

Ética e direito: do racionalismo ao personalismo

Marcelo Gerard*

RESUMO

Analisa-se aqui alguns aspectos da relação entre ética e direito, a partir de uma visão diacrônica e comparada, contemplando a teoria racionalista no que tem a dizer sobre a gênese do ordenamento jurídico e a aplicação de suas normas, até a constatação da insuficiência dessa teoria em certos casos, passando pelo contratualismo, pela teoria comunicacional do direito e pela abordagem personalista, como possibilidade de favorecer uma ação racional que vise à consecução da justiça.

PALAVRAS-CHAVES: Ética e direito; ética e racionalismo; personalismo.

1 Ética, Direito e Racionalismo

Ética e direito não podem andar separados. No entanto, os princípios éticos estabelecidos nem sempre são considerados como base de ação e justificação do efetivar o direito.

Nesse sentido, a ética pode ser vista em certos momentos como verdadeiro desafio ao direito, não apenas apresentando-lhe as dificuldades explícitas para a consecução da sua finalidade, como também fazendo referência àquelas implícitas ao sistema e a sua formação.

O que se tem por certo é o fato de que as mazelas criadas pelas freqüentes ofensas às normas éticas são causa de desconforto e insegurança quanto à nossa capacidade de criar, manter e cumprir normas que tenham sempre como resultado a justiça e o bem comum. Mais ainda, é possível verificar que, sob a justificativa de "defender" tais normas, outras injustiças e agressões podem ser realizadas, inclusive com ênfase maior, o que é uma verdadeira ironia.

Se nos aproximarmos mais atentamente do significado dessas duas palavras - justiça e justificativa, percebemos que não têm na prática muito em comum, não obstante possuírem a mesma raiz (jus, juris), devido ao fato de que o uso que fazemos delas depende dos parâmetros e dos valores que a elas associamos. No entanto, justificar deveria sempre ser um ato que visasse à justiça.

Seguindo esse raciocínio, vislumbra-se praticamente irrealizável o projeto de criar uma lógica para a justiça que possa ser imposta como justificativa ou fundamento do direito. E isso, de acordo com Perelman (CAMARGO, 2003), devido a não existir lógica para a escolha de valores, posto serem estes determinados de forma arbitrária. Tanto é que, segundo ele, variam sensivelmente de sociedade para sociedade e no decorrer dos momentos históricos.

Portanto, não é sem motivo o fato de ter-se tornado fundamental para Perelman o conceito de igualdade, já que é através dela que as normas legais concretizam a justiça, independente do critério utilizado para estabelecimento dessas normas. Ou seja, considerado o fato de que os valores utilizados como critério para estabelecimento da norma não decorrerem da racionalidade, mas sim e em grande parte do arbítrio, a aplicação dessas normas deve ser baseada na igualdade e na uniformidade, o que resulta assim numa justiça bastante formal.

Por outro lado, em alguns casos, a lei pode não ser considerada suficiente como parâmetro de justiça. Daí Perelman conceber a equidade como maneira de contrabalançar esse formalismo inicial, equilibrando-o através da

característica de estarem as decisões de equidade envoltas pelo não-formalismo. E aqui é evidente que, ao se afastar do aspecto puramente formal, acrescenta-se ao juiz atributo que indica existir uma diferença, às vezes sutil, entre aplicação da lei e aplicação da justiça.

Como assinala Camargo, existe ainda outro elemento, a caridade, apresentado por Perelman, para os casos em que tal abrandamento da lei não é suficiente, devido à imperfeição de todo sistema de justiça.

Nesse ponto, Perelman chega a uma conclusão, de certa forma surpreendente, que distancia o conceito de racionalidade daquele propriamente positivista, reconhecendo que deliberar ou argumentar são também atos do raciocinar e não apenas outros, digamos formais, como calcular e deduzir.

