

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB

RAPHAEL GRECO BANDEIRA

**PRINCÍPIO JURÍDICO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:  
uma abordagem para reflexões filosóficas sobre a fundamentação  
da validade e da ética.**

BRASÍLIA  
2009

**RAPHAEL GRECO BANDEIRA**

**PRINCÍPIO JURÍDICO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:  
uma abordagem para reflexões filosóficas sobre a fundamentação  
da validade e da ética**

Dissertação de Mestrado apresentado no curso de pós-graduação *stricto sensu* do Departamento de Filosofia, da Universidade de Brasília – UNB, Campus Distrito Federal, na linha de pesquisa de Ética e Política.

**Orientador: Prof. Dr. CLÁUDIO REIS**

**BRASÍLIA  
2009**

Bandeira, Raphael Greco.

Princípio jurídico da dignidade da pessoa humana:  
uma abordagem para reflexões filosóficas sobre a  
fundamentação da validade e da ética /

Raphael Greco Bandeira. Brasília: UNB/PPG-FIL, 2009.  
vii, 100f. II; 28 cm.

Orientador: Cláudio Araújo Reis

Dissertação (mestrado) – UNB/ PPG-FIL/ Programa de  
Pós-graduação em Filosofia, 2009.

Referências Bibliográficas: f. 109-113.

1. Princípio Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana.  
2. Direito. 3. Ética. 4. Pós-positivismo. 5. Pragmatismo. 6.  
Particularismo. 7. Argumentação. I. Reis, Cláudio Araújo. II.  
Universidade de Brasília, Departamento de Filosofia,  
Programa de Pós-graduação em Filosofia. III. Título.

*À minha Luaninha,  
pelas lições de ética e amor.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, que me permitiu reencontrá-lo pela filosofia kierkegaardiana nesta pós-graduação, e espero estar devolvendo, em gratidão, com este trabalho.

A minha família e pessoas queridas que me estimularam a aprofundar o conhecimento em outros saberes.

A todos os professores de filosofia que contribuíram para minha formação, porque ao ensinarem ética, política e lógica, mais do que disciplinas de um curso, possibilitaram novas formas de aprimorar a visão sobre mim mesmo e sobre o mundo, em especial aos professores Júlio Cabrera, Cláudio Reis, Miroslav Milovich e Almir Menezes.

## RESUMO

O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil vem sendo cada vez mais aplicado pelos juristas e pelos tribunais como recurso hermenêutico de aplicação do direito e, assim, reabilitando a comunicação com a ética. Esta nova atitude dos intérpretes vem reanimando o estudo das bases do positivismo jurídico e incomodando o dogmatismo existente por detrás da segurança jurídica consolidada pelos kelsenianos. Desta forma, procura-se investigar o surgimento do conceito de dignidade humana e, também, as bases de sustentação filosóficas positivistas e seu correlato conceito de validade com forte influência kantiana. Não apenas isto, mas se expõe a filosofia contemporânea do direito que atualiza o conceito de validade em termos de uma ética discursiva procedimental através de Habermas e Klaus Günther. A partir daí, lança-se uma análise diversa da universalista da moral para uma abordagem pragmatista próxima a Richard Rorty, de construção do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto conceito vago que vai se densificando no caso concreto através da teoria da argumentação. Não se quer um princípio afirmativista de cunho axiológico pronto, ou mesmo generalista, mas de cunho empírico, prático e contextual. Mais atento à condição humana negativa e à coerbilidade legítima do ordenamento jurídico. Nestes termos, articula-se um debate de cunho particularista e pragmatista na pretensão de qualificar as decisões judiciais de modo a trilhar os caminhos da idéia de justiça pretendida por Ihering e Gustav Radbruch.

**Palavras-chave:** Princípio jurídico da dignidade da pessoa humana. Direito. Moral. Positivismo. Pós-positivismo. Teoria da argumentação. Conceito de validade. Particularismo. Pragmatismo.

## ABSTRACT

Nowadays, the judicial principle of the human person dignity, placed in the 1º article, nº III of the Federative Republic Constitution of Brazil is steadily been applied by the layers and the judges as an interpretational tool rehabilitating the communication between law and ethics. This refreshing attitude is renewing the studies of the judicial positivism bases, and is also disturbing the dogmatism stated behind the judicial security principle consolidated by the kelsenians. Thereby, here is investigated the appearance of the human dignity concept and, still, the philosophical sustenance of positivism structure and therefore its concept of validity with great kantian influence. Furthermore, is exposed the contemporary law philosophy, updating the concept of validity in terms of a discursive procedure ethics, developed by Habermas and Klaus Günther. Since then, is speeded an analyze diverse of the universal morality towards the pragmatism defended by Richard Rorty, which one can be built the judicial principle of the human person dignity as a thin concept thickly developed in the concrete case, through the argumentative theory. Is not intended an affirmative principle in an axiological sense, or even in an general sense, but in empirical, practical and contextual meaning. So that can be given attention to the negative human condition and also to the legitimacy coercion of the judicial system. In these terms, is situated the debate as a particularistic and pragmatist issue, intending to qualify the judicial sentences underway to the justice idea wished by Ihering and Gustav Radbruch.

Keywords: Judicial principle of the human person dignity. Law. Morality. Positivism. Postpositivism. Argumentative theory. Validity concept. Particularism. Pragmatism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1) DIREITO: MORAL OU AMORAL?</b> .....	11
1.1) O “homem médio” e a dignidade da pessoa humana.....	12
1.2) Pós-positivismo ou crise do positivismo?.....	20
1.2.1) Análise de argumentos centrais de Kelsen.....	22
1.2.2) Neo-positivismo, filosofia hegeliana ou vivência argumentativa?.....	25
<b>2) REPENSANDO O CONCEITO DE VALIDADE</b> .....	33
2.1) Conceito de validade: o de Kelsen, o dos kelsenianos e o dos contemporâneos... 34	
2.1.1) Em Kelsen e nos kelsenianos.....	35
2.1.2) Conceito de validade em Habermas.....	41
2.1.3) Conceito de validade em Klaus Günther.....	48
2.2) A fragilidade do conceito positivista de validade.....	54
2.2.1) Do conceito tradicional.....	55
2.2.2) Do conceito contemporâneo.....	60
2.3) O conceito de validade inserido no princípio da dignidade da pessoa humana... 64	
2.3.1) Uma reformulação ético-pragmatista.....	65
<b>3) UM DEBATE ENTRE DIREITO E MORAL</b> .....	70
3.1) A característica “formalista” da moralidade kantiana.....	71
3.2) A característica “universalista” da moralidade kantiana.....	82
3.3) A característica “deontológica” da moralidade kantiana.....	94
<b>CONCLUSÃO</b> .....	101
<b>APÊNDICE – “A NATURALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA”</b> .....	104
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	113

## INTRODUÇÃO

A efetivação da justiça no direito é uma questão que intriga os pensadores. Como garantir, ou ao menos caminhar na direção de uma aplicação das normas que consiga cumprir a famosa máxima de Ulpiano do “dar a cada um o que é seu”?

O que vem ficando cada vez mais evidente é da resposta encontrar-se na maior definição e clareza da relação existente entre a ética e o direito. De sorte que, quanto mais profundas forem as investigações a respeito deste tema mais teremos bases e ferramentas interpretativas que auxiliem o aplicador do direito e os juízes na melhora da argumentação e das decisões judiciais, conferindo-se uma qualidade técnica e ética, até culminar em proporcionar a realização do justo.

A demanda inicial, neste aspecto, diz respeito à análise da correção e completude, ou não, da concepção de direito fornecida pelo positivismo jurídico de modo a qualificá-lo enquanto ciência e dotado de neutralidade. Mas para que se tenha uma convicção a respeito deste ponto, é preciso investigar as bases filosóficas em que esta escola “forte” no direito se sustenta.

Ao encará-la de frente, deparamo-nos com o conceito de validade. Por meio dele, fixa-se o entendimento de considerar as normas jurídicas cientificamente válidas, cuja importância disto remete, imediatamente, à legitimação da coercibilidade no ordenamento jurídico e à consequente imposição de suas leis. Justas ou não. Éticas ou não. Assim, a elaboração de sentenças, ou seja, a produção do conhecimento jurídico-metodológico, terá aptidão de ostentar o *status* de saber científico, razão pela qual destitui, então, qualquer outro conhecimento extra-jurídico do “cientista” do direito.

Todavia, para tanto, foi preciso fundamentar de alguma maneira este conceito de validade, central para a coerção das leis positivadas pelo legislador. O pensamento de base para este mister foi encontrado na construção de outro conceito, o de Norma Hipotética Fundamental. Com ele, erigiu-se o fundamento lógico e epistemológico, não posto pelo legislador e carecendo de legitimidade, porém pressuposto para a validação das normas, prescindindo de qualquer substância axiológica ou sociológica. Cuidando-se de uma mero antecedente lógico para satisfazer as pretensões de cientificismo jurídico.

Ocorre que, superado este pensamento da modernidade, que exalta a razão e o saber científico, no cenário das Guerras Mundiais e da bomba atômica, viu-se que o direito não poderia continuar distante da moral, sob pena de erigirem-se ditaduras e estados totalitários de modo válido e legítimo racionalmente.

Tal contexto histórico caótico dá ensejo a posições céticas que colocam em dúvida a noção estrutural e normatizada do Estado, por si mesma, assim como a sua pretensão de segurança jurídica. Afinal, é possível prescindir da ética? Neste trabalho toma-se como pressuposto a necessidade de inclusão da moralidade no direito enquanto um desafio para os contemporâneos. Razão pela qual se entende que o conceito de validade reporta-se à ética.

Porém, esta “virada moral”, para que ocorra de modo efetivo, precisa estar filosoficamente fundamentada de maneira a ser menos puramente racionalizadas, mas exercendo a racionalidade em moldes mais consentâneos com a efetivação e a aplicação da justiça concretamente.

Desta forma, uma aproximação da ética com o direito, para realmente encarnar a “idéia da justiça”, terá de deparar-se com o desafio de não se recorrer mais a fundamentações generalistas e abstracionistas, porém concretas e pragmatistas.

Sendo assim, mais adequado que recorrer à moral moderna iluminista de racionalidade prática pura será, então, abrir espaço para uma ética que atente para a argumentação inserida no discurso jurídico e que encare a percepção moral dos envolvidos com o conflito moral que compõe o cenário do conflito de interesses posto perante o poder judiciário.

Trata-se de se apegar menos a generalizações e princípios apriorísticos, mas de utilizar à tradição, os costumes, a jurisprudência, a argumentação e a doutrina para, casuisticamente, concretamente densificar o conteúdo autêntico do princípio da dignidade da pessoa humana.

No primeiro capítulo, será situada a insuficiência do ordenamento jurídico em lidar com a efetivação da justiça das decisões, recorrendo-se a julgados que ponderam o “homem médio”, razão pela qual será necessário investigar de onde vem esta noção de homem, ou melhor, da “dignidade humana” (seção 1.1). Em seguida, serão apresentados alguns argumentos centrais do positivismo em dissociar a moralidade do direito, expondo que há um aspecto vivencial na argumentação que não se conforma a esta sistematicidade, diversas escolas filosóficas no direito, evidenciando que esta multiplicidade de visões demonstra a dificuldade de aceitação do positivismo como satisfatório (seção 1.2).

No segundo capítulo, investiga-se o conceito central de sustentação filosófica do positivismo kelseniano, encarnado no conceito de validade, este legitimador da coerção (seção 2.1.1). Tal conceito, positivista, não é abandonado na contemporaneidade, mas curva-se à moralidade discursiva em Habermas (seção 2.1.2) e na teoria da adequação do discurso jurídico em Klaus Günther (seção 2.1.3). Finalmente, vê-se que há uma forte inconsistência

no pensamento kelseniano no momento da aplicação das normas (seção 2.2.1), que tenta ser resolvida pelos contemporâneos na distinção entre o discurso de aplicação e da fundamentação, mas que possui uma noção de transcendência criticada pelo pragmatismo (seção 2.2.2). Por fim, é exposta uma forma de aproximação pragmatista com o direito, para fins de conceber a cognoscibilidade argumentativa ética do princípio da dignidade da pessoa humana (seção 2.3).

No último capítulo, aprofunda-se este embate entre a perspectiva kantiana que inspirou e fundamentou a linha positivista para destacar os seus aspectos formalista (seção 3.1), universalista (seção 3.2) e deontológico (seção 3.3), em contrapartida às posições pragmatista e particularistas da moralidade, aptas a densificar o conceito argumentativo do princípio da dignidade da pessoa humana.

## 1) DIREITO: MORAL OU AMORAL?

A questão da moralidade no direito sempre incomodou. O próprio saber jurídico é questionado ora como ciência, ora como arte, ora como proveniente de uma ciência do espírito. Antes do positivismo jurídico o jusnaturalismo conferia um sentido que atingia o metafísico ao direito e com isso acaba por inserir valores. Já com os positivistas, dos quais o maior expoente é Kelsen, o direito recebeu uma estrutura fortalecida de rigor técnico. No entanto, esta sistematização não foi isenta de falhas e, após esta melhoria, que de fato fortaleceu um aspecto do conhecimento jurídico, enfraqueceu-se a noção de moralidade e da própria idéia da justiça que deveria continuar a lhe ser própria. O direito afastado da moral perdeu, neste outro lado, uma consistência ética que agora vem sendo perseguida pelos intérpretes através de conceitos, sendo o principal deles o princípio da dignidade da pessoa humana.

### 1.1) O 'HOMEM MÉDIO' E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O direito encontra-se em fase de mudança. Os aplicadores do direito começam a inovar na hermenêutica e passam a investigar novas formas de fundamentar as decisões judiciais. Assim, a dogmática jurídica passou a ganhar importância na elaboração de uma nova teoria da argumentação, com um esforço de diálogo do Direito com a Ética, que se expande para a Cultura e a Política e outros saberes extra-jurídicos, outrora vedado pelo positivismo clássico.

Desta forma, nota-se a tentativa dos contemporâneos em superar um dos mais graves problemas do direito: como impedir a injustiça das leis? No direito brasileiro, percebem-se duas contribuições interessantes para este estudo: a primeira da jurisprudência, com a figura do “homem médio”, e a segunda da doutrina, com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicia-se a abordagem pela concepção deste “homem médio”. Existe uma dimensão humana que se abre para a percepção moral no direito, ou bastariam a correta aplicação da leis para se garantir a efetividade da justiça? Admitir isso poderia ajudar nesta abertura não positiva pela qual passa o direito? A fim de responder a estas perguntas, será necessário pensar a manifestação deste “homem médio”, ou como funciona o juízo deste agente moral enquanto “homem ético”.

De toda sorte, quer-se destacar o ser humano para não restringir o discurso jurídico a normas, precedentes ou doutrinas, mas analisar o comportamento humano como um fundamento das decisões jurídicas e qual a dimensão desta “conduta média” notadamente densa de valores e atenta para a moralidade.

Se, de um lado, é verdade, traz contribuições para temperar leis injustas; por outro, contudo, apresenta duas desvantagens evidentes no direito brasileiro. A primeira no sentido da falta de uma consistência filosófica, com uma aplicação meramente jurisprudencial de um “homem médio” como fundamento decisório. Além disso, para que se possa consolidar a inovação deste modelo ético-normativo, é importante atrelar o seu uso ao princípio da dignidade da pessoa humana enquanto “norma aberta” no corpo do texto constitucional.

A segunda desvantagem consiste na sua aplicação atualmente ser desprovida do adequado rigor técnico como instituto de direito. De modo que um uso “frouxo” destes recurso, ao invés de contribuir para o aprimoramento de decisões mais justas, pode servir para consolidar injustiças que violam aquilo que é “assegurado” como garantia na lei pela sua impessoalidade perante todos. Alexy coloca essa situação ao realizar “uma leitura” dos

princípios da universalidade e da prescritividade de Hare<sup>1</sup>, no sentido de que uma norma valha para todos igualmente e sem flexibilizações que importem em fugas ao princípio da legalidade. Segundo Alexy,

*A concepção de Hare sobre a universalidade dos juízos morais também é de fundamental importância. Quem expressa um juízo moral pressupõe uma regra. Essa regra estabelece o que é uma razão (G) para um juízo moral (N). O conceito dessa razão está assim intimamente ligado com aquele de regra.*<sup>2</sup>

Como forma de melhor esclarecer essa imprescindibilidade de um arcabouço teórico-filosófico, deve-se analisar inicialmente como essa noção de “homem médio” vem sendo aplicada pela jurisprudência brasileira. São apresentados três exemplos que demonstram a assistemática no uso do termo.

No primeiro exemplo, o termo “homem médio” é utilizado como um pretexto para invocar aspectos culturais e valores compartilhados pela comunidade, com uma aplicabilidade abstrata, como recurso para delimitar o conceito de “pornográfico”, como o comportamento sexualmente admissível:

*Obscenidade e pornografia. O direito constitucional de livre manifestação do pensamento não exclui a punição penal, nem a repressão administrativa de material impresso, fotografado, irradiado ou divulgado por qualquer meio, para divulgação pornográfica ou obscena, nos termos e forma da lei. À falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela consciência de homem médio de seu tempo, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito, notadamente a ausência, neles, de qualquer valor literário, artístico, educacional ou científico que o redima de seus aspectos mais crus e chocantes. A apreensão de periódicos obscenos cometida ao Juíz de Menores pela Lei de Imprensa visa à proteção de crianças e adolescentes contra o que é impróprio à sua formação moral e psicológica, o que não importa em vedação absoluta do acesso de adultos que os queiram ler. Nesse sentido, o Juiz poderá adotar medidas razoáveis que impeçam a venda aos menores até o limite de idade que julgar conveniente, desses materiais, ou a consulta dos mesmos por parte deles.*<sup>3</sup>(grifo meu)

Uma segunda demonstração de utilização em conotação diversa é a sua invocação como uma espécie de reforço de eficácia normativa para o princípio da boa-fé, ou seja, que o homem médio é aquele que atua de boa-fé.

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 91. “Basta que o indivíduo que está fazendo o juízo se coloque hipoteticamente na posição da pessoa que está sendo julgada, e pergunte a si mesmo se, também nessa posição, poderia aceitar as conseqüências da regra moral em questão.”

<sup>2</sup> *Ibid*, p. 98.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 18534. Ministro Relator: Aliomar Baleeiro. Acórdão: 01/10/1968. DOU: [s.n.] 1968.

*JUSTIÇA - PARTICIPES - RESPEITO MÚTUO. Advogados, membros do Ministério Público e magistrados devem-se respeito mútuo. A atuação de cada qual há de estar voltada à atenção ao desempenho profissional do **homem médio** e, portanto, de boa-fé. Não há como partir para a presunção do excepcional, porque contrária ao princípio da razoabilidade. JÚRI - ADIAMENTO - POSTURA DO MAGISTRADO. Ao Estado-juiz cumpre a prática de atos viabilizadores do exercício pleno do direito de defesa. O pleito de adiamento de uma Sessão, especialmente do Tribunal de Júri, no que das mais desgastantes, deve ser tomado com espírito de compreensão. JÚRI - AUSÊNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO - CONSEQÜÊNCIAS. Ausente o advogado por motivo socialmente aceitável, incumbe ao presidente do Tribunal do Júri adiar o julgamento. Injustificada a falta, compete-lhe, em primeiro lugar, ensejar ao acusado a constituição de um novo causídico, o que lhe é garantido por princípio constitucional implícito. Somente na hipótese de silêncio do interessado que, para tanto, há de ser pessoalmente intimado, cabe a designação de defensor dativo. Inteligência dos artigos n<sup>os</sup> 261, 448, 449, 450, 451 e 452 do Código de Processo Penal, à luz da Carta da República, no que homenageante do direito de defesa, da paridade de armas, alfim, do devido processo legal. Júri realizado com o atropelo de garantias asseguradas à defesa e, por isso mesmo, merecedor da pecha de nulo.<sup>4</sup>(grifo meu)*

Como terceira citação desta figura do “homem médio”, vê-se um novo uso totalmente diverso dos outros dois anteriores, como modo de realizar uma melhor aplicabilidade do termo técnico “ameaça”, como meio de fundamentação comparativo da conduta da parte do processo com outras pessoas que estivessem na mesma situação, ou seja, “qualquer um”:

*HABEAS CORPUS. COAÇÃO À TESTEMUNHA NO CURSO DO PROCESSO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE AMEAÇA. CONCLUSÃO FUNDAMENTADA EM SENTIDO CONTRÁRIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AMEAÇA VELADA APTA A INTIMIDAR A VÍTIMA. ARGÜIDA OMISSÃO POR FALTA DE EXAME DAS TESES DEFENSIVAS. INEXISTÊNCIA.*

*1. No caso em apreço, a ameaça foi praticada de modo velado, insinuada por via sub-reptícia, mas facilmente percebida pela vítima que, por todas os elementos envolvidos, sentiu-se seriamente ameaçada, como qualquer "**homem médio**" sentir-se-ia, tanto que procurou auxílio da autoridade policial.*

*2. A alegação de ausência de ameaça foi rechaçada pelas instâncias ordinárias que a considerou efetiva e apta a intimidar a testemunha, razão pela qual não há falar em omissão. A conclusão em sentido diverso requer reexame do material fático-probatório, sabidamente descabido na via do habeas corpus.*

*3. Ordem denegada.<sup>5</sup> (grifo meu)*

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n<sup>o</sup> 71408. Ministro Relator: Marco Aurélio. Acórdão: 16/08/1999. DJ: 29/10/1999.

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n<sup>o</sup> 39284-SC. Ministra Relatora: Laurita Vaz. Acórdão: 17/11/2005. DJ: 19/10/2005.

Assim, ao invés de usar uma expressão descomprometida do “homem médio”, este trabalho propõe-se a situar o termo no âmbito de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, implicando a invocação da noção de ‘moralidade’ para o direito. Desse modo, permite seu uso como ferramenta de qualificação das decisões, procurando restringir a injustiça das leis. Além disso, enseja uma fundamentação das sentenças que compartilhe culturalmente os usos socioculturais, como forma de crivo de legitimidade. A importância desta abordagem justifica-se porque, somando-se à contribuição dos tribunais do “homem médio”, a doutrina já procura o desenvolvimento do estudo do princípio da dignidade da pessoa humana por sua previsão no Artigo 1º, Inciso III da Constituição Federal:

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.*

Nestes termos constitucionais, o ser humano figura no centro do ordenamento jurídico, com sua importância e valor moral em destacada ênfase constitucional. Constitui-se em um novo padrão de interpretação das normas, agora conforme a dignidade da pessoa humana, ou, mais claramente, uma “argumentação conforme a moralidade”. Falta, todavia, uma necessária densidade filosófica para robustecer esta ‘dignidade’ enquanto ‘moralidade’ de um “homem médio”. Vale dizer, faz-se mister a unificação destes três campos de estudo, quais sejam: a aplicabilidade do “princípio” da dignidade da pessoa humana, a “jurisprudência” do homem médio e a “filosofia” ética. Adensadas, permitirão viabilizar a invocabilidade da “visão” de um homem ético como técnica de decisão judicial, para fortalecer o conceito de validade do positivismo clássico diante de leis injustas.

A importância do tema é reconhecida pela própria doutrina jurídica que sente a necessidade de sair de sua dogmática fechada na linguagem jurídica estrita e partir para a filosofia e demais saberes extra-jurídicos. Nesse sentido, apresenta a professora Maria Celina Bodin de Moraes:

*Esta sucinta exposição da construção do conceito filosófico-político da dignidade humana deve-se à compreensão de que a reflexão jurídica sobre o tema se desenvolve, necessariamente, com o recurso à filosofia, à Política e à História. Ao ordenamento jurídico, enquanto tal, não cumpre determinar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se avalie essa dignidade.<sup>6</sup>*

O sociólogo Marcel Mauss, sobrinho de Durkheim, em sua importante publicação no ‘Journal of the Royal Anthropological Institute’ intitulada “Uma categoria do Espírito

---

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2006, p. 116.

