



AMBIVALENCIA DA APORIA RACIONAL: O PHÁRMAKON DA CONTEMPORANEIDADE A PARTIR DO MARCO HISTÓRICO PÓS-POSITIVISTA

Bianca Strücker¹
Thaís Maciel de Oliveira²

Resumo: Neste artigo, abordam-se conexões entre direito e filosofia, através de uma retomada histórica do jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo jurídico. Num segundo momento, se discute a ambivalência da aporia racional na contemporaneidade. Em seguida se questiona qual o papel dos princípios no direito, que vem sendo utilizados como retorno da moralidade ao direito, na tentativa de corrigir os erros cometidos pelo naturalismo e positivismo, mas que, neste artigo, são analisados como phármakons, que podem ser venenosos ou remédios, a depender de como forem usados. Um dos enfoques deste terceiro momento é o do direito das famílias, temática que comumente é polarizada, e que em tempos de antagonismos de racionalidades, pode ser levado para caminhos bastante diversos, de acordo com a moralidade de cada julgador. Em nível de metodologia, faz-se uma abordagem histórico-filosófica, e o método de raciocínio dedutivo para compreender os marcos teóricos apontados.

Palavras-chave: Pós-positivismo; Aporia racional; Phármakon; Direito das Famílias.

¹ Acadêmica do Curso de Doutorado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, pesquisadora bolsista da CAPES, advogada. E-mail: biancastrucker@hotmail.com.

² Pós-doutorando da Faculdades EST. Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UMEESP. Professor Tempo Integral da URI, Campus de Santo Ângelo. Graduado em Filosofia e Teologia. Possui formação em Direito. Integra o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito. Lidera, junto com o professor Dr. André Leonardo Copetti Santos, o Grupo de Pesquisa Novos Direitos em Sociedades Complexas, vinculado à Linha 1, Direito e Multiculturalismo, do PPG Mestrado e Doutorado em Direito da URI. Pesquisa temas relacionando Gênero, Direito, Cultura e Religião. E-mail: nolihahn@santoangelo.uri.br.

Abstract: This article discusses connections between law and philosophy, through a historical resumption of jusnaturalism, positivism, and legal post positivism. In a second moment, we discuss the ambivalence of aporia rational in the contemporaneity. Then one wonders what is the role of principles in law that have been used as a return of morality to law, in an attempt to correct the mistakes made by naturalism and positivism, but, in this article, are analyzed as phármakons, which can be poisonous or medicine, depending on how they are used. One of the approaches of this third moment is that of family law, theme that is commonly polarized, and that in times of antagonism of rationality, can be taken in quite different ways, according to the morality of each judge. At the methodology level, a historical-philosophical approach is taken, and the deductive reasoning method to understand the theoretical frameworks pointed out.

Keywords: Post positivism; Aporia rational; Pharmakon; Family low.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Durante a história, o direito estruturou-se sob a ideia de regras, as quais quem estivesse vinculado teria o dever de cumpri-las. Este sistema de regras, entretanto, alterou-se significativamente com a passagem do jusnaturalismo, que preconizava verdades ontológicas, para o positivismo onde se levava em consideração a “letra fria da lei”, e posteriormente para o pós-positivismo, que faz uma leitura além da letra da lei, mas sem desprezar o direito positivo. O pós-positivismo, é uma escola que faz uma leitura ética e moral da lei, mas sem recorrer ao metafísico, limitando o poder dos governantes e aproximando o direito à uma ideia de princípios.

Há certo consenso no meio jurídico sobre a divisão jurídica em regras e princípios, bem como a finalidade aplicativa de cada um. As regras preveem uma solução previamente concebida, ao contrário dos princípios, que se caracterizam pelo seu alto grau de abstração e assim possibilitam uma atuação mais ampla do magistrado responsável por aplicá-las.

