

CAIXA DE PANDORA: UMA REFLEXÃO SOBRE A ÉTICA, A MORAL E O DIREITO]

Leila Bijos¹

RESUMO:

A história do pensamento ocidental, principalmente no que se refere às lições de mestres como Aristóteles, nos ajuda a adotar uma concepção ontológica do momento em que a ética, a moral e o direito foram trazidos para o nosso âmago, através de práticas sociais efetivas em torno das quais elas se formaram. O mundo pós-moderno “não é fiel” a Platão ou a Paulo de Tarso, ou a quaisquer outros “descobridores” de “verdades éticas”. A indelével contribuição de Platão e Paulo ficará para sempre, nem que seja para ser contestada; mas jamais será adequada a contextos históricos contemporâneos.

Numa visão histórica evolutiva da progressiva diferenciação pela qual passou a ética, desde a ênfase que lhe foi dada pela “virada socrática”, impõe a reflexão sobre o seu estudo geral, isto é sobre o que é bom ou mau. Um dos objetivos precípuos da Ética é a busca de justificativas para as regras propostas pela Moral e pelo Direito. A Ética é diferente de ambos – Moral e Direito, pois não estabelece regras. Diante dos fatos políticos que abalam as estruturas públicas na Capital Federal, faz-se mister uma reflexão empírica sobre o assunto

Palavras-chave: Ética. Moral. Direito. Estruturas Políticas.

ABSTRACT

The history of the Western thought, mainly in what concern to the lessons of Aristotle, helps us to adopt an ontological conception, since ethics, moral and Law have been brought to our society, conducting effectively our social relations on pillar fundamental basis. The post-modern world “is not aligned” either to Plato or Paul of Tarso, or to any other “embraced discovery” of ethical true’s. The magnificent contribution of Plato and Paul will remain forever, even to be contested, but never will be adequately to historical contemporary contexts. In a historical standard evolution approach there will be a vision of progressive differentiation of Ethics means. Since the “Socratic changing” we reflect on the Ethics principles and the search for justifications and rules proposed by Moral

¹ Leila Bijos é doutora em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB), professora do Mestrado Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Brasília. Conferência apresentada no *Encontro dos Magistrados*, Teresina, Piauí, 17 de dezembro de 2009.

and Law. Following a linear path Ethics will appear as different from both – Moral and Law, as it does not establish rules. As we are presently facing political facts in the Capital of Brazil which have eroded our beliefs concerning rightness and have also led to the collapse of the governmental political structures, an empirical analysis over the theme seems necessary to bring us a new theoretical approach over the facts.

Key-Words: Ethics. Law. Moral and Politics.

SUMÁRIO

1. Introdução

2. Evolução Histórica e Diferenciação

3. A Reflexão Ético-Filosófica Como Prática da Liberdade

4. Moral, Justiça E Direito

5. Conclusões

6. Referências

1. Introdução

Parodiando ao eminente jurista Sálvio de Figueiredo, comungo com ele os mesmos princípios. Sou de uma terra onde o povo, além de hospitaleiro, ama a liberdade, cultiva lendas e tradições, frutas no pomar e flores no jardim, gosta de serenatas e se emociona com gestos de bravura e momentos tangidos pela musicalidade dos acordes do coração, sobretudo quando emoldurados pelos sentimentos mais nobres da alma humana. Em Minas Gerais, minha terra natal, e durante minha infância eu sonhava com o amanhã, com águas tranqüilas e repousantes, como se o tempo fosse regulado pelo Big Ben, um relógio de reputação internacional que não se atrasa, e que anuncia horas felizes para todos os cidadãos.

O tempo, como a dimensão humana, define os comportamentos, e não é sem razão, que Platão o qualificava como “a imagem móvel do eterno”. Nosso nobre jurisfilósofo Miguel Reale, imbuído de uma sabedoria magistral, ressaltou que “o coração é o relógio do tempo. Não se perde a sucessão linear e espacial dos segundos e minutos, mas flui como uma corrente tranqüila ou revolta de significações”².

Ao fazer menção à cultura, como processo de objetivação, ao ressaltar “o mundo das intencionalidades objetivadas”, da integridade do homem e de seu ser consciente, encontramos a fonte de toda a cultura. Na acepção de Miguel Reale³, há dois mundos fundamentais, que chamamos o mundo da natureza e o mundo da cultura. Este último, às vezes é chamado “mundo do espírito”, “mundo histórico”, “espírito objetivo” ou “vida humana objetivada”, expressões que poderemos empregar indistintamente, uma vez esclarecido o seu conteúdo.

