

4

MORAL, DIREITO E PÓS-POSITIVISMO

Luís Carlos B. Gambogi¹

RESUMO

Vem do racionalismo do século XVIII, fundado especialmente no raciocínio desenvolvido por Kant sobre Moral e Direito, agravado pelo impacto do positivismo que emerge no século XIX, e que vai até meados do XX, a compreensão que intenta desfazer os laços que aproximam o fenômeno jurídico da Moral, entendimento que acaba por expulsar o Direito do território da Ética. Trata-se de um grande equívoco. Somente conseguimos entender o Direito “como ideia ética, como estrutura lógica da ideia ética”,² isto é, como racionalidade lógica e moral. Direito e Ética formam uma combinação poderosa: juntos, são capazes de produzir a luz que procuramos no jurídico. Direito apartado da Ética é – para nós – ininteligível. Estamos em que ameaça mais a nossa Ciência que a ausência de uma definição sobre a qualidade moral do Direito. Essa é, para nós, uma questão vital. É uma questão de natureza política, e, não obstante, teórico-jurídica.

Palavras chave: Ética. Moral. Direito e Pós-Positivismo.

¹ Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Professor do Bacharelado e do Mestrado na Universidade Fumec, em Belo Horizonte.

² BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do direito*. Interpretação antropológica. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 127.

ABSTRACT

Comes from the rationalism of the 18th century, especially established in the thought developed by Kant about Moral and Law, aggravated by the impact from positivism that emerges in the 19th century, and that goes to the mid-20th, the understanding that tries to undo the ties that approaches the legal phenomenon of moral, perceptive that ultimately expel the Law of the Ethics's territory. This is a big mistake. We can only understand the law "as an ethical idea, as a structure of the logical ethical idea," in other words, as a rationality logical and moral. Law and Ethics form a powerful combination: together are capable of producing the light we seek in the legal world. Law apart from Ethics is - for us - unintelligible. Threatens more our Science that than the absence of a definition of the moral quality of law. This is, for us, a vital issue. It is a political, and yet, theoretical-legal issue.

Keywords: Ethics. Moral. Law. Post-Positivism.

SUMÁRIO: 1. Ética: moral e direito. 2. Moral, direito e pós-positivismo. 3. Referências bibliográficas.

1. ÉTICA: MORAL E DIREITO

Longa tem sido a caminhada, penoso tem sido o nosso esforço no sentido de nos desembrulhar do que éramos e nos constituir no que somos, não obstante sejamos tão pouco. Ainda assim, não teríamos sequer dado os primeiros passos se não fosse a nossa capacidade de pensar eticamente. Somos seres éticos. É por meio da Ética que o homem rompe com suas raízes animais, transcende a si mesmo e se coloca no mundo. A Ética é uma de suas maiores obras e não existe, na História, registro de tenha havido uma cultura sem elementos normativos, sem preceitos éticos. A Ética constitui um saber que se espraia pela cultura de um povo a iluminar-lhe os passos, a ofertar critérios racionais para a conduta humana em sociedade, critérios estes que são fixados à vista de seus valores, conhecimentos e tradições da sociedade que rege.

Ética, etimologicamente, deriva do *ethos*, expressão grega que pode ser entendida como costume, teoria ou ciência dos costumes. Pode também ser inteligida como morada, morada dos valores humanos, e

como caráter. Não deve ser confundida com Moral, do latim *mores*, e que é também compreendido como costume, embora carregue índole diferente da contida no *ethos*. Ambas as expressões, não obstante exprimam o mesmo sentido, foram gestadas em ambientes culturais diferentes. A Ética tem natureza teórica, é especulativa, filosófica por excelência, ao feitio dos gregos, e, assim, dedica-se a estudar os sistemas, os princípios essenciais e o fundamento para o agir humano em sociedade; a Moral, ao contrário, ao estilo dos romanos, volta-se para a conduta concreta do homem, é um saber prático, atrelado ao espírito prático de viver e de pensar, repousando em princípios vividos e assimilados no plano individual, razão pela qual é histórica. Eis a razão pela qual os códigos para o exercício profissional são códigos de ética, não de códigos de moral.

Segundo Yves de La Taille, “a convenção mais adotada para diferenciar o sentido de moral do de ética é reservar o primeiro conceito para o fenômeno social, e o segundo para a reflexão filosófica científica sobre ele”.³ Naturalmente que a ética não pode nem deve fechar os olhos para os problemas morais concretos, sob pena de converter-se numa engenharia lógica impraticável. De igual modo, nenhuma situação enfrentada pelo homem, por mais contingente e singular que seja, poderá ser resolvida sem que se considere os princípios éticos implicados. Poder-se-ia dizer que a Ética persegue o ideal, a Moral, o historicamente possível.