O presente trabalho tem por escopo problematizar a duplicidade de sentidos da racionalidade na contemporaneidade. Assim, na medida em que os indivíduos são padronizados na hegemonia da racionalidade do mercado, viram prisioneiros dessa lógica do consumo e da máxima positivação. A ideologia da racionalidade contribuiu de sobremaneira diante de uma moral transcendental e metafísica que condicionava os seres a uma ordem

pressuposta ou panóptica, entretanto, suas ramificações para o século XXI ocasionam profundos adoecimentos psíquicos na contemporaneidade. Com efeito, o objeto do estudo é questionar o *phármakon* da contemporaneidade como remédio e veneno para população, em especial quanto a utilização dos princípios nas decisões de direito de família.

Nesses termos, através da abordagem histórico-filosófica e pelo método de raciocínio dedutivo busca-se compreender a aporia da racionalidade como propulsora da infelicidade contemporânea, através da Alegoria da Caverna, de Platão, bem como, num terceiro momento A farmácia de Platão, de Jacques Derrida é utilizada para questionar como o pós positivismo pode colaborar ou não na promoção de justiça, já que no direito das famílias, estes ensinamentos tomam contornos essenciais devido a dinâmica que as relações familiares possuem – são infinitas as possibilidades de sua formação. Deste modo, não raras vezes o juiz se vê obrigado a inovar num julgamento ou até mesmo afastar a aplicação das regras para que se chegue a uma solução justa, em casos concretos especiais.

DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO

O jusnaturalismo fundamenta-se na existência de um direito imanente à natureza, universal, imutável, suprapositivo e, principalmente, absolutamente justo³. Inspirado nas teorias de Hugo Grócio, Thomas Hobbes e Pufendorf, o conceito central da teoria naturalista é a afirmação da existência de preceitos de justiça que independem da normatização estatal, configurando o caráter suprapositivo do direito natural⁴, que o coloca acima do direito posto pelo Estado.

Daí decorre o reducionismo da validade do direito aos ideais de justiça e ética, passando a se considerar jurídicas apenas as normas justas, isto é,

³ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴ Conforme aponta Norberto Bobbio (1965, p. 68), o naturalismo não pressupõe a inexistência do direito positivo, apenas postula a superioridade daquele, enquanto o positivismo pressupõe a inexistência do direito natural. Neste sentido, aponta o autor que “por jusnaturalismo entendo aquela corrente que admite a distinção entre direito natural e direito positivo e sustenta a supremacia do primeiro sobre o segundo. Por positivismo jurídico entendo aquela corrente que não admite distinção entre direito natural e direito positivo e afirma que não existe outro direito que o direito positivo”.

aquelas que coincidam seus comandos com o proposto pelo direito natural. Seus principais teóricos podem ser agregados em duas correntes: aqueles que postulavam como fonte do direito natural a vontade de Deus, de cunho notadamente teológico, e aqueles que afirmavam ser a razão a fonte do direito natural. Enquanto o jusnaturalismo originário tinha profundas bases teológicas, o moderno jusnaturalismo do século XVII abandona as ideias de um direito baseado na vontade de Deus e se funda na razão como fundamento legitimador dos direitos inerentes ao ser-humano.

É com esta pretensão que se iniciam os movimentos revolucionários liberal-burgueses que, afirmando a necessidade de o Estado respeitar e proteger os direitos naturais, articula a queda do absolutismo monárquico. Esta doutrina jusnaturalista serviu de fundamento ao aparecimento de dois princípios fundamentais ao nascimento do estado liberal: o princípio da tolerância religiosa e o da limitação dos poderes do Estado⁵. Importante é apontar a relevância dos ideais naturalistas nas revoluções liberais do século XVIII, principalmente na França e na América, sendo prova inquestionável de sua importância o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão⁶.

Com o surgimento do Estado Liberal pós-revolução francesa, imbuído dos ideais renascentistas da crença do super-homem⁷, ocorre a superação do direito natural, tido, agora, como anti-científico, dada a sua abstração e relatividade. Assim, por meio da escola histórica do direito, movimento contrário à doutrina do direito natural, precursor do positivismo jurídico, abre-se o campo para o florescimento das teorias positivistas de Hans Kelsen.