Destaque-se ainda que não é tão recente a crítica à abordagem metodológica formal racionalista. Na Alemanha do início do século XX, com Eugen Ehrlich, o Movimento para o Direito Livre já denuncia as impropriedades da aplicação mecânica da lei (a vontade do legislador), defendendo a livre busca do direito, indicando a necessidade de os juízes levarem em conta os fatos sociais e os valores da moral, no seu mister de decidir.

Abordando o mesmo problema, Carnelutti aponta para o fato de que a experiência do homem faz os juristas caírem em si sobre a insuficiência da lei (CARNELUTTI, 2006), tornando necessária a equidade como "justiça do caso singular", não sendo possível aprisionar-se a justiça por uma lei.

A partir de uma analogia bastante simples concebida por Carnelutti, percebemos como suas idéias se aproximam daquelas defendidas por Perelman a respeito da insuficiência do sistema de justiça. Segundo Carnelutti, o direito nasce da semente da moral lançada sobre a terra da economia, tomando-se o termo economia no sentido original do grego oikos (casa), ou seja, como um interesse fundamental do homem. Nessa terra, então, nasce e cresce essa majestosa árvore destinada a produzir um fruto chamado justiça. Entretanto, afirma ele, sem a bondade (caridade), a ciência do direito poderá

sem dúvida fazer que cresça a árvore do direito, mas essa árvore não dará os frutos de que os homens têm necessidade. E encerra assim seu *Como Nasce o Direito*, lembrando que os romanos, ao definirem os juristas, chamavam-lhes de *vir bonus*(1) (homem bom, homem de bem).

2 Ética e Constituição do Ordenamento Jurídico

Partindo de uma abordagem contratualista, da forma como concebida por Rousseau, a constituição das normas de relações sociais, seja entre os seus componentes ou entre eles e o Estado, advém do fato de serem necessárias regras que dirijam estas relações e assumam o papel de fundadoras do ordenamento jurídico e da ética que o acompanha, tendo-se por base tanto as normas escritas como os costumes. Mas, a princípio, Rousseau considera o homem natural estando à margem de quaisquer considerações éticas, devido a não ser bom nem mal, e exposto mais a uma contingência natural que o direciona a formação da sociedade, do que predisposto racionalmente às normas ou à ética.

Hobbes, por sua vez, entende que, no estado natural, é da força que provém o direito de cada um, apontando para a necessidade de dominar essa relação de força, para pôr fim ao estado de guerra existente. E sobre quem exerce ou deveria exercer esse domínio, afirma ele que:

Em todos os Estados o legislador é unicamente o soberano, seja este um homem, como numa monarquia, ou uma assembleia, como numa democracia ou numa aristocracia. Pois o legislador é aquele que faz a lei. E só o Estado prescreve e ordena a observância daquelas regras a que chamamos leis: portanto o Estado é o único legislador. (HOBBS, 2005. Grifo no original).

E, note-se bem, o Estado é legislador, para Hobbes, não apenas ao decidir e publicar suas regras, mas também quando torna válidas aquelas advindas do costume pela sua não oposição. E isso se dá não pelo fato de esses costumes se prolongarem no tempo; ou melhor, a autoridade da norma consuetudinária

nasce não pelo seu prolongamento no tempo, mas simplesmente porque o soberano, por sua vontade, permitiu que continuasse a existir.

Decorre ainda, dessa visão de Hobbes, a necessidade de que, para a manutenção da paz na sociedade, seja renunciado o "direito de todos os homens a todas as coisas" (HOBBS, 2005) cujo exercício acarretaria em conflito e num permanente estado de guerra, estando implícito um princípio ético, talvez o primeiro da relação social, de que não se devem romper acordos assim firmados. Nesse sentido, o não cumprimento desse acordo é a fonte da injustiça.

Por outro lado, retornando a Rousseau, mesmo possuindo o homem, em estado natural, impulsos bons como o da piedade pelo semelhante, não implica isso na existência ou na consciência de qualquer relação ética. Assim, é natural do homem, em sua condição original, o instinto de autopreservação; entretanto, as ações dirigidas a essa autopreservação não são realizadas exatamente contra os outros, mas somente a favor de si mesmo. Eis aqui uma minuciosa diferença com requinte de subjetividade.