*Humano: a noção de ‘pessoa’ e de ‘eu’.*”, apresenta o conceito de pessoa humana como uma evolução empírico-sociológica. Assim, contrapõe-se à perspectiva predominante em que “*a consideram natural, bem definida no fundo de sua própria consciência, perfeitamente equipada no fundo da moral que dela se deduz. Trata-se de substituir essa visão ingênua de sua história e de seu atual valor por uma visão mais precisa.*”<sup>7</sup>

Desse modo, ao invés de algo “preexistente” e essencial, para Mauss a noção foi ganhando corpo com a evolução das civilizações<sup>8</sup>. Ele apresenta uma trajetória da categoria que se inicia com a noção primitiva de personagem, passando para a ‘persona’ latina, ganhando em seqüência as dimensões jurídicas, morais, cristãs e, finalmente, psicológicas, como se passa a apresentar.

Inicia sua abordagem com a ocorrência dos clãs dos índios Pueblo de Zuñi, representados por totens e um conjunto de nomes, onde as pessoas que o integram adotam personagens da totalidade do clã. O indivíduo, em sua identidade, confunde-se com o clã “*no cerimonial, pela máscara, por seu título, sua posição, seu papel, sua propriedade, sua sobrevivência e seu reaparecimento na terra num de seus descendentes dotados das mesmas posições, prenomes, títulos, direitos e funções.*”<sup>9</sup> Além disso, analisando os índios do noroeste americano, percebeu que nos Kwakiutl os nomes asseguravam a perpetuidade do clã<sup>10</sup>, notando nos Winnebago, também, uma referência mítica<sup>11</sup>, bem como um aspecto religioso nos índios australianos, em que o “*homem, ele é fruto das reencarnações dos espíritos dispersos e que renasce perpetuamente no clã (isso é verdade para os Arunta, os Loritja, os Kakadu etc.)*.”<sup>12</sup>

Na evolução da categoria, destaca-se a “*persona*” latina, como um termo por aglutinação da expressão “*per sonare*”, a máscara ritual e ancestral, bem como aquela outra utilizada pelos atores romanos nas peças teatrais<sup>13</sup>. Mauss anota que a origem das máscaras romanas é da Etrúria, havendo possibilidade, inclusive, de remeter para a Loba de Roma, *Acca Larentia*, a mãe de Rômulo e Remo, com origens em um antigo clã da deusa Feronia<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: cosac naify, 2003, p. 369.

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 371. “*O que quero mostrar é a série de formas que esse conceito assumiu na vida dos homens, das sociedades, com base em seus direitos, suas religiões, seus costumes, suas estruturas sociais e suas mentalidades.*”

<sup>9</sup> *Ibid*, p. 375.

<sup>10</sup> *Ibid*, p. 377. “*O que está em jogo em tudo isso é portanto mais do que o prestígio e a autoridade do chefe e do clã; é a existência mesma destes e dos antepassados que se reencarnam nos detentores de tal direito, que revivem no corpo dos que carregam seus nomes, cuja perpetuidade é garantida pelo ritual em todas as suas fases. A perpetuidade das coisas e das almas só é garantida pela perpetuidade dos nomes dos indivíduos, das pessoas.*”

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 379. “*uma repartição lógica de atributos ou de forças e naturezas, baseada no mito de origem do clã, e que fundamenta a capacidade desse ou daquele de assumir seu personagem.*”

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 380-381.

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 479.

<sup>14</sup> MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: cosac naify, 2003, p. 388. “*O uso dessa máscara e estátuas deve ter sido reservado por muito tempo às famílias patrícias, e de fato – ainda mais que de direito – parece nunca ter se estendido muito na plebe. [...] Até o fim, o Senado romano concebeu-se como composto por um número determinado de ‘patres’ que representavam as pessoas, as imagens de seus antepassados.*”

Em Roma a noção de pessoa ganhou contornos jurídicos, com atribuições de direitos e deveres, com o cidadão romano (*gens*) tendo direito ao *nomen*, *praenomen*, e ao *cognomen*<sup>15</sup>. Mauss narra um caso de Cícero advogando em favor de Cluentius, diante da “usurpação de pessoa” com o uso indevido do *cognomen* ‘Paetus’, dos Aelii, por Staienus, que não possuía esse direito e pretendia esconder sua nacionalidade.

Acentue-se, também, a noção de pessoa moral fictícia das corporações, fundações religiosas, etc., que passaram a ser pessoas, compondo uma “universitas”<sup>16</sup>. Embora não apresentado por Mauss, o conceito “fictício” é também desenvolvido no “Leviatã” hobbesiano. Trata-se da pessoa estatal, como a representação da coletividade das pessoas em sociedade em que “*consiste a essência do Estado, que (se se quiser defini-lo) é uma pessoa de cujos atos cada membro de uma grande multidão, com pactos recíprocos, um em relação ao outro e vice-versa, se faz autor, para que ela possa usar a força e os meios de todos como pensar que é mais vantajoso para a sua paz e para a sua defesa comum.*”<sup>17</sup>

A partir dos contornos jurídicos romanos, a noção ganha um robustecimento moral e metafísico. É na moralidade estoíca que se confere “*um sentido de ser consciente, independente, autônomo, livre, responsável. A consciência moral introduz a consciência na concepção jurídica do direito. Às funções, honrarias, cargos e direitos acrescenta-se a pessoa moral consciente.*”<sup>18</sup> Por sua vez, essa pessoa moral ganhou com os cristãos a dimensão metafísico-religiosa, com a unidade da pessoa, de corpo e alma, de Igreja com a comunidade sendo uma em Cristo nas epístolas de Paulo e na unidade da Santíssima Trindade<sup>19</sup>.

Finalmente, Mauss apresenta que o antropocentrismo kantiano trouxe de forma precisa a categoria do ‘Eu’ (*das Ich*), com a Razão Prática até atingir a Razão Pura com Fichte como fato da consciência. Todo este curso final, a que chama pessoa “ser psicológico”, Mauss aponta como sendo desencadeado a partir do “*Cogito ergo sum*” de Descartes, bem com pela noção espinosiana de ‘extensão’ e ‘pensamento’ que ainda considera a alma como “amor intelectual de Deus”. Passando pelos movimentos sectários dos séculos XVII e XVIII, com a liberdade individual levando a uma comunicação direta com Deus, além da concepção humana que reduz a alma a estados de consciência em percepções<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Ibid, p. 387.

<sup>16</sup> Ibid, p. 392.

<sup>17</sup> Giovanni Reale, Dario Antiseri. *História da Filosofia*. V II. São Paulo: paulus. 6ª ed. 2003. p. 500.

<sup>18</sup> MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: cosac naify, 2003, p. 390/391.

<sup>19</sup> Ibid, p. 392/393.

<sup>20</sup> Ibid, p. 394/396.

Relativamente a Kant, este pretende fundamentar a dignidade de pessoa humana, com seu imperativo categórico de “racionalidade prático-universal”, como se lê em uma de suas formulações: *age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio*. Assim, ocorre por meio de uma “legislação” puramente racional, um céu estrelado destinado a seres racionais, constituindo-se como uma racionalidade pura, para um sujeito autônomo que exercita sua faculdade prático-universal.

Outra exposição da pessoa por sua condição humana, ético-política, é apresentada por Hannah Arendt<sup>21</sup>, com a tripartição da “*vita activa*”: labor, trabalho e ação. O labor consiste no aspecto biológico, do corpo humano e suas necessidades, enquanto atividade pelas mãos do “*animal laborans*” associada à condição servil. No trabalho, há uma concepção de Marx de excedente da força de trabalho (“*Arbeitskraft*”)<sup>22</sup>, com a produtividade do artifício através do instrumento, que reifica a fabricação. Assim, ambas situam-se na reprodução objetiva, o primeiro repetindo a natureza e o segundo um modelo artificial inventado pelo próprio homem. Diferentemente, no entanto, ocorre com a ação. Nesta a dignidade humana se manifesta e o sujeito persegue sua identidade, saindo do anonimato e “mostrando a que veio” diante da pluralidade dos homens, revelando sua condição humana no contexto político<sup>23</sup>, sendo a esfera pública o local apropriado<sup>24</sup>:

*Na ação e no discurso, os homens mostram quem são, revelam ativamente suas identidades pessoais e singulares, e assim apresentam-se ao mundo humano, enquanto suas identidades físicas são reveladas, sem qualquer atividade própria, na conformação singular do corpo e no som singular da voz.*<sup>25</sup>

Retomando a abordagem estritamente jurídica, a doutrina brasileira vai desenvolvendo o conceito de dignidade da pessoa humana, presente no texto constitucional e irradiando-o como um núcleo valorativo para o ordenamento infraconstitucional. Exemplo disso é a sua atual forte influência no direito civil que, antes individualista e liberal do código civil napoleônico, passa a incorporar valores, como ensina a professora Maria Celina Bodin de Moraes:

<sup>21</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: forense universitária, 2005.

<sup>22</sup> Ibid, p. 99.

<sup>23</sup> Ibid, p. 34. “*Aristóteles chamava de ‘bios politikos’: a ação (praxis) e o discurso (lexis), dos quais surge a esfera dos negócios humanos (‘ta ton anthropon pragmata’, como chamava Platão)*”

<sup>24</sup> Ibid, p. 35. “*O ser político, o viver numa ‘polis’, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através de força ou violência.*”

<sup>25</sup> Ibid, p. 192.

*É preciso avaliar a mudança do ponto de vista sistemático, ressaltando que se a normativa constitucional está no ápice de um ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornam, em consequência, as normas diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de Direito Privado. [...] vai-se além, reconhecendo, ou pressupondo, que são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil.<sup>26</sup>*

A pretensão, tanto neste estudo, como na doutrina jurídica, consiste em realizar uma abertura ética no ordenamento jurídico e, assim, incluir o ser humano com seu juízo moral e a personalidade, recorrendo-se a uma percepção moral-filosófica do agente através da teoria da argumentação. Toda esta necessidade do direito em dialogar com a ética e com a cultura evidencia uma mudança hermenêutica a qual se chamou pós-positivismo. Consiste numa superação da doutrina “pura” positiva do direito de índole “normativa”, a fim de solucionar não apenas omissões de leis, mas insurgir-se contra questões injustas.

Se o “pós-positivismo” representou um avanço para o direito, então estaremos seguros quanto à proposta iniciada pelo positivismo de cumprir a cientificidade na produção do conhecimento jurídico, bem como quanto de assegurar a justiça efetiva das leis. Ao contrário, se há uma crise normativa, então não estamos sabendo justificar a coerção e a validade das decisões jurídicas, nem podemos saber como produzir um conhecimento justo.

---

<sup>26</sup> Ingo Wolfgang Sarlet *et al.* *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2006, p. 109.

## 1.2) PÓS-POSITIVISMO OU CRISE DO POSITIVISMO?

O direito, pretendendo construir-se como “Ciência do Direito”, fincou a estrutura do ordenamento jurídico à semelhança do que ocorre com as ciências empíricas, de modo que bastaria conhecer as normas aplicáveis e interpretá-las, sem necessidade de outros tipos de conhecimento. Assim, o positivismo jurídico de Hans Kelsen perseguiu esse ideal de pureza:

*Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética.<sup>27</sup>*

O pensamento kelseniano sustenta que, diante da diversidade cultural, os valores morais seriam necessariamente relativos e, assim, o direito “purificado” não poderia ficar dependente de tal relativização. Não reconhece a possibilidade de percepções morais racionais em contextos culturais, e vê da seguinte maneira:

- . **Premissa Maior:** só há moral em conformidade com o direito se absoluta.
- . **Premissa Menor:** a moral é relativa em tempo e espaço.
- . **LOGO:** Direito e moral não se correspondem, sendo separados.

Estabelece, desse modo, a mais lídima indiferença do direito com a moral, convencido de que a realização de injustiças não é matéria afeta à cientificidade jurídica, limitada a aplicar normas a casos concretos, como se lê de seu raciocínio:

*A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e ‘a’ Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema Moral.<sup>28</sup>*

Em literatura, temos o exemplo do personagem Ivan Ilich, um positivista kelseniano por excelência, capaz de conferir a pretensão de “pureza” desta escola:

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: martins fontes, 1999, p.67.

<sup>28</sup> *Ibid*, p.75-76.

*Quanto ao trabalho em si – isto é, ao julgamento – Ivan Ilich logo adquiriu a arte de eliminar todas as considerações irrelevantes ao aspecto legal e reduzir até mesmo o caso mais complicado a uma forma pela qual os fundamentos pudessem ser colocados no papel, excluindo completamente sua opinião pessoal e, o que era mais importante, cumprindo todas as formalidades. Era um trabalho novo e Ivan Ilich foi um dos primeiros homens a pôr em prática o Código de 1864.<sup>29</sup>*

Tolstói retrata de maneira incisiva “A morte de Ivan Ilich” com o triste fim de um magistrado que nos últimos dias de vida, no sofrimento de sua doença, foi tratado com a mesma indiferença com que tratou as pessoas que dependiam dele. Esta frieza que possuía na análise normativa representava uma própria frieza quanto à indiferença da dignidade humana:

*Mas onde cessassem as relações oficiais, cessava também qualquer forma de contato. Essa arte de separar tão bem a vida oficial da vida real Ivan Ilich possuía no mais alto grau e a prática associada ao talento natural tinha-o feito desenvolver esse talento a tal ponto de perfeição que muitas vezes, como os virtuosos, ele até se permitia, por um breve momento, mesclar suas relações humanas com as oficiais. E se permitia-se fazê-lo era justamente porque podia, no momento que quisesse, reassumir o tom puramente oficial e abandonar a atitude humana.<sup>30</sup>*

Esta teoria “pura” do direito não se sustenta mais. O direito, desta maneira aplicado, pouco se importa com a injustiça. Um sistema assim estruturado não se presta à finalidade que possui de conferir pacificação social e legitimidade perante os jurisdicionados, para que sejam efetivamente ouvidos e compreendidos. A abertura para a dimensão humana da Ética e da Cultura pretende modificar esta sistemática meramente reprodutora de normas e sentenças.

Uma das principais objeções que são trazidas pela filosofia particularista é o caráter mecânico com que se aplicam as normas<sup>31</sup>. Um positivismo tão purificado implicaria estar desatento às particularidades de cada caso, uma vez que normas regulamentam hipóteses, em tese, de comportamentos e são incapazes de prever a dimensão humana e todas as circunstâncias existentes nos problemas concretos<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> TOLSTOI, Leon Nikolaievitch. *A morte de Ivan Ilich*. Trad: Vera Karam. Porto Alegre: L & PM, 2007, p. 24-25.

<sup>30</sup> *Ibid*, p. 41.

<sup>31</sup> MCDOWELL, John. *Greek Ethics: Virtue and Reason*. [S.I.:s.n.], [1995?], p. 61/62. “What is wrong is to take the fact to indicate that the explanation lays bare the inexorable of a machine: something whose operations, with our understanding of them, would not depend on the deliverances, in particular cases, of (for instance, and centrally) that shared sense of what is similar to what else that Cavell mentions.”

<sup>32</sup> *Ibid*, p. 64. “All that happens is that the pupil is told, or shown, what to do in a few instances, with some surroundings talk about why that is the thing to do; the surrounding talk, ‘ex hypothesi’ given that we are dealing with a case of the second kind, falls short of including actual enunciation of a universal principle, mechanical application of which would constitute correct behaviour in the practice in question.”

### 1.2.1) ANÁLISE DE ARGUMENTOS CENTRAIS DE KELSEN

Para bem entender o positivismo, é importante analisar os seus fundamentos que os sustentam. Vejamos três argumentos apresentados por KELSEN em defesa de uma teoria “pura” do direito.

**1º ARGUMENTO)** *“O valor moral relativo é constituído por uma norma social que estabelece um determinado comportamento humano como devido (dever-ser). Norma e valor são conceitos correlativos. [...] Com efeito, o Direito constitui um valor precisamente pelo fato de ser norma: constitui o valor jurídico que, ao mesmo tempo, é um valor moral (relativo). Ora, com isto mais não se diz senão que o Direito é norma.”*<sup>33</sup>

Somente no aspecto meramente formal haveria o vínculo do direito com a moral. Ou seja, ambos são de caráter normativo disciplinando condutas. A diferença seria que o direito possui a cogência para a impor suas regras, uma vez que o Estado detém o monopólio da violência legítima, no que se distingue da validade sociológica e moral, destituídas da força física autorizada.

Assim, no conteúdo, a moralidade, por ser relativa a povos, em cada cultura, território e momento histórico, não teria como conferir a pureza de Ciência Jurídica pretendida. Uma objeção imediata que pode ser apresentada consiste no aspecto de o direito não solucionar os conflitos somente com normas. Se isso fosse verdade, nem o discurso empírico, nem, por exemplo, o discurso dogmático com seus conceitos, técnicos, seriam admissíveis, porque as normas deveriam ser suficientes, no entanto dependem de complementação pela hermenêutica. De modo que o direito não se limita ao normativo, evidenciando-se a presença do juízo moral do agente, das circunstâncias do caso e da argumentação retórica não previstos nas normas positivas e complementados pelo intérprete.

**2º ARGUMENTO)** *“A tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda parte. De outro modo não poderia ela alcançar o seu fim de impor a uma ordem social um critério de medida firme, independente de circunstâncias de tempo e de lugar, sobre o que é direito (justo) e o que é injusto”*<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes, 1999, p. 74.

<sup>34</sup> *Ibid*, p. 78.

Não se pode esquecer que o Direito é uma manifestação cultural. As normas jurídicas são fruto da discricionariedade política do legislador que, em tese, normatiza os valores culturais de uma sociedade. Como exemplos claros temos os debates da discriminação da maconha ou da menoridade penal. Admitir as diferenças de usos e hábitos culturais não significa um relativismo cético de qualquer sistema de direito. Mas, se se pretende considerar uma moral “absoluta” para tal direito “puro”, seria corolário deste pensamento de que absolutas seriam, também, as normas jurídicas e as suas interpretações, únicas e inflexíveis para toda e qualquer sociedade.

Estaria, assim, vedado que as diversas culturas tivessem suas próprias Constituições e Normas que respeitassem a pluralidade de seus cidadãos. Não seria possível admitir, como ocorre, a existência de sistemas jurídicos diversos, de um lado, baseados no precedente do *Common Law*, anglo-saxônico e, de outro, fundados na tradição normativa romano-germânica. Tornaria sem efeito, por exemplo, no direito brasileiro, o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que se curva à imprescindibilidade da moral no direito com “brechas”, como quando dispõe: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”<sup>35</sup>.

Não apenas a moral é refletida e encontra-se inserida a partir de cada cultura, como o próprio direito assim o é. Isso apenas reforça que o Direito é tributário da Moral, não representando nenhuma diminuição de estatura para uma Teoria do Direito.

**3º ARGUMENTO** “*Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral*”<sup>36</sup>.

A crítica de Kelsen consiste em que, caso se considerasse a moralidade inclusa no direito, haveria o risco de incoerência do ordenamento jurídico. Portanto, para solucionar esse impasse de antinomias, melhor é vedar a correspondência entre Moral e Direito, como diversos. É o uso do cachimbo que faz a boca torta. Ao invés de racionalizar a moral, Kelsen

---

<sup>35</sup> BRASIL. Código Civil (2002). *Lei nº 10.406*: promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>

<sup>36</sup> *Ibid*, p. 77.

preferiu adotar um freio e cortar do Direito qualquer possibilidade interpretativa que quisesse dialogar com os valores culturais ou com a moral.

No aspecto formal, o conflito normativo não é estático, sendo que da colidência entre circunstâncias sócio-individuais ‘de fato’ e normas jurídicas ‘em tese’, não se segue que é impossível resultar em conceitos de uma linguagem jurídica que se densifiquem em termos morais. Kelsen mostra o seu repúdio ao clássico caso das leis que “não colam”, o que é uma realidade da qual não é suficiente ignorar o problema. Fosse assim, restaria esgotada qualquer possibilidade mesmo de pensamento normativo, consistindo em mais uma prova da culturalidade do Direito. Esse descompasso evidencia justamente outra realidade que sempre incomodou na história do direito, qual seja: o não solucionado campo das “leis injustas”. Isto é, a violação da moralidade e da dignidade da pessoa humana por leis. Assim, em prol de uma coerência e perfeição sistemática, dissipa-se o juízo humano ínsitos a uma argumentação, aliás ínsito ao direito, como sendo irrelevante.

Nota-se que o pensamento positivista possui suas próprias bases pouco sólidas quando refutou a separação entre direito e moral.

## 1.2.2) NEO-POSITIVISMO, FILOSOFIA HEGELIANA OU VIVÊNCIA ARGUMENTATIVA?

É bom acentuar que o positivismo não foi apenas tornado “pós”, mas também tornou-se “neo” para aqueles que pretendem resgatá-lo, por exemplo, através de uma filosofia da linguagem. Além disso, outras propostas surgiram como a hegeliana que promove uma leitura por meio de uma conscientização do direito. Porém, o direito não possui uma vertente vivencial e argumentativa que não se encaixa perfeitamente a estas outras perspectiva? Vejamos brevemente outras correntes filosóficas para o direito.

Waismann já anunciou que a própria “linguagem ordinária”, pela qual se expressa o direito, possui uma “textura aberta” que não esgota a descrição empírica<sup>37</sup>. Além disso, Schauer explica que o processo de criação de uma norma, que consiste na generalização de propriedades de um caso paradigmático, não confere segurança e ‘*a mais precisa das regras é potencialmente imprecisa*<sup>38</sup>’, assim nunca se atingindo uma certeza de correção na aplicação das normas jurídicas. Todas estas questões remetem aos pensamentos do segundo Wittgenstein, sendo a nossa linguagem insuficiente:

*Como as palavras se referem a sensações? Nisto não parece haver nenhum problema; pois não falamos diariamente de sensações e não as denominamos? Mas como é estabelecida a ligação entre o nome e o denominado? A questão é a mesma que: como um homem aprende o significado dos nomes de sensações? Por exemplo, da palavra “dor”. Esta é uma possibilidade: palavras são ligadas à expressão originária e natural da sensação, e colocadas no lugar dela. Uma criança se machucou e grita; então os adultos falam com ela e lhe ensinam exclamações e, posteriormente, frases. Ensinam à criança um novo comportamento perante a dor. “Assim, pois, você diz que a palavra ‘dor’ significa, na verdade, o gritar?” – Ao contrário; a expressão verbal da dor substitui o gritar e não o descreve.<sup>39</sup>*

Diante deste quadro caótico de aplicação do direito, Noel Struchiner classifica três tipos de posturas a serem adotadas pelo intérprete<sup>40</sup>:

<sup>37</sup> STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação no direito*. Rio de Janeiro: renovar, 2002, p. 11.

<sup>38</sup> Ibid, p. 87/93.

<sup>39</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad: José Carlos Bruni. São Paulo: abril cultural. 1975. §244.

<sup>40</sup> STRUCHINER, Noel. op. cit, p. 142-145.

**1) FORMALISMO (BENTHAM):** “*O juiz é a mera ‘boca da lei’, seu papel é ‘aplicar’, ‘dizer’ ou ‘declarar’ o direito e jamais interpretar o direito. [...] Para os formalistas todos os casos são claros*”;

**2) REALISMO (OLIVER HOLMES/JOHN CHIPMAN GRAY):** “[...] *o direito consiste nas regras estabelecidas pelos tribunais no momento em que decidem os casos concretos. As regras emanadas do Legislativo servem apenas como fontes do direito, mas não são capazes de, por si mesmas, compelir o juiz a tomar uma determinada decisão*”;

**3) NEOPOSITIVISMO (HART):** “[...] *nos casos que se encontram no núcleo de significado da regra, o papel das cortes é simplesmente aplicar o direito por meio do raciocínio silogístico. Entretanto, nos casos de penumbra, o juiz interpreta o direito, exercendo o seu poder discricionário*”.