O positivismo filosófico, cujas ideias reportam-se a Augusto Comte, expressa uma corrente do pensamento que romantiza o postulado científico, em que se busca, por meio da metodologia das ciências da natureza causal-explicativa, alcançar a verdade, a qual já não mais pode ser aceita com base

⁵ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶ O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabelece que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as únicas causas das infelicidades do mundo, e que por isso, resolveu expor numa declaração estes direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, não se deixem jamais oprimir, e para que o Povo tenha sempre distante dos olhos as bases da sua liberdade e de sua felicidade, o Magistrado, a regra dos seus deveres, o Legislador, o objeto da sua missão.

⁷ NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Trad. Carlos Duarte e Ana Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2014.

nos pressupostos do inatismo religioso metafísico e sim por meio da precisão científica dos procedimentos lógicos formais. Kelsen, transportando o positivismo filosófico para o direito, buscou a objetividade científica do ordenamento jurídico. Com isso, retirou todo o conteúdo moral e axiológico do direito, reduzindo a justiça à validade. Para Bobbio⁸:

enquanto para um jusnaturalista clássico teria, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida.

Enquanto o direito natural é baseado na dicotomia bom e mau, o direito positivo é indiferente a conceitos valorativos, pois não busca o justo e sim o útil. Para Kelsen⁹, os Juízos de valor são subjetivos e relativos a cada sociedade, ou seja, variam de acordo com o espaço e o tempo, sendo o relativismo axiológico o ponto de partida da teoria positivista do direito. As noções básicas do direito positivo preconizam que o direito é particular a determinado contexto histórico, e se restringe às normas válidas e postas e pela autoridade competente, na pretensão de uma neutralidade científica no campo jurídico¹⁰.

Para a teoria do positivismo jurídico, o conceito de justiça deve ser distinguido do conceito de validade. Na teoria jusnaturalista, as prescrições só poderiam ser consideradas válidas quando fossem justas, isto é, direito válido é direito justo. Já para o positivismo, a validade do direito independente de ideais de justiça, direito válido é o direito posto, o que permite que ocorra validade até mesmo no direito injusto¹¹. Em síntese, todo comportamento, justo ou injusto, pode ser conteúdo de uma norma jurídica, pois o que faz uma regra jurídica não é o seu conteúdo, e sim a sua criação ou a sua execução¹².

Entretanto, a banalização do mal ao longo da primeira metade do século XX e a constatação, sobretudo após as duas grandes guerras e as experiências do fascismo, nazismo e comunismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie, levaram à superação do positivismo estrito e ao

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariane Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001, pp 58-59.

⁹ KELSEN, 2003.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹¹ KELSEN, 2003.

¹² BOBBIO, Norberto. **El problema Del positivismo jurídico**. Buenos Aires: EUDEBA, 1965.

desenvolvimento de uma dogmática pautada em princípios, também identificada como pós-positivismo. Neste enfoque, o pós-positivismo surge com o escopo de reincorporar no direito positivo os preceitos éticos de justiça, constitucionalizando, explícita ou implicitamente, por meio de princípios axiológicos, os valores que anteriormente vagavam em uma esfera notadamente abstrata. Trata-se de analisar o direito não apenas como ordem coativa baseada no dogma da autoridade, e sim a busca de sua legitimação popular. Por conseguinte, no pós-positivismo, por meio dos princípios constitucionais, se entrelaçam a ordem jurídica positiva e a ordem moral.

Consequentemente, o direito encarrega-se do estudo das normas, que podem ser entendidas como mandamentos que gravam preceitos e valores sociais, devendo ser seguidos pelos indivíduos, a fim de que seja assegurada a ordem social. Para Miguel Reale¹³, “a norma jurídica é uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória.” Logo, pode-se dizer que as normas dizem respeito a um dever-ser, que pode se apresentar como regras ou como princípios.