Ética é, portanto, a expressão teórico-normativa de uma sociedade e constitui um dos elementos da cultura. Manifesta-se, o fenômeno ético, no que toca à sua natureza, como regra moral, como costume, etiquetas e, também, como estrutura objetiva, na forma de normas jurídicas.

Esclarece Cláudia Toledo que “a lei, sendo realidade objetiva do *ethos*, é resultado do conhecimento e da vontade (consciência) dos cidadãos socialmente situados, apresentando-se como posituação dos valores por eles entendidos (razão) e julgados (liberdade) como jurídicos”.⁴

³ LA TAILLE, Yves de. *Moral e ética*. Dimensões intelectuais e afetivas. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 26.

⁴ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 45. Cf. também, BROCHADO, Mariá. *Consciência*

Tanto a Moral como o Direito situam-se, sob o ponto de vista ontológico, no território da Ética, tratando, ambos os temas, da problemática da conduta humana em sociedade. Diríamos que o homem, em razão de sua liberdade, de sua sociabilidade,⁵ e de sua racionalidade ética, está condenado a fazer opções, escolhas; vê-se compelido a ser livre (Sartre), vê-se condenado a construir a si mesmo. Os propósitos da Ética, no entanto, não são os de suprimir a liberdade, mas, sim, o de guiar-lhe os passos.

Como escreve Joaquim Carlos Salgado,

o *ethos* existe do ponto de vista racional, é característica da liberdade do homem. Porque o homem é livre cria sua cultura e, nela, seu mundo ético, a sua ética. Não é determinado instintivamente a criar, por nada; cria a partir da razão. Os conceitos de ética e de liberdade implicam um no outro. A liberdade pode ser pensada num sentido transcendente, Deus, ou no sentido imanente: a cultura e, dentro dela, o tempo ético, a história.⁶

Enxergamos a Ética como uma espécie de força magnética que nos leva a ver o outro como igual e que nos permite nos organizar em sociedade sob critérios humanos. O saber ético, produto de anos de reflexão e de luta, ajuda-nos na medida em que nos oferece critérios axiológicos, princípios e fundamentos para a conduta humana no interior do organismo social. Tais critérios, não obstante, são abertos, flexíveis, circunstância esta que exige, do homem livre, fazer escolhas, fazer avaliações, estimativas, eleger preferências, tomar decisões, deliberar, de modo a que a exteriorização do pensado, a conduta, a ação, possa se manifestar conforme ao socialmente legítimo.

moral, consciência jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito). UFMG, p. 189-190.

⁵ “É pela convivência social e, portanto, pela presença do outro que o homem se individualiza, tornando-se único na medida em que se diferencia de todos os demais. Para torna-se homem, o homem necessita do outro: ele não vive, senão convive”. (GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 154.

⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poiético. *Revista do TCMG*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 41, abr./jun. 1998.

Não obstante dignos de respeito os empreendimentos intelectuais em contrário, ontologicamente falando, além de se situarem no mesmo campo, o território da Ética, entendemos que entre Moral e Direito não existe uma diferença significativa, cabendo-nos apenas salientar que o Direito tem natureza nitidamente deontológica. “A moral é ao mesmo tempo, por um lado, o fim do direito, e, por outro, também o fundamento de sua validade obrigatória”⁷.

Ora, se indagamos porque uma ordem jurídica tem validade,⁸ e é obedecida, a resposta será: porque está em vigor e porque conta com o elemento coercibilidade que lhe garante força normativa. No entanto, se perguntamos o que a fundamenta, somos levados a ver que se alicerça na legitimidade que lhe confere a sociedade, legitimidade que pressupõe a identidade entre o sentido do justo insculpido nas letras jurídicas e o sentido do justo que vive no pensamento social. Com efeito, conclui-se que o Direito fundamenta-se na legitimidade, a qual pressupõe, em última instância, o alicerce moral que a sustenta.

Poderão, não há dúvida, haver normas imorais ou injustas em um ordenamento jurídico. Contudo, nenhum povo, por muito tempo, submeter-se-á a um ordenamento inteiramente imoral e injusto. Não haveria como validá-lo. Não há outra explicação: é a compreensão histórica que temos do justo, modernamente assentada no ideário da igualdade e da liberdade, o que alimenta a principal fonte material do Direito. Tal compreensão se constitui não só em razão das lutas sociais e políticas travadas no curso dos tempos, mas também, e em especial, em função das reflexões que iluminam o espírito humano, que engendram sua consciência, não obstante as lâminas da finitude e da contingência que lhe atravessam a alma. Não é à toa que categorias de que nos valem no Direito fazem-se presentes

⁷ RADBRUCH, G. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 109.

⁸ Registre-se antemão que não trabalhamos com qualquer ilusão ou ingenuidade metafísica. Sabemos que a instabilidade política existirá enquanto existir o homem; porém, acreditamos que é possível emprestar legitimidade à ordem jurídica e que essa legitimidade tem que usufruir do sopro benfazejo da justiça, historicamente identificável por meio da convergência axiológica dos membros de uma sociedade.

na Moral: responsabilidade, inocente, culpado, dignidade humana, julgamento, culpa, bem e mal, verdade e justiça.