A classificação é de enorme valor para a demonstração da falta de segurança do direito que se pensava puro e infalível. Segundo Noel, o pensamento neopositivista de Hart seria suficiente, ao incorporar a teoria de Waismann para o direito, pois as regras trariam em si uma abertura para a discricionariedade do juiz, que poderiam, então, aplicar nos casos de penumbra (*‘hard cases’*) o jogo de linguagem cultural então existente<sup>41</sup>. Todavia, o realismo jurídico holmesiano traria críticas insolúveis para eventual pretensão neo-positivista, uma vez que não há limites para a contensão de uma tal liberdade do julgador<sup>42</sup>, agora admitida, em que qualquer pretensão de fundo positivista somente irá, ou ignorar, ou reduzir o aspecto da discricção judicial.

Outra tentativa seria solucionar as dificuldades de sua escola afinando-se a uma concepção hegeliana do direito, muito embora haja nela a concessão para o que chama de uma moralidade objetiva, ainda divorciada da percepção moral. Habermas, como será visto adiante, faz isto ao atualiza o conceito hegeliano na noção de transcendência. Em Hegel, há uma espécie de concepção harmônica entre princípios de uma moral absoluta e universal que se encontra com as particularidades dos indivíduos, em conformidade com a trajetória metafísica do Espírito Absoluto.

*O direito que os indivíduos têm de estarem subjetivamente destinados à liberdade satisfaz-se quando eles pertencem a uma realidade moral objetiva, pois é nesta objetividade que reside a verdade da certeza da sua liberdade e na realidade moral possuem eles realmente a sua essência própria, a sua íntima universalidade.(§153). [...] Nesta identidade da verdade universal e da particular, coincidem o dever e o*

<sup>41</sup> Ibid, p. 124.

<sup>42</sup> No mesmo sentido, aponta a valoração do juiz como uma realidade intrasponível. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad: Cláudia Toledo. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 40. “A constatação de que as valorações necessárias em muitas decisões jurídicas são relevantes moralmente [...] é o pressuposto da tese, que se fundamentará mais adiante, de que o aplicador deve se orientar em um sentido juridicamente relevante de acordo com valorações moralmente corretas.” [...] “Assim escreve Kriele: ‘Com isso, caiu o último véu: a aplicação do Direito se orienta pelas considerações ético-sociais.’”

*direito e, no plano moral objetivo, tem o homem deveres na medida em que tem direitos, e direitos na medida em que tem deveres. (§155)<sup>43</sup>*

Com o seu plexo conceitual próprio, Hegel realiza um caminho, do “indivíduo” ao “Estado”, em que considera os aspectos de interioridade e exterioridade desenvolvendo-se em perfeita compatibilidade. Em síntese, a “vontade”, com suas “particularidades”, possui a “personalidade” que contém a potencialidade do “direito abstrato”, representando uma “moralidade subjetiva”. Esta se expressa mediante uma “ação” da qual apenas uma parte é jurídica. Quando ocorre este encontro, manifesta-se a “moral objetiva” e a “natureza” torna-se “consciente de si”, identificando-se a “vontade concreta” com a “universalidade abstrata de Bem” enquanto verdadeira “liberdade” constitutiva de “direitos e deveres”. Por fim, a “sociedade civil” é uma realidade fenomênica de pluralidades de “famílias” que contém plurais “personalidades”, atingindo o Direito, no seu ápice, o “Estado”<sup>44</sup>:

*“O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel; nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que, em serem membros do Estado, têm o seu mais elevado dever<sup>45</sup>.”*

Neste processo, a decisão judicial resultaria desta manifestação universal-concreta. Conforme os ensinamentos de Paulo Menezes, resultaria de um processo de conscientização chamado “extrusão”. Dessa forma, quando percorrida a trajetória acima descrita, do “em-si” e “para si”, ocorreria o fenômeno do “Entäusserung”, ao contrário, em havendo a alienação deste processo seria a ocasião do denominado “Entfremdung”<sup>46</sup> e não se harmonizaria com o universal-concreto.

Em que pese a enorme sofisticação e esforço do modelo hegeliano, tudo isso mascara que os jurisdicionados almejam obter a simpatia do julgador para suas causas. Nessa disputa, é interessante a maneira como Perelman anuncia o entendimento entre orador e auditório, que no direito representa as partes e o juiz, chamando-o não de algo universal-concreto, ou mesmo racional prático-universal, mas de uma maneira bastante interessante e retórica, enquanto

<sup>43</sup> HEGEL, G. W. F. *Princípios de Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: ícone, 1997.

<sup>44</sup> *Ibid.*, §§36-38/§40/§104/§113/§§141-142/§153/§155/§181.

<sup>45</sup> *Ibid.*, §258.

<sup>46</sup> MENEZES, Paulo. *Abordagens Hegelianas*. 1ª ed. Editora: Vieira & Lent, 2006.

“contato de espíritos”<sup>47</sup>. Para compreender o que isso significaria, é oportuno trazer dois casos da jurisprudência que não se adequam a uma pretensão de exterioridade hegeliana e evidenciam uma fraqueza do sistema “puro”, sendo o primeiro favorável e o segundo contrário à mesma tese debatida.

*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA MUNICÍPIO. DANO MORAL DECORRENTE DE MORTE CAUSADA POR ACIDENTE DE TRABALHO. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE. DIREITO PESSOAL DOS HERDEIROS. SUPERVENIENTE ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA PELA EC N.º 45/2004. PERPETUATIO JURISDICTIONES. ART. 114, VI, DA CF/88. SENTENÇA. EXISTÊNCIA.*

*1. Ação indenizatória intentada contra o Município de Teófilo Otoni - MG, na qual se pleiteia reparação por danos morais e materiais decorrentes da morte, em acidente de trabalho, de prestador de serviço.[...]*

*9. Deveras, cediço que nem sempre há coincidência entre os sujeitos da lide e os sujeitos do processo, restando inequívoco que o dano moral pleiteado pela família do de cujus constitui direito pessoal dos herdeiros, ao qual fazem jus, não por herança, mas por direito próprio, deslegitimando-se o espólio, ente despersonalizado, nomine proprio, a pleiteá-lo, posto carecer de autorização legal para substituição extraordinária dos sucessores do falecido<sup>48</sup>.*

*PROCESSUAL CIVIL – DIREITO CIVIL – INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – HERDEIROS – LEGITIMIDADE – 1. Os pais estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos que deram publicidade ao fato de a vítima ser portadora do vírus HIV. 2. **Os autores, no caso, são herdeiros da vítima, pelo que exigem indenização pela dor (dano moral) sofrida, em vida, pelo filho já falecido,** em virtude de publicação de edital, pelos agentes do Estado réu, referente à sua condição de portador do vírus HIV. 3. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se, indubitavelmente, aos seus pais. 4. A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal. 5. **O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183).** 6. A perda de pessoa querida pode provocar duas espécies de dano: o material e o moral. 7. "O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendesse (deve ser estendesse) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores" (Leon Mazeaud, em magistério publicado no Recueil*

<sup>47</sup> PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 17. “A formação de uma comunidade efetiva dos espíritos exige um conjunto de condições. O mínimo indispensável à argumentação parece ser a existência de uma linguagem comum, de uma técnica que possibilite a comunicação.”

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 697141-MG. Relator Ministro: LUIZ FUX. Acórdão: 18/05/2006. DJ, 29.05.2006.

*Critique Dalloz, 1943, pg. 46, citado por Mário Moacyr Porto, conforme referido no acórdão recorrido). 8. Recurso improvido<sup>49</sup>.*” (grifo meu)

Vê-se que ambas as questões, quanto às propriedades e formas externas são idênticos. A questão versa se o morto tem ou não direito a indenização por danos morais. Todavia, nota-se que, no segundo caso, por ser referente a uma família que perdeu o ente com todo um sofrimento por ser portador de AIDS, isso certamente tocou a percepção moral interior dos julgadores. Qual não deve ter sido a dor! A angústia! A certeza da morte rondando! A enorme quantidade de medicamentos! Ver um familiar amado definhando! Imagine-se as fotos juntadas aos autos! E uma publicação expondo e reavivando toda essa dor de uma doença que ainda ostenta um preconceito social. São particularidades, com fundo ético, que atingiram o juízo dos julgadores para que “vissem” a situação de outra maneira, influenciando no resultado, mas não apreendido pela teoria pura do direito.

Além disso, a própria maneira com que se expõe uma tese pode ser fundamental para a persuasão deste espírito-interior do julgador, como lembrado na “nova retórica” de Perelman. A exterioridade pura é incapaz de absorver, por exemplo, uma ironia bem aplicada no discurso, que possui um impacto considerável nas particularidades do caso concreto, como comenta Kierkegaard a respeito de Sócrates que muito se valia deste recurso para obter a adesão de seu auditório e firmar seus posicionamentos éticos inclusive, em suas palavras:

*A ironia é uma determinação da subjetividade. Na ironia o sujeito está negativamente livre; pois a realidade que lhe deve dar conteúdo não está aí, ele é livre da vinculação na qual a realidade dada mantém o sujeito, mas ele é negativamente livre e como tal flutuante, suspenso, pois não há nada que o segure.[...] Para o sujeito irônico a realidade perdeu toda sua validade, ela se tornou para ele uma forma incompleta que incomoda ou constrange por toda parte. O novo, por outro lado, ele não possui. Apenas sabe que o presente não corresponde à idéia<sup>50</sup>*

Por todas estas razões expostas, nota-se que o positivismo clássico não atende à realidade dos aplicadores do direito, resistentes a esta crença. De maneira objetiva, Robert Alexy anuncia esta crise da normatividade:

*Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas.’*

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 324886-PR. Relator Ministro: JOSÉ DELGADO. Acórdão: 21/06/2001. DJ, 03.09.2001.

<sup>50</sup> KIERKEGAARD, Sören. *O Conceito de Ironia*: constantemente referido a Sócrates. São Paulo: Loyola, p. 226.

*Essa constatação de Karl Larenz caracteriza um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea. Em um grande número de casos, a decisão jurídica que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõem vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados. Para tanto, há no mínimo quatro motivos: (1) imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflito entre as normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma<sup>51</sup>.*

Alexy, tendo em vista a experiência da Corte Constitucional alemã, admite que o ato do julgador, manifesto no enunciado normativo singular de uma decisão judicial, é sujeito a avaliações correlatas a sua percepção. Desse modo, passa a tornar necessário um adensamento moral, mediante uma argumentação adequada, com critérios de racionalidade prática no discurso ético-jurídico<sup>52</sup>, o que é possível de ser desenvolvido no princípio da dignidade da pessoa humana a fim de controlar a positividade aberta do direito.

Por sua vez, o direito brasileiro incorpora esta mutação do Direito não como uma crise, mas através da corrente de pensamento denominada de “pós-positivismo”<sup>53</sup>, de modo que, crê-se, os princípios constitucionais, mais elásticos que as regras, preservam o teor de normatividade, ainda suficiente, e bastariam para a contenção do arbítrio do julgador<sup>54</sup>, dando continuidade à tradição kantiana e universalista.

Este pensamento pode ser notado nos ensinamentos do professor constitucionalista Luís Roberto Barroso, ao expor sua teoria da argumentação jurídica composta de três etapas para composição da análise jurídica completa de um caso: 1. normativa, com a análise do caso a luz tão somente dos elementos presentes no ordenamento jurídico; 2. precedente-

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad: Cláudia Toledo. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 33-34.

<sup>52</sup> Ibid, p. 53-54. “O Tribunal constata, primeiro, que em relação ao artigo 20, parágrafo 3, da Lei Fundamental ‘o Direito... não se identifica com o conjunto de leis escritas.’ O juiz não está, portanto, ‘constrangido pela Lei Fundamental a aplicar ao caso concreto as indicações do legislador dentro dos limites do sentido literal possível.’ A tarefa da aplicação do Direito pode ‘exigir, em especial, evidenciar e realizar avaliações em decisões mediante um ato de conhecimento valorativo em que não faltam elementos volitivos. Tais avaliações são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas não chegaram a ser expressas nos textos das leis ou o foram apenas parcialmente. O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios de razão prática e as concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade.”

<sup>53</sup> LEITE, George. (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. BARCELLOS, Ana; BARROSO, Luis. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102. “A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – trazam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. [...] A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretendem dar.”

<sup>54</sup> Ibid, p. 104. “Boa parte da produção científica da atualidade tem sido dedicada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores, interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções.”

indispensável, no sentido da apresentação da jurisprudência existente; 3. principiológica, articulando-se o que denomina de princípios instrumentais, de caráter dogmático e extraíveis de cada conjunto de regras positivas (ex: princípios da ordem econômica), e princípios materiais, de índole ética e axiológica<sup>55</sup>.

Entretanto, o pós-positivismo ainda não se deparou com uma questão colocada pelo professor Júlio Cabrera em seu curso de lógica informal na Universidade de Brasília, de que haveria uma “defeasibility” no discurso. Ou seja, o ideal de busca da verdade pretendida juridicamente é inflacionado e, assim, evita, ao invés de reconhecer, aspectos retóricos e pragmatistas fora do sentido pejorativo. O mais preocupante é a persistência da noção da certeza universal que ainda prevalece no Direito, notando-se isso fortemente na jurisprudência e, mais especificamente, no direito punitivo, onde a justificação das decisões judiciais e a necessidade certeza é mais sensível diante do uso da força pelo Estado e da restrição da liberdade. De modo que se tenta a preservação desta pretensão de verdade, tipicamente positivista, como se vê, expressamente, no julgado abaixo:

*No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciam o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. E não pode, portanto, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio.*<sup>56</sup>

Isto ilustra como a falsa “segurança”, de contornos absolutos, oferecida pelo “positivismo jurídico” é forte no direito brasileiro. Com isso preserva-se a máxima, que ainda é ensinado com todo rigor nas salas de aula: “*narra mihi facta, dabo tibi jus*”. Ou seja, ‘diga-me os fatos que eu te darei o direito’, e que poderia ser completado como ato perlocucionário<sup>57</sup>: “[...] e, então, não precisamos falar mais nisso, uma vez que a sua lei já foi encaixada e encerramos nossa conversa”. Certamente teremos muita segurança numa perspectiva jurídica que se satisfaz apenas com a análise da lei encontrada. Mas não se paga um preço muito caro por limitar o discurso jurídico-positivo às leis? E as injustiças? Não seria melhor ter que um sistema jurídico que tivesse mais humildade e dissesse: ‘Narra-me os fatos, da maneira mais adequada em sua “percepção”, que eu tentarei “ver” o caso da melhor forma possível e

<sup>55</sup> Ibid, p. 122.

<sup>56</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 47.335-3. Acórdão: 18/05/87. Relatora Desembargadora: Silva Lemos. RT 619/267.

<sup>57</sup> OLIVEIRA, Manfredo. (Org.) *Filosofia Política Contemporânea*. ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, Direito e Política: sobre a teoria do discurso de Habermas*. Petrópolis, RJ: vozes, 2003, p.217. “*Enquanto para os atos ilocucionários o que é constitutivo é o significado do enunciado, para os atos perlocucionários o que é capital é a intenção do agente.*”

procurarei as leis aplicáveis ao caso e, para termos uma maior segurança do que estamos fazendo, e com isso não ser criticado como arbitrário, procurarei densificar a qualidade das minhas decisões como posso, quero dizer: ético, racional e argumentativamente’.

Nessa colocação do direito, não se trata de abandonar a normatividade jurídica e o seu conteúdo deontológico, mas sim admitir, com humildade, que as leis não são positivamente suficientes e, constatado isso, refletir como se pode racionalizar e conferir um conteúdo ético-argumentativo que proporcione a segurança do sistema e qualidade das decisões. Esta análise demanda um novo olhar para o caso concreto e uma deflação da segurança positivista. A entrada da ética, com o escopo de perseguir justiça, precisa dar ouvidos às efetivas preocupações das pessoas particularmente envolvidas, sem comprometer a normatividade do sistema jurídico. Trata-se, efetivamente de tomar e cumprir decisões, porém não se esvaziando de considerar a possibilidade do argumento ético embutido no princípio jurídico da dignidade da pessoa humana.

A partir disso, nota-se uma certa tensão entre, de um lado, o aspecto “normativo”, ainda com pretensões universalistas de moralidade pelos juristas brasileiros, e, de outro, o “humano-particular”, que é ínsito ao “princípio da dignidade da pessoa humana”, que, por sua vez, contém uma dupla face: tanto é norma, por ser previsto no Artigo 1º da Constituição Federal do Brasil, como é atento ao fato de que Ética e Direito se casam, mas, como apresentado, estes ainda estão tímidos neste novo relacionamento, precisando ser filosoficamente refletidas as bases desta união.

Diante deste cenário, mais apropriado para uma crise de justiça das leis, do que para uma satisfação com o positivismo-científico, a questão que se torna central é investigar como seria possível inserir a moralidade no direito. Isto é, como seria a cognoscibilidade das decisões dos tribunais, por meio do princípio de dignidade da pessoa humana, a fim de que o discurso jurídico possua uma validade ética apta a justificar a coercibilidade do direito.

## 2) REPENSANDO O CONCEITO DE VALIDADE.

Neste capítulo será empreendida uma análise da teoria positivista, desde Kelsen, amparada no conceito de Norma Hipotética Fundamental (NHF), enquanto responsável por conferir a validade das normas jurídicas. Desse modo, alguns pensadores contemporâneos preservam esta concepção incorporando nela a moralidade universalista kantiana, muito embora, com isso, passem a prescindir da “pureza” do direito em relação à ética.

A abordagem que se empreende, centrada no conceito de validade, ocorre por meio de Kelsen, Habermas e Klaus Günther. Oportunidade em que serão pontuadas algumas vacilações na teoria kelseniana, além de algumas objeções pragmatistas formuladas por Rorty ao pensamento pós-metafísico habermasiano.

Após, será investigado como é possível a aplicabilidade do direito, resgatando a concepção ética através do princípio da dignidade da pessoa humana e, como será desenvolvido, o ponto que se alcançará será a exposição da visão pragmatista para uma cognoscibilidade da moral na teoria da argumentação, com o discurso hermenêutico de aplicação das normas jurídicas.

Assim, se a segurança no sentido científico não é possível, vê-se então como se deve proceder para inserir a ética no direito, chegando então no princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2.1) CONCEITOS DE VALIDADE: O DE KELSEN, O DOS KELSENIANOS E O DOS CONTEMPORÂNEOS.

A seguir serão apresentadas as visões positivistas. Vale dizer, são concepções que observam as normas “postas” pelo ordenamento jurídico e que detêm uma validade apta e suficiente para impor a coercibilidade do direito.

Se em Kelsen a validade era obtida apenas através da Norma Hipotética Fundamental, na contemporaneidade a validade é pós-metafísica, de modo que a discussão jurídica possa procurar na moralidade transcendente tanto a fundamentação das normas jurídicas positivadas no ordenamento (“discurso de fundamentação” de Klaus Günther e “entendimento” de Habermas) e como interpretação delas (“discurso de aplicação” de Klaus Günther e “certeza da ação” em Habermas), acreditando-se, com isso, satisfazer a coerção do direito com novos ares de pretensão de legitimidade ética.

### 2.1.1) EM KELSEN E NOS KELSENIANOS.

*A validade da norma jurídica, em Kelsen, depende, inicialmente, de sua relação com a norma fundamental.<sup>1</sup>*

Quando Newton escreveu sua obra *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica* (1687), acabou por desvendar os princípios regentes da mecânica da natureza. Ocasionalmente uma modificação substancial a respeito da forma de se conhecer o mundo: agora governado por princípios. Revolucionou com um novo saber científico.

Em seqüência, Kant, o ainda professor de Metafísica e Lógica na Universidade de Königsberg, ao invés de formular seu próprio pensamento metafísico, em continuidade a Leibniz e Christian Wolff, embarcou na era moderna. Assim como Copérnico defendeu a tese do heliocentrismo, o kantismo enveredou os rumos da “revolução copernicana” com o sujeito transcendentalmente situando na produção do conhecimento, cujas condições de possibilidade, em sua filosofia crítica, perseguiram leis, princípios e categorias a serem utilizados pelo sujeito no domínio do mundo e da natureza. Na *Crítica da Razão Pura* (1781) isso representou os “juízos sintéticos a priori”, enquanto na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785) cunhou-se o princípio da universalidade do agir moral, orientado pela boa vontade, e traduzida no “imperativo categórico”. A forma de se fazer física passou a servir também para se produzir o conhecimento filosófico e científico em geral.

O direito na modernidade, entusiasmado com tal saber científico, conseguiu encontrar em Hans Kelsen seu representante. Coube a este jusfilósofo conferir o *status* de ciência ao direito, com rigores de neutralidade e logicidade. Para isso, fundou o neopositivismo<sup>2</sup> jurídico, e defendeu o posicionamento filosófico de que o ordenamento jurídico seria dissociado da moralidade ou de qualquer outro discurso extra-jurídico. O direito teria sido “purificado”. A *Teoria Pura do Direito*, de 1933, tinha a pretensão de firmar o direito entre os saberes científicos, o que pode ser entendido como uma continuidade àquela busca iniciada no século XVII em Newton. Valeu-se, então, de uma plêiade de conceitos teóricos para atingir este objetivo, sendo fulcral e conferindo a fundamentação teórica a sua teoria, justamente o conceito que ora se investiga: o de validade, cuja sustentação encontra-se no conceito de Norma Hipotética Fundamental (NHF). A respeito de tais conceitos, comenta Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

<sup>1</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.29.

<sup>2</sup> É importante lembrar que o positivismo jurídico teve uma versão anterior com Puchta. Também era denominado pandectismo, tentando trazer os institutos do direito romano (pandectas) para uma atualização no final do século XVIII e começo do século XIX.

*A teoria da **norma fundamental** de Kelsen sempre provocou muita celeuma. **Ela constitui, para ele, o fundamento mesmo da ordem jurídica.** Qualquer norma só será considerada jurídica e legítima se for estabelecida em conformidade com as prescrições contidas na norma fundamental. Assim, diz ele, o que distingue o comando de um assaltante que exige uma quantia em dinheiro do comando de um fiscal está na primeira norma de hierarquia. Fonte da jurisdicção e da legitimidade (o fiscal só não é assaltante porque tem competência legal para exigir), **a norma fundamental é valorativamente neutra. Todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta válida e legítima o direito que dela decorre**<sup>3</sup>. (grifo meu)*

Através da NHF “purificar-se-ia” o direito do questionamento a respeito do justo. Segundo Kelsen, a análise de validade acontece na “dinâmica jurídica”, isto é: no momento de produção do conhecimento jurídico-científico, de modo que só importa discutir se uma determinada norma é válida ou não perante à NHF. Ao contrário, a “estática jurídica” compõe a série de normas jurídicas e seus institutos enquanto objeto a ser utilizado metodologicamente pela produção de conhecimento da dinâmica jurídica. Será a NHF que irá relacionar-se com o ordenamento jurídico validando-o e legitimando-o positivamente.

A NHF, portanto, consiste no passo seguinte, e último, posterior à Carta Constitucional de determinado país. A primeira vista, a Constituição, é um ato subjetivo-coletivo máximo da vontade de um certo povo e seria fundamentada nele. Porém, ao se perseguir o conceito de validade como forma de produção de conhecimento positivista, independentemente de questionar se tal conjunto normativo (conjuntos de decisões políticas de um povo) é justo ou não, surge a necessidade de um pressuposto lógico-transcendental, de cunho neutro, que a um só tempo valide e legitime o ordenamento como também o faça prescindir do questionamento moral. Foi com uma analogia ao kantismo que Kelsen procurou o fundamento teórico a sua teoria pura do direito. Se Kant encontrou na moralidade uma “lei”, o direito também deveria apoiar-se numa lei, a qual chamou de Norma Hipotética Fundamental.

