações do direito com a ética tem-se colocado, portanto, sob diferentes modos. O jusnaturalismo clássico tratou-o dentro da visão de uma ordem ideal, onde implícita ou explicitamente se achavam ideais éticos. As escolas do século dezenove pensaram no tema em termos evolucionistas. No século XX agravaram-se certos problemas: o individualismo latente, e em conflito com ele o crescimento das complicações sociais, levaram os ordenamentos à instabilidade e à falta de clareza. A tecnologia aguçou as dificuldades de convivência entre o indivíduo e o Estado — ou entre o indivíduo e a sociedade —, trazendo questões concernentes à privacidade e à delimitação dos interesses no campo da informação. Sempre será difícil desenhar convenientemente as linhas que demarcam o direito do indivíduo a viver sua vida privada, e o direito do Estado a obter certas informações; sem falar no permanente assédio da chamada (ou dos chamados) “mídia” no sentido de derrubar os biombos e revelar a vida privada das pessoas.

Falei também dos problemas biológicos, que adquirem dimensão ética e que passam a ser objeto da normatização jurídica. Os laboratórios parecem adquirir vida própria, e os cientistas parecem afanar-se em criar novidades: a imprensa e a opinião pública é que se preocupam com o aspecto moral de tais novidades. Enfim a técnica é um sistema de meios, e os fins são um problema ético que o técnico em si não parece ter em conta.

Para concluir, recoloço indagações. As questões de ética são perenes, inclusive dentro de sociedades laicizadas, onde os grandes fundamentos foram derruídos e onde a liberdade crítica revolve interminavelmente os temas. Poderíamos pensar na justiça que segue sendo um ponto de referência comum à ética e ao direito. Diz-se sempre que a justiça é o valor central do direito, e

mesmo os juristas que reduzam o jurídico à norma pensam sobre a justiça como um eterno problema. Trata-se de um problema ético, sendo além disso — ou por isso — um problema histórico, teológico, econômico, social. Os homens questionam a justiça, ou a imaginam; lutam por ela, como por um componente essencial da vida. E contudo falham e recomeçam as teorias sobre a justiça, caem e reconstroem-se os sistemas e as fórmulas.

Seria a ética uma utopia, e a justiça uma ilusão?