Pontua Karl Larenz que

a quase totalidade dos autores envolvidos na mais recente discussão metodológica partilha da concepção de que o ‘Direito’ tem algo que ver com a ‘justiça’, com a conduta socialmente correta, embora deva ser afastada a noção apriorística e imutável de justiça.⁹

O Direito, se encantado pelo espírito ético e desde que legislado e interpretado sob a égide de princípios democráticos, constitui a expressão da liberdade eleita, da liberdade embebida em conquistas históricas e em princípios supremos de justiça. Portanto, no Direito se pode ver objetivamente como a razão legisla para a liberdade.

Vem do racionalismo do século XVIII, fundado especialmente no raciocínio desenvolvido por Kant sobre Moral e Direito, agravado pelo impacto do positivismo que emerge no século XIX e que vai até meados do XX, a compreensão que intenta desfazer os laços que aproximam o fenómeno jurídico da Moral, o entendimento que acaba por expulsar o Direito do território da Ética. Trata-se de um grande equívoco. Ora, se mesmo os legisladores mais despreparados sabem que não podem legislar contra a moral social, a Ética e o carácter dos povos, como podemos nós, cientistas do Direito, admitir uma interpretação desenraizada desse dado da realidade? Como?

Em verdade, pensamos que neste ponto está a razão pela qual existem autores que, depois de terem afastado o Direito da Moral, não mais conseguem dar ao fenómeno jurídico um fundamento real; quando muito, recorrem a fundamentos imaginários ou meramente ideológicos. A consequência é: em vez de perseguir o ideal da justiça, finalidade e razão de ser da lei, o Direito é reduzido à técnica da aplicação mecânica dos textos normativos. Contudo, retornar o Direito ao território da Ética não significa negar-lhe o *status* de Ciência; ao contrário, pressupõe identificar seus verdadeiros fundamentos e agregar-lhe valor. Implica valorizá-lo, libertando-o de seu cativo

⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. Jorge Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 143.

tecnologizante, submetendo-o às luzes da mais alta investigação que o homem pode fazer sobre si mesmo, a indagação de índole Ética.

Da reflexão ética, em verdade, nascem as normas sociais, sejam elas de índole moral ou jurídicas, sendo o fenômeno jurídico uma espécie de braço armado da Moral. A Moral fala no indicativo, o Direito, no imperativo. A Moral aconselha, censura, reprova a conduta fora do código ético da sociedade, o Direito ordena e, se necessário, pune. A Ética, de onde provém a Moral e o Direito, é substancialmente um campo de reflexão que visa guiar o homem rumo à plenitude espiritual, cabendo, ao Direito, guiá-lo até o historicamente possível: viabilizar que vida em sociedade seja fundada na justiça e na segurança.

Para nós, tanto a Moral quanto o Direito, ambos ontologicamente vinculados à Ética, são obras do desenvolvimento do homem; revelam-se, tanto um quanto outro, com maior clarividência na medida em que o homem consegue retirar aquilo que lhe envolve a consciência, tirar a inteligência do invólucro (des + envolver). Defendemos que todo homem, em vida, está inexoravelmente condenado a distinguir, ainda que à luz do seu tempo, o bem do mal, o certo do errado, o justo do injusto. Desse antagonismo nasce a Ética, que, didaticamente, mas não ontologicamente, pode ser dividida em Moral e em Direito. O Direito, no dizer de Jellineck, é “o mínimo ético”, território da Ética que convertemos em normas jurídicas, ao qual damos natureza jurídica, cujas principais características são a imperatividade, a objetividade e a coercibilidade.¹⁰

Em se sindicando o fenômeno jurídico, não há como não enxergar seu conteúdo ético. Segundo Miguel Reale,¹¹ “o conceito de Ética é um gênero do qual são espécies a Moral e o Direito”. Quer se manifeste como norma moral ou costumeira, quer se exteriorize como norma

¹⁰ Numa crítica elegante ao conceito de mínimo ético proposto por Jellineck, sugere Salgado que o Direito, sob o ângulo qualitativo, deve ser compreendido como o “*maximum* ético da cultura”, quer sob o ponto de vista da extensão (universalmente reconhecido pelos membros da sociedade a que se destina) quer sob o ponto de vista axiológico (o fenômeno jurídico representando o núcleo e o mais altos dos valores da cultura, formalizados mediante a conversão destes em norma jurídica). Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do TCMG*. Belo Horizonte, v. 30, n. 1, p. 98, jan./mar. 1999.