Já para Robles, abordando o problema pelo viés da teoria comunicacional do direito, o conceito de constituição é o de elemento mínimo formador do ordenamento jurídico, através do qual se tem conhecimento de quem tem a autoridade para gerar as normas, independente do nome que ele tiver. Ou seja, o conceito assim determinado é meramente formal, no sentido em que se resume em dizer "quem manda na nova ordem" (ROBLES, 2005). Utilizando ainda um termo comum a Hobbes e a Rousseau, afirma Robles que ao determinar quem é o soberano, está-se procedendo ao primeiro ato de comunicação necessário numa sociedade.

Tais idéias estão ainda de acordo com a maneira de ver de Carnelutti, para o qual é histórico que o juízo é anterior à lei, que o chefe se afirma como juiz antes de o ser como criador de leis (CARNELUTTI, 2006). A posteriori, segundo ele, deve então formular a lei com proposições verbais oportunas – ou seja, de forma expressa ou explícita. E é dessa forma que ficam estabelecidas,

no dizer de Robles, as duas categorias das decisões jurídicas: 1) a extra-ordenamental ou extra-sistêmica, relativa à decisão constituinte (a existência do chefe ou juízo anterior); e 2) as intra-ordenamentais ou intra-sistêmicas, que são exatamente as outras decisões, chamadas de constituídas (ou as leis a que se refere Carnelutti).

A partir daqui, formado o ordenamento jurídico, é tarefa da Sociologia do Direito, de acordo ainda com Robles, pesquisar a inserção social de seus elementos e as condições sociais de sua existência, investigando inclusive o grau de eficácia de determinadas normas, bem como as concepções sobre justiça e sobre os valores jurídicos existentes na sociedade.

Dessa visão comunicacional do direito, infere-se que a questão ética está relacionada aos critérios da fundação do próprio ordenamento jurídico, mais precisamente à escolha ou à imposição do projeto que o poder constituinte manifesta e de sua ampliação através das decisões constituídas, após o momento fundador. Portanto, os critérios éticos utilizados nessa escolha ou imposição são reveladores da relação existente entre o direito e a ética.

3 Princípios Éticos e Justificação

Como se percebe, na concepção contratualista não existiriam motivos que direcionassem as ações humanas no sentido de respeito a qualquer princípio ético, pelo motivo de não serem baseadas na ética os comportamentos humanos, mas sim na direção da necessidade de autopreservação, seja na barbárie da luta incessante de todos contra todos, seja na explosão do instinto de conservação.

Assim, não há como se falar em justificação para rompimento dos princípios, normas ou regras, nesse momento precedente ao contrato social, uma vez não existirem tais como os entendemos hoje. O homem agiria então no sentido de preservar sua vida, sem necessitar justificar-se, mesmo porque seria inconcebível e ineficaz essa atitude.

É interessante notar que não havia justificativa (ou necessidade de justificativa) para quebra das normas éticas no momento pré-contratual, simplesmente porque estas normas não existiam; com a formação da sociedade, a priori, continuou não havendo a justificativa, agora pelo fato de existirem as normas.

Não obstante a regra geral, consubstanciada no entendimento de que as normas éticas não devem ser violadas, pode-se discutir a possibilidade de existirem momentos específicos em que a desconsideração de uma regra ética se faz justificável.

Para os defensores de uma concepção hierarquista das normas éticas, considera-se que existam diversas normas éticas universais, entretanto que essas não têm a mesma importância, intrinsecamente consideradas. Falar a verdade, nesse contexto, é algo bom, mas há momentos em que outra norma universal superior deve ser privilegiada, quando entrarem elas em conflito. Assim, seria justificável mentir para salvar uma vida, pois a boa ação é aquela que é melhor ou superior intrinsecamente. No entanto, tal concepção difere de outras, como a do absolutismo ideal, a qual defende que ao existirem duas normas em conflito, isto significaria que ambas estão erradas, uma vez que se nenhuma norma universal fosse quebrada, não existiriam quaisquer conflitos entre elas.