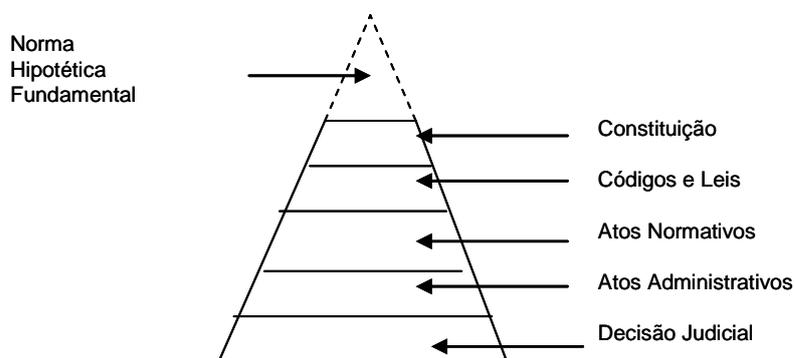
*Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – se é lícito aplicar ‘per analogiam’ um conceito da teoria do conhecimento de Kant –, ser designada como condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda*

---

<sup>3</sup> Ibid, p. XVII.

*metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pelas ciências da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição<sup>4</sup>. (grifo meu)*

O direito na filosofia positivista, portanto, encontra-se corporificado nas leis, e estrutura-se de modo hierárquico. Ocorre que, para Kelsen, não é a Constituição o fundamento último de validade do ordenamento jurídico, pois, antes dela, seria necessária outra norma purificadora do questionamento moral. Assim, a NHF preenche este escalonamento normativo, relacionando-se hierarquicamente com as demais normas e conferindo validade ao ordenamento jurídico como um todo, conferindo, conseqüentemente, neutralidade e cientificidade. A dinâmica jurídica deste controle de validade pode ser representada no gráfico abaixo, denominado pirâmide normativa de Kelsen.



Trata-se, portanto, de um pressuposto transcendental, lógico-formal, de fundamentação do ordenamento jurídico<sup>5</sup>. Assim, para que o ordenamento jurídico sustentasse-se, não precisa recorrer a nenhum fundamento metafísico, político ou moral de apoio, nem muito menos jusnaturalista. Basta a pressuposição de um fundamento de validade<sup>6</sup>. Isto é, um

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: martins fontes, 1999, p. 225.

<sup>5</sup> Ibid, p. 243. “*Dado que – como se mostrou – a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política mas tão-só uma função teórico-gnoseológica.*” (p. 243)

<sup>6</sup> Ibid, p. 242-243. “*Precisamente na sua teoria da norma fundamental se revela a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista. Ela descreve o Direito positivo, quer dizer, toda ordem de coerção globalmente eficaz, como uma ordem normativa objetivamente válida e constata que esta interpretação somente é possível sob a condição de se pressupor uma norma fundamental por força da qual o sentido subjetivo dos atos criadores de Direito é também o seu sentido objetivo.*” (Grifos)

princípio de fundamentação (objetivo) que informe a validade da Carta Constitucional (subjativa).

*A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma norma fundamental se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão. Ela já não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. [...] Se a validade de uma norma não pode ser fundamentada desta maneira, tem de ser posta como premissa maior no topo de um silogismo, sem que ela própria possa ser afirmada como conclusão de um silogismo que fundamente a sua validade. Quer dizer: é pressuposta como norma fundamental. [...] Se, porém, a norma fundamental não pode ser o sentido subjetivo de um ato de vontade, então apenas pode ser o conteúdo de um ato de pensamento. Por outras palavras: se a norma fundamental não pode ser uma norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada<sup>7</sup>.*

É com base na NHF, tendo o ordenamento escalonado e estruturado, que será possível conferir validade às normas de ordem subjativa positivadas pelo legislador e, finalmente, impor aos cidadãos o direito sem preocupar-se com a justiça das leis. **Qualquer que seja o ordenamento jurídico, para o positivismo, será válido e coercitivo.** Eis aí a funcionalidade do conceito de “validade”<sup>8</sup>. O direito firma-se, nestes termos, com o *status* metodológico de produção de saber científico, não precisando de qualquer outra fundamentação além da NHF, prescindindo de outros saberes e assim, validamente impondo suas decisões judiciais por meio de sanções.

*Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo ‘vale’ (é ‘vigente’), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma.<sup>9</sup> [...] Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.<sup>10</sup>*

Aqui surge uma objeção que se faz necessária formular. Ora, se se perde a substância moral através da validade conferida pela NHF, não se encontra espaço na teoria de Kelsen

<sup>7</sup> Ibid, p.226.

<sup>8</sup> Ibid, p. 243. “A norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito como condição da validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coercitiva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos.”

<sup>9</sup> Ibid, p. 215.

<sup>10</sup> Ibid, p. 37.

para situar a finalidade do direito. Ao dispensar a importância da justiça, e assim legitimar o exercício da força do direito, o ordenamento jurídico perderia sua própria razão de ser.

Convém notar, além disso, que a legalidade científica kelseniana, quiçá por ironia histórica, é do mesmo ano da Lei Plenipotenciária (“*Ermächtigungsgesetz*”), de 23 de março de 1933. Tal foi a norma que conferiu a Hitler os poderes plenos de legislação, justamente no mesmo ano no qual Kelsen defendeu que os aplicadores do direito apenas deveriam se limitar a questionar a validade das normas, sem aprofundar na justiça das mesmas. Não obstante isso, costuma-se lembrar que Kelsen, por sua condição de judeu, refugiou-se em Berkeley nos Estados Unidos, onde faleceu em 1973. O que se percebe, porém, é que o positivismo em nada contribuiu para confrontar o ordenamento jurídico do Terceiro Reich. A racionalidade do direito demonstrou-se “fraca” para definir, por exemplo, como ilegal e inválido o holocausto, com seus campos de concentração, como se recorda o de Auschwitz que recebeu Anne Frank.

Além do que foi exposto, muito controverso é o conceito de validade quando relacionado a outro conceito kelseniano, denominado “eficácia”. A eficácia significa o reconhecimento da comunidade, ao conferir a sua obediência a determinadas normas impostas. Assim, apesar da norma jurídica válida depender de sua relação com a NHF, é exigido dela também que ocorra uma eficácia mínima do ordenamento como um todo. Fábio Ulhôa Coelho apresenta um exemplo sentido em muitas favelas cariocas, evidenciando os graves perigos de uma concepção como esta:

*Imagine-se, contudo, que ocorresse um tal crescimento na estrutura organizativa do tráfico, que os comandos gerais e individuais derivados dos órgãos do aparato criminoso acabassem sendo paulatinamente respeitados pelas pessoas a quem tais ordens se dirigem. Imagine-se, mais, a progressão desse cenário a ponto de a ordem estabelecida pelos traficantes, em seu confronto com a ordem estatal, num certo momento chegar a suplantá-la, definida-a como ilícita. Teria se verificado, na inversão de ilicitudes, o que Kelsen denomina por revolução.<sup>11</sup>*

Aqui se pode verificar o quão arriscada a positividade jurídica pode ser, apta a legitimar uma ordem de traficantes em seu território onde o Estado faz-se ausente. Não é razoável supor, ao contrário de Kelsen, que tal direito dos narcotraficantes pudesse alguma vez ser válido. Tal somente ocorre se prescindido do discurso moral, esta análise será aprofundada ao longo do trabalho.

---

<sup>11</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 31.

Como sói dos intérpretes positivistas, que se auto-denominam kelsenianos, há uma simplificação da teoria, a entender que “todo” trabalho do direito resume-se a olhar para norma e aplicá-la ao caso concreto. Destituída, pois, de maiores ponderações ou problemas de ordem ética ou de justiça. A questão da interpretação e mesmo das disparidades de visões dos intérpretes é diluída no conceito de validade pelos kelsenianos, que aspiram apenas à cientificidade, com a crença da certeza técnica enquanto metodologia jurídica segura, neste escopo cegos para outras análises fora do cunho legalista e mesmo da prática do direito.

## 2.1.2) CONCEITO DE VALIDADE EM HABERMAS

Menos rigorosos, os contemporâneos da filosofia do direito procuram articular a moralidade no direito, sem com isso abandonar as aspirações de cientificidade genuínas do projeto da modernidade, bem como incluir a matéria da aplicação em novas teorias filosóficas do direito. Mantendo a noção de validade, tentam inserir o princípio de universalidade moral kantiano-generalista através da teoria da argumentação, numa racionalidade pós-convencional e consciente dos perigos ocasionados pela Segunda Guerra Mundial e por sua banalidade do mal<sup>12</sup>. As teorias mais recentes, para receberem maior consistência, passam a pensar com a ética e a justiça e não mais com um cientificismo asséptico.

Destaca-se, aqui, a “teoria da validade adequada”, de Klaus Günther, que busca apoio em Jürgen Habermas. Tais jusfilósofos não abandonam o positivismo jurídico porque, apesar de avançarem na questão do justo contido no discurso moral, a força coativa do direito, que, como foi visto, escuda-se na noção de NHF, continua centrada no conceito de validade. No entanto, possuirá uma análise mais complexa. Segundo Habermas, existe uma tensão entre facticidade e validade, tanto social (“Geltung”<sup>13</sup>) como jurídica (“Gültigkeit”), fazendo-se presente, a partir de então, no direito, a questão empírica provocada pela sociologia jurídica, que inclusive em outra dimensão altera o caráter de pureza kelseniana.

*Porém, o sentido desta validade do direito somente se explica através da referência simultânea à sua validade social ou fática ('Geltung') e à sua validade ou legitimidade ('Gültigkeit'). A validade social de normas do direito é determinado pelo grau em que se consegue impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao normatizado não se apóia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal.<sup>14</sup>*

Habermas sustenta haver uma tensão entre a facticidade e a validade, diante da possibilidade de não receptividade social da validade normativa artificial imposta pelo direito<sup>15</sup>. É somente com ação voltada para o consenso que seria possível o papel integrador

<sup>12</sup> Termo cunhado por Hannah Arendt.

<sup>13</sup> Em Kelsen é desimportante, porque ele apenas enxerga a coação física e não a social. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: martins fontes, 1999, p. 71. “...a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrárias às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.”

<sup>14</sup> Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: tempo brasileiro. 1997. p. 50.

<sup>15</sup> Ibid., p. 40. “A motivação racional para o acordo, que se apóia sobre o ‘poder dizer não’, tem certamente a vantagem de uma estabilização não-violenta de expectativas de comportamento. Todavia, o alto risco de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente

do direito, através de sua teoria do agir comunicativo<sup>16</sup>, que, em termos pragmáticos, assim se propõe: “*Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária de integração social. É nisso que consiste o ‘agir comunicativo.’*”<sup>17</sup>.

Deste modo, tal como Kelsen, Habermas igualmente persegue a coercibilidade no ordenamento jurídico a partir do conceito de validade (ilocucionária). Todavia, em sua filosofia, procura fazê-lo numa situação lingüístico-pragmática que implica, de um lado, idealizações comunicativas que permitem ultrapassar o próprio contexto em que se situa a discussão, isto é, dotado de uma validade transcendente e, de outro, em atenção ao mundo da vida, porque destranscendentalizado do puramente ideal ao fixar-se pelo cotidiano.

*O momento ideal de incondicionalidade está enraizado nos processos de entendimento factuais, porque as pretensões de validade põem à mostra a dupla face de Jano: enquanto pretensões, elas ultrapassam qualquer contexto; no entanto, elas têm que ser colocadas e aceitas aqui e agora, caso contrário não poderão ser portadoras de um acordo capaz de coordenar a ação – pois não existe para isso um contexto zero.*<sup>18</sup>

A moralidade, em Habermas, dará importância à linguagem e à validade discursiva que, devido a este caráter de transcendência, atingirá uma forma de pensamento “pós-metafísico”<sup>19</sup>. A fim de esclarecer o significado deste novo conceito, anuncia-o como o último dos “paradigmas” em filosofia. Segundo ele, três foram os grandes paradigmas da história da humanidade: de início remete aos gregos, do “ser”, com a referência metafísico-ontológica; após, surge a noção moderna de mentalismo, com ênfase em Descartes e Kant, em que o conhecimento depende do sujeito cognoscente; e, por fim, a guinada lingüística, com a “linguagem” no centro do conhecimento do mundo, a partir de Saussure, mas ainda insuficiente para estabelecer a suficiência de um paradigma liberto de uma metafisicidade<sup>20</sup>.

---

*implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio de um maciço pano de fundo consensual.”*

<sup>16</sup> Ibid, p. 38.

<sup>17</sup> Ibid, loc. cit.

<sup>18</sup> Ibid, p. 39.

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2002, p. 47. “Caracterizei o pensamento metafísico vigente até Hegel como sendo um conceito forte de teoria, e como transformação do pensamento da identidade, consumado por uma filosofia da consciência. Tal forma de pensamento passou a ser questionada através de desenvolvimentos históricos que feriram a metafísica a partir de fora; em última instância, desenvolvimentos socialmente condicionados:”

<sup>20</sup> Ibid, p. 22/55. “a) *Ser*: Apesar de todas as diferenças entre Platão e Aristóteles, a totalidade do pensamento metafísico obedece a Parmênides e toma como ponto de partida a questão do ser do ente – o que o torna ontológico.” b) *Mentalismo*: “A auto-referência do sujeito cognoscente abre o acesso para uma esfera interior de representações, curiosamente certa, que nos pertence inteiramente, a qual precede o mundo dos objetos representados. (...) a partir de agora ela [metafísica] só pode encontrar um equivalente numa teoria da consciência, a qual fornece as condições subjetivas necessárias para a objetividade de juízos gerais, sintéticos ‘a priori’. [...] c) *Linguagem*: “Expressões gramaticais constituem algo acessível publicamente; nelas podemos adivinhar estruturas, sem sermos levados a nos referir a algo meramente subjetivo. A posição modelar da matemática e da lógica trouxe um elemento a mais, que terminou levando a filosofia em

Estabelecido este cenário, Habermas apresenta as características do pensamento pós-metafísico, que são quatro. Todas conferem uma certa humildade ao papel da filosofia. Em primeiro lugar, há uma “racionalidade de procedimentos”, que deflaciona o papel da filosofia enquanto super-ciência, reduzindo a tarefa dos filósofos a uma função de intérpretes multidisciplinares entre os saberes científicos, conectando os cientistas “experts” com a linguagem ordinária, todos orientados por uma razão metódica e experimental do século XVII e uma moral universalista e formalista do século XVIII<sup>21</sup>. Em segundo lugar, sustenta a “destranscendentalização da razão”, que dá uma rasteira no sujeito transcendental kantiano e o joga no agir comunicativo, e assim finda o seu caráter autônomo no conhecimento para redimensioná-lo no mundo da vida, que serve como pano-de-fundo (“background”) em que se estabelece o entendimento<sup>22</sup>. Terceiro, não sai do paradigma filosófico iniciado pela guinada lingüística, muito embora não acompanhe o abstracionismo de Saussure, nem o “*Dasein*” que considera carregado do “Heidegger tardio”, mas deseja uma construção de entendimento intersubjetivo<sup>23</sup>. Quarto, por fim, inverte o sentido metafísico do primado teórico, com a “precedência da prática frente à teoria” e, assim, entende que a filosofia “*foi constrangida a abandonar a pretensão de constituir um acesso privilegiado à verdade e à significação salvífica da teoria*”<sup>24</sup>, de modo que defende a perda da pretensão do extraordinário.

Neste caminho rumo ao pensamento pós-metafísico, a ética do discurso procura dar continuidade ao projeto moderno da moral kantiana, tomando por base algumas objeções feitas por Hegel em quatro características destacadas por Habermas sobre a tradição kantiana da moralidade: o formalismo, o universalismo abstrato, a deontologia e o cognitivismo. Será feita, agora, uma análise destas características à luz da teoria habermasiana e, posteriormente, serão aprofundadas considerações (no próximo capítulo das três primeiras e ao final do presente capítulo da última) a respeito de como seria possível pensar o princípio da dignidade da pessoa humana nestes pilares de moralidade.

A primeira crítica hegeliana afirmava que o imperativo categórico (IC), ao abstrair do particular, conduziria a juízos tautológicos formais. Como já colocado, Habermas admite a necessidade de analisar o discurso moral a partir do mundo da vida e na argumentação cotidiana. O IC atua como um princípio de justificação que ao ser racionalmente generalizado

---

geral à área de objetos, pública, das expressões gramaticais. É verdade que a guinada lingüística aconteceu no interior dos limites do semanticismo, onde se pagou o preço de abstrações que tornaram impossível explorar plenamente o potencial de solução do novo paradigma.”

<sup>21</sup> Ibid, p. 47-48.

<sup>22</sup> Ibid, p. 43-52.

<sup>23</sup> Ibid, p.43/51/52/57.

<sup>24</sup> Ibid, p. 58.

torna-se válido. Assim, o método da argumentação moral habermasiano substitui o IC, obtendo-se a validade a partir de um discurso em que: (i) as normas em jogo possuem anuência de todos os participantes; (ii) o resultado decorrente do cumprimento destas normas são aceitos por todos<sup>25</sup>. Os conteúdos do ético, portanto, não são fornecidos pelos filósofos, mas pelo mundo da vida. Assim, com uma procedimentalização da ética, procura atender à crítica hegeliana, porque a afirmação das normas justas é vista de forma diferente do conteúdo do bem viver, que existe na tradição cultural e é retirado da vida cotidiana<sup>26</sup>.

Por conseguinte, o universalismo abstrato é visto por Hegel como uma absolutização do IC sobre o particular, fazendo-se insensível ao contexto concreto, a ponto de falar que Kant fez um “*truque de magia*”<sup>27</sup> na lei prática da razão ao inverter a forma pelo conteúdo. Habermas entende, e pensa que Kant assim também o pensaria, que, a partir do momento em que o pluralismo avança nas sociedades contemporâneas, mais abstratas e gerais se tornam as normas morais. Habermas entende que a crítica dirige-se ao caráter monológico e inflexível de Kant, todavia em sua ética do discurso (ED) acredita ter solucionado o problema. Outro aspecto que a ED procura responder em deferência a Hegel é a necessidade de uma complementação na “aplicação”. Se Kant preocupou-se com a “justificação”, a contextualização será obtida com a aplicação imparcial. É o que será desenvolvido por Klaus Günther a respeito de todos os aspectos salientes de um caso concreto e a proporcionalidade de todos os meios selecionados que conferem forma casuisticamente.

Terceiro aspecto objetado por Hegel é a separação extrema entre “Dever” e “Ser”, que leva a uma moral em que não se transfere para a prática o princípio geral. Em suas palavras: “*Encontrará, assim, antes razão para lamentar seu estado de inadequação para com a existência e a injustiça, que é ter unicamente por objeto o dever puro, sem que, contudo, possa ver a realização do seu objeto ou de si próprio.*”<sup>28</sup>. Na ED procura-se pensar a autonomia através da intersubjetividade desenvolvendo-se a personalidade pela realização da liberdade de todos o envolvidos e, assim, desfazendo a “teoria-dos-dois-mundos” kantiana. Além disso, deve-se estar atento para não se sujeitar a uma apreciação hipotética que descarte os motivos e instituições envolvidas, transportando-se a análise para o cotidiano e assentando-se nas formas de vida existentes, com deveres assim construídos<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> HABERMAS, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*. Lisboa: instituto piaget, 1991, p. 15-16.

<sup>26</sup> Ibid, p. 24.

<sup>27</sup> Ibid, p. 14.

<sup>28</sup> Ibid, loc.cit.

<sup>29</sup> Ibid, p. 27.

Por fim, Hegel repudia o terror da “pura convicção” estabelecido pelo IC, que separa a razão pura prática do processo de formação do espírito e de suas concreções históricas<sup>30</sup>. Aqui Habermas entende que nem Kant, nem a ED, se sujeitam à objeção, porque um tal totalitarismo somente poderia ocorrer dos filósofos da história que pensam a sociedade como um sujeito. A intersubjetividade da ED romperia com esta premissa da filosofia da consciência ao estipular a autocompreensão em processos de comunicação na esfera pública. O que Habermas pontua é a correção entre a distinção do juízo e da ação moral e, avançando a questão, entende faltar muitas vezes instituições e processos de socialização que permitam a participação dos cidadãos em argumentações morais de caráter processual<sup>31</sup>.

Diante destes pressupostos, a ED procura obter o conceito de validade através de uma conciliação entre a moralidade e os costumes. Parte-se do pressuposto de que os valores culturais possuem uma pretensão de validade intersubjetiva e, cada indivíduo, candidata-se a obter a validade normativa conjuntamente a todos os demais sujeitos. Com isso, se pretende atingir a validade moral das normas<sup>32</sup>. É na distinção entre o “justo-moral” e o “bem viver-valorativo” que se pode sentir claramente esta relação.

*Quando se tem em mente estes trabalhos de abstração da moralidade, torna-se claro, por um lado, o ganho em racionalidade produzido pelo isolamento das questões de justiça e, por outro, os problemas subseqüentes a uma conciliação da moralidade e dos costumes. Dentro do horizonte de uma forma de vida, os juízos práticos vão buscar tanto o concretismo como a força impulsionadora de conduta à ligação interna com as idéias do bem viver, de validade indiscutível, em suma, à ligação com os costumes institucionalizados.*<sup>33</sup> (grifo meu)

Por meio desta abstração da moralidade, acredita Habermas que se consegue atingir o estágio pós-convencional a que se refere Kohlberg, o que será retomado na análise da teoria de Klaus Günther. De modo que se dissocia das formas de vida particulares e de acordos locais, e a moral universalista promove o desentrelaçamento dos costumes concretos. A partir

---

<sup>30</sup> Ibid, p. 14-15.

<sup>31</sup> Ibid, p. 28-29.

<sup>32</sup> Ibid, p. 39. “No discurso, tomamos consciência do mundo das vivências subjacente à prática comunicativa do cotidiano a partir de uma, por assim dizer, retrospectiva artificial; pois à luz de pretensões de validade hipoteticamente refletidas, o mundo das relações institucionalmente reguladas é moralizado da mesma forma que o mundo dos fatos existente é teorizado – o que até então teve o valor indiscutível de fato ou de norma pode ter agora validade ou não.”

<sup>33</sup> Ibid, p. 40.

daí torna-se possível uma eticidade reflexiva que possibilita, por sua vez, a inovação cultural pelos indivíduos<sup>34</sup>.

A questão da transcendência merece ser esclarecida diante da teoria do agir comunicativo, uma vez que a justificação contextual ganha contornos de validade que ultrapassam o âmbito do público em específico que discursou sobre determinado assunto<sup>35</sup>. Esse acordo estabelece uma verdade que ficará situada entre uma certeza da “ação” e uma justificação do “discurso”<sup>36</sup>. A fixação da interpretação jurídica de uma norma ganha semelhantes contornos pelas partes que contendem em juízo diante da sentença proferida e, principalmente, do “trânsito em julgado”, que põe fim à discussão judicial.

*O que resta ainda a ser explicado é a força misteriosa do acordo discursivamente conseguido, que autoriza os participantes da argumentação, no papel de atores, a aceitar, sem reservas, as asserções justificadas como verdades. Pois fica claro, a partir da descrição do ponto de vista da teoria da ação, que a argumentação pode preencher o papel de solucionadora de problemas, no que diz respeito às certezas comportamentais que se tornaram problemáticas, apenas se for guiada pela verdade em sentido independente de contexto – isto é, incondicional. [...] Entretanto, não obstante essas incertezas, as rotinas do dia-a-dia repousam sobre uma confiança irrestrita no conhecimento das pessoas leigas, tanto quanto dos especialistas. Não pisaríamos em ponte nenhuma, não usaríamos carro nenhum, não nos submeteríamos a nenhuma operação, sequer comeríamos uma refeição de preparo sofisticado, se não considerássemos o conhecimento aí utilizado seguro, se não considerássemos verdadeiras as pressuposições implícitas usadas na produção e execução de nossas ações.<sup>37</sup> (grifo meu)*

Percebe-se aqui a circularidade no processo da teoria do agir comunicativo, com a certeza da ação abalada argumentativamente por uma alegação hipotética de validade, que passa, então, a ser testada no discurso para que retornem para o mundo da ação, produzindo novas certezas comportamentais e crenças sustentadas como verdadeiras<sup>38</sup>.