¹¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

jurídica, encontra-se presente, atravessa todas as ações humanas porque não há conduta humana vinculada ao determinismo causal, vez que usufruímos de liberdade. Em razão de nossa liberdade, de nossa contingência e dos múltiplos caminhos que se abrem a cada decisão que devemos tomar, vemo-nos compelidos a avaliar e a escolher qual, dentre muitos, deve ser o caminho a ser trilhado. Em verdade, nossa liberdade e nossa sociabilidade nos condenam a sermos éticos, a medirmos as consequências de nossas ações, nos obrigam a edificarmos o mundo da Ética, um saber que se presta a guiar os passos da liberdade, a legislar para a liberdade.

Enfim, o Direito somente poderia prescindir de sua dimensão ética se renunciasse à sua finalidade de servir à humanidade do Homem. Aos que possam considerar absurda a nossa posição, indagamos se não é absurdo maior convivermos como um Direito alheio à Ética preconizada pela cultura em que inserido? Ora, a lei há de ser o normal, a norma, não o anormal. Como escreveu Goffredo Telles Júnior, “o anormal não pode ser normal, não pode ser norma”. Se assim não fosse, viveríamos como esquizofrênicos, divididos entre duas realidades, com graves distúrbios em nossa capacidade de julgar; viveríamos vida não vivida. “A vida humana tornar-se-ia intolerável se viver de acordo com o Direito fosse viver contrariado”.¹²

Georges Ripert, citando Gény, preleciona que a norma moral muda-se em norma jurídica “graças a uma injunção mais energética e a uma sanção exterior necessária para o fim a atingir”.¹³ O que há, por conseguinte, entre Moral e Direito, é uma distinção, não uma separação. De resto, a vida humana seria mesmo insuportável se viver conforme o Direito implicasse negar a consciência ética que, em nosso íntimo ou em nossa razão, temos como certa.

Prof. Boson, sustentando, como nós, que tanto a Moral quanto o Direito situam-se no campo da Ética, num esforço para distingui-los, conclui que “o jurídico é tão ético quanto a moral” – salientando que – “a moral, especificamente considerada, não constrói instituições,

¹² TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 97 e 201.

¹³ Cf. RIPERT, Georges. *A moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, p. 27.

embora o homem possa com ela fundamentá-las.”¹⁴ Enfim – segundo mestre Boson – na natureza institucional do jurídico estaria a diferença específica entre o Direito e a Moral.

Em suma: se o Direito nasce da Ética, que se não há Direito que não tenha propósitos éticos, não é tolice qualquer esforço para apartá-los? Ora, a lei não existe apenas para dizer o permitido e o proibido, mas o proibido e o permitido na perspectiva do bem, do justo e do socialmente útil. Recordemos que nas democracias, sem a justiça, não há como estruturar o Direito; este, se se impõe, tem vida curta: a falta de legitimidade termina por eliminar tanto a lei quanto o seu criador. Leis injustas nunca perduram em razão de violentarem a consciência ética social, terminando, quase sempre, ou por serem substituídas ou por serem desobedecidas. Tarefa vã a de pretender tornar legal o que é injusto sob a óptica da sociedade, porque é a eticidade da norma que termina por emprestar fundamento ao fenômeno jurídico.

Desse modo, pensamos haver reunido elementos suficientes para mostrar que a Ética não pode ser ignorada pela Ciência Jurídica, que é necessário reconhecermos que a separação entre Moral e Direito somente serviu para desnaturar o Direito.¹⁵ Os efeitos dessa separação se voltaram contra o Direito, e quase que o levam à erosão dos seus fundamentos e da sua autoridade. O Direito, sem sua dimensão ética, não ilumina sequer a si mesmo; pior, exige que a civilização marche nas trevas. Por essa razão defendemos que se alguém quer entender de leis, que se debruce, antes, sobre a Ética. O Direito, sem sua dimensão Ética, é cego e é surdo. O fundamento ético abre e fecha o entendimento do direito aplicável. Dá asas ao Direito ao permitir que o intérprete não morra num legalismo estático, num positivismo ortodoxo, numa hermenêutica fechada.

Contudo, repetindo: embora reconheçamos que ambos têm o mesmo DNA, não pretendemos transformar o Direito em Moral e menos ainda a Moral em Direito. O que nos parece inaceitável é que se queira entender o Direito como uma realidade formal, sem

¹⁴ BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do direito*. Interpretação antropológica. Del Rey: Belo Horizonte, 1996, p. 134.

¹⁵ Registro que o paradigma pós-positivista pugna pela aproximação entre Direito, Moral e Política.

conteúdo, desprovida de valores e de fins sociais. O Direito deve refletir o pensamento e as aspirações sociais, sob pena de se converter numa mera estrutura lógica ilegítima, num execrável positivismo. O que pretendemos com nossa reflexão é repensar os equívocos que estão a obstruir a compreensão do Direito: o cientificismo e a lógica burocrática.