Nos pensadores clássicos já encontramos referência a esse mundo, que não se confunde com o outro, que é simplesmente “dado”. Cícero, por exemplo, no “Pro Archia”, já fala daquelas ciências que dizem respeito à Humanidade, *quae ad humanitatem pertinent*, mas era ainda uma concepção preparatória. Foi somente no século XVIII que surgiu uma tomada de posição consciente diante do mundo da história, com a convicção de que tal mundo alberga categorias lógicas próprias. Esta consciência histórica, nós a notamos em vários autores, segundo formas diversas, como em Voltaire, em Montesquieu ou em Ferguson, mas adquire caráter definitivo na obra de Vico, uma das maiores figuras do pensamento humano⁴.

² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Direito como instrumento de aprimoramento e transformação social, discurso de posse na Academia de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, 04.12.2000. Ver, também, **Variações**, 2ª Ed., GRD, SP, 2000, p. 35.

³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva: 2002, p. 240.

⁴ Idem, p. 241.

Giambattista Vico, que escreveu suas obras fundamentais na primeira metade do século XVIII, teve plena consciência de ter descoberto uma nova ciência, que diz respeito a um mundo novo, dotado de perspectivas maiores que as dos novos mundos.

A obra fundamental do pensador napolitano ostenta um título que, à primeira vista, parece pretensioso – *Princípios de uma Ciência Nova*, tão firme era a sua convicção de estar instituindo as bases epistemológicas de um campo novo de experiência.

Ele mesmo indagou das razões pelas quais o homem, tendo teorizado tanto sobre o mundo da natureza, só tardiamente tomara conhecimento do mundo histórico ou dele cuidara apenas parcialmente, em perspectivas isoladas, mas não como um todo.

Em *Princípios de uma Ciência Nova* vamos encontrar a justa ponderação de que nós conhecemos melhor o que está fora de nós do que o que está em nós mesmos. E tem ele esta imagem preciosa: nossos olhos são feitos de tal modo que vêem facilmente o que está fora deles, mas precisam de um espelho para se verem a si mesmos⁵.

As idéias fundamentais de Vico sobre a Filosofia da Cultura tiveram prodigioso desenvolvimento no mundo germânico, especialmente graças a Herder, a Hegel e a seus continuadores. Outros autores eminentes alemães foram Dilthey e Spranger. Wilhelm Dilthey ⁶ representa uma ponte de

5 Ibidem, p. 242.

6 Wilhelm Dilthey (1833-1911) foi um filósofo da história e da cultura alemãs, cujas teorias influíram de forma notável na teologia e na sociologia. Nasceu em Biebrich, Renania, e estudou em Heidelberg e Berlim. Como professor de filosofia nas Universidades de Basilea, Kiel, Breslau e Berlim combateu a dominação do conhecimento pelas ciências naturais 'objetivas'. Na verdade, pretendia estabelecer uma ciência 'subjativa' das humanidades (Geisteswissenschaften). Na acepção de Dilthey, estes estudos humanos subjetivos (que incluem direito, religião, arte e história) deveriam centrar-se em uma "realidade histórica-social-humana". Afirmava que o estudo das ciências humanas supõe uma interação da experiência pessoal, o entendimento reflexivo da experiência e uma expressão do espírito nos gestos, palavras e arte. Dilthey concluiu que todo saber deve ser analisado à luz da história; sem esta perspectiva o conhecimento e o entendimento somente poderão ser parciais.

passagem das explicações positivistas e empíricas para mais largas concepções do universo e da vida.

Cultura não é senão concretização ou atualização da liberdade, do poder que tem o homem de reagir aos estímulos naturais de maneira diversa do que ocorre com os outros animais, cujas reações são de antemão determinadas pela natureza de seu ser, no círculo de suas necessidades imediatas.

Nesse ponto verifica-se outra característica da sociedade: as manifestações de conjunto ordenadas⁷. Cada manifestação, no entanto, se reveste de um objetivo ou objetivos específicos, por isso, é preciso analisar três quesitos que são a *reiteração*, a *ordem* e a *adequação*. Os membros da sociedade, normalmente se reúnem em conjunto visando o bem comum, como muitas vezes são temas complexos, torna-se necessário um conjunto de atos concomitantes ou sucessivos. Os movimentos devem ser ordenados, produzindo-se de acordo com determinadas leis. Dallari pontua para a dificuldade que os homens têm em conhecer essas leis, e questiona sobre a possibilidade de estabelecer-se um paralelismo entre a ordem que rege a natureza física e a ordem humana. No século XIX procurou-se explicar a vida social através do *cientificismo*, o que deu origem a um exagerado *tecnicismo*.