*Entretanto, logo que essas certezas perdem sua posição, no campo das crenças evidentes por si mesmas, elas são tiradas de sua tranqüilidade e convertidas num*

<sup>34</sup> Ibid, p. 45. “Um universo moldado para estruturas pós-convencionais tanto nas ordens institucionais como nos modelos de socialização requer, de resto, um modo reflexivo de tradição, que faça depender mais fortemente a renovação das tradições em relação à predisposição crítica e à capacidade de inovação dos indivíduos.”

<sup>35</sup> SOUZA, José (Org.). *Filosofia, Racionalidade, Democracia: os debates Rorty & Habermas*. Jürgen Habermas. A virada pragmática de Richard Rorty. Richard Rorty. Verdade, universalidade e política democrática. Realidade objetiva e comunidade humana. São Paulo: unesp, 2005.HvR. p. 181. “A validade de proposições que são, em princípio, fálveis, é mostrada como sendo uma validade que justificada para um público. Ademais, porque no paradigma linguístico, as verdades são acessíveis apenas na forma de aceitabilidade racional, surge agora a questão de como, nesse caso, a verdade de uma proposição pode ainda ser isolada do contexto no qual ela é justificada.” (Grifos)

<sup>36</sup> Ibid, p. 191. “O que está em questão no mundo vivido é o papel pragmático de uma noção bifronte de verdade, que está entre a certeza comportamental e a afirmabilidade discursivamente justificada.”

<sup>37</sup> Ibid, p. 193.

<sup>38</sup> Ibid, p. 192-193.

*número correspondente de tópicos questionáveis, que se tornam assim objeto de discussão. Ao passar da ação ao discurso racional, o que é, de começo, sustentado ingenuamente como verdade é libertado do modo da certeza comportamental, e toma a forma de proposições hipotéticas, cuja validade permanece aberta durante a duração do discurso. A argumentação toma a forma de uma competição pelos melhores argumentos, a favor de, ou contra, alegações controversas de validade, e serve à busca cooperativa pela verdade.<sup>39</sup>*

A dimensão do conceito de validade aqui perde o vigor científico de verdade, uma vez que a um tempo é verdadeiro e incondicional e noutra átimo é mutável e falível. Tal concepção contemporânea fugaz de verdade precisa ser repensada não apenas no direito, mas em diversos saberes científicos. Veremos mais adiante as críticas de Rorty a este modelo. Antes disso, será agora analisado a teoria da validade adequada que dá continuidade ao projeto habermasiano no âmbito jurídico.

---

<sup>39</sup> Ibid, p. 192.

### 2.1.3) CONCEITO DE VALIDADE EM KLAUS GÜNTHER

Aquilo que Habermas defendeu no conceito de validade, a certeza comportamental, possui a mesma força da coercibilidade em Kelsen especificamente tratando no direito. Porém, numa ética transcendental e procedimental do discurso, o ordenamento jurídico ficaria “recheado” com conteúdos extra-jurídicos de moralidade presentes no cotidiano além de densamente sociologizado, o que era inadmissível para o positivismo kelseniano. Mais especificamente: ocorreria uma eticidade reflexiva do mundo da vida.

Este rearranjo do conceito de validade não prescinde da noção de NHF, mas a dilui nas relações intersubjetivas que proporcionam a obtenção da verdade através de pretensões de validade argumentativamente obtidas através do agir comunicativo procedimental<sup>40</sup>. A NHF não ficaria mais situada num topo de uma pirâmide, mas estaria presente num processo circular que envolve os agentes dentro de uma teia argumentativa do discurso e os levará a uma conseqüente incondicionalidade da ação.

Desenvolvendo este pensamento de Habermas, Klaus Günther, ao tratar especificamente do direito e da moral, evolui o conceito de validade através da noção de imparcialidade. Aquela coercibilidade kelseniana, que antes ficava presa à NHF, agora passa, seguindo a linha de pensamento pós-metafísica, a transitar entre dois discursos distintos: o de fundamentação e o de aplicação<sup>41</sup>.

A imparcialidade, portanto, consiste numa inclusão do ponto de vista do outro, assim pretendendo inserir uma moral universalista (“U”), que investigue qual o [...]

*[...] sentido do princípio de universalização como princípio moral que garanta a formação de um critério imparcial. O sentido pleno desse princípio só se exaure quando uma norma proposta possa ser aceita conjuntamente por todos, a partir da perspectiva de cada um individualmente. Está contida nisso a exigência de que todos se coloquem mutuamente na posição da respectiva alteridade e avaliem, em conjunto, se a norma corresponde ao interesse comum.[...] ‘U’ exige que se considerem as conseqüências e os efeitos colaterais de uma observância ou aplicação geral da norma carecedora de justificação. Para esse fato fazer sentido, só pode significar duas coisas: uma observância por todos os que, como destinatários, entram potencialmente em questão e uma aplicação em todas as situações.<sup>42</sup>*

<sup>40</sup> Klaus Günther, ao analisar o termo “deveria” em Hare, entende que a aplicação da norma deve levar em consideração a alteridade. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 44/45. “Uma vez que a expressão ‘deveria’ não é empregada apenas prescritivamente, caracterizando-a como uma norma motivacionalmente obrigatória para a minha vontade, mas também é utilizada no sentido de uma regra universal, devo combinar hipoteticamente a minha vontade com a de um outro, restando adequar a minha vontade à perspectiva do outro, a fim de decidir se, neste caso, ainda admitirei a aplicação da norma.”

<sup>41</sup> Ibid, p.70. “Para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações. Importa se é do interesse de todos que cada um observe a regra (...). Em contraposição, para a sua aplicação cada uma das situações é relevante, não importando se a observância geral também contempla o interesse de todos. Em vista de todas as circunstâncias especiais, o fundamental é se e como a regra teria de ser observada em determinada situação.”

<sup>42</sup> Ibid, p. 50/59.

Se, por um lado, “U” garantirá um discurso moral, por outro lado, contudo, será necessária a justificação na aplicação da norma, que importa num esforço pela adesão de “todos os interessados” e da previsibilidade de “todas as situações possíveis” contidas na norma. Aqui, então, surge a dificuldade da teoria diante da limitação espaço-temporal do conhecimento que garanta uma aplicabilidade assim tão ampla<sup>43</sup>.

Dessa forma, esta “versão forte” da teoria é apenas uma condição idealizante que possibilitaria a coincidência entre o juízo de validade e o juízo de adequação. Diante desta impossibilidade prática, Klaus Günther formula uma “versão fraca”, em que procura restringir a aplicabilidade aos interesses comuns de fato existentes, a respeito de uma norma especificamente, e cuja pretensão de validade seja admitida entre os destinatários. Crê, assim, que a imparcialidade estará atingida satisfatoriamente no juízo de adequação, assim estrito, e vinculado à limitada adesão dos efetivamente envolvidos<sup>44</sup>.

*Uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme o interesse de cada um, individualmente. [...] Portanto, a validade se refere apenas à questão se, como regra, a norma está dentro dos nossos interesses comuns. Mas se por meio da versão fraca de ‘U’ conseguiremos resgatar apenas parcialmente a pretensão de que uma norma seja válida em todas as situações, o sentido da imparcialidade permanece parcialmente esgotado.<sup>45</sup> (grifo meu)*

Em síntese, a validade é representada em Klaus Günther pelo assentimento dos interessados<sup>46</sup>. A adequação, então, será obtida na junção do discurso de aplicação<sup>47</sup>, contextual, com o discurso de fundamentação<sup>48</sup>, aptos a assegurarem a aplicação do princípio

<sup>43</sup> Ibid, p.66. “Por isso, ao formular ‘U’, o próprio Habermas já chamou a atenção para uma versão mais fraca: só serão consideradas aquelas conseqüências e aqueles efeitos colaterais que previsivelmente resultarem da observância geral da norma. Com isso, ‘U’ ostenta um indício que faz com que a sua aplicação fique condicionada ao estado do conhecimento no presente momento. Este indício também tem conseqüências para o critério de validade estabelecido para ‘U’: o interesse comum de todos os afetados. Só serão considerados aqueles interesses que previsivelmente forem afetados pelas conseqüências e pelos efeitos colaterais da aplicação de um norma.”

<sup>44</sup> Ibid, p.70. “O juízo sobre adequação de uma norma não se refere a todas as circunstâncias de aplicação, mas exclusivamente a uma. Por isso, adequação significa simplesmente uma restrição da versão forte de ‘U’ a uma única situação. A exigência absoluta de que, em algum momento, sejam consideradas todas as situações é elevada à exigência de que, em uma única situação, examinem-se todas as características. É só dessa forma que conseguiremos amortecer o risco que surge, na versão mais fraca, a partir da desistência de um juízo absoluto de adequação.”

<sup>45</sup> Ibid, p. 67/69..

<sup>46</sup> Ibid, p. 76. “O sentido de validade da norma consiste, portanto, de um reconhecimento desta por todos, a saber, como participantes de um discurso prático.”

<sup>47</sup> Ibid, p. 79. “Discursos de aplicação combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação, uma norma é aplicada.”

<sup>48</sup> Ibid, p. 367. “Discursos de fundamentação devem fazer essa dinâmica para e, em disposição hipotética, para além da situação concreta, generalizar uma norma adequada proposta em consonância com o estágio de nosso conhecimento, com a finalidade de examinar se, para os interesses de cada um individualmente, as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral poderão ser aceitos por todos, em conjunto e sem coação”. Nota-se, a qui, que Günther está preocupado com o princípio “U” e não propriamente com o direito, porque se

“U” e resguardarem a imparcialidade. Porém, é de se destacar que se trata mais propriamente de uma ficção do que de uma efetiva validade moral<sup>49</sup>.

A consciência moral obtida no discurso de aplicação, na teoria de Klaus Günther, procura inspiração nos estudos psico-sociológicos de Mead, Piaget e Kohlberg. O que se vê de comum nestas teorias é um processo de auto-reflexão que parte da contextualização para a abstração, seguindo as linhas do pensamento pós-metafísico habermasiano da transcendência<sup>50</sup>.

Em Mead, esta situação é estudada no que ficou denominado de “*interacionismo simbólico*”. A identidade do “self” e da sociedade surgem a partir da reprodução de símbolos idênticos em significados que evoluem gradativamente para ações reguladas por normas. As reações comportamentais demonstram que os símbolos possuem conteúdo de significado conectados a expressões lingüísticas, além de representarem papéis sociais correlatos<sup>51</sup>. Três são os estágios<sup>52</sup>: no primeiro (“play”), há modelos através dos quais a criança brinca e experimenta os papéis de interações cotidianas; no segundo (“game”), há uma generalização ou transpessoalização, em que em grupos ou em competição os papéis dos participantes podem ser trocados; por fim, no terceiro estágio (“generalised other”), a perspectiva é normativa e torna-se indiferente a posição de ego ou de alter a ser adotada.

*Com isso, não serão relevantes como esses sinais característicos especiais, mas apenas como elementos de uma classe de sinais abstratos característicos, que podem ocorrer em diversas situações com diversos participantes. Ego necessita assumir, diante de si mesmo, uma perspectiva, na qual é indiferente se ele se encontra no seu próprio lugar ou no de alter. Alter assume, visto deste ponto de vista, diante de ego, a mesma perspectiva que ego diante de alter.*<sup>53</sup>

Segundo Piaget, há quatro estágios do desenvolvimento que passam do egocentrismo para a cooperação e, respectivamente, da moralidade heterônoma para a autônoma. Ele analisa o juízo moral das crianças na passagem da prática das regras rumo a consciência das regras.

---

substituição a noção de coação pela de entendimento moral. Mais adiante quando trata mais propriamente da adequação no direito ele é taxativo quanto a impositividade coercitiva: “Desse modo, a validade factual do princípio de reciprocidade é obtida por procedimentos nos quais estão fixadas, de modo genericamente válido, normas jurídicas positivadas que serão imparcialmente aplicadas em um “juízo orientado pelas circunstâncias do caso presente” e que poderão ser impostas somente conforme este processo decisório.”

<sup>49</sup> Ibid, p.79. “Desse modo, emerge uma dinâmica que a cada circunstância acrescenta uma surpreendente quantidade de aspectos, nuances ou mudanças imprevistas ao conteúdo semântico de diversas normas aplicáveis, obrigando modificações, restrições ou deslocamento de pesos, a fim de, por aproximação, fazer jus à pretensão de uma consideração adequada de todos os sinais característicos.” (Grifos)

<sup>50</sup> Ibid, p.184. “A idéia do desenvolvimento, que é própria de todas essas teorias, refere-se à crescente auto-reflexão de estruturas da justiça e da cooperação. Importa aos atores isolar as condições de cooperação bem-sucedidas de experiências de cooperação fática e contingente, desvinculá-las dos respectivos contextos e reconstruí-las reflexivamente.”

<sup>51</sup> Ibid, p. 158.

<sup>52</sup> Ibid, p.159-161.

<sup>53</sup> Ibid, p. 161.

De modo que a cooperação, a reciprocidade e a estima serão a razão do reconhecimento e observância das regras<sup>54</sup>, com um senso de justiça orientado pelo princípio da igualdade e não mais por uma questão de autoridade<sup>55</sup>.<sup>56</sup>

*Piaget diferencia um estágio motor da repetição de simples regularidades individuais, um estágio egocêntrico, no qual a criança “brinca sozinha com um material social”, imitando, na sua fantasia, o modo de brincar dos adultos. Trata-se de um terceiro estágio da orientação inicial na cooperação com outros, no qual a criança, no entanto, ainda não está em condições de “criar uma lei que fosse válida para a totalidade dos casos possíveis”. Há, finalmente, um quarto estágio, no qual a criança domina operações formais, podendo, por isso, abstrair de situações isoladas, de modo que consiga ter prazer em prever todo tipo de casos possíveis e de codificá-los. [...]Essa relação com as regras e as situações de aplicação começará a desfazer-se somente quando crescer a cooperação entre os parceiros de brincadeiras. O estágio de ‘mútua estima’ pressupõe relações de interação simétricas as quais a criança aprende tanto a distinguir-se das demais, quanto a referir-se a elas<sup>57</sup>. (grifo meu)*

Por fim, para Kohlberg, há três estágios da avaliação moral: I) pré-convencional: baseada em eventos externos e ações más, conduzindo-se de maneira individualista; II) convencional: baseada em pessoas, tanto em papéis bons e corretos como na experiência dos outros enquanto membro da sociedade; III) pós-convencional: baseada na conformidade do eu com as normas nas quais a sociedade irá se orientar<sup>58</sup>.

*Somente o estágio 6 contempla essa etapa em direção às condições extra-contratuais do acordo, quando passa a compreender os princípios gerais apenas como representação daquelas condições procedimentais normativas, que todos precisam aceitar, se quiserem chegar a um consenso mútuo.<sup>59</sup>*

A consciência moral assim evolui do contexto de aplicação e justificação para o de transcendentalização da fundamentação das regras no princípio “U”, de estágio pós-convencional. O direito, então, surgirá para que, diante destas normas válidas e reconhecidas, seja efetivo e impositivo nas determinações normativas.

---

<sup>54</sup> Ibid, p.179.

<sup>55</sup> Ibid, p.180.

<sup>56</sup> Ibid, p.182. “Piaget designa e “**equidade**” diversos aspectos do princípio de mútua estima: um aspecto universal que obriga os participantes a reconhecerem-se mutuamente como iguais – independentemente de diferenças individuais e situações especiais – e um aspecto particular, que obriga a considerar todas as diferenças individuais e todas as circunstâncias especiais em uma situação. Ambos os aspectos somente põem desenvolver-se no estágio da moral autônoma.”

<sup>57</sup> Ibid, p. 177/179.

<sup>58</sup> Ibid, p.192.

<sup>59</sup> Ibid, p.204.

*O critério de validade, estabelecido com o princípio Moral (U), vincula expressamente a validade de uma norma com a pressuposição de sua observância geral. A aceitabilidade das razões apresentadas pelos participantes do discurso está, portanto, sob a resolutiva condição de que também a norma será efetivamente observada por todos. [...] Portanto, **de alterar apenas se poderá demandar a observância de uma norma válida e situacionalmente adequada sob a condição de que, caso seja necessário por meio de recursos que produzam empiricamente uma decisão, ele possa postular que ego observe a norma. O único sentido desse “direito” consiste em tornar possível a validade efetiva do princípio de reciprocidade.**[...] **O Direito constitui uma relação entre os participantes virtuais do discurso cuja demanda mútua seja a observância efetiva de normas válidas.**<sup>60</sup> (grifo meu)*

Como se percebe, há uma releitura do conceito positivista de validade que garante a coercibilidade do direito. Se Kelsen era simplesmente indiferente à moralidade, em Habermas há uma circularidade intersubjetiva e procedimental que assegurará a facticidade do direito, que é aprofundada em Klaus Günther nos discursos de aplicação e fundamentação do princípio moral “U” que, por sua vez, no entanto, precisará do direito para garantir a aplicação efetiva das normas consideradas moralmente válidas e adequadas.

Assim, o discurso de adequação, que fundamenta o conceito positivista de validade em Günther, servirá para legitimar, agora moralmente, a coação do direito<sup>61</sup>.

Para concluir, alguns pensadores jus-hermenêuticos são apresentadas por Klaus Günther para corroborar a teoria da adequação no direito, que ficam nesta linha de transição entre a generalidade e a contextulidade dos casos. Para Kriele, é necessária uma análise prévia e abstrata de hipóteses normativas para, somente depois, investigar se tais ponderações jurídico-rationais adéquam-se ao ordenamento positivo<sup>62</sup>. Para Esser, são necessárias prévias avaliações dos sinais característicos relevantes e de pontos de vista jurídicos, ou: “*de avaliações extrajudiciais que procedem do contexto ético do sistema jurídico*”<sup>63</sup>.

O modelo de maior destaque é o da “integrity” de Dworkin. Nesse modelo de adequação, deve-se estabelecer uma coerência entre a decisão judicial e a teoria política geral, baseando-se em princípios extra-jurídicos. Aqui há um apoio institucional para a aplicação da norma. Deste modo, o sistema jurídico deve seguir íntegro perante a comunidade políticas. É feita aqui a metáfora do juiz Hércules que precisa pensar em todos os direitos de um

---

<sup>60</sup> Ibid, p.306..

<sup>61</sup> Ibid, p.368. “A legitimidade dos resultados de tais discursos restritos dependerá das possíveis argumentações que neles forem admitidas e por meio das quais se consiga destacar eficientemente as razões. Seguindo a distinção, sugerida aqui, entre fundamentação e aplicação, estas razões devem se referir à consideração de todos os interesses, no caso da argumentação a respeito da validade de uma norma, e ao exame de todos os sinais característicos situacionais, no caso da argumentação a respeito da adequação de uma norma.”

<sup>62</sup> Ibid, p.401.

<sup>63</sup> Ibid, p.402.

comunidade e justificar suas decisões de maneira consentânea com as leis e a dogmática existente<sup>64</sup>.

Não apenas a teoria kelseniana, mas também a teoria habermasiana e a de Klaus Günther são passíveis de objeções neste conceito de validade que se amparam. A NHF explícita ou que transite numa teoria do agir comunicativo ou da validade adequada podem não atingir a contento as propostas que possuem. Uma análise crítica passará, então, a ser feita neste trabalho.

---

<sup>64</sup> Ibid, p.404/412.

## 2.2) A FRAGILIDADE DO CONCEITO POSITIVISTA DE VALIDADE

A partir deste momento será investigado o conceito de validade, indispensável para assegurar a coerção no direito, o qual se manifesta de diversas formas: seja através da NHF, como ápice do escalonamento jurídico normativo puro e neutro de Kelsen; seja por meio do agir comunicativo, que transita entre o entendimento intersubjetivo e a certeza incondicional na teoria da ação de Habermas; ou, ainda, seja através do conceito de imparcialidade pós-metafísica, entre o discurso de aplicação e de fundamentação, que pretende atribuir legitimidade moral às normas no pensamento de Klaus Günther.

É necessário pontuar uma questão fundamental neste passo e antes, portanto, de iniciar a abordagem pretendida a respeito do conceito de validade. Afinal, Kelsen, com sua versão mais básica do positivismo, pretende uma ciência do direito? Na verdade, a resposta para isso necessitaria de um maior aprofundamento e mudaria o foco da abordagem aqui desejado, porém, a pretensão kelseniana diz respeito a uma ciência “normativa” do direito. Isto é, há nele uma revelada importância na construção do raciocínio orientado para a validade ou invalidade das “normas” (enquanto atos subjetivos, ou de vontade do legislador). Aqui sendo possível falar em um rigor científico conduzido pela hipóstase metafísica da norma hipotética fundamental. Além disso, e em caráter complementar, existe na hermenêutica de Kelsen a “proposição jurídica” (cujo maior exemplo é a sentença). Esta, por sua vez, move-se nas noções de verdadeiro ou falso, e materializa-se nos juízos hipotéticos e sua adequação às normas “válidas”.

De fato, a pretensão de reduzir, em termos científicos a normatividade no raciocínio de binômio válido/inválido (ou ainda verdadeiro/falso nas proposições), para além do viés de coercibilidade que nos interessa (e inclusive escapariam ao enfoque desta dissertação), remonta a maiores indagações de ordem sistemática. Atualmente, a teoria de Luhmann discorre sobre este aspecto, quando, por exemplo, fala de sistemas complexos cuja simplificação e operacionalização promove-se com tais códigos binários, que no direito são fundamentados pela teoria kelseniana.

Outra menção importante, já em termos sociológicos, é o resultado atingido com uma noção de validade. A teoria weberiana do tipo ideal, em termos ilustrativos, encontra muita afinidade com este esforço científico dos positivistas. Assim, acima da própria ontologia da validade, estaria a autoridade orgânica e sistemática do direito por sua autoridade, simplesmente, por fundamentar a coerção.

### 2.2.1) DO CONCEITO TRADICIONAL

Como visto anteriormente, a falta de substância moral no positivismo jurídico de Kelsen passou por uma necessidade a ser suprida na filosofia contemporânea do direito. A tentativa deste resgate da moral, então denominada pós-covencional diante dos estudos de Kohlberg, é feita através da racionalidade prática pura de Kant encontrada no imperativo categórico, que é atualizado para uma racionalidade procedimental e intersubjetiva, voltada para um consenso do agir comunicativo habermasiano. O que se notou, todavia, é a persistência do conceito de validade, notadamente positivista, e assegurado da impositividade das normas jurídicas. Tanto em Klaus Günther como em Habermas, a transcendência universalista procura aferir legitimidade ao discurso jurídico e a sua coercibilidade. A NHF é relida através de conceitos como imparcialidade, condições ideais do discurso, procedimentalidade, e continua a exercer a sua função de sustentação ao conceito de validade.

Ora, não se trata de simplesmente descartar o conceito de validade, porque o direito efetivamente precisa se impor enquanto sistema, mas, sim, em perseguir a substância moral efetiva que prescindia da NHF e obtenha uma validade com base na justiça de suas decisões.

Para isso, deve-se investigar qual a finalidade do ordenamento jurídico. Qual a sua razão de ser? E a esta pergunta quem procura responder é Gustav Radbruch, com forte inspiração em Ihering.

*O conceito de direito é um conceito cultural, quer dizer, um conceito de uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço de valores. O direito é a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à **idéia do direito**. O conceito de direito cumpre-se, portanto, na idéia do direito. A idéia do direito não pode ser outra senão a justiça. [...] Mas o justo, no sentido de justiça objetiva, somente pode ser uma relação entre homens. O modelo do moralmente bom se expressa em um homem ideal; o modelo da justiça, em uma ordem ideal da sociedade.<sup>65</sup>*

Por um lado, a idéia de justiça, para Gustav Radbruch, encontra-se dissociada da idéia de moral. O autor ainda encontra-se situado no pensamento da modernidade, e vê na moral um fato psicológico na consciência do sujeito transcendental<sup>66</sup>, esta se distinguindo do direito enquanto fenômeno pertencente à sociedade e à cultura exteriores. Uma concepção de moralidade intersubjetiva habermasiana, por exemplo, passaria longe de seus pensamentos.