O que defendemos é que não pode, a Ciência do Direito, render-se às vertentes metodológicas que nos cegam. Querem que viajemos e, no entanto, não nos permitem perguntar para onde iremos. Admitem mudanças nos meios, mas impedem que os objetivos sejam mudados. Agir sem rumo é próprio do alienado, daquele que perdeu o sentido de sua direção, que se tornou indigno de sua dignidade. Somente conseguimos entender o Direito “como ideia ética, como estrutura lógica da ideia ética”¹⁶, isto é, como racionalidade lógica e moral. Direito e Ética formam uma combinação poderosa: juntos, são capazes de produzir a luz que procuramos no jurídico. Direito apartado da Ética é – para nós – ininteligível. Estamos em que ameaça a nossa civilização a ausência de uma definição sobre a qualidade moral do Direito, tirada de uma profunda reflexão ética que permita a construção racional da pauta de valores a ser seguida. Essa é, para nós, uma questão vital. É uma questão de natureza política, e, não obstante, teórico-jurídica.

2. MORAL, DIREITO E PÓS-POSITIVISMO

O Direito, após assistir petrificado às atrocidades perpetradas durante a Segunda Grande Guerra, viu-se compelido a revolver o paradigma jurídico positivista porque causas maiores, que refletiam o próprio destino da humanidade, exigiam que a lógica formal e mecânica, aliada ao gélido passo das letras frias da lei, se dobrasse diante dos anseios de justiça. Assim, a contar de meados do século XX, o positivismo jurídico, pouco a pouco, rende-se ao paradigma pós-positivista; a Moral e o Direito se encontram, princípios e regras se confraternizam, outra hermenêutica começa a nascer.

¹⁶ BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do direito*. Interpretação antropológica. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 127.

O pós-positivismo, entendido como um conjunto de ideias ou de teorias que adotam, como postulado, a ordem jurídica como constituída por princípios e regras, impõe que se pense a relação entre a Moral e o Direito de modo diferente ao do positivismo. É que não existe pós-positivismo sem o reconhecimento da principiologia jurídica e o reconhecimento da importância da racionalidade prática na lida hermenêutica; é que, em sendo, os princípios, realidades normativas transbordantes de lições de natureza moral, que funcionam como razões para decidir, impossível qualquer separação ortodoxa entre Moral e Direito.

Como se vê, a mudança de paradigmas provocada pelo pós-positivismo impõe ao Direito outro modo de raciocinar, outra lógica. De início, superada está a rígida clivagem entre Direito, Política e Moral. Aliás, se há um elemento teórico que caracteriza e unifica o pensamento jurídico pós-positivista este elemento está na reaproximação da Moral ao Direito. Para os positivistas, Direito e Moral estão em campos diversos, legitimando-se, o Direito, apenas e tão somente pelas suas estruturas formais; para os pós-positivistas ou não positivistas, Direito e Moral estão em permanente contato, estão entrelaçados, entrecruzando-se, assumindo, a Moral, a função de fundamentar o Direito para que conquiste legitimidade.

Com essa virada, ao raciocínio lógico-formal será incorporado o uso prático da razão com vistas a superar o paradigma positivista, que trabalha o fenômeno jurídico como mera técnica-normativa, como mera estrutura lógica, para que o Direito seja trabalhado como fenômeno ético-normativo, cujo propósito é resgatar e manter a necessária eticidade requerida pelo Direito em um Estado Democrático. Inegável que a autoridade da ordem jurídica, sua força, encontra-se nos elementos éticos em que se assenta, de onde extrai sua legitimidade. Mesmo a efetividade e a eficácia que decorrem da interpretação e aplicação judicial, para se perenizarem, devem fundamentar-se na ética social.

Entre outros, Rawls, Dworkin, Alexy e Habermas são autores que se situam no paradigma pós-positivista, e que, portanto, imprimem à suas reflexões uma compreensão ético-normativa do fenômeno jurídico, isto é, sustentam ser impensável o juízo jurídico sem o juízo

político e moral. Dirá Alexy que se há um critério apto para distinguir os positivistas dos não positivistas, este critério está no modo como encaram a relação entre o Direito e a Moral.¹⁷ Escreve Dworkin, na obra *Levando os Direitos a Sério*, que determinar direitos sem considerar princípios morais não é possível. Implica dizer: para Dworkin, o conceito de direito compreende o de Moral. Dirá Habermas que “o direito situa-se entre a política e a moral: Dworkin demonstra que o discurso jurídico trabalha não somente com argumentos políticos que visam ao estabelecimento de objetivos, mas também com argumentos de fundamentação moral”.¹⁸

John Rawls, autor da mais impactante obra sobre a ética social escrita nos últimos tempos é considerado um liberal, liberal no sentido político do conceito. O autor parte da constatação de que o liberalismo econômico, ao tempo em que apregoa a produção e acumulação de riquezas, invalida seus próprios feitos na medida em que aumenta a miséria, que, no entendimento de Rawls, não se limita à ausência de recursos materiais na vida das pessoas, mas, também, na eliminação da autoestima dessas mesmas pessoas, levando-as à paralisação de suas forças.