A pretensão dos sociólogos, tais como Auguste Comte, Émile Durkheim, conduziu à crença da possibilidade de tratamento científico do comportamento humano em sociedade. No que se refere à Durkheim, ele afirma que *os fatos sociais devem ser tratados como coisas*. Diante das críticas à sua obra Durkheim retrucou:

A proposição segundo a qual os fatos sociais devem ser tratados como coisas – afirmação que constitui a base de nosso método – é, talvez, de todas, a que encontrou maior oposição. Considerou-se paradoxal e escandaloso que considerássemos coisas semelhantes as realidades do mundo social e as realidades do mundo exterior.⁸

7 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**,. 26ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 25.

8 DURKHEIM, Émile. **Sociologia** (edição argentina contendo dois de seus ensaios fundamentais: Las Reglas del Método Sociológico e Sociología y Ciencias Sociales, apud

Durkheim explica que não disse “que os fatos são coisas materiais, mas coisas com o mesmo direito que as coisas materiais, embora de outra maneira”⁹. É preciso ter em mente os fatores psicológicos (que ocorrem *dentro* do indivíduo) e os fatores sociais (que ocorrem *fora* do indivíduo), e que compõem, no seu conjunto, a matéria da vida social, estando sujeitos a leis que lhes são próprias e que não se confundem com as leis da natureza física. Kelsen demonstra que a ordem da natureza está submetida ao princípio da causalidade, e que à ordem humana se aplica o princípio da imputação. São dois princípios fundamentalmente diversos, que estabelecem uma relação entre uma condição e uma consequência, mas a natureza dessa relação não é a mesma nos dois casos. Se analisarmos um roubo, vamos chegar à conclusão de quem roubou deve ser preso. A prática do roubo deve acarretar uma consequência que é a prisão de quem o praticou. É possível, no entanto, que haja a interferência de um fator humano ou natural e que a consequência não se verifique. O que causou o roubo? - vamos perguntar. Quais são os antecedentes? Quais serão os acontecimentos futuros?

É preciso estabelecer-se uma diferença entre o Mundo Físico e o Mundo Ético ou do agir humano, com ênfase no comportamento social.

O último requisito diz respeito à adequação, já que estamos tratando de manifestações de conjunto. Dallari enfoca as exigências e as possibilidades da realidade social, num contexto individual, cada grupo humano e a própria sociedade no seu todo. As reivindicações devem ser feitas no sentido de contemplarem as aspirações dos membros da sociedade, que vão orientar suas ações no sentido de que consideram o seu bem comum, tendo em conta

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 26ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 27.

⁹ Idem, p. 27.

a sua realidade social, como enfatizado por Heller¹⁰. Não existe qualquer realidade social totalmente desligada da natureza, como não existe, onde houver uma sociedade humana, qualquer natureza não submetida a fatores histórico-culturais. Como a realidade social é um todo complexo, resultante de fatores históricos, inerentes à natureza dos indivíduos, e de fatores ocasionados pela atividade voluntária do homem, faz-se necessária a análise de cada caso específico.

O conjunto de todos esses fatores conduziu Duverger à formulação do conceito de conjunto cultural, que é precisamente o conjunto de elementos que constituem uma comunidade – elementos geográficos, demográficos, técnicos, instituições, representações coletivas – e que se mesclam na realidade segundo combinações singulares¹¹.

Ao nos referirmos à concepção do *espírito* como *consciente e livre poder de síntese*, teremos a superação de fatos mediante a elaboração de esquemas interpretativos e instrumentos eficazes de ação. É a díade “*liberdade-poder de síntese*” que nos dá a essência da vida espiritual; é ela que constitui a fonte dos enlaces superadores dos estímulos que aprisionam os outros animais, possibilitando ao homem elevar-se à previsão das *leis* e das *normas*, assim como à instauração progressiva de bens que potenciam o seu ser histórico. Percebe-se claramente que a sociedade não está preocupada unicamente com suas necessidades econômicas, mas com a melhoria qualitativa de sua vida, ao conjunto de bens sociais que conduzam ao bem comum, com a ética e a moral.