Desta forma, regras são normas jurídicas que regularizam determinada conduta, sendo que sua aplicação depende da subsunção exata do fato que nela está descrito. Logo, se o fato corresponde à conduta descrita na regra, esta será aplicada e sua sanção aplicada, sendo a norma considerada plenamente válida. Por outro lado, caso o fato concreto não se adeque exatamente naquilo que a norma prescreve, ela não é válida para se aplicar aquele caso. Portanto, há uma taxatividade na aplicação das regras que salvo exceção prevista, não pode ser afastada. No entanto, para Reale¹⁴ os princípios podem ser definidos como:

[...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobre, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.

¹³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo, Saraiva, 21ª ed., 1994, pp. 95.

¹⁴ REALE, 1994, p. 304-305.

Conforme Carlos Ari Sundfeld¹⁵ princípios são tidos como "[...] ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se." Sendo assim, conforme preconiza Robert Alexy¹⁶, pode-se compreender que princípios, assim como as regras, são razões para juízos concretos do dever ser, mesmo quando são razões de um tipo diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

AMBIVALÊNCIA DA APORIA RACIONAL: O PHÁRMAKON DA CONTEMPORANEIDADE

No mito a Alegoria da Caverna narrado por Platão, Livro VII, A República¹⁷ se dialoga sobre os mundos inteligível e sensível, e a consciência ética e moral. Assim, a saída para o sol dos prisioneiros da caverna representa a ascensão da alma para o mundo inteligível. Em outras palavras, representa uma consciência ética crítica frente a moral que aprisiona os seres em padrões normativos:

Platão situa os prisioneiros, acorrentados e imóveis desde a infância, só podendo ver o que se encontra diante deles no fundo da caverna: as sombras. Esses prisioneiros, como o próprio texto explicita, somos nós, ou seja, o homem comum, prisioneiros de hábitos, preconceitos, costumes, práticas, que adquiriu desde a infância e que constituem correntes ou condicionamentos que o fazem ver as coisas de uma determinada maneira, parcial, limitada, incompleta, distorcida, como sombras. As sombras não são falsas ou irreais, mas ilusórias, por seres realidades parciais, o mínimo que o prisioneiro enxerga da realidade – porém, como não tem possibilidade de distinguir mais nada, ele trata como verdadeira a única realidade que conhece, daí a ilusão. O homem condicionado e limitado, pelo seu modo de vida repetitivo, que não o deixa pensar por si próprio, só consegue ver as sombras¹⁸.

Com efeito, as sombras correspondem aos laços morais que efetivamente condicionam os indivíduos no viver em comunidade, regulamentando o comportamento dos indivíduos “entre si e destes com a

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 18.

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 83.

¹⁷ PIETTRE, Bernard. **Platão. A República**: Livro VII. Comentários e tradução de Elza Moreira Marcelino. Brasília: Ed. Universidade de Brasília. São Paulo, Ed. Ática, 1989.

¹⁸ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 7ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002, pp. 65.

comunidade, a moral exige necessariamente não só que o homem esteja em relação com os demais, mas também certa consciência – por limitada e imprecisa que seja”¹⁹. Assim, as normas da sociedade são o meio pelo qual possibilitam a convivência social, entretanto, essas ações têm motivações conscientes e inconscientes:

Quando são conscientes, isto é, quando temos consciência do fim almejado e dos meios utilizados, nós temos um ato voluntário. Ao contrário do que muitos podem pensar, somente uma pequena parte das nossas ações tem motivações conscientes e são voluntárias. A maioria delas tem motivações inconscientes e é automática. Estas ações automatizadas são frutos da internalização de valores e regras morais e sociais. Internalização essa que se dá no processo de socialização de todos os indivíduos numa sociedade.²⁰

Nesses termos, a era do Mesmo, e do Eu instalou na contemporaneidade um reinado do individualismo extremo, de um egoísmo exacerbado. Conseqüentemente, além de ocasionar exclusões e segregações nos dias atuais, ocasiona incompletude enquanto seres. O desejo por satisfação pelo outro, pela comunicação, não é mais o que move o ser humano. Sua vivência está aprisionada na busca por pertencer do consumo e pela satisfação temporária e efêmera de bens materiais. Ou seja, na sociedade do século XXI o sentido do ser mudou para o ter.