Sua reflexão sobre justiça enfatiza a necessidade de se fortalecer a sociedade democrática liberal (direitos fundamentais) e de se reaproximar o Direito e a Ética. Rawls, a partir da matriz contratualista (Rousseau), pensa a justiça sob a ótica distributiva, que objetiva o crescimento de todos os membros da sociedade, e, assim, constrói uma teoria de justiça que refute o utilitarismo,¹⁹ na medida em que

¹⁷ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 14.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichker – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 218.

¹⁹ O utilitarismo, como pensamento político, social e moral, remonta aos séculos XVIII e XIX, e tem, como precursores, Bentham e Start Mill. Consiste, em breves linhas, em atribuir à dor e ao prazer os móveis que nos levam a agir. A ação humana teria, como fim, evitar a dor e desfrutar do prazer, razão pela qual a finalidade do agir humano está em se conquistar a maior felicidade possível. Sob o ponto de vista ético, o utilitarismo tem a justiça como retributiva, i.é, a paga se dá em razão do que se faz, punindo ou recompensando a conduta. No utilitarismo, a utilidade do agir individual produz a utilidade pública.

substitui o bem pelo justo, em que se funda na ideia de equidade, ainda que num sentido bem mais amplo que aquele apresentado por Aristóteles (equidade como um corretivo da lei).

A equidade – para o Rawls – é o ponto de partida e se dá no momento em que definidas as premissas que formarão o eixo das instituições; portanto, equidade deve ser entendida como o momento lógico (posição original ou situação inicial, momento em que são definidas as premissas e os princípios que se vão infundir nas estruturas institucionais, sendo, a justiça, a razão de ser das instituições, a principal virtude de todas as instituições). Escreveu Rawls:

Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para o pensamento. Uma teoria que, embora elegante e econômica, não seja verdadeira, deverá ser revista ou rejeitada; da mesma forma, leis e instituições, por mais eficientes e engenhosas que sejam, deverão ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Uma sociedade está em ordem não somente quando se estabelecer a vontade de desenvolver o desejável para os seus membros, mas também quando estiver efetivamente regulada por um conceito público de justiça.²⁰

Habermas, em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, não obstante explicita que, aos seus olhos, a relação entre Direito e Moral é complementar, assume que vê, no Direito, dois lados: é facticidade porque dotado de coerção; é validade porque, para se fazer duradouro, tem de ser aceito pelo povo, deve estar alicerçado em razões que são aceitáveis pela sociedade.²¹ Na linha de seu raciocínio, embora distinto da Moral, o Direito dela necessita para se legitimar, o que faz com desenvolvam uma relação de complementaridade e de entrelaçamento, sem que o Direito se subordine à Moral.

Para Habermas, Direito, Política e Moral não se encontram apartados; ao contrário, o autor sustenta estar na relação como a Moral e nos limites de sua relação com a Política, a legitimidade do direito nas sociedades democráticas contemporâneas. Para Habermas,

²⁰ RAWLS, Jonh. *Uma teoria de justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 27.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siembeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 141.

o poder só se legitima no momento em que se alicerça na autoridade que lhe confere a norma jurídica nascida da moral convencional. Entrementes, embora não negue o valor da Moral, que fundamenta o Direito, considera-a frágil, frouxa, porque entende que em sociedades racionalizadas, complexas, a Moral só consegue regular ação quando convertida em norma jurídica. Por isso, defende sua institucionalização no sistema jurídico ao argumento de que nos ajuda, nos liberta do peso cognitivo de formar um juízo moral próprio. Portanto, Habermas admite que o jurídico possui conteúdo moral, nele entranhada por obra atividade legislativa que extrai, da esfera moral, os princípios vitais do fenômeno jurídico.

Escreve Habermas:

[...] o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. E a política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base comum de fundamentação pós-metafísica –, mesmo que os pontos de vista morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas de direito.²²

Esclarece o autor, no entanto, que a modernidade deve trabalhar tendo, como pressuposto, a superação e a distinção entre Moral e Direito, razão pela qual as soluções jurídicas só podem ter assento no Direito, só podem ser fundamentadas com o jurídico. Isto não quer dizer que Habermas que não reconheça que exista, entre a Moral e o Direito, uma relação complementar e de entrelaçamento, isto é, Moral e Direito se entrelaçam, mas a Moral não se exaure no Direito, ocupa um campo maior que o ocupado pelo jurídico. A Moral formaria o interior do jurídico, porém, sem lhe fornecer conteúdo normativo determinado, apenas legitimando-o.²³

Nessa linha de raciocínio, a pós-positivista, realçando que não há como apartar o Direito da Moral, escreve Celso Ribeiro Bastos:²⁴

²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 331.