A realidade social é um todo dinâmico e produto de fatores múltiplos, nem sempre inseridos em reiteração, ordem e adequação. A imposição de uma harmonização pode levar a perda da liberdade humana e, até a perda do bem

10 HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**, México: Fondo de Cultura Económica, 1947, p. 93-99, apud DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, op. cit., p. 31.

11 DUVERGER, Maurice. **Sociologia Política**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968.

comum. Nossa esperança é que haja justiça para toda a humanidade. Existe uma responsabilidade difícil de assumir: trabalhar com a ética e a moral.

2. Evolução Histórica e Diferenciação

A história do pensamento ocidental, principalmente no que se refere às lições de mestres como Aristóteles, nos ajuda a adotar uma concepção ontológica do momento em que a ética, a moral e o direito foram trazidos para o nosso âmago, através de práticas sociais efetivas em torno das quais elas se formaram. Lamentavelmente, verificamos que o mundo pós-moderno “não é fiel” a Platão ou a Paulo de Tarso, ou a quaisquer outros “descobridores” de “verdades éticas”. A indelével contribuição de Platão e Paulo ficará para sempre, nem que seja para ser contestada; mas jamais será adequada a contextos históricos contemporâneos, como aqueles vividos durante a Operação Caixa de Pandora no Distrito Federal, no segundo semestre de 2009.

Numa visão histórica evolutiva da progressiva diferenciação pela qual passou a ética, desde a ênfase que lhe foi dada pela “virada socrática”, refletimos sobre o seu estudo geral, isto é sobre o que é bom ou mau. Um dos objetivos precípuos da Ética é a busca de justificativas para as regras propostas pela Moral e pelo Direito. A *Ética* é diferente de ambos – *Moral e Direito*, pois não estabelece regras.

Ética é uma palavra de origem grega, com duas origens possíveis. A primeira é a palavra grega *éthos*, com **e** curto, que pode ser traduzida por costume, a segunda também se escreve *éthos*, porém com **e** longo, que significa propriedade do caráter. A primeira é a que serviu de base para a tradução latina *Moral*, enquanto que a segunda é a que, de alguma forma, orienta a utilização atual que damos a palavra *Ética*.

Ética é a investigação geral sobre aquilo que é bom¹². A vida humana se caracteriza por ser fundamentalmente ética. Como profissionais especializados, qualificados e considerados como os mais cultos no seio da sociedade temos que qualificar cada um de nossos atos eticamente. Estes atos sempre servem para a expansão ou limitação do ser humano. A eficiência técnica segue regras técnicas, relativas aos meios, e não normas éticas, relativas aos fins.

Durante o segundo semestre de 2009 vivenciamos momentos difíceis para a Diplomacia brasileira, ao recebermos o Presidente Shimon Peres, do Estado de Israel, o Presidente da Autoridade Palestina Mahmoud Abbas, e o Presidente Mahmoud Ahmadinejad do Irã. Como os temas abordados envolviam a questão do conflito Israel e Palestina, com territórios ocupados por Israel, e questões de enriquecimento de urânio no Irã, levantam-se vários questionamentos se a energia nuclear pode ser empregada para o bem ou para o mal. Na verdade, ela é investigada, apurada e criada para algum resultado. Não vale por si mesma, do ponto de vista ético. Pode valer pela sua eventual utilidade, como meio; mas o uso de energia nuclear, para ser considerado bom ou mau, deve referir-se aos fins humanos a que se destina. O valor, de modo geral, está presente em todas as ações, mas é preciso distinguir os valores de utilidade dos valores éticos; esses valores são de naturezas diferentes.

Vê-se, pois, que o plano ético permeia todas as ações humanas. Isto ocorre porque o homem é um ser livre, vocacionado para o exercício da liberdade, de modo consciente. Sem liberdade não há ética. A liberdade supõe a operação sobre alternativas; ela se concretiza mediante a escolha, a decisão, a consciência do que se faz¹³. Tanto a Moral como o Direito baseiam-se em regras que visam estabelecer uma certa previsibilidade para as ações humanas. Ambas, porém, se diferenciam. A *Moral* estabelecer regras que são

12 MOORE, George Edward. **Princípios Éticos**. São Paulo: Abril Cultural, 1975, p. 4.

13 BITTAR, Eduardo. **Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. XVII.

assumidas pela pessoa, como uma forma de garantir o seu bem-viver. A *Moral* independe das fronteiras geográficas e garante uma identidade entre pessoas que sequer se conhecem, mas utilizam este mesmo referencial moral comum. O *Direito* busca estabelecer o regramento de uma sociedade delimitada pelas fronteiras do Estado.