De acordo com Geisler, outra posição diversa das duas anteriores seria a do absolutismo não-conflitante (GEISLER, 1988), sob a qual se defende que existindo conflito entre normas, sempre haverá uma terceira alternativa ou uma maneira de cumprir qualquer delas sem desobedecer à outra.

Pelo menos considerando a primeira vista a concepção hierarquista e o absolutismo não-conflitante(2), pode-se notar que o fato de se poder ou não justificar uma conduta contrária à norma ética está ligado à possibilidade de executar um ato que resulte num bem melhor ou que defenda um bem intrinsecamente superior (como a justiça, e.g.).

Não está, entretanto, na esfera de discussão sobre justificação, caso se aceite ser isso possível, atitudes contrárias aos princípios éticos motivadas por sentimentos de vingança, de egoísmo, de autopromoção ou de qualquer outro desse nível.

Exemplos interessantes têm-se no O Delito Passional na Sociedade Contemporânea, de Enrico Ferri, que argumenta a necessidade de desprezar o grau da paixão, na análise dos delitos, para se apurar a sua qualidade. Afirma ele que encontrou no cárcere:

(...) assassinos que cometeram carnificinas hediondas, impelidos pela cupidez, pelo ódio, pela vingança, e que agiram, "verdadeiramente, sob impulso irresistível". Não nos importa a veemência da paixão, mas sua qualidade em relação às leis e às necessidades permanentes da vida social e da vida humana (FERRI, 2003).

E em seguida argumenta que:

O delito passional na sociedade contemporânea deve ser julgado, de acordo com os seguintes critérios fundamentais:

I – a qualidade dos motivos;

II – a personalidade do autor.

Estes critérios são inseparáveis e se completam (FERRI, 2003. Grifo no original).

Portanto, a justificação, para Ferri, estaria no fato de o motivo ser moralmente aceito ou ainda justo e na condição de se analisar a personalidade do autor, levando em consideração o meio em que nasceu, cresceu e agiu, análise essa através da qual se chegaria ainda à classificação moral e legal do ato criminoso.

4 O Desafio da Ética

Como se pode perceber, ética e direito se relacionam ab ovo. E tal relação ocorre na constituição do ordenamento jurídico, através de seu texto fundador, o qual, na concepção de Robles, como vimos, tem como elemento mínimo o definir a quem pertence a autoridade de formar a legislação.

Se é assim, a questão dessa escolha já se faz presente como um desafio primeiro da ética ao estabelecimento do direito, pois a partir das concepções ali utilizadas ou dos princípios evidenciados por ela, tem-se a regra superior que deverá ser seguida na elaboração de toda legislação componente do ordenamento jurídico.

Quando são recepcionados na legislação justificativas que excluem a ilicitude na prática de determinados atos, isso advém da possibilidade firmada já no texto constituinte do ordenamento jurídico, balizada pelos princípios éticos adotados, e tem como efeito uma implicação direta nos conceitos de moralidade e comportamento ético.

Faz-se necessário, assim, que a legislação esteja de acordo com os princípios do texto constituinte. E devemos tomar aqui a palavra legislação não apenas no sentido estrito, mas incluindo em sua definição o fato de que ao decidir, o juiz faz a legislação, ao atuar, o promotor de justiça faz a legislação, ao apresentar sua tese, o defensor faz a legislação.

Daí decorre outro problema ético, qual seja o de que seus operadores atuem no sentido de defender, manter, preservar e cumprir os princípios éticos existentes, e até aprimorá-los, caso possível. E a violação por parte desses operadores das normas, como vimos anteriormente, são duplamente reprováveis, em termos de relação ética, uma vez terem assumido o compromisso institucional de defender, manter e preservar tais normas e ainda estarem obrigados a cumpri-las, como todos os outros, fora ou no exercício de seu mister.