²³ Como exemplo, recorda-se que princípios jurídicos, com o de que todos são iguais e livres, são moralmente justificados.

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, t. 3, p. 37.

Nesse nosso século XX fez-se desde logo sentir uma tendência oposta às ideias kantianas e kelsenianas. Surgem na França autores como Gaston Morin e Georges Ripert, que vão dedicar-se a demonstrar que o direito não tem significado apenas jurídico, mas também políticos e ideológicos. É dizer, reconhece-se a insuficiência da mera norma jurídica para disciplinar toda vida social sem simultaneamente se agregar a elas um critério político-ideológico. O autor argentino Roberto Vernengo chega a afirmar ‘... o Direito produzido pelos órgãos estatais, ainda que se trate de representante do povo ... carece de validade por si. Toda norma de direito positivo, para pretender validade e legitimidade suficientes, tem que poder justificar-se na consciência moral dos indivíduos. (grifo nosso).

Sobre Moral e Direito, é também substantiva a contribuição de Alexy e de Dworkin, os quais, retirando os princípios da zona de sombra que ocupavam no Direito e trazendo-os à luz, constroem teorias jurídicas dignas do nosso tempo.

Alexy não oculta sua convicção de que “a tomada de decisão deveria (deveria do ponto de vista jurídico) ser orientada por julgamentos de *valor* moralmente corretos, do tipo relevante”²⁵. Para Alexy, não há como não reconhecer que entre Moral e Direito existe uma conexão conceitual necessária porque legitimadora do Direito. Eis o que escreve Alexy:

El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuando a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral. Puesto que algo análogo vale para muchos otros principios, la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral.²⁶

Para Dworkin, o Direito como integridade pressupõe que a sociedade tenha princípios superiores a ligar os indivíduos no

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 22.

²⁶ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razon practica*. Trad. Manuel Atienza. México, D.F.: Distribuciones Fontemara, 1998, p. 13.

convívio social; portanto, um algo mais que o mero padrão moral de cada um dos membros da sociedade. Trata-se de um *plus* que transcende a moral individual e forma o que se poderia chamar moral objetiva. No que diz respeito à aplicação da lei – sustenta Dworkin – que o aparato normativo oferece sempre uma única solução, vez que os fatos e cada um dos fatos é único e jamais se repete. Cabe ao magistrado – segundo Dworkin – um esforço hercúleo no sentido de descobrir a decisão correta para o caso específico. A justiça – para o autor – está exatamente na aplicação da norma adequada ao caso concreto, devendo o juiz, para obter êxito nessa delicada operação, além de reconstruir a situação fática, fazer, vendo todos os ângulos da questão, sensibilizando-se, vencendo tensões, definindo-se, julgando com razão e sensibilidade. Escreveu Dworkin:²⁷

As diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas da teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. [...] Enquanto não tivermos clareza sobre que juízo ou prática moral o direito reflete, não poderemos criticá-lo de forma inteligente.

A teoria do direito de Dworkin, logo na orelha de sua obra *Levando os Direitos a Sério*, na esteira do que sustentamos, e, como que dizendo que a Moral termina por ser o centro de gravidade do Direito, escreve:

Os argumentos jurídicos adequados repousam na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em uma determinada comunidade. A essa teoria da argumentação agrega-se uma teoria da justiça, segundo a qual todos os juízos a respeito de direitos e políticas públicas devem basear-se na ideia de que todos os membros de uma comunidade são iguais enquanto seres humanos, [...] e devem ser tratados em todos os seus aspectos relevantes para seu desenvolvimento humano, com igual consideração e respeito.²⁸

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12-13.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Como se depreende, o Direito e a Moral são dois conceitos que a natureza das coisas pôs no mesmo campo, no território da Ética, ontologicamente falando, mas que o positivismo pretendeu separar. É verdade não teve êxito pleno; porém, não se pode desprezar o dano que causou. Cabe à epistemologia jurídica pós-positivista reconstruir a unidade quase perdida porque, sem sua substância ética, o Direito só contribui para o aniquilamento da autoridade política das instituições e para o triunfo da razão indolente sobre a consciência moral. Recordo que a lei só materializa o Direito mediante a correção normativa, que somente acontece enquanto experiência jurídica se refletir o justo e promover a integração social. Ora, se a norma interpretanda apresenta inúmeras possibilidades interpretativas, inúmeros sentidos (Kelsen), é natural que a escolha do sentido que deve prevalecer carregue a intencionalidade do justo.