<sup>65</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: martins fontes, 2004, p. 48.

<sup>66</sup> *Ibid*, p.56.

Por outro lado, vincula a idéia da justiça no conceito de cultura. Assim, a cultura é conjunto das manifestações de um povo, acompanhando “*uma mescla de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto*”<sup>67</sup>, de modo que realizará ou inibirá os valores, porém será nela que as realizações axiológicas ocorrerão ou não: “*a cultura não é pois realização de valor, mas o dado que tem a significação, o sentido de realizar valores, ou, segunda as palavras de Stammeler, ‘a aspiração pelo justo’.*”<sup>68</sup>”

O pensamento que cerca este autor e também Kelsen é o de ver na ciência “*uma atitude cega para o valor, exercida de modo metodológico, é a essência do pensamento das ciências naturais*”<sup>69</sup>. Por tais razões conceituais de sua época, em que pese este autor firmar o seu correto posicionamento de que o cerne do direito é a substância da justiça, não obstante isso ele recua diante da força de validade que se impôs através da NHF. Coloca então o direito como mera possibilidade da justiça<sup>70</sup>, o que já representa um avanço em relação à teoria “pura” do direito, mas que carece, ainda, de concretude da idéia de justiça e não deixa de ser autofágico e render-se à noção pura de coerção do conceito de validade. Esta concessão positivista acaba por fragilizar violentamente a teoria radbruchiana da idéia de justiça, tornando-a inoperante.

*O fim é, segundo as palavras de Ihering, o criador de todo o direito. Mas, apenas criado, o direito nega o seu criador; originário de um fim, pretende, a começar desse momento, valer tão-só pela sua mera existência sem respeitar o cumprimento desse fim e viver como um fim em si, segundo sua própria legalidade. [...] O direito processual deve estar ao serviço do fim de auxiliar a realização do direito material, no entanto, vale de um modo absoluto, quer dizer, não só no caso de não servir à realização do fim do direito, mas até no caso de vir a ser o seu impedimento.*<sup>71</sup>

Dessa forma, se a idéia de justiça e de fim do direito não conseguiram, ainda, conferir a substância necessária ao ordenamento jurídico, deve-se voltar a atenção para a teoria kelseniana e ver como ela se situa diante da pluralidade de interpretações, já que é dissociada da moralidade.

Se a NHF à luz de Klaus Günther se encontra no discurso de fundamentação, por sua vez, a hermenêutica terá lugar no discurso de aplicação. Nesta segunda parte da “Teoria Pura

---

<sup>67</sup> Ibid, p.7.

<sup>68</sup> Ibid, loc. cit.

<sup>69</sup> Ibid, p.6.

<sup>70</sup> Ibid, p.69. “*O direito é, pois, tão somente a possibilidade da moral, e, exatamente por isso, também a possibilidade do imoral. O direito só pode possibilitar a moral, não força-la, pois o ato moral, por necessidade conceptual, só pode ser um ato da liberdade; mas uma vez que só pode possibilitar a moral, precisa também inevitavelmente possibilitar o imoral.*”

<sup>71</sup> Ibid, p.260/262.

do Direito” entende Kelsen que há uma liberdade ao julgador e intérprete da lei em fixar o conteúdo jurídico.

*O Direito a aplicar, forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.<sup>72</sup>*

Assim, se no discurso de fundamentação a NHF confere a validade ao direito, Kelsen, que não se permitiria uma concepção como a de Klaus Günther incorporadora do conceito de validade no discurso de aplicação através do princípio moral “U”, por sua vez, entende ser a aplicação da lei, “*case by case*”, absolutamente desprovida de segurança jurídica, representando verdadeira ficção uma tal pretensão<sup>73</sup>. Assim, se há uma expectativa da existência de apenas uma única decisão justa isto se trata de mera opção de política legislativa, em resposta aos conflitos de interesses apresentados ao Estado<sup>74</sup>, mas que não se coaduna com a realidade eminentemente decisionista<sup>75</sup>.

Aqui surge um problema hermenêutico para Kelsen. Se ele entende que o direito deve ser purificado da moral por seu conteúdo relativista (“eticidade”), então não poderá se valer da ética para fixar a escolha de uma das possibilidades interpretativas dentro da moldura normativa que se apresenta, nem poderá recorrer-se a qualquer discurso extra-jurídico, para uma teoria positivista que se pretende “pura”.

É bom que se ressalte na história do direito as tentativas hermenêuticas diferenciadas para equacionar esta questão. Nenhuma delas foi encampada por Kelsen. A primeira, a “jurisprudência dos conceitos”, acreditava numa possibilidade de interpretação puramente científico-cognoscitiva através dos estudiosos. A segunda, “jurisprudência dos interesses”, mais atenta para os fatos, procurava solucionar os problemas diante dos interesses envolvidos,

<sup>72</sup> P. 390.

<sup>73</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 390/393. “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. (...) A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte [auto-ilusão] – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é uma problema de teoria do Direito [Günther/Alexy], mas um problema de política do Direito.”

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 393. “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.”

<sup>75</sup> *Ibid.*, loc. cit. “A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.”

porém sem apresentar qualquer critério seguro<sup>76</sup>. Por fim, a contemporânea “jurisprudência dos valores”, encontrada na linha de Habermas e Klaus Günther, que inserem a moralidade no discurso de aplicação.

A solução apresentada por Kelsen foi de considerar o órgão com competência para julgar a norma como a autoridade apta a fixar o conteúdo da norma no caso concreto, estabelecendo a sentença definitiva. Nada mais. Portanto, será este órgão autorizado a determinar a “interpretação autêntica” a ser conferida em decisão. O mais impressionante é que tal intérprete tem, segundo o positivismo, a possibilidade de, inclusive, sair da moldura da norma, podendo criar o direito e distinguindo de qualquer outra interpretação desautorizada e, por conseguinte, inautêntica.

*A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa<sup>77</sup>.*

Assim, se a pretensão da teoria pura do direito era de conferir cientificidade e neutralidade ao direito, esta apenas se sustentou no discurso de fundamentação, mas quando se volta para o discurso de aplicação há uma verdadeira autofagia. É bom que se recorde que Kelsen tinha relações com o Círculo de Viena e que há nesta conclusão de sua teoria muita afinidade com a sétima proposição de Wittgenstein: “sobre aquilo que não se pode falar, deve-se calar”. De modo que, ao invés de apresentar uma solução ao problema hermenêutico de aplicação do direito, lança-o a uma ausência resposta objetiva recaindo em autofagia. Nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho:

*[...] se a eliminação de diferenças nas interpretações da mesma norma jurídica não se pode fazer pela ciência, mas apenas por ato de vontade, então à doutrina cabe unicamente elencar as muitas significações atribuíveis à norma, silenciando quanto à maior ou menor pertinência destas. Em suma, para ele, o que não se pode falar sobre o direito positivo, com consistência científica, deve-se calar.<sup>78</sup>*

---

<sup>76</sup> Ibid, p. 395/392. *I) jurisprudência dos conceitos*: “A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. A idéia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito.” [...] *II) jurisprudência dos interesses*: “Também o princípio da chamada apreciação dos interesses é tão-só uma formulação, e não qualquer solução, do problema que aqui nos ocupa. Não fornece a medida ou critério objetivo segundo o qual os interesses contrapostos possam ser entre si comparados e de acordo com o qual possam ser dirimidos os conflitos de interesses.”

<sup>77</sup> Ibid, p. 394.

<sup>78</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.65.

Portanto, se Gustav Radbruch não conseguiu aprofundar a investigação sobre o conceito de justiça em sua noção substantiva de idéia do direito, calando-se quanto a sua efetividade, por sua vez, Kelsen também não conseguiu fixar a segurança jurídica com uma interpretação positivista que apresentasse a única norma aplicável a um determinado caso, igualmente silenciando-se.

Neste diapasão, surge a trilha a ser perseguida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que, por um lado, terá de perseguir a concretização desta idéia de justiça e, por outro lado, terá espaço de se desenvolver no momento hermenêutico de aplicação da norma. Ora, como os contemporâneos inseriram a moralidade no conceito de validade, vejamos se este atende às reais necessidades implementação da idéia de justiça ou se, ao contrário, será preciso desenvolver o princípio da dignidade da pessoa humana.

### 2.2.1) DO CONCEITO CONTEMPORÂNEO

Os contemporâneos foram muito perspicazes em desenvolver o conceito de validade no discurso de aplicação e em recorrerem-se a moralidade. Com isso, pretenderam tanto atender a uma crítica da ausência da ética no direito, como preencher a “lacuna” aberta por Kelsen no campo da hermenêutica e da aplicação, e, assim, tiveram espaço suficiente para inserir conceitos como o de imparcialidade através de uma validade transcendental ao contexto.

O que sustenta estes pensadores é o estabelecimento de uma validade<sup>79</sup> discursiva centrada num conceito de verdade justificado contextualmente<sup>80</sup>, porém que, em condições ideais, transcende a validade justificatória para atingir o grau de uma validade incondicional<sup>81</sup>:

*Uma proposição é “verdadeira” se ela pode ser justificada sob condições epistêmicas ideais (Putnam), ou se pode conquistar concordância argumentativamente alcançada numa situação ideal de fala (Habermas) ou numa comunidade de comunicação (Apel). O que é verdadeiro é o que pode ser aceito como racional sob condições ideais.<sup>82</sup>*

Há uma noção bifronte de verdade<sup>83</sup>, ora atenta para o discurso contextual, ora atenta para a ação que depende da incondicionalidade. Assim, enxergam nas condições ideais uma necessidade de referência que transcende ao próprio discurso no qual estão inseridos os participantes da comunidade normativa<sup>84</sup>. Trata-se de uma verdade incondicional-e-falibilista, porque não se sabe se as verdades hoje estabelecidas irão prevalecer no futuro, mas ainda assim se confere a elas uma certeza comportamental. Habermas estabelece, inclusive, que há uma distinção entre o uso estratégico da linguagem, de um lado, voltado para a persuasão e para os interesses envolvidos, e o uso direcionado para o entendimento, de outro lado, quando se pretende atingir a pretensa de validade universalista.

<sup>79</sup> Convém apenas ressaltar que é possível encontrar outras versões para o conceito de validade em Habermas, sendo aqui destacado o aspecto de transcendentalidade e pretensão de verdade que a noção carrega.

<sup>80</sup> P. 196. “Diferentemente de Putnam, entretanto, Rorty não quer levar em conta o fato dos processos de aprendizagem, com a admissão de que as práticas justificatórias são guiadas por uma idéia de verdade que transcende o conceito justificatório em questão.”

<sup>81</sup> Ibid, p. 197. “Certamente, pode-se objetar a isso, que uma idealização das condições justificatórias de modo algum precisa tomar as “espessas” características de uma determinada cultura como seu ponto de partida; antes, ela pode começar com as características formais e processuais das práticas justificatórias em geral, que, afinal de contas, põem ser encontradas em todas as culturas.”

<sup>82</sup> Ibid, p. 194.

<sup>83</sup> Ibid, p. 191.

<sup>84</sup> Ibid, p.203. “Desse modo, o mundo vivido, com suas concepções de verdade e conhecimento fortes e relacionadas com a ação, projeta-se para dentro do discursos e oferece o ponto de referência – transcendendo a justificação – que mantém viva, entre os participantes da argumentação, uma consciência da falibilidade de suas interpretações. Inversamente, essa consciência falibilista reage também de volta sobre as práticas cotidianas, sem por isso destruir o dogmatismo do mundo vivido.”

Esta visão não é isenta de críticas. O pragmatismo de Richard Rorty apresenta fortes objeções a esta pretensão universalista. Este embate com Habermas ocorreu através de uma provocação de Rorty no artigo “Verdade, universalidade e política democrática”, a réplica de Habermas veio na publicação “A virada pragmática de Richard Rorty”, com a tréplica de Rorty em “Resposta a Jürgen Habermas”.

Segundo Rorty, a possibilidade de universalização somente aconteceria através da ampliação da comunidade discursiva. Ele denomina de “política democrática” a esta pretensão de uma “comunidade includente planetária”<sup>85</sup>. Porém, antes mesmo de analisar esta hipótese já a considera na contra-mão da realidade histórica, com a humanidade muito mais excludente do que includente, uma vez que cada um entende que suas tradições, costumes e orientações locais são melhores que as dos outros<sup>86</sup>.

O ponto defendido por Rorty é da verdade se estabelecer numa rede de crenças que se fixa em comunidades humanas de hábitos e usos de linguagem<sup>87</sup>. De modo que o conceito de validade discursiva somente pode ser atingido através de uma justificação contextualizada.

*A maior parte de nossas crenças deve ser justificada, aos olhos de nossos semelhantes, por uma razão similar: se elas não fossem justificadas – se nossos semelhantes não nos pudessem atribuir uma rede amplamente coerente de crenças e desejos – eles teriam de concluir que nos entenderam erroneamente, ou que nós não falamos a língua deles. Coerência, verdade e comunidade andam juntas. [...] Andam juntas simplesmente porque atribuir uma crença é automaticamente atribuir-lhe um lugar num conjunto amplamente coerente de crenças predominantemente verdadeiras<sup>88</sup>.*

Nesse sentido, Rorty acredita que todos os argumentos são validos perante pessoas, com uma limitação cognitiva própria e contextual, não se podendo admitir argumentos que

---

<sup>85</sup> Ibid, p. 103.

<sup>86</sup> Ibid, loc. cit. “A maior parte das comunidades humanas mantêm-se excludentes; seu senso de identidade e a auto-imagem de seus membros dependem do orgulho de não serem certos outros tipos de pessoas: pessoas que adoram o deus errado, comem comidas erradas, ou têm outras crenças e desejos perversos e repelentes.”

<sup>87</sup> Ibid, p. 141. “Davidson oferece as considerações que sustentam o dito de Wittgenstein quando diz: “A fonte última, tanto da objetividade como da comunicação, é o triângulo que, pondo em relação o falante, o intérprete e o mundo, determina os conteúdos do pensamento e da fala”. Você não saberia em que crê, nem teria nenhuma crença, a menos que sua crença tivesse um lugar numa **rede de crenças e desejos**. Mas tal rede não existiria se você e outros não pudessem casar aspectos do seu ambiente não-humano com o assentimento às coisas que você diz (utterances) por parte de outros usuários de linguagem, coisas que você diz causadas por aqueles mencionados aspectos.”

<sup>88</sup> Ibid, p. 142.

tenham uma força superior<sup>89</sup>. Quando se argumenta, o que se pretende é o convencimento do outro pelas razões que apresentamos e não uma aceitação incondicionada do que se sustenta<sup>90</sup>.

Uma objeção lançada por Habermas acusa o pragmatismo rortiano de cair numa auto-contradição performativa, porque sempre que houver um discurso é necessário que os participantes aceitem as condições de argumentação com a pretensão de verdade de uma declaração<sup>91</sup>.

Quanto a este ponto, Rorty ataca a própria noção de verdade, e considera que há em Habermas uma forte influência de Albrecht Wellmer, no sentido de pressupor, diante de condições ideais, que os argumentos apesar de apresentados em determinado momento e podendo ser rechaçados futuramente ainda assim poderiam ser chamados de válidos.<sup>92</sup> Ou seja, como se fosse possível, diante de uma argumentação, haver uma justificação “qualificada” que pudesse obter características de validade incondicional e transcendental, o que, no direito, é perseguido pela coercibilidade.

*Wellmer, parece-me, quer passar do condicionado (nossas variadas experiências de sucesso, na justificação de nossas crenças) ao incondicionado (a verdade). A grande diferença entre mim e Wellmer é que penso que a resposta à sua questão “Nossos princípios liberais e democráticos definem apenas um jogo de linguagem política possível, entre outros?” é um “sim” qualificado. Wellmer, entretanto, diz que “um não” qualificado pode ser justificado, e por justificação quero agora dizer: não justificação para nós, mas justificação, ponto. Como entendo, a própria idéia de “justificação, ponto” compromete Wellmer com a tese de que o espaço lógico de apresentação de razões é finito e estruturado.”<sup>93</sup>*

A metáfora utilizada por Rorty é bastante interessante: “Talvez você possa, mas você não está numa posição de alegar que pode mais que o campeão de um vilarejo de alegar que pode vencer

<sup>89</sup> Rorty fala no uso acautelatório da verdade contendo uma expectativa de possível frustração naquilo que ficou estabelecido. Ibid, p. 131. “Se estou correto em pensar que a única função indispensável da palavra “verdadeiro” (ou de qualquer outro termo normativo indefinível, como “bom” ou “certo”) é nos acautelar, prevenir contra o perigo, apontando para situações imprevisíveis (audiências futuras, dilemas morais futuros etc), então não faz muito sentido perguntar se a justificação conduz ou não à verdade. A justificação, perante mais e mais audiências, conduz a perigos sempre menores de refutação, portanto, a menos e menos necessidade de cautela.”

<sup>90</sup> Ibid, p.222-223. “Os argumentos não têm uma propriedade de superioridade, independentemente de contexto. (...) Quando entramos numa discussão séria, naturalmente esperamos que nossos interlocutores achem convincente o mesmo tipo de considerações que nós achamos. [...] Dizer que não há isso de uma proposição ser justificada tout court, ou de um argumento ser melhor tout court, significa dizer que todas as razões são razões para determinadas pessoas, que são limitadas (como as pessoas sempre são) por condições espaciais, temporais e sociais.”

<sup>91</sup> Ibid, p.120-121. “A resposta é que Habermas pensa que faz realmente uma diferença na prática, porque ele pode fazer uma jogada argumentativa que não me é dada: ele pode acusar seus opositores de autocontradição performativa. (...) Mesmo que esses pressupostos tenham um conteúdo ideal, que pode ser apenas aproximadamente realizado, todos os participantes devem, e facto, aceitá-los [os pressupostos da comunicação], sempre que afirmem ou neguem, de alguma maneira, a verdade de uma declaração, e queiram entrar numa discussão que vise justificar essa alegação de validade.”

<sup>92</sup> Ibid, p.127. “Sempre que fazemos uma alegação de verdade, com base no que consideramos serem bons argumentos ou evidência prementes, tomamos as condições epistêmicas, prevalentes aqui e agora, como sendo ideais, no sentido de que pressupomos que nenhum argumento ou evidência, que coloque em dúvida nossa alegação de verdade, aparecerá no futuro.”

<sup>93</sup> Ibid, p. 132..

*o campeão do mundo.*<sup>94</sup>”. O grande perigo sinalizado aí é da política democrática pretendida, ao invés de ser includente, ser excludente e pretender forçar a sua posição ética, ao invés de propriamente rever suas posições e tradições à luz da diferença.

Pelo que agora se analisou, então, o contexto argumentativo possui uma dimensão pragmatista, das partes envolvidas em um litígio, e a validade moral que venha a ser estabelecida será sempre limitada cognitivamente, de modo que se não consegue, acompanhando esta visão rortyana, superar contextos e atingir uma validade universalista, portanto uma ética que aqui se insira somente poderá ter índole particularista e justificada em determinada comunidade lingüística e jurídica.

---

<sup>94</sup> Ibid, p. 117.

### 2.3) O CONCEITO DE VALIDADE INSERIDO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A extensão do conceito contemporâneo de validade, munido de transcendentalidade, realiza uma sugestão do “cientista filósofo” encontrar raízes efetivas simplesmente nas tradições e costumes já estabelecidos e enraizados em sociedade (ou o estágio pós-convencional ou o pós-positivismo). Assim entendido, noções rivais de “procedimentalidade” vs. “substancialidade”, ou mesmo a moralidade de reminiscência universalistas em si, no fim, encontrariam a questão da coerção que enseja tal validade<sup>95</sup>.

Desse modo, a construção da ética no discurso jurídico, a partir da noção concreta de dignidade da pessoa humana, necessita ser fulcrada na concepção pragmatista, suspendendo o discurso de validade.

Nem uma ética de otimismo ou afirmativismos, nem uma ética “interesseira” da ordem discursiva, mas simplesmente uma ética pragmatista e construída.

---

<sup>95</sup> É como parece ser o pensamento de Foucault quando tratada da “ordem do discurso”: “*Enfim, creio que essa vontade de verdade assim apoiada sobre um suporte e uma distribuição institucional tende a exercer sobre os outros discursos – estou sempre falando de nossa sociedade – uma espécie de pressão e como que um poder de coerção*”. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: edições Loyola. 1996. P. 18.

### 2.3.1) UMA REFORMULAÇÃO ÉTICO-PRAGMATISTA

Se o sistema jurídico depende da validade, será apenas com base na ética que persiga decisões justas que, então, efetivamente poderá se atingir sua finalidade da justiça. A possibilidade cognitiva da moralidade jurídica, então, não ocorrerá nem através de uma tradição kantiana convicta no processo de aplicação do imperativo categórico, nem no Espírito hegeliano-metafísico que concretize o universal-concreto, nem ainda no procedimento habermasiano transcendental e pós-metafísico. Ao contrário, o princípio da dignidade da pessoa humana aqui entra em jogo para, através da teoria da argumentação, densificar a qualidade das decisões judiciais, apoiando-se no pragmatismo.

Conforme demonstrado sobre o pensamento de Rorty, o discurso possui uma validade que apenas pode vincular-se ao estrito contexto dos debatedores, sem possibilidade de transcendência. Assim, não há razão de se distinguir, a não ser em termos teóricos, o uso estratégico de um argumento do uso direcionado para o entendimento, como pretende Habermas. Se lançarmos mão do pensamento de Schopenhauer, ele dirá ainda mais, que no debate argumentativo estamos sujeitos a uma dialética que ele denominou de erística, onde a vitória é perseguida a todo custo em razão da própria natureza humana, mormente no direito, onde há interesses em disputa<sup>96</sup>.

*Por conseguinte, são duas coisas distintas a verdade objetiva de uma proposição e sua validade na aprovação dos contendores e ouvintes. A esta última é que a dialética é que a dialética se refere. Donde provém isso? Da perversidade natural do gênero humano. Se esta não existisse, se no nosso fundo fôssemos honestos, em todo debate tentaríamos fazer a verdade aparecer, sem preocupar-nos com que ela estivesse conforme à opinião que sustentávamos no começo ou com a do outro; isto seria indiferente ou, em todo caso, de importância muito secundária. No entanto, é isto o que se torna o principal. [...] O interesse pela verdade, que na maior parte dos casos deveria ser o único motivo para sustentar o que foi afirmado como verdade, cede por completo o passo ao interesse da vaidade. O verdadeiro tem de parecer falso e o falso verdadeiro.<sup>97</sup>*

Desse modo, apesar de estarmos sujeitos ao risco da argumentação, é somente dela que dispomos para o desenvolvimento da validade discursiva, sendo uma questão, então, de analisar e racionalizar o uso da nossa linguagem. O pensamento rortiano divide em três as

---

<sup>96</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão*. Rio de Janeiro: topbooks, 2003. "Para estabelecer uma dialética pura, devemos deixar de nos preocupar com a realidade objetiva (que é a questão da lógica), e encara-la simplesmente como a arte de vencer o debate; (...) Deve-se dissociar claramente a descoberta da verdade, da arte de fazer com que a nossa proposição seja aceita como verdadeira." (p. 112)

<sup>97</sup> P. 96/97.

suas possibilidades: a racionalidade-1 é a mais básica, que se trata da mecânica de meio-fim<sup>98</sup>; a racionalidade-2 é aquela exuberante e afirmativista, através da qual se exalta uma dignidade humana valorosa “em si” e que conferem ao homem um *status superior*<sup>99</sup>; já a racionalidade-3, seria aquela retratada na seção anterior, capaz de implementar uma política democrática do tipo incluyente, cuja maior dificuldade consiste em rever as atitudes inadequadas e um certa dose de disposição em mudar as suas próprias convicções<sup>100</sup>.