A subjetividade dos indivíduos, nesse aspecto, está intrinsecamente relacionada a bens materiais, e o diferente, nessa lógica mercadológica é segregado diante da moral racional. Nessa toada, o mundo sensível dos sentidos neutralizou o ser através da razão:

O facto de a razão ser no fim de contas a manifestação de uma liberdade, neutralizando o outro e englobando-o, não pode surpreender, a partir do momento em que se disse que a razão soberana apenas se conhece a si própria, que nada mais a limita. A neutralização do Outro, que se torna tema ou objeto - que aparece, isto é, se coloca na claridade - é precisamente a sua redução ao Mesmo.²¹

Na medida em que essa premissa racional é elevada a status supremo, a desumanização faz parte da moral da sociedade. Para ser cidadão nessa

¹⁹ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Tradução de João Dell’ Anna. – 37ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, pp. 39.

²⁰ SUNG, Jung Mo. SILVA; Josué Cândido. **Conversando sobre ética e sociedade**. 18 ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, pp. 18.

²¹ LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**: ensaio sobre a exterioridade. Lisboa: Edições 70, 1980, pp. 31.

lógica do Eu, para ser integrado pela sociedade é preciso estar incluído nas amarras do capital.

Pode-se dizer que o consumismo é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, “neutros quanto ao regime”, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de autoidentificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais.²²

Ter uma consciência ética, nesse aspecto, significa questionar essa moral do Mesmo que aprisiona seus seres a um mundo sensível, significa questionar a moral racional e a totalidade do ser aprisionado em uma subvida contemporânea. Nesses termos, a racionalidade como *phármakon* da medicina revolucionou a moral essencialista da Idade Média que visava a manutenção da coesão social, baseada em princípios transcendentais e regras de conduta exteriores ao indivíduo²³. Entretanto, o problema relativo a racionalidade contemporânea se concentra na “autoafirmação do eu como centro desse mundo do eu, e, portanto, não apresenta uma concepção eticamente positiva das nossas relações primordiais com os outros”²⁴.

Com efeito, a aporia da racionalidade condiciona os seres em uma dimensão negativa do outro, em uma “relação conflituosa consigo mesmo” que o torna totalmente “incapaz de sair de si, de estar lá fora, de abandonar-se ao outro, ao mundo, vai se remoendo interiormente, o que paradoxal e paulatinamente deixa-o oco e causa seu esvaziamento”²⁵. Nessa toada, os valores sociais reconhecidos e reiterados por essa lógica mercadocêntrica representa a moral da contemporaneidade, em que os indivíduos são reduzidos em um individualismo extremo e totalizados em si mesmos. Ou seja, na sociedade contemporânea se vislumbra excesso de racionalidade e individualização. Nesse aspecto, Platão já salientava sobre os perigos de um excesso racional:

²² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pp. 41.

²³ SUNG; SILVA, 2011.

²⁴ HOOFT, Stan Van. **Ética da virtude**. Petrópolis: Vozes, 2013, pp. 47.

²⁵ HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. 2. ed. ampl. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2017, pp. 70-71.

O diálogo Fedro (246 a/249 b) nos apresenta o mito dos cavalos alados, em que Platão propõe uma reflexão sobre a imortalidade da alma. Ali estão presentes importantes questões éticas. O ser humano vê-se, nesta analogia de dois cavalos alados que vagam pelo infinito; um desses cavalos representa o lado irascível e passional; o outro, a racionalidade; ao condutor compete a destreza em preservar o equilíbrio e o justo movimento, que impedirão a instalação de um conflito de forças e ruptura da unidade. A justiça será a sábia condutora das rédeas que dirigem a existência²⁶.