As leis têm uma base territorial, elas valem apenas para aquela área geográfica onde uma determinada população ou seus delegados vivem. O Direito Civil, que é sistema referencial utilizado no Brasil, baseia-se na lei escrita. A *Common Law*, dos países anglo-saxões, baseia-se na jurisprudência. As sentenças dadas para cada caso em particular podem servir de base para a argumentação de novos casos. O Direito Civil é mais estático e a *Common Law* mais dinâmica.

Alguns autores afirmam que o Direito é um subconjunto da Moral. Esta perspectiva pode gerar a conclusão de que toda a lei é moralmente aceitável. Inúmeras situações demonstram a existência de conflitos entre a Moral e o Direito. A desobediência civil ocorre quando argumentos morais impedem que uma pessoa acate uma determinada lei. Este é um exemplo de que a Moral e o Direito, apesar de referirem-se a uma mesma sociedade, podem ter perspectivas discordantes.

Descartes, Kant e Weber possuem a tese que o comportamento justo é originado na razão. A razão deve avaliar os melhores meios para atingir objetivos comportamentais. A razão deve atingir valores universais, incondicionais e que não admitem exceção¹⁴. Nesse ínterim, sob o ângulo especificamente ético, não há escolha, prima-se pelo exercício da liberdade, pela definição ética, se não houver avaliação, dar-se-á preferência às ações humanas. Eis porque na base da ética, como acabamos de afirmar, encontra-se desnecessariamente a liberdade e a valoração; a ética só se põe no mundo da liberdade, da escolha entre ações humanas avaliadas. Se não houvesse liberdade, não haveria apreciação possível sobre as condutas do homem, não haveria preferências axiológicas e, portanto, não se daria o campo para o exercício da liberdade.

14SOUZA, Marcos Spagnuolo. Estudo sobre Ética e Moral (mimeo), 2008, p. 2.

O caminho escolhido pelos Magistrados para o exercício da jurisprudência foi e continua sendo o caminho da honra, da retidão, do sacrifício em prol do bem-estar da sociedade. Nesse sentido, o Direito, constituído de regras e normas, é, além de um fenômeno técnico, um fenômeno eminentemente ético, visto pressupor o mundo das ações humanas, das relações entre os homens, a liberdade de agir, a valoração das condutas, a decisão sobre elas e as normas e regras que se prescrevem essas condutas.

As ações éticas brilham justamente quando se opõem às tendências “naturais” do homem. Se as ações seguissem apenas as tendências naturais do homem, não haveria lugar para o mundo ético. Não há liberdade sem necessidade. Não há ética sem impulsão, sem desejo. O mundo ético só é possível no meio social, no bojo das determinações sociais. O fenômeno ético não é um acontecimento individual, existente apenas no plano da consciência pessoal. Esse fenômeno é resultante das relações sociais e históricas, compreendendo também o mundo das necessidades, da natureza. A ética só existe no seio da comunidade humana; é uma expressão da vida social e histórica dos homens situados, dos homens em suas relações vitais, produtivas, concretas e comunicativas. Nesse contexto, inserem-se as relações de produção e de reprodução social da vida material dos homens. Essas relações são históricas e sociais determinantes do próprio homem. Os homens ou grupos de homens que controlam a produção ou os meios e circulação econômica dos bens possuem maior liberdade do que aqueles que não têm o poder desse controle. Os que detêm maior poder de sobrevivência e maior poder de ampliar sua qualidade de vida e de seus familiares. Por isso, eles têm maior disponibilidade ética, visto que têm o poder de melhor avaliar as condutas, podem escolher mais e melhor, podem decidir em maior escala sobre as coisas da cultura e sobre a distribuição das riquezas, podem definir um maior leque de normas que atendam aos seus interesses. Esses passos vão refletir na disponibilidade e distribuição dos direitos entre os homens. Os direitos humanos, portanto, são criados e distribuídos conforme os poderes que se tem sobre as coisas, e esses poderes são conflitivos e bem diferenciados de homem para homem, de grupo para grupo, de comunidade para comunidade, de nação para nação. Nesse ponto ressaltamos a ética que reflete os antagonismos sociais e é também produto de lutas e conflitos entre os homens e os grupos humanos.

Para que haja uma distribuição igualitária dos direitos entre os homens é preciso um esforço ético-político, na verdade existe uma ética sobre a ética, uma

meta-ética¹⁵. A meta-ética é utópica, crítica, subversiva e transcende as condições mais imediatas da vida social, mas ela precisa existir no mundo dos fatos sociais, sob a pena de se perder como uma utopia de meros sonhos.