Assim, Rorty acredita ser necessário romper com esta visão kantiana de que exista um princípio de prática pura apto a implementar uma universalidade ética. Ele chega a ironizar esta possibilidade, comparando-as ao seu gosto por “orquídeas selvagens”, que são raras e exuberantes tendo ele visto poucas ao longo da vida, tal qual pessoas que ostentam este grau de moral absoluta<sup>101</sup>.

*Filósofos morais que permanecem leais a Kant provavelmente acham que isso é uma grande perda. Os kantianos, geralmente, insistem que a justiça se origina da razão, e a lealdade, do sentimento. Somente a razão, eles dizem, pode impor obrigações morais universais e incondicionais, e assim é nossa obrigação de sermos justos. É sobre outro plano, a partir de relações de afeto, que criamos a lealdade. Jürgen Habermas é o filósofo contemporâneo mais proeminente que insiste no modo kantiano de olhar as coisas: é o pensador que está menos motivado a borrar a linha entre razão e sentimento, ou a linha entre validade universal e consenso histórico.*<sup>102</sup> (grifo meu)

<sup>98</sup> SOUZA, José (Org.). *Filosofia, Racionalidade, Democracia: os debates Rorty & Habermas*. Richard Rorty. *Verdade, universalidade e política democrática*. Jürgen Habermas. *A virada pragmática de Richard Rorty*. Richard Rorty. *Resposta a Jürgen Habermas*. São Paulo: unesp, 2005, p. 77. *I) Racionalidade-1: técnico-instrumental (meio-fim)*. “é o nome de uma habilidade que lulas têm mais do que amebas, que seres humanos usuários da linguagem têm mais do que antropóides não usuários da linguagem, e que seres humanos armados com tecnologia moderna têm mais do que aqueles que não a possuem: a habilidade de enfrentar o meio ambiente, ajustando suas reações aos estímulos deste, de modos complexos e delicados.”

<sup>99</sup> *II) Racionalidade-2: universalismo em si (homem como núcleo valorativo)*. Ibid, p. 82. “é o nome de um ingrediente extra que os seres humanos têm e que falta aos brutos.” (p.77); “É a superação da base animal e irracional por algo universalmente humano, algo que todas as pessoas e culturas são mais ou menos aptas a reconhecer e respeitar.” (p. 81); “Em minha opinião, esse conjunto de atitudes é uma tentativa de preservar a noção kantiana de ‘dignidade humana’, mesmo após se ter abandonado a racionalidade-2. É uma tentativa de recriar a distinção kantiana entre valor e dignidade por meio de se pensar a respeito de toda cultura humana, se não de todo indivíduo humano, como de valor incomensurável (...) cerca a obra de arte.”

<sup>100</sup> *III) Racionalidade-3: entendimento e convencimento*. Ibid, p. 78. “a capacidade de não responder agressivamente a essas diferenças. Essa habilidade acompanha um desejo de alterar os próprios hábitos – não somente de conseguir mais do que anteriormente se queria, mas de se remodelar em um diferente tipo de pessoa, que quer coisas diferentes daquelas que queria antes. Ela também acompanha uma confiança mais na persuasão do que na força, uma inclinação para conversar antes do que brigar, queimar ou banir.”

<sup>101</sup> RORTY, Richard. *Pragmatismo e Política*. São Paulo: martins, 2005, p. 34/36. “Mas eu também tinha interesses privados, estranhos, esnobes e incomunicáveis. (...) esses interesses se dirigiam às orquídeas. Algumas das quarenta espécies de orquídeas selvagens estavam nessas montanhas, e acabei encontrando dezessete delas. As orquídeas selvagens são incomuns e bastante difíceis de encontrar. (...) Eu não tinha muita certeza do porquê aquelas orquídeas eram tão importantes, mas estava convencido de que eram. Eu estava certo de que nossas nobres, puras e castas orquídeas selvagens norte-americanas eram moralmente superiores às exibidas e hibridizadas orquídeas tropicais à mostra nas floriculturas.”; “Pois moral e absolutos filósofos soavam um pouco como minhas orquídeas adoradas – numinosas, difíceis de encontrar, conhecidas somente por uns poucos escolhidos.”

<sup>102</sup> Ibid, p. 104/105.

O maior perigo que aqui se vislumbra é de uma visão universalista da moral carregar um etnocentrismo velado<sup>103</sup>. No sentido de que nós, e não os outros, possuímos a noção do que é correto e justo. Percebe-se aqui semelhança com o que Kelsen afirma a respeito dos tribunais possuírem a “interpretação autêntica”, ou seja, pode haver diversos intérpretes, mas apenas a Corte Suprema possui a força de dizer o correto, inclusive podendo sair da moldura interpretativa permitida estritamente pela norma.

A crítica maior é contra a visão iluminista na crença da existência de uma natureza intrínseca afirmativa que precise apenas ser investigada e descoberta<sup>104</sup>. Ao invés desta concepção, Rorty considera que a verdade não seja dada, mas construída dentro da linguagem humana, que também é uma construção. De modo que não admite uma linguagem com aptidão de totalidade e verdade, será antes o privilégio de uma linguagem sobre outras<sup>105</sup>.

A verdade que será construída no direito obterá a sua validade a partir da vivência<sup>106</sup> e da formação daqueles que estiverem envolvidos na argumentação. De tal maneira que o direito, diferentemente das ciências da natureza e do método, estaria situado entre as ciências do espírito. Segundo Gadamer, há um fórum com a tradição histórica em continuidade de consciência:

*Ao se compreender a **tradição** não se compreendem apenas textos, mas também se adquirem discernimentos e se reconhecem **verdades**. Mas que conhecimento é esse? Que verdade é essa? [...] O fenômeno da compreensão impregna não somente todas as referências humanas ao mundo, mas apresenta uma **validade própria também no***

<sup>103</sup> Ibid, p. 120-121. “Sociedades não-ocidentais, no passado, foram certamente céticas aos conquistadores que explicaram que eles as tinham invadido por obediência a ordens divinas. Mais recentemente, elas têm sido céticas em relação aos ocidentais que sugerem que deveriam adotar modos ocidentais para se tornarem mais racionais.”; “Mas penso que a retórica que nós, ocidentais, usamos na tentativa de conseguir que todos sejam parecidos conosco seria melhorada se fôssemos mais francamente etnocêntricos e menos supostamente universalistas. (...) Dizer esse tipo de coisa parece preferível a falar: veja o quanto somos muito melhores em saber quais diferenças são arbitrárias entre pessoas e quais não são – como somos muito mais racionais.”

<sup>104</sup> Ibid, p.26-27. “Alguns filósofos mantiveram-se fiéis ao Iluminismo e continuaram a se identificar com a causa da ciência. (...) Encaram a expressão ‘criar a verdade’ como meramente metafóricas e totalmente enganosa. Pensam na política e na arte [e também pode se dizer do direito] como esferas em que a idéia de ‘verdade’ fica deslocada.”; “Dispuseram-se a ver o mundo da ciência empírica como um mundo fabricado – a ver matéria como algo construído pela mente, ou como feita de uma mente insuficientemente cônica de seu próprio caráter mental –, mas persistiram em ver a mente, o espírito, as profundezas do eu como dotados de uma natureza intrínseca – uma natureza que se poderia conhecer por uma espécie de superciência não empírica chamada filosofia. Isso significava que apenas metade da verdade – a metade científica inferior – era produzida. A verdade superior, a verdade sobre a mente, seara da filosofia, ainda era uma questão de descoberta, não de criação.”

<sup>105</sup> Ibid, p. 28. “Dizer que a verdade não está dada é simplesmente dizer que, onde não há frases, não há verdade, que as frases são componentes das línguas humanas, e que as línguas humanas são criações humanas.” (p. 28) “Ou seja, ela resulta [a natureza intrínseca] da tentação de privilegiar uma dentre as muitas linguagens com que habitualmente descrevemos o mundo ou nós mesmos. Enquanto acharmos que existe uma relação chamada de ‘adaptação ao mundo’ ou ‘expressão da verdadeira natureza do eu’, da qual os vocabulários-como-totalidades possam ser dotados ou carentes, continuaremos na busca filosófica tradicional de um critério que nos diga que vocabulários têm essa característica desejável;”

<sup>106</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 8ª ed. Bragança Paulista, SP: editora universitária São Francisco, 2007, p. 105. “A partir daí a palavra ‘vivenciar’ apresenta o tom da imediatividade com que se apreende algo real, em oposição àquilo que se pensa saber, mas para o qual falta a credencial da vivência própria, quer porque o tenhamos recebido de outros, porque venha do ouvir falar ou que o tenhamos deduzido, suposto ou imaginado. O vivenciado (das Erlebte) é sempre o que nós mesmo vivenciamos (das Selbsterlebte).”

*terreno da ciência, resistindo à tentativa de ser transformado em método da ciência. [...] Seu propósito é rastrear por toda parte a experiência da verdade.<sup>107</sup>*” (grifo meu)

A validade discursiva do direito, pragmatista, além de não ter este atributo de transcendência universalista, possui o efetivo risco de sujeitar-se a uma dialética erística e, além disso, a sua construção será feita na qualidade de ciência do espírito, segundo a concepção gadameriana, em que a vivência e formação dos envolvidos terão peso e estarão em contínuo debate no fórum histórico-sociológico da tradição.

É interessante notar a posição de Gustav Radbruch quanto à necessidade de uma reflexão consciente sobre a linguagem do direito. Todavia, como sua visão encontrava-se imersa na concepção psicológica da moral kantiana, sem as referências de intersubjetividade habermasianas ou hermenêutico-vivências gadamerianas ou mesmo pragmatistas da linguagem rortyanas, restringiu-se em falar da justiça enquanto “idéia” e não como uma construção, deixando clara a sua insatisfação.

*Se a linguagem jurídica é de estilo frio e lapidar, em estranho contraste, a linguagem da luta pelo direito, do sentimento jurídico combativo, é retórica artilosa. [...] Para quem luta pelo direito, é característica a mistura singular de frieza e de ardor, de intelectualismo generalizador que do caso concreto leva ao seu princípio, e da paixão individualizadora que fulmina o ilícito a que combate como se fosse uma monstruosidade. [...] Um bom jurista deixaria de sê-lo se a cada momento da sua vida profissional não se conscientizasse tanto da necessidade quanto, ao mesmo tempo, da profunda fragilidade de sua profissão.<sup>108</sup>*

Entender como seria uma teoria da argumentação atenta a estes pressupostos foge do cerne deste trabalho. Aqui é possível tão somente expor quais os contornos possíveis a serem considerados para uma tal pretensão. A preocupação maior é como argumentar o princípio da dignidade da pessoa humana de modo a que se obtenha uma validade pragmatista no discurso jurídico. Dele não se pode conceber um ponto de referência fora do discurso, enquanto representação que emitirá um certificado de validade do justo. Nem dele se pode esperar um afirmativismo substancial, que contenha todo o significado de verdade “em si”, e, assim, seja capaz de conferir uma liberdade positivista à coercibilidade autorizada pelo direito enquanto instituição estatal monopolizadora do exercício da força. Admite-se, ao contrário, que seja um conceito ‘ralo’ e, dentro da perspectiva pragmatista, seja uma ferramenta apta a

<sup>107</sup> Ibid, p. 29/30.

<sup>108</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: martins fontes, 2004, p. 158/160.

fazer a diferença num discurso jurídico, conferindo ‘densidade’ contextual às justificações ínsitas ao debate e nele vivenciadas pelo uso da linguagem jurídica.

Em Michael Walzer, a validade discursiva acompanha estas linhas. Para ele a argumentação moral terá um dualismo de um principialismo-minimalista e de um particularismo-maximalista<sup>109</sup>. Em defesa de seu posicionamento ele apresenta a imagem das marchas de Praga que pressionaram para o fim do comunismo e culminaram com a retirada das tropas do Pacto de Varsóvia.

*Portanto, quando nós vemos as marchas de Praga, num primeiro momento (ou em momento algum) endossamos as palavras ‘verdade’ ou ‘justiça’ como proposições abstratas. Ao contrário, nós reconhecemos as circunstâncias; nós imaginamos participar da marcha; nosso endosso é mais de engajamento do que de abstração ou especulação. Não também não queremos ouvir mentiras; nós também lembramos, ou já ouvimos histórias, de tirania e opressão. Nós entendemos o ponto que as placas dos tchecos querem defender.*<sup>110</sup> (tradução minha)

A moralidade será maximalista contextualmente, expressa num mesmo idioma que agrega as mesmas orientações históricas, culturais, religiosas e políticas de um grupo de pessoas<sup>111</sup>. Ao contrário de um processo de abstração de índole pós-convencional, Walzer enxerga o maximalismo-particularista como superando o minimalismo-principialista<sup>112</sup>. Este será o resultado do uso da linguagem em complexas relações histórico-sociológicas<sup>113</sup>, onde a força maior estará na densidade (“thick”) da moralidade, enquanto o principialismo será ralo (“thin”)<sup>114</sup>.

Rorty acredita que pensando desta maneira estará minimizando os riscos de um etnocentrismo, sem um “tribunal transcultural” que venha a arbitrar o justo e o verdadeiro, ou no direito mais propriamente o válido proferido por uma interpretação autêntica<sup>115</sup>. Trata-se,

<sup>109</sup> WALZER, Michael. *Thick and Thin: moral argument at home and abroad*. Indiana: university of notre dame, 2006, p. 4. “This dualism is, I think, an internal feature of every morality. Philosophers most often describe it in terms of a (thin) set of universal principles adapted (thickly) to those historical circumstances.”

<sup>110</sup> Ibid, p. 7/8. “Hence when we see the Prague marches, we don’t in the first instance (or perhaps ever) endorse ‘truth’ and ‘justice’ as abstract propositions. Rather, we recognize the occasion; we imaginatively join the march; our endorsement is more vicarious than detached and speculative. We too don’t want to be told lies; we too remember, or we have listened to stories about, tyranny and oppression. We see the point of the Czech signs.”

<sup>111</sup> Ibid, p. 3. “minimalist meanings are embedded in the maximal morality, expressed in the same idiom, sharing the same (historical/cultural/religious/political) orientation.”

<sup>112</sup> Ibid, p. 13. “Maximalism in fact precedes minimalism”

<sup>113</sup> Ibid, p. 7/21. “It is reiteratively particularist and locally significant, intimately bound up with the maximal moralities created here and here and here, in specific times and places.”; “Its principles and procedures will have been worked out over a long period of time through complex social interactions.”

<sup>114</sup> Rorty está plenamente de acordo com este pensamento. RORTY, Richard. *Pragmatismo e Política*. São Paulo: martins, 2005, p. 107.: “Estamos em uma posição melhor para decidir quais diferenças entre indivíduos são moralmente relevantes quando lidamos com aqueles que podemos descrever caudalosamente, e em uma posição pior quando lidamos com aqueles que somente podemos descrever de modo ralo.”

<sup>115</sup> Ibid, p. 113. “Walzer toma como certo que não pode existir algo como uma demonstração não circular de superioridade epistêmica da idéia ocidental de razoabilidade. Não há, para Walzer, um tribunal transcultural da razão diante do qual se possa julgar a questão da

então, de “tirar de situações caudalosas diferentes uma mesma situação rala<sup>116</sup>”. De fato, o mais interessante no pensamento de Michael Walzer é a inversão da moralidade, com especial enfoque ao contexto, sem inflacionar a noção universalista-principlista da moralidade, como comenta Richard Rorty:

*Michael Walzer está no extremo oposto em relação a Habermas. Ele é cauteloso quanto a termos como ‘razão’ ou ‘obrigação moral universal’. O núcleo de seu livro ‘Thick and thin’ é a afirmação de que deveríamos rejeitar a intuição que Kant considera central: a intuição de que ‘homens e mulheres, em qualquer lugar, começam com alguma idéia ou princípio ou conjunto de idéias e princípios comuns, que então desenvolvem de modos diferentes.’ Walzer acha que esse quadro de moralidade que ‘começa rala’ e vai se tornando ‘mais caudalosa com o tempo’ deveria ser invertido. Ele diz, ‘a moralidade é caudalosa desde o início, integrada culturalmente, completamente ressonante, e revela-se mais rala somente em ocasiões especiais, quando a linguagem moral é voltada para propósitos especiais’<sup>117</sup>.*

Por tudo que aqui foi demonstrado, o uso da linguagem jurídica brasileira “construiu” o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao contrário de um princípio caudaloso e repleto substancialmente de uma dignidade “em si”, gorda e maximalista, será através da argumentação que se poderá, contextualmente, ser desenvolver e amparar, na qualidade de conceito ralo, a justificação da validade moral que será proferida através do discurso no direito.

---

superioridade. Walzer está pressupondo o que Habermas chama de ‘um contextualismo forte para o qual não há uma ‘racionalidade’ única’. (...) Alcance universal é uma noção que combina com o construtivismo, mas a noção de validade universal, não.”

<sup>116</sup> Ibid, p.116.

<sup>117</sup> Ibid, p.105.

### 3) UM DEBATE ENTRE DIREITO E MORAL.

O Direito Contemporâneo questiona-se a respeito da dignidade da pessoa humana, recorrendo-se a princípios, com normatividade mais fluida, ao invés de regras, mais precisas. Recorre-se, ainda, na jurisprudência, a decisões que consideram a atuação de um “homem médio”. Este novo sentido não é positivista no sentido clássico. Abre-se, assim, uma nova dimensão reflexiva que não pode mais velar a importância da ética, que efetivamente dialoga com o direito.

A questão fundamental a ser aqui desenvolvida consiste em indagar quais aspectos da moralidade são capazes de contribuir para uma maior “qualidade” na análise das decisões jurídicas, pressupondo-se a insuficiência do ordenamento jurídico. Isto implica, como visto, na argumentação do princípio da dignidade da pessoa humana que, concretamente, vai se tornando caudalosa. Assumindo, portanto, esta perspectiva pragmatista da moralidade, o presente capítulo investiga a ética kantiano-generalista que foi apropriada por Habermas em sua “*leitura intersubjetivista do imperativo categórico*”<sup>1</sup>, dotado de uma pretensão procedimental em continuidade à filosofia de Kant no agir comunicativo.

*Isto significa que a teoria discursiva reivindica seu lugar na tradição kantiana de uma moral deontológica (concentrada na questão da fundamentação da validade prescritiva de mandamentos ou normas de ação), cognitivista (fundada na idéia segundo a qual a decisão do agir conforme uma certa norma, bem como a escolha da norma enquanto tal, são suscetíveis de argumentação racional), formalista (limitada ao estabelecimento de um princípio ou procedimento de justificação das normas), e, por último, universalista (defensora da superação dos limites históricos e culturais pelas estruturas ‘transcendentes’ da comunicação, nas quais se baseia a fundamentação daquele princípio), sem expor-se, contudo, às objeções do contextualismo contemporâneo.<sup>2</sup> (grifo meu)*

Nas seções que se seguem analisarão estas características apresentadas por Habermas da moralidade kantiana, à exceção do aspecto “cognitivista” já abordado no capítulo anterior afeto ao pragmatismo argumentativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim será analisado com será possível o incurso ético no direito diante de tais padrões de cognição.

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Manfredo. (Org.) *Filosofia Política Contemporânea*. ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, Direito e Política: sobre a teoria do discurso de Habermas*. Petrópolis, RJ: vozes, 2003. p.225.

<sup>2</sup> Ibid, loc.Cit.

### 3.1) A CARACTERÍSTICA “FORMALISTA” DA MORALIDADE KANTIANA

O “formalismo” kantiano ao se fundar em regras e princípios, diante das críticas de Hegel podem conduzir a juízos tautológicos, e na leitura procedimental de Habermas acabam por dar outro enfoque direcionado ao mundo da vida. Trata-se, portanto, de reanalisar esta concepção principiopológico-generalista considerando os interesses das pessoas envolvidas e, cada qual, com suas próprias visões e percepções morais.

Assim, partindo para o exame do aspecto formalista, é interessante notar que a própria sistemática do direito é estruturada de modo formal, a ponto dos kelsenianos estabelecerem a própria de suficiência na “lei”. Esta surgiu como uma forma de impedir a liberdade excessiva dos detentores do poder para não agirem arbitrariamente, a respeito de suas origens são importantes as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

*A nota da generalidade é um preconceito derivado da concepção de direito do século XIX, que identificou a norma jurídica com a lei. Ora, a lei contém um tipo de norma. É preciso reconhecer, porém, que é norma a sentença do tribunal. O preconceito explica-se pelo temor dos privilégios, típicos das ordens jurídicas do Antigo Regime, anterior à Revolução Francesa. Supunha-se que a sentença deveria ser apenas derivado e não autônomo. Com isso se limitava o arbítrio judicial, tão comum na sociedade pré-revolucionária<sup>3</sup>.*

Por definição a norma<sup>4</sup>, geral e abstrata, constituiu-se em pilar dos Estados de Direito que se consolidaram na Idade Moderna. A lei-formal representou uma conquista da racionalidade prática no controle do exercício do poder político arbitrário. Estas duas características, de generalidade e de abstração, embora não consigam assegurar de modo definitivo a efetividade da justiça, estabelecem uma impessoalidade na resolução de conflitos e realizando a contenção dos excessos<sup>5</sup>.

A noção de legalidade, é importante que se esclareça, não surgiu com a Revolução Francesa, e sim no Código de Hamurabi em torno de 2.300 AC. Com o iluminismo, no

<sup>3</sup> JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 3ª ed. São Paulo: atlas, 2001, p. 119.

<sup>4</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 426/429. “A própria noção de lei como ato jurídico geral e abstrato apresenta-se como uma exigência contra o arbítrio. (...) Traduz-se, pois, o princípio da legalidade no primado da vontade geral, consubstanciada na lei. Nestes termos, representa uma conquista histórica no combate à vontade individual e caprichosa do déspota ou eventual detentor do poder.”

<sup>5</sup> A moralidade de NAGEL prima por esta busca de um ponto de vista externo de análise das questões morais, com o esvaziamento dos interesses envolvidos e o escopo da reflexão prática impessoal. NAGEL, Thomas. *Visão a partir de lugar nenhum*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.233. “A questão básica da razão prática que dá início à ética não é ‘O que farei?’, mas ‘O que essa pessoa deveria fazer?’. Isso levanta um problema e indica um método para atacá-lo. O problema consiste em descobrir a forma que tomam as razões para agir e se ela pode ser descrita a partir de algum ponto de vista que não seja particular. O método consiste em começar com as razões que parecem vigorar a partir do meu próprio ponto de vista e do ponto de vista de outros indivíduos e indagar qual seria, a partir de uma perspectiva impessoal, a melhor explicação dessas razões

entanto, houve a consolidação da normatividade como garantia generalizada contra o abuso do poder estatal e significou uma ruptura em face do direito divino dos reis. A “Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão” demonstrou que a lei passou a ser destinada para todos, sem privilégios.

Assim como a lei firmou-se no Direito, assim a noção legal-formalista do iluminismo incorporou-se na moral. Um dos maiores representantes desta ética foi Kant. Nele, há uma estreiteza tão forte entre direito e moral que a principal diferença entre ambos é que no primeiro “segue-se” uma lei, enquanto no último “intenciona-se” segui-la, como explica do raciocínio prático.