Com efeito, a dicotomia do fármaco é velada diante de uma racionalidade do pensamento capitalista, a palavra *phármakon* “é tomada numa cadeia de significações [...] designa, para permanecer nos limites dessas oposições, apenas um modo de “submissão” às necessidades de uma língua dada”²⁷. A ambiguidade do termo racionalidade depende do contexto em que esse *phármakon* se integra:

Diferentemente de droga e mesmo de medicina, remédio toma explícita a racionalidade transparente da ciência, da técnica e da causalidade terapêutica, excluindo assim, do texto, o apelo à virtude mágica de uma força à qual se domina mal os efeitos, de uma dinâmica sempre surpreendente para quem queria manejá-la como mestre e súdito.²⁸

A ética, nesse exposto, como reflexão teórica direciona para um questionamento crítico frente a moral. Conforme o conflito interno descrito por Platão na Caverna o prisioneiro não é libertado, de fato, por nenhuma força exterior, mas sim “por um conflito interno entre duas forças que se encontram em sua alma, a força do hábito ou da acomodação e a força do eros, do impulso, da curiosidade, que o estimula para fora, para buscar algo além e si mesmo”²⁹. Assim, o pensar eticamente parte de um pensamento crítico diante dos fatos empíricos.

Indubitavelmente, o ato de pensar como manifesto da pluralidade humana representa um exercício de alteridade de si mesmo, “o pensar realiza a experiência da diferença da identidade porque, enquanto diálogo do dois-em-um, aquele que pergunta é ao mesmo tempo aquele que responde”³⁰. Com

²⁶ PEREIRA FILHO, Gerson. **Justiça e ética como fundamentos do direito em Sócrates e Platão**. In: GELAIN, Itamar Luís. [Org.] Uma introdução à filosofia do direito – Ijuí: Ed. Unijuí, 2015, pp. 54-65.

²⁷ DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão**. São Paulo: Iluminuras, 1997, pp. 49.

²⁸ DERRIDA, 1997, pp. 51.

²⁹ MARCONDES, 2002, p. 66.

³⁰ WAGNER, Eugênia Sales. **Hannah Arendt: ética & política**. Ateliê Editorial, 2007, pp. 179.

efeito, a consciência moral revela um padrão de conduta social, ou seja, na medida:

em que buscam padrões de conduta firmados no eu, as filosofias morais procuram, de fato, formas veladas de coerção: por trás do Deves, Não deves, está um senão, a ameaça de uma sanção imposta por um Deus vingador ou pelo consentimento da comunidade ou pela consciência que é ameaçada de autopunição, chamada comumente de arrependimento.³¹

Nesse sentido, o sair da caverna para o mundo inteligível significa ter uma consciência ética crítica frente uma moral que aprisiona os seres. Entretanto, “quando se coloca o mercado como centro da vida econômica e social e absolutiza as suas leis, não há nenhum espaço para indignação ética diante de um fato desumano”³². Consequentemente, “ao chegar a visão do Sol o prisioneiro completa o processo de transformação de sua situação inicial, passa a possuir o saber porque vê diretamente a fonte de toda luz: o ser, a realidade”³³.

Com efeito, o abrir os olhos para o mundo inteligível é doloroso e difícil no início, entretanto, marca o começo do percurso longe das sombras do mundo sensível. Assim, poder questionar o comportamento moral requer uma consciência crítica frente as verdades dadas e postas. Portanto, questionar a razão como pressuposto primeiro é questionar a visão parcial do ser, e analisar a totalidade, analisar que o si mesmo não completa os seres.

O RETORNO DA MORALIDADE AO DIREITO COMO PHÁRMAKON A PARTIR DO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família compreende o conjunto de normas que tratam acerca dos direitos pessoais e patrimoniais que surgem em decorrência das relações entre os diversos membros da entidade familiar. Desde o século XX até a Constituição Federal de 1988, a família patriarcal perdeu gradativamente sua consistência, na medida em que foram se desconsiderando suas principais características, quais sejam, a prevalência do pátrio poder, a desigualdade

³¹ WAGNER, 2006, p. 185.

³² SUNG; SILVA, 2016, p. 59.

³³ MARCONDES, 2002, p. 67.

entre os filhos, e a exclusividade do matrimônio como entidade protegida e amparada pelo direito.