Avultam em nossos tempos, os reclamos éticos em todos os sentidos. Abrem-se sindicâncias contra políticos que se apropriam de bens públicos para fins pessoais. Processos de impeachment são instaurados face a esquemas de corrupção, como o que grassou o governo do Distrito Federal na primeira semana de dezembro de 2009, envolvendo o Governador José Roberto Arruda (DEM). Os fatos são gravíssimos e exigem investigação. Torna-se imprescindível, dessa forma, a necessidade de se pensar a ética, de se romper com todo um ciclo de silêncio a respeito de notórias turbulências e mudanças sociais.

3. A Reflexão Ético-Filosófica Como Prática da Liberdade

Cumpre-nos refletir sobre os preceitos ético-filosóficos como prática da liberdade e as manifestações do comportamento humano: trabalhar ou roubar, elogiar ou ofender, construir ou destruir, um conjunto de intenções: intenção de ganhar dinheiro mediante emprego de suas próprias energias ou rápida e facilmente à custa do sacrifício alheio; intenção de ofender e magoar ou intenção de estimular; intenção de fazer ou desfazer o que está pronto. Viver sob as próprias forças ou viver mediante o esforço alheio; promover o bem-estar de outrem ou desgastar o interior e as emoções de outrem; deixar sua contribuição ou apagar a contribuição dos outros. Dentre estas várias acepções ressalte-se a tarefa difícil da ação moral, cuja habitualidade comportamental confere ao indivíduo a característica de ser único e poder governar-se a si mesmo, de conduzir atitudes na vida. Nossa conduta deve ser dirigida pela convicção pessoal, isto é, o auto-convencimento de que vamos transformar idéias, ideologias, mover o ser humano para o aprimoramento de sua conduta.

¹⁵ A meta-ética é o estudo crítico dos sistemas éticos: “Igual que la ética normativa supone una reflexión acerca de las normas Morales existentes (moralidad positiva), la meta ética implica una reflexión sobre los sistemas éticos existentes (moralidad crítica)”, in: GUISÁN, Esperanza. **Introducción a la ética**. Madrid: Cátedra, 1995, p. 43.

A ética é filosofia prática, pois tem por conteúdo o agir humano. A ética firma-se em solo filosófico como forma de fortalecimento das construções e deveres morais hauridos ao longo do tempo pela experiência.

É com Gramsci que se pode dizer que todo o exercício filosófico (que parte das filosofias e das reflexões filosóficas) tende a colaborar com o processo de formação do bom senso (que ocorre quando as filosofias são apropriadas pelas massas), fazendo-se um exercício humanístico imprescindível para a renovação dos valores sociais¹⁶. Esse exercício será feito na companhia de outros saberes que com ela são convidados a pensar as questões axiológicas, comportamentais e as regras de conduta: a psicologia, como saber voltado para as características mais intimistas da personalidade humana; a antropologia, como saber devotado ao estudo dos comportamentos grupais, da organização e das práticas sociais; a sociologia e a história, como saberes capazes de colaborar com o desenvolvimento da capacidade crítica de avaliação de comportamentos e práticas contextualizados no tempo e no espaço.

Dizer que a ética persegue o homem significa dizer que a orientação ética caminha com o homem desde seus titubeantes passos. O que se verifica na atualidade é que as concepções éticas dos povos alteraram-se. Toda construção ética se opera de acordo com a axiologia de uma cultura e de um tempo (ao mesmo tempo em que os cristãos pregavam uma consciência ecumênica na Europa do séc. XV, os canibais da América devoravam seus inimigos de guerra). O que há é que a consciência ética cresce com o homem (alarga-se, expande-se, fortalece-se), na medida em que também crescem dentro do homem as dimensões da autoconsciência, da racionalidade, da presença da alteridade.

Quando dizemos que a ética nasceu com o homem, não se está a dizer que nasceu pronta, acabada, com todos os seus quadrantes delineados e previamente programada. A ética acompanha o homem em seu percurso

16 BITTAR, Eduardo, op. cit., p. 15.

existencial e histórico. A história das vicissitudes humanas é a história das evoluções e involuções éticas. Isso quer dizer que a ética está ao lado do homem em seus envolvimento sócio-culturais¹⁷. Souza¹⁸ infere que a ética é originada de nossa individualidade, possui sua origem em nossa essência mais profunda, harmonizada com a natureza divina que não possui forma. Ação ética é uma boa ação cuja característica é a cooperação. A moral são valores impostos pelos donos do poder, sendo conjuntural e não universal.