Rousseau acredita inclusive que são necessárias qualidades excepcionais a estes, responsáveis por construir a legislação. Deve, na realidade, como denota no O Contrato Social, ser extraordinário tanto pelo "gênio" como pelo ofício. E não parece existir ofício mais difícil e nobre, nos termos em que é concebido por ele:

Para descobrir as melhores regras de sociedade que convenham às nações, precisar-se-ia de uma inteligência superior, que visse todas as paixões dos homens e não participasse de nenhuma delas, que não tivesse nenhuma relação com a nossa natureza e a conhecesse a fundo, cuja felicidade fosse independente de nós e, contudo, quisesse dedicar-se a nós, que, finalmente, almejando sua glória distante pudesse trabalhar num século e fruí-la em outro. (ROUSSEAU, 1962).

Enfim, deveria ser altruísta, reconhecer-se a serviço de causa nobre, a qual não poderia macular, desprezando-a em benefício próprio ou de outros, viver sem ambição maior que realizar bem e condignamente a sua tarefa de fazer e tornar viável a justiça. Entretanto, "(..) se é verdade que um grande príncipe é um homem raro, que se diria de uma grande Legislador?", questiona Rousseau.

Assim colocada a questão, consideradas tais exigências, não parece realmente tarefa para quaisquer pessoas:

O Legislador, sob todos os aspectos, é um homem extraordinário no Estado. (...) Tal ofício, que constitui a república, não pertence a sua constituição, por ser uma função particular e superior que nada tem de comum com o império do humano, pois se aquele que governa os homens não deve governar as leis, o que governa as leis não deve também governar os homens; de outra forma, suas leis, instrumentos de paixões, freqüentemente não fariam mais do que perpetuar suas injustiças e jamais ele poderia evitar que pontos de vista particulares alterassem a integridade de sua obra. (ROUSSEAU, 1962).

E aqui podemos verificar que separar não apenas de direito, como de fato, as funções daqueles que, no dizer de Rousseau, governam os homens, daqueles que governam, ou fazem, as leis, é tarefa bastante difícil.

5 Racionalismo e Personalismo

É bastante natural imaginarmos que ao direito subjaz uma gama considerável de regras nascidas diretamente de concepções éticas, as quais, desde o momento em que a própria vida em grupo se tornou possível, abrangem e direcionam o agir consciente das responsabilidades e conseqüências dos atos que praticamos, tanto no dia-a-dia do lar e da convivência entre amigos, como também no que diz respeito ao desempenho profissional, ao exercício de cargos públicos, de profissões liberais ou ainda à vida religiosa, ou seja, a todas relações sociais e culturais a que estamos sujeitos.

Por outro lado, é necessário destacar que tal agir consciente assume diversos graus de conseqüência, de menor ou maior alcance, quando consideramos a posição e a relação exercidas por esse agente e o conceito que a sociedade faz dele. Pode-se, assim, entender que atitudes contrárias à ética, nesse sentido, advindas de autoridades responsáveis pela própria manutenção e vigilância dos seus princípios são mais "graves" que as dos outros que não possuem tais compromissos institucionais. Ou seja, a responsabilidade institucional de atuar com esteio sempre nesses princípios deve ser a quinta-essência do comportamento dos operadores do direito. E está implícito que, para tanto, não é suficiente a aplicação puramente racional das normas legais, uma vez que isso não garante, em determinadas circunstâncias, alcançar a justiça, fim último da ética do direito. Poderia mesmo afirmar que uma decisão apenas baseada num princípio racional muitas vezes é perigosamente contrária à ética e, ipso facto, não realiza a justiça.

Mas certamente não é exclusividade do direito que seus operadores devem atuar seguindo o padrão ético. O que se deve salientar é que são consideradas geralmente mais inoportunas as violações desses operadores, devido a serem, de certa forma, seus guardiões ou mantenedores. Quando contrariam alguma

regra ética, estes o fazem sempre em detrimento de outro princípio anterior, o qual nasce de sua própria condição de quem assumiu a incumbência de zelar institucionalmente por todas as outras regras.