No campo legislativo, diversas mudanças legais foram responsáveis por, lentamente, transformar esse paradigma, como o advento da Constituição Federal de 1988, que de forma concisa, proclamou, em seus artigos 226 a 230, o fim da discriminação das relações familiares não formadas pelo casamento, estendendo igual proteção à família constituída pelo casamento, pela união estável ou monoparental, assim como consagrou a igualdade de direitos e deveres entre homem e a mulher, através do poder familiar e, ainda, o dever de igualdade de tratamento entre os filhos biológicos ou adotivos.

Além desses diplomas legais podem ser citadas ainda inúmeras legislações infraconstitucionais que tratam de relações familiares. Assim, pode-se observar que variadas são as regras que podem influenciar direta ou indiretamente no âmbito familiar, de maneira que, ainda que haja um esforço do legislador, é impossível prever todas as situações que poderão surgir das relações familiares dignas de tutela. Quando se trata de direito de família, não é possível falar em regras únicas ou modelos únicos, especialmente porque, normalmente, as modificações sociais precedem aquilo que legislação prevê, e por vezes não se pode esperar uma regulamentação formal para que seja dada uma resposta pelo direito. Nestes casos, em especial, se mostra muito importante o marco histórico pós-positivista, pois é através deste modo de entender o direito, que alguns avanços são possíveis, na medida em que ainda que não exista uma norma regulamentando uma temática, através da interpretação dos princípios jurídicos³⁴, é possível consolidá-la como direito.

No que tange ao surgimento dos princípios no direito de família, eles tomam uma maior importância na medida que a legislação atual não consegue atender as demandas sociais nesta área. Um destes fatores diz respeito a falta de legislação adequada, ou na inexistência de lei para resguardar direitos de novas modalidades de famílias, ou no caso de permitir outras modalidades de aborto, que não as excepcionadas pelo atual Código Penal – como o aborto de anencefálicos.

³⁴ Em análise, sem pretender esgotar todos os princípios informadores do direito de família, pode-se dizer que os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade, da Liberdade, da Solidariedade, são fundamentais nas decisões que dizem respeito ao direito de família.

Casos como estes não encontrariam uma solução justa no positivismo jurídico, pois neste caso o julgador ficaria atrelado à “letra fria da lei”, e uma vez não previsto na legislação, o direito não poderia ser alcançado. Assim, demonstra-se a importância do positivismo, e do alargamento do conceito de norma, separando-se regras de princípios, de modo que os princípios constitucionais, e outros dão conta de assegurar e justificar decisões que vão além daquilo que a lei prevê.

É bem verdade que o direito ainda não encontrou soluções para impor um limite para as ações do judiciário, e barrar o ativismo judicial, além de ocorrer, muitas vezes, um extrapolar do judiciário, que adentra na esfera dos demais poderes, ocasionando uma relação paradoxal entre garantia de direitos através do respeito aos princípios jurídicos, e o equilíbrio entre poderes. Entretanto, tratando-se de vidas, o direito muitas vezes não pode valer-se do aguarado do tempo do legislativo, que é extremamente moroso, e passa por crivos de moralidade mais agudos, que tendem a obstruir e impedir direitos que são fundamentais.

Logo, no direito das famílias, o pós positivismo pode ser analisado como um *pharmakón*, que por vezes é remédio, quando torna-se indispensável para a manutenção de um mínimo de “justiça”, mas que pode vir a ser veneno, pois não confere uma segurança jurídica, ao entregar à subjetividade de cada julgador decisões que podem ser justas ou não, a depender de seus próprios padrões de moralidade. Deste modo, contempla-se uma discussão verdadeiramente prática de modelos de justiça e sua aplicabilidade, tendo em vista que legislativo tem se mostrado extremamente lento e falho para aprovar leis que tratem de temas polêmicos, como é o caso da grande maioria das leis relacionadas a atualização legal do direito de família, como o casamento de pessoas do mesmo sexo, aborto, uniões poligâmicas, dentre outras.