O fenômeno jurídico, sob a óptica da eticidade, é a ética objetiva, positivada, normatividade ético-jurídica. Se, quer o ato do legislador quer o do magistrado são exercidos com o objetivo de se produzir a justiça, poder-se-ia mesmo dizer que o Direito pressupõe a consciência ética, poder-se-ia dizer que, sem o valor justiça à frente seria impensável o fenômeno jurídico sob o ângulo da legitimidade. Lei e Ética, portanto, numa sociedade democrática, formam uma unidade dialética ontológica com vistas a realizar a justiça.

Sabidamente, a experiência jurídica compreende, além do elemento ético, os elementos lógico, social e histórico. Também não se nega os aspectos técnicos e instrumentais presentes no fenômeno jurídico. Todavia, revela-se a Ética, a ideia ética, enquanto objeto eidético, enquanto objeto pensado, essência material da existência social e quinta-essência do Direito.²⁹ Com efeito, assim como se sustenta que a Constituição é a fonte maior do sistema jurídico, podemos e devemos asseverar que a Ética é a principal fonte de legitimação de todo o sistema normativo, razão de ser da própria Constituição, o que justifica a sua existência. Como escreve M. Kriele, “com isso se

²⁹ A quinta-essência do Direito é um conceito mais simples e mais inocente que o próprio conceito de Direito. Revelá-lo implica libertar o fenômeno jurídico da gnosiologia tecnologizante e inseri-lo na gnosiologia da justiça.

rompeu o último véu: a jurisdição se orienta pelas ponderações da ética social”.

Não se está aqui ignorando, nem ignoram os autores que evocamos, que o pluralismo das sociedades atuais não permite que se possa cogitar de um pensamento ético comum e único. No entanto, pontualmente, mesmo as sociedades pluralistas podem, sim, construir um consenso ético. São esses consensos que fundamentam e possibilitam o Estado de Direito Democrático. A própria norma jurídica é produto de uma relação dialética travada entre a Ética e a Política, costurada pela lógica. Em verdade, é função do Direito mediar a tensão existente entre os objetivos políticos e os objetivos éticos da sociedade, convertendo-os em objetivos ético-jurídicos. Daí por que o próprio Direito Positivo submete-se a uma contínua tensão dialética em que, por um lado, este imprime na sociedade uma concepção de ordem e de justiça e, por outro, este se abre para novas concepções de ordem e de justiça que brotam da realidade social. Na leitura contemporânea, estou em que no equilíbrio da liberdade com a igualdade reside o temperamento do Estado de Direito Democrático, em que no compromisso com a liberdade está a face política do Direito; no compromisso com a igualdade, a sua face Moral.

Numa sociedade plural – esclarece Joaquim Carlos Salgado – coexistem sistemas éticos diferenciados, com graus distintos de aproximação em sua escala valorativa; porém, ingressam no mundo jurídico somente aqueles valores que conquistam a adesão e o reconhecimento livre da sociedade (consciência moral individual e intersubjetiva) formando o que pode ser denominado consciência jurídica de um povo (universalidade material). Esta, uma vez positivada, normatizada como regra jurídica, ganha a universalidade formal, vinculando a todos os membros da sociedade e sendo por todos eles legitimada.³⁰

Não obstante as dificuldades, na medida em que se fragiliza a separação imposta pelo tecnicismo e pelo positivismo jurídico, Direito e Moral se aproximam, retornam ao território da Ética, fazendo

³⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do TCMG*. Belo Horizonte, v. 30, n. 1, p. 98, jan./mar. 1999.

com que o sistema de normas e o sistema de valores da sociedade se integrem e se relacionem. A integração se dá, inicialmente, na Constituição, em que os valores éticos superiores se transformam em princípios jurídicos, irradiando sua energia moral por todo sistema jurídico e condicionando quer a interpretação quer a aplicação do Direito Positivo. Compreendido como ideia Ética, o Direito, sob o paradigma pós-positivista, pode se fazer educador, pode reverenciar a vida e, não, ser metáfora do suicídio, cúmplice da infantilização da existência ou esperança que não se cumpre.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razon practica*. Trad. Manuel Atienza. México, D.F.: Distribuciones Fontemara, 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumerá, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, t. 3.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do direito. Interpretação antropológica*. Del Rey: Belo Horizonte, 1996.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do direito. Interpretação antropológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- BROCHADO, Mariá. *Consciência moral, consciência jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFMG.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichker – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II.
- LA TAILLE, Yves de. *Moral e ética*. Dimensões intelectuais e afetivas. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. Jorge Lamago. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- MARTINEZ, Soares. *Filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 1995.
- MATA MACHADO, Edgar de Godói da. *Direito e coerção*. Belo Horizonte: Santa Maria, 1956.
- RADBRUCH, G. *Filosofia do direito*. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.
- RAWLS, Jonh. *Uma teoria de justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIPERT, Georges. *A moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.
- SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poiético. *Revista do TCMG*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do TCMG*. Belo Horizonte, v. 30, n. 1, p. 97-102, jan./mar. 1999.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003.