Abordando o problema como o faz Emmanuel Mounier, em relação à política, parece que todo ele está relacionado não apenas a considerar ou a fazer apologia à solidariedade entre teoria e prática, entre a racionalidade e o agir, importando traçar a "geografia da ação", a fim de se saber o que deve ser unido e como deve ser (MOUNIER, 1960); ou melhor, delineando como realizar a justaposição entre racionalidade e equidade, entre os aspectos da lógica racional que não devem ser abstraídos e a característica da personalidade das decisões judiciais.

Argumenta Mounier, nesse sentido, que nenhum homem é completo o suficiente para realizar todo o homem e essa incapacidade tem o fim de especializar a sua ação. Daí existirem o técnico, o moralista, o político etc. Sendo assim, não é possível "ser tudo ao mesmo tempo: mas a ação, no sentido corrente da palavra, aquela que sobre a vida pública incide, não pode, portanto, sem implicar um desequilíbrio, assumir bases mais estreitas do que o campo que vai do pólo político ao pólo profético" (MOUNIER, 1960. Grifo no original). Ou seja, o "homem de ação realizado" não despreza essa polaridade, vivendo-a intimamente, através da ação no tempo como pólo político e com a consciência do pólo profético, numa alusão às qualidades dos profetas, tais como a autonomia, o interesse no bem do seu povo, a obstinação em busca da justiça, a abnegação em favor de valores elevados. E "homem de ação realizado", utilizando a expressão de Mounier, não significa aqui outra coisa senão o mesmo que *vir bonus*, entendido como aquele que considera a justiça como alvo dependente da bondade ou da caridade, conforme se prefira o termo de Carnelutti ou de Perelman.

Talvez, as dificuldades colocadas pela ética à necessidade de realização do direito na justiça finalmente se resumissem ao desafio de se ter nos homens, de forma simultânea, tanto a ação equilibrada como a visão profética de sua tarefa. Entretanto, Mounier constata que na maior parte das vezes, o

temperamento político que vive na condução e no compromisso (ou seja, na ação), e o temperamento profético que vive na meditação e na audácia, não coexistem no mesmo homem. Por isso, o desenvolvimento dos aspectos pessoais, culturais e sociais (e não exclusivamente do racional, sem desta esquecer, como já se afirmou) relacionados ao direito, tem relevância para a concretização da justiça, pois é neles que se firmam os princípios e as normas éticas que julgamos de valor elevado.

NOTAS

1) Na tradução da edição em português, encontra-se "homem de bem". Outro sentido do termo vir bonus está relacionado à origem da pessoa.

2) Note-se que existem outras correntes que defendem a impossibilidade de quebra de um princípio ético, mesmo que o fim imediato seja aparentemente superior. Dessa maneira, por exemplo, seria inconcebível mentir, mesmo visando a salvar uma vida.

REFERÊNCIAS

CARNELUTTI, Francesco. Como Nasce o Direito. 3ª ed. – Campinas/SP: Russell Editores, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3ª ed. – RJ: Editora Renovar, 2003.

FERRI, Enrico. O Delito Passional na Sociedade Contemporânea. 1ª ed. – Campinas-SP: LZN Editora, 2003.

GEISLER, Norman L. Ética Cristã. 1ª ed. - SP: Editora Vida Nova, 1988.

HOBBS, Thomas. Leviatã. 1ª ed. – SP: Editora Rideel, 2005.

MOUNIER, Emmanuel. O Personalismo. 1ª ed. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1960.

ROBLES, Gregorio. O Direito como Texto. 1ª ed. Barueri/SP: Editora Manole, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. In Obras Completas. 1ª ed. – RJ: Editora Globo, 1962.

* Especialista em Direito Eleitoral e em Redes de Computadores. Analista Judiciário do TRE/SE e Chefe de Cartório Eleitoral em Aracaju/SE.

Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12845>

Acesso em: 31 mai.2009.