A forja dos preceitos éticos não é tão-só e unicamente a consciência individual; sobre a consciência individual atuam as influências sociais e educacionais, e isso em profunda dialética com as influências ambientais. O homem descobre-se a si próprio conhecendo melhor o outro; a alteridade é o espelho (dos vícios e das virtudes) da individualidade. Desse contato extraem-se os imperativos e os comandos do que fazer ou deixar de fazer, de como fazer ou deixar de fazer, de até quando fazer ou deixar de fazer... As normas éticas convivem com outras normas e forças sociais (econômicas, costumeiras...) e é da interação destas que surgem deliberações individuais de comportamento. O homem ao agir está exercendo ética, pois para agir necessita optar por valores, por comandos de orientação de conduta, por fins, por desejos, por vontades, por objetivos. Ou seja, a deontologia, o estudo das regras morais é parte das preocupações do saber ético. Hans Kelsen define a ciência ética como o estudo das normas éticas, esse saber ético não possui natureza puramente normativa, nessas pretensões de estudo se encontram englobadas as normas morais¹⁹.

17 Idem, p. 22.

18 SOUZA, Marcos Spagnuolo, op. cit., p. 2.

19 KELSEN, Hans. **O que é justiça**. Trad. de Luís Carlos Borges e Vera Barkow, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Ver também: O problema da justiça do mesmo autor, São Paulo: Martins Fontes, 1993.

Pode-se, portanto, estudar, além do problema da ação e suas questões correlatas, por meio de um método científico (indução, dedução, dialética, intuição), pelo saber ético, o conjunto de preceitos relativos ao comportamento humano (individual e social). A preceptística moral, ou seja, o conjunto de regras definidas como normas morais (não matarás; não julgarás; não farás ao outro o que não desejaríeis a ti fosse feito; não roubarás; darás a cada um o seu...) é, no fundo, a abstração das experiências morais hauridas pela prática vivencial sócio-humana.

É por demais importante grifar que se torna impossível ao jurista penetrar adequadamente nos meandros jurídicos menosprezando por completo as regras morais, tópico que será abordado a seguir.

4. Moral, Justiça e Direito

Percebemos, de antemão, a diferença entre direito e moral, conceitual e comparativo estudo do *dever-ser* jurídico com relação ao *dever-ser* moral. Há que se deter na análise, buscar semelhanças e diferenças. De princípio abordar-se-á a unilateralidade, a incoercibilidade e autonomia do Direito, e as notas essenciais da moral. Inquirimos a respeito de fatos: Como trabalhar com penas para o incesto (que não é considerado crime no sistema jurídico repressivo brasileiro), a dívida do jogo (descrita no art. 814 do Novo Código Civil), a preocupação constitucional com o princípio da moralidade pública, expressa no art. 37, *caput*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”. Aqui se comprova a relevância do princípio moral para a própria organização, manutenção e credibilidade cívica dos serviços públicos. O que é moralmente recomendável tornou-se juridicamente exigível do funcionalismo público. Como balizar a teoria do negócio jurídico e dos tratos comerciais em torno da idéia da boa-fé, estabelecendo inúmeras presunções a ela concernentes (art. 164 do novo CC).

Como lidar com os maus tratos e violações dos direitos humanos das crianças? (art. 1.638 do novo CC). Em muitos casos, fica o juiz autorizado, jurídica e formalmente, em caso de lacuna da lei, a aplicar os costumes como forma de solução de litígios (art. 4º da LICC).

Por estas e outras razões, até mesmo do ponto de vista histórico, pode-se provar a intrínseca relação do direito com a moral. Isso porque, a princípio, eram indistintas nas comunidades primitivas as práticas jurídicas, as práticas religiosas e as práticas morais. A sacralidade, o espiritualismo e o ritualismo das antigas práticas jurídicas e de suas fórmulas denunciam essa intrínseca relação²⁰. As perguntas que nos vêm à mente se baseiam na relação entre direito e moral, nos principais aspectos normativos que caracterizam cada qual dos ramos normativos e; se o direito se alimenta da moral, convive com ela, e lhe envia novos conceitos e normas.