A aporia da racionalidade no direito, sobretudo no direito das famílias, é de extrema relevância, pois a moralidade é extremamente mutável, conforme o contexto social, religioso, legal e político de cada época ou local. O direito das famílias, no Brasil atual, tem sido objeto de discussões, que normalmente são polarizadas, em especial no debate político-religioso. Assim, as decisões acerca desta temática podem ter gosto amargo e venenoso, assim, como podem remediar anos de injustiças a grupos excluídos da racionalidade que até

então vem imperando no direito legislado, quando não permite o casamento de homossexuais, o aborto, não reconhece as múltiplas formas de identidades, e vivências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do atual esgotamento e incompletude que a sociedade contemporânea se encontra, é inegável a ambivalência da racionalidade e a aporia de seus sentidos. A questão moral da contemporaneidade, sobretudo na ciência jurídica, é questão central para discutir o que é justiça e como garanti-la. Com a crescente evolução no direito das famílias, houveram alterações tanto em sua formação como em suas problemáticas que são levadas ao Poder Judiciário. Assim como a sociedade, a família encontra-se em constante mutação, adaptando-se a novos contornos que vão se formando ao longo dos anos. São inúmeras as demandas que ingressam diariamente no Poder Judiciário referentes ao Direito de Família, para as quais nem sempre a solução proposta pelo legislador, ou pela análise da “letra fria da lei”, mostra-se a mais justa.

O problema ocorre quando há situações anômalas ao que prevê o ordenamento jurídico. Nestes casos têm especial importância a observância dos princípios, pois estes, por serem dotados de uma maior generalidade possuem a capacidade de abranger exceções à regra, as quais não podem ser enumeradas exaustivamente previamente pelo legislador. A utilização dos princípios no direito de família tem sido fundamental para romper com as normas até então estabelecidas, e fazer avançar os direitos para grupos que são esquecidos ou preteridos pelo legislativo. Entretanto, justamente por sua abstração, podem ser utilizados a depender da própria moralidade de quem decide.

Logo, a ideologia racional como *phármakon*, pode contribuir para a garantia de direitos de minorias, ou em tempos incertos, pode servir aos interesses daqueles que pretendem fazer do direito, em especial do direito de família, objeto de discussão político-religiosa. Disto de outro modo, na era da individualização e da totalização, a redução do Mesmo ao Outro determina todos os sentidos dos seres. Assim, a totalização dos indivíduos os condiciona

a seres incompletos e infelizes. Conseqüentemente, é preciso que o Eu saia da amarras ontológicas da racionalidade e contemple o Outro como forma de alteridade e completude humana, para poder se indignar frente a canários desumanos e sair da caverna que o engloba, e o a ciência jurídica não pode passar a ser utilizada para manter o *status quo* das ordens dominantes que buscam totalizar o ser.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **El problema Del positivismo jurídico**. Buenos Aires: EUDEBA, 1965.
- _____. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariane Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.
- DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão**. São Paulo: Iluminuras, 1997.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. 2. ed. ampl. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.
- HOOFT, Stan Van. **Ética da virtude**. Petrópolis: Vozes, 2013.
- KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito: ensaio sobre a exterioridade**. Lisboa: Edições 70, 1980.
- MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 7ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Trad. Carlos Duarte e Ana Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- PEREIRA FILHO, Gerson. **Justiça e ética como fundamentos do direito em Sócrates e Platão**. In: GELAIN, Itamar Luís. [Org.] Uma introdução à filosofia do direito – Ijuí: Ed. Unijuí, 2015.
- PIETTRE, Bernard. **Platão**. A República: Livro VII. Comentários e tradução de Elza Moreira Marcelino. Brasília: Ed. Universidade de Brasília. São Paulo, Ed. Ática, 1989.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo, Saraiva, 21. ed.,

1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNG, Jung Mo. SILVA; Josué Cândido. **Conversando sobre ética e sociedade**. 18 ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Tradução de João Dell' Anna. – 37ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

WAGNER, Eugênia Sales. **Hannah Arendt: ética & política**. Ateliê Editorial, 2007.