5. Conclusões

Ao fundamentar nossas assertivas no parâmetro da ética, moral e direito, podemos concluir afirmando que o direito sem moral, ou direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbítrio, e não direito²¹. Hans Kelsen critica as teorias que procuram a distinção do direito com relação à moral a partir dos critérios interioridade (moral) e exterioridade (direito). A crítica de Kelsen repousa, sobretudo no fato de que o direito por vezes regula condutas internas e por vezes regula condutas externas, assim como ocorre com a moral. Esse critério seria, portanto, insuficiente para dar conta do

20 GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**, 9ª ed., São Paulo: Forense, 1999.

21 De acordo com BITTAR, “está-se aqui a contrariar frontalmente a teoria normativista de Hans Kelsen. O direito da Teoria Pura não pode ser por essência um fenômeno moral. BITTAR, Eduardo. **Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional**, 2ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 32.

problema. Se o direito for entendido e definido exclusivamente a partir das idéias da normatividade e validade, então seu campo nada tem que ver com a ética. Esta é a proposta de cisão metodológica, que acabou por provocar fissura profunda no entendimento e no raciocínio dos juristas do século XX, de Hans Kelsen. Sintetizando: as normas jurídicas são estudadas pela ciência do direito; as normas morais são objeto da ética como ciência. O raciocínio jurídico, então, não deverá versar sobre o que é certo ou errado, sobre o que é virtuoso ou vicioso, sobre o que é bom ou mau, mas sim sobre o lícito ou ilícito, sobre o legal (constitucional) ou ilegal (inconstitucional), sobre o válido e o inválido.

Kelsen argumenta que um direito positivo sempre pode contrariar algum mandamento de justiça, e nem por isso deixa de ser válido²². Então, o direito positivo é o direito posto (*positum* – posto e positivo) pela autoridade do legislador, dotado de validade, por obedecer a condições formais para tanto, pertencente a um determinado sistema jurídico. O direito não precisa respeitar um mínimo moral para ser definido e aceito como tal, pois a natureza do direito, para ser garantida em sua construção, não requer nada além do valor jurídico²³. Então, direito e moral se separam. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica é independente desta Moral Absoluta, única válida, da Moral por excelência, do ponto de vista de Kelsen²⁴. Assim, é válida a ordem jurídica ainda que contrarie os alicerces morais. Discutir sobre justiça, para Kelsen, é tarefa da ética, ciência que se incumbe de estudar não normas jurídicas, mas

22 “Um Direito Positivo pode ser justo ou injusto; a possibilidade de ser justo ou injusto é uma consequência essencial do fato de ser positivo”, KELSEN, O que é justiça?: a justiça, o direito e política no espelho da ciência, 1998, p. 364, apud BITTAR, Eduardo. **Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional**,. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43.

23 KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Trad. de Luís Carlos Borges., São Paulo: Martins Fontes, 2000 1976, p. 103.

24 Idem, p. 104.

sim normas morais e, portanto, incumbida da missão de detectar o certo e o errado, o justo e o injusto.

Trabalha-se, atualmente, com a ética do plural, através da diversidade, impedindo a formação de extremos e a exclusão de outras éticas por sistemas éticos contextualmente predominantes. Dessa forma é que onde está a ética deve estar o pluralismo e a tolerância; isto é o minimamente ético. O desenvolvimento lógico-conceitual e pragmático no sentido do alcance da felicidade, do que seja o “melhor”, do que seja o verdadeiro bem humano são desdobramentos desse mínimo ético. Assim, deve-se admitir que a felicidade é impossível se rompidos esses limites. Uma vez que desejamos ver a ética funcionando, passamos a experimentar a tolerância da diversidade. Em suma, o amor de uns para os outros, com justiça plena para todos. Quer como ciência social e política, quer como experiência, quer em sua aplicação através do processo judicial, como, dentre outros, o Direito reflete o estágio histórico vivido pela sociedade. Precisamos compreender o Direito não apenas como fato do homem, mas sim como fato social, que torna possível a coexistência humana.

6. Referências

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**; (em contraposição à Ontologia de Nicolai Hartmann), 3ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2005.

BITTAR, Eduardo. **Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional**, 2ª ed.. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26ª ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DUVERGER, Maurice. **Sociologia Política**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968.

GUISÁN, Esperanza. **Introducción a la ética**. Madrid: Cátedra, 1995.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 9ª ed.. São Paulo: Forense, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Luís Carlos Borges., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **O que é justiça**. Tradução Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOORE, George Edward. **Princípios Éticos**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed., Saraiva: 2002.

SOUZA, Marcos Spagnuolo. **Estudo sobre Ética e Moral** (mimeo), 2008.