*Divide-se em Doutrina do direito e Doutrina da virtude. O ponto de vista do direito refere-se ao acordo da ação com a lei, ou seja, à legalidade; o ponto de vista da virtude diz respeito ao acordo do móvel com a lei, isto é, à moralidade propriamente dita: ‘O sistema da doutrina geral dos deveres divide-se em doutrina do direito (jurisprudencia), suscetível de traduzir-se em leis exteriores, e em doutrina da virtude (ethica), que escapa a toda legislação desse gênero<sup>6</sup>’.*

Com esta referência formal, Kant desenvolve uma concepção legalista da moral, desvinculando-se do sensível, por exemplo, no conceito platônico de Bem, como do ideal “eudaimonista” de Aristóteles, além de evitar a fundamentação metafísico-religiosa, pautando sua moral na racionalidade. O sistema ético-legal kantiano considera a conduta humana guiada por princípios (máximas). Estes teriam duas formas de aplicação na prática. Se aplicadas numa racionalidade de meio-fim expressavam-se como imperativos hipotéticos, que como são imersos em interesses e objetivos concretos da vontade, não se adequavam a uma perspectiva legalista e formal, muitas vezes ocasionando conflitos. Ao contrário, para que pudesse atingir um grau de segurança do juízo, com moldes universais, somente seria possível de modo incondicional e necessário, passando as máximas pelo crivo do imperativo categórico enquanto “lei” impessoal da razão que administra a vontade no nível moral<sup>7</sup>.

Em sua moral principialista-formal é possível selecionar uma série de palavras que evidenciam uma tendência que se pode conferir a este modo de moralidade em sua relação com a vontade e com a percepção do agente, como se podem ilustrar: “obrigação”, “dever”,

<sup>6</sup> PASCAL, Georges. *O pensamento de Kan*”. 8ª ed. Petrópolis, RJ: vozes, 2003, p. 145-146.

<sup>7</sup> Ibid, p. 128. “Antes de tudo, convém recordar algumas definições: chamam-se máximas os princípios práticos subjetivos, isto é, as regras que o sujeito não considera válidas senão para a sua própria vontade; por exemplo, eu posso adotar uma máxima de vingar-me de todas as ofensas recebidas. As leis são princípios práticos objetivos, isto é, regras válidas para todo ser racional. Tomam a forma de imperativos porque a razão não é o único princípio determinante da vontade no homem, e esses imperativos devem ser categóricos, e não hipotéticos, por exprimirem regras necessárias que não dependem das disposições particulares de cada qual.”

“coação”, “submissão”, “constrangimento”, “imperativo categórico” e “lei”, como se pode constatar no seguinte trecho:

*Nesse conceito de liberdade, que é positivo (de um ponto de vista prático), estão baseadas lei práticas incondicionais, denominadas morais.[...]Através dos imperativos categóricos certas ações são permitidas ou proibidas, isto é, moralmente possíveis ou impossíveis, enquanto algumas delas ou seus opostos são moralmente necessários, ou seja, obrigatórios. Para estas ações, então surge o conceito de dever, cuja observância ou violação está efetivamente ligada a um prazer ou desprazer de um tipo distintivo (o sentimento moral), embora nas leis práticas da razão não levamos esses sentimentos em conta, uma vez que eles nada têm a ver com a base das leis práticas, mas somente com o efeito subjetivo na mente quanto nossa escolha é determinada por eles, o que pode diferir de um sujeito para outro (sem objetivamente, ou seja, no julgamento da razão, de modo algum crescer ou diminuir a validade ou influência dessas leis).[...]Obrigação é a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão. Dever é a ação à qual alguém está obrigado. É, portanto, a matéria da obrigação, e pode haver um único e mesmo dever (do ponto de vista da ação), embora possamos estar obrigados a ele de diferentes maneiras.[...] A autêntica força da virtude é uma mente tranqüila com uma ponderada e firme resolução de pôr a lei da virtude em prática. Este é o estado de saúde na vida moral, ao passo que um afeto, mesmo aquele despertado pela idéia do que é bom é um fenômeno momentâneo, resplandecente, que deixa alguém esgotado.” E continua (p. 66 e 222 e 229): “Uma pessoa é um sujeito cujas ações lhe podem ser imputadas. A personalidade moral não é, portanto, mais do que a liberdade de um ser racional submetido a leis morais (enquanto personalidade psicológica é meramente a faculdade de estar consciente da própria identidade em distintas condições da própria existência).[...]O próprio conceito de dever já é o conceito de um constrangimento (coação) da livre escolha através da lei. Este constrangimento pode ser um constrangimento externo ou um auto-constrangimento.[...]Assim, não se trata aqui dos fins que o ser humano realmente adota no acatamento dos impulsos sensíveis de sua natureza, mas de objetos de livre escolha em submissão às suas leis, dos quais ele deve fazer seus fins”<sup>8</sup>.(grifo meu)*

Assim, para ser virtuoso é preciso querer condutas universalizáveis racionalmente dentro de tais parâmetros prático-puros, resolvendo-se a análise ética no campo da formalidade da lei, e com as máximas e princípios obtendo o “certificado” de validade de uma “boa vontade” do sujeito. Mas, afinal, Kant estaria adequado para servir de base até mesmo para uma moral “pós-convencional”? É como se a universalidade tivesse pretensões “pós-convencionais” pelo universalismo que carrega, mas tendo como objetivo de construção a “boa vontade”, esta de caráter “convencional” com o sentido de padrão social formal.

Em sua filosofia, Kant dimensiona o campo da ética de modo a ajustar a vontade humana, obediente à lei racional, incondicional e necessária, sob a forma do imperativo

<sup>8</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Trad: Edson Bini. Bauru, SP: edipro, 2003, p. 64-65/251.

categórico<sup>9</sup>. Aliás, acompanhou o momento histórico então ocorrido na Europa, representando um dos maiores expoentes do projeto iluminista que secularizava o pensamento ocidental, desvinculando-o definitivamente do pensamento religioso da Idade Média. Assim os historiadores comentam este período, como sendo caracterizado por um grande entusiasmo pela “razão” enquanto solução para espécie humana, o que implicava, inclusive, em racionalização da moralidade e das questões sociais.

*Com base em um questionamento racional, o Iluminismo rejeitou os dogmas estabelecidos e foi uma consequência da revolução científica iniciada por Galileu e Newton. Ocorrendo em um período no qual a Igreja Católica estava enfraquecida devido à Reforma, concentrou-se sobretudo na Alemanha, mas abrangeu a Europa toda. Otimistas, os intelectuais iluministas acreditavam que a razão resolveria todos os problemas da humanidade e que o curso da história seria marcado por um progresso contínuo. Essa concepção refletia os avanços científicos da época, como o aperfeiçoamento do microscópio e a subsequente descoberta das bactérias. Os pensadores do Iluminismo passaram também a aplicar o método científico às questões sociais.<sup>10</sup>*

Ressalte-se que esse projeto kantiano está em harmonia com o pensamento iluminista também de Descartes, mais radical, que pretendia uma moralidade racional-mecanicista, em caráter definitivo e seguro, com muita semelhança da ética de “geômetras” de Spinoza. Numa perspectiva em que o caráter binário do certo-errado e bom-mau significariam, cientificamente, estar ou não contido em “regras” da razão<sup>11</sup>.

*A questão da moral – a necessidade de termos regras e parâmetros para nossa decisão correta sobre o que fazer, sobre o certo e o errado – não pode, no entanto, permanecer em suspenso até que o problema do conhecimento seja resolvido. Descartes apresenta então regras de uma moral provisória, que devemos adotar até que uma verdadeira ciência da moral, baseada na investigação da natureza humana, seja desenvolvida<sup>12</sup>.*

É nesse contexto de razão-suficiente e “salvadora” que se justifica esse pensamento moral com a submissão da vontade, com isso afasta da própria percepção moral do agente

<sup>9</sup> ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. *História da Filosofia*. 6ª ed. São Paulo: paulus, 2003, p. 907. 2 v. As três formulações de imperativos categóricos são: 1º) Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre, ao mesmo tempo, como princípio de legislação universal.; 2º) Age de modo a considerar a humanidade, seja na tua pessoa, seja na pessoa de qualquer outro, sempre também como objetivo e nunca como simples meio.; 3º) Age de modo a considerar que a vontade, com a sua máxima, possa ser considerada como universalmente legisladora em relação a si mesma.

<sup>10</sup> DANIELS, S. Patrícia; HYSLOP, Stephen G. *Atlas da História do Mundo*. São Paulo: abril, 2005, p.210 (National Geographic Brasil).p. 210.

<sup>11</sup> MARCONDES, Danilo. *Textos básicos de ética*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p.74. Segundo o comentarista "(...) o filósofo desenvolve inicialmente uma análise da fisiologia humana em uma perspectiva mecanicista, ou seja, examina o corpo como uma máquina baseada a sua concepção moral nessa análise."

<sup>12</sup> Ibid, p. 83.

envolvido no caso concreto. Essa preocupação kantiana com a vontade (“em sentido amplo”) também é encontrada em Descartes como se destaca em *As paixões da alma*, como se pode ver no seguinte trecho:

*A maioria tem julgamentos determinados, segundo os quais regulam uma parte de suas ações; todavia, embora freqüentemente tais julgamentos sejam falsos, e mesmo fundamentados sobre algumas paixões pelas quais a vontade antes se deixara vencer ou seduzir, em virtude de ela continuar a segui-los quando a paixão que os causou está ausente podemos considerá-los como suas próprias armas e pensar que as almas são mais fortes ou fracas em conseqüência de poderem mais, ou menos, seguir esses julgamentos e resistir às paixões que lhes são contrárias.[...] O que chamo de ‘próprias armas’ são julgamentos firmes e determinados, referentes ao conhecimento do bem e do mal, segundo os quais ele resolveu conduzir as ações de sua vida; e as almas mais fracas de todas são as cuja vontade não se determina assim a seguir certos julgamentos e deixa-se levar constantemente pelas paixões presentes, as quais, não raro contrárias umas às outras, arrastam a vontade sucessivamente para o partido delas, e, usando para lutar contra si própria, colocam a alma no estado mais deplorado que possa haver<sup>13</sup>. (grifo meu)*

No generalismo kantiano, de fato, a sensibilidade moral não é necessária para o juízo, que se resume a uma atitude prática e racional-pura. Rejeita, também, o sistema aristotélico que se estabelece através do raciocínio instrumentalizado de formulação silogística, no qual se inclui o ideal de felicidade e virtude (“eudaimonia”) a ser atingido pelo agente moral. Esta forma de pensamento aristotélica é criticada por Kant:

*O prazer que necessita proceder à observância da lei, para que se aja em conformidade com a lei, é patológico e a conduta da pessoa segue a ordem da natureza; o prazer, contudo, que tem que ser precedido pela lei para ser sentido está na ordem moral. Se esta distinção não for observada, se o eudaimonismo (o princípio da felicidade) for estabelecido como princípio básico em lugar da eleuteronomia (o princípio da liberdade de legislação interna), o resultado será a eutanásia (a morte suave) de todas as morais<sup>14</sup>.*

De maneira bastante assertiva, retira qualquer pretensão “sensível” do domínio do raciocínio ético<sup>15</sup>, seja por um sentimento de felicidade, ou mesmo por uma percepção moral.

<sup>13</sup> Ibid, p. 75/74.

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Trad: Edson Bini. Bauru, SP: edipro, 2003, p. 222.

<sup>15</sup> Ibid, p. 220/221. “Se nos afastarmos desse princípio e começarmos com o sentimento patológico ou estético puro, ou mesmo moral (com aquilo que é subjetivamente prático e não objetivamente prático); se, quer dizer, se começa com a matéria da vontade, a finalidade, em lugar de começar com a forma da vontade, a lei, a fim de determinar deveres sobre esta base, então realmente não haverá primeiros princípios metafísicos da doutrina da virtude, uma vez que o sentimento, seja lá o que for que possa despertá-lo, sempre pertence à ordem física.”

Ao contrário, tudo depende exclusivamente da “lei categórica”. A racionalidade prática pura, que se constitui na legalidade, nesta acepção é, portanto, impessoal.

Evidentemente que não se pretende com isso afirmar um irracionalismo romântico de fuga da razão, mas sim que o oposto da razão não se limita à vontade. O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana está nesse “meio do caminho” e demanda inclusão dentro da filosofia moral. Se Kant, em uma das formulações de seu imperativo categórico, afirma que o ser humano é um “fim em si mesmo” implica considerá-lo em sua integralidade, ou seja, em reconhecer que a sua percepção moral não se reduz à vontade irracional e ouvir o que ele tem para dizer com racionalidade e justificadamente.

A lei moral kantiana submete a vontade, com isso, evitando aquilo que denomina de “inclinações”<sup>16</sup>. Ou seja, o que não for obediência à categórica e necessária “lei moral” será, pois, vicioso e repudiável ao permitir-se ao condicional-sensível. Se isso for verdade, talvez o positivismo nem precisasse descartar o direito da moral, dada a pretensão de impessoalidade ínsita na noção de legalidade. É uma moralidade neutra e insuficiente para uma pretensão pós-positivista do Direito de âmbito mais reflexivo-argumentativo. Assim, a sensibilidade moral deve sim ser reconhecida em termos éticos. Esta pureza do não seria tão adequada, esvaziando o ser humano com o sentimento limitado a uma “regra”, como nas palavras de Kant: “*É a lei moral que determina o sentimento moral e não o sentimento a lei. De sorte que, para sermos inteiramente exatos, devemos dizer: ‘O respeito à lei não é um móvel para a moralidade; antes, ele é a própria moralidade, considerada subjetivamente como móvel’.*”<sup>17</sup>

Os neo-kantianos no Direito, como Klaus Günther, admite o problema do formalismo exagerado e, com suas teorias, procuram revisar o princípio de universalidade (“U”), a fim de “corrigir” esta faculdade racional prática pura, lançando novos olhares para o exame do caso:

*Nestes casos, uma ética universalista assume o aspecto de um rigorismo abstrato, cego para os fatos e obstinado, que é rapidamente posto a serviço de intenções morais. [...] Confundir a faculdade prática pura de julgar com a faculdade prática de julgar [...] tem por conseqüência que a norma, passível de ser generalizada, seja aplicada desta maneira sem o exame da situação.*<sup>18</sup>

<sup>16</sup> CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 195-196. “A filosofia moral de Kant está estruturada em torno da oposição entre dever e inclinação. Para ele, o dever ‘orgulhosamente rejeita todo parentesco com as inclinações’; ele está fundamentado na liberdade do mundo sensível, no qual a inclinação está firmemente enraizada. (...) Inclinação é ‘a dependência da faculdade de apetite das sensações ... a qual, em conseqüência, indica sempre uma necessidade’ e, para Kant, possuir uma vontade determinada exclusivamente por inclinação é ser desprovido de espontaneidade, reagir meramente a estímulos, uma condição que Kant descreve como ‘escolha animal’ (‘arbitrium brutum’). (...) Os objetos da inclinação têm apenas um ‘valor condicionado’; isto é, eles não são desejados ‘por si mesmos’ mas tão-somente porque concorrem para satisfazer fins fora deles, a saber, as necessidades da inclinação. Isso, para Kant, torna-os indignos de servirem como princípios de juízo moral, pois, como não podem ser universalizados, só podem servir como base de imperativos hipotéticos e não categóricos.”

<sup>17</sup> PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*. 8ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 135.

<sup>18</sup> GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 27.

Como se pode notar, no formalismo kantiano não se avança ao conteúdo material do “humano”, com o sentimento de felicidade e a percepção moral diluídos nas inclinações<sup>19</sup>, assim não pertencendo ao imperativo categórico, mas apenas aos imperativos hipotéticos.

O ser humano, em suas convicções éticas, não se limita ao racional puro e se o Direito contemporâneo pretende enfrentar a injustiça das leis e lançar-se nos caminhos da argumentação ética, não poderá perder de vista que o ordenamento jurídico é destinado ao ser humano e em razão dele deve girar. Portanto, deve dar ouvido a esta sensibilidade moral que precisa ser racionalmente introduzida por meio da argumentação. Evidentemente que não de forma neutra e impessoal. Íris Murdoch é uma severa crítica destes modelos neutros de racionalidade. Em suas investigações morais, ressalta o ser humano, em sua “textura” e “visão de mundo”:

*Quando nós analisamos e avaliamos outras pessoas não consideramos apenas as soluções delas para problemas práticos específicos, mas também algo mais abstrato chamada de visão total de vida, demonstrada em seu jeito de falar ou silenciar, sua escolha de palavras, o seu relacionamento com as pessoas, a concepção da própria vida, o que eles acham atrativo ou prazeroso, o que eles pensam que seja divertido: em resumo, a configuração de seus pensamentos que continuamente se evidenciam em suas reações e conversas. Estas coisas, que podem ser notória e compreensivelmente dispostas, ou intimistas e supostas, constituem aquilo que, pode fazer sentido em duas metáforas: a textura de um ser humano ou a natureza de sua visão pessoal.<sup>20</sup>*  
(tradução minha)

Como se vê, cada pessoa possui seus valores individuais e por tal razão compartilha de visões peculiares que não são facilmente compreensíveis. Sua vivência ética não pode ser apreendida em termos puros com mecanismos racionais de fonte principiológica. Uma das objeções de Íris Murdoch consiste na questão da vastidão e inesgotabilidade da compreensão segura da moralidade. Há uma riqueza de detalhes que precisa ser considerada para compreensão ética que não se limita ao generalismo. No direito, isso significa a não limitação

<sup>19</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Trad: Edson Bini. Bauru, SP: edipro, 2003, p. 327-328. “Quanto ao princípio de uma prática vigorosa, animada e denodada da virtude, o cultivo da virtude, isto é, a ascese moral, toma como sua divisa o dito estóico: acostuma-te a tolerar os infortúnios da vida que podem ocorrer e a prescindir de seus prazeres supérfluos (‘assuesce incommodis et desuesce commoditatibus vitae’).(...) A ginástica ética, portanto, consiste apenas em combater impulsos naturais o suficiente para capacitar a dominá-los quando surge uma situação na qual ameaçam a moralidade; conseqüentemente, nos torna bravos e jubilosos na percepção de nossa liberdade restaurada. (...) Por conseguinte, o treinamento (disciplina) ao qual um ser humano se submete como prática pode se tornar meritório e exemplar somente através do júbilo que o acompanha.”

<sup>20</sup> “When we apprehend and asses other people we do not consider only their solutions to specifiable practical problems, we consider something more elusive which may be called their total vision of life, as shown in their mode of speech or silence, their choice of words, their assessments of others, their conception of their own lives, what they think attractive or praiseworthy, what they think funny: in short the configurations of their thought which show continually in their reactions and conversation. These things, which may be overtly and comprehensibly displayed or inwardly elaborated and guessed at, constitute what, making different points in the two metaphors, one may call the texture of a man’s being or the nature of his personal vision.” MURDOCH, Iris. *Existentialists and Mystics: Vision and Choice in Morality*. [S.I.]: pengrin books, 1997, p.80-81.

dos casos à luz exclusiva da lei e implica numa maior atenção aos argumentos nos casos concretos e à consideração de outras razões não incluídas pelo legislador.

A filosofia murdochiana coloca-se como uma alternativa que pretende romper com a tradição ética, a qual chama de modelo-corrente (“*current-view*”), de índole excessivamente factual e objetiva. É um modelo que ela sintetiza em quatro características inaceitáveis: 1) tratamento behaviorista da interioridade; 2) a estrutura dos conceitos morais como fato-recomendação; 3) a universalidade do julgamento moral; 4) a ênfase no conceito de liberdade<sup>21</sup>. Nesse sentido, por exemplo, apresenta sérias críticas ao modelo de Hare que compartilha do projeto kantiano de uma linguagem moral:

*O Senhor Hare diz energicamente que pessoas (e indubitavelmente situações) ‘podem ser descritas à vontade com total completude e precisão’. Agora, por melhor vontade que se tenha, não é bem assim. Há situações que são obscuras e pessoas que são incompreensíveis, e o agente moral, assim como o artista, pode encontrar-se inapto para descrever algo que de alguma forma ele compreenda. A linguagem possui limitações e há momentos em que, se nos for necessário, precisará ser usada de maneira criativa, e ainda assim a tentativa pode falhar. [...] Regras podem ser ambíguas, de modo que devemos decidir como aplicá-las, mas a partir do momento em que se especifica um detalhe começa-se a conferir claridade ao sentido delas.*<sup>22</sup>  
(tradução minha)

Íris Murdoch afasta-se do modelo de moralidade legalista de princípios, dando valor à descrição das situações concretas. Em termos jurídicos, a compreensão do caso a ser solucionado apenas se revela no campo de aplicação das normas.

Não são as leis, mas o caso concreto, que revela a justiça da decisão, ganhando por isso novos contornos argumentativos. Faz-se, então, uma objeção ao desejo de neutralidade de moralidades formais, suspeitando que associado a este pensamento haja o objetivo de ocultar e velar a verdadeira intenção desejada de alguns agentes<sup>23</sup>. Não se admite este fundo legalista,

<sup>21</sup> Ibid, p. 77-78 “I shall call it, with apologies to those who did not hold it, the ‘current view’.(...) The charms of this view are obvious. It display the moral agent as rational and responsible and also free;(...) Morality can then be shown to be rational after its own fashion, while at the same time a method is provided whereby we can analyse any morality, reflective or unreflective, our own or someone else’s.(...) The points in this, I am afraid very condensed, account which I should like to emphasise for future reference are these: the behavioristic treatment of the ‘inner life’, the view of moral concepts as factual specifications plus recommendations, the universalisability of the moral judgement, and the accompanying picture of moral freedom.”

<sup>22</sup> Ibid, p.90. “Mr. Hare says briskly that individuals (and doubtless situations) ‘can be described as fully and precisely as we wish’. Now, with the best will in the world, this is not always so. There are situations which are obscure and people who are incomprehensible, and the moral agent, as well as the artist, may find himself unable to describe something which in some sense he apprehends. Language has limitations and there are moments when, if it is to serve us, it has to be used creatively, and the effort may fail. [...] Rules may be ambiguous in that we have to decide how to apply them, but at least in attempting an ever more detailed specification one is moving in the direction of complete clarity.”

<sup>23</sup> Novamente acentua a importância das metáforas por sua carga argumentativa. MURDOCH, Iris. *Existentialists and Mystics: The Sovereignty of Good Over Other Concepts*. [S.I.]: pengrin books, 1997. p. 363. “(...)a wish to ‘neutralise’ moral philosophy, to produce a philosophical discussion of morality which does not take sides. Metaphors often carry a moral charge, which analysis in simpler and plainer terms is designed to remove. This too seems to me to be misguided. Moral philosophy cannot avoid taking sides, and would-be neutral philosophers merely take sides surreptitiously.”

que se apresenta como necessário e suficiente à dimensão fato-escolha<sup>24</sup>. Considerando esta ampliação no domínio da ética, sem encontrar limite em leis e princípios, permite-se analisar a situação em sua força descritiva. Assim, a própria linguagem passa a oferecer dificuldades e o recurso a metáforas, inclusive, é admitido, como fala Íris: “*Metaphors can be a mode of understanding, and so of acting upon, our condition. Philosophers merely do explicitly and systematically and often with what the ordinary person does by instinct.*”<sup>25</sup>”

Dessa forma, tanto parábolas<sup>26</sup> como a atenção às atitudes concretas<sup>27</sup> do agente moral têm muito mais a contribuir do que a formulação da moralidade friamente calculada por regras. Embora isso possa soar estranho para se pensar em termos de Direito, muito pelo contrário, sempre existiu na argumentação, apenas não foi aceito pelos positivistas descolados da moral e da retórica. Há advogados que em suas argumentações inspiram-se mais em filosofia e literatura do que nos termos estritos da lei e, com isso, fazem “ver” suas teses aos julgadores, consagrando seus pensamentos como vitoriosos, sem recursos generalistas<sup>28</sup>.

Ao objetar contra a exuberância das leis, em contrapartida, realiza-se uma abertura da análise à percepção do agente, dentro de uma perspectiva apreendida pela filosofia particularista da moral. Assim, o ser humano empreende sua análise na descrição do caso concreto, a fim de poder “enxergar” aspectos antes refratários a uma filosofia racional pura, como nas palavras de Martha Nussbaum:

*A percepção é uma complexa resposta da inteira personalidade, uma apropriada constatação da característica de uma situação na qual se baseia a ação. Um reconhecimento da particularidade. De modo que possui elementos não-intelectivos. Para se ter a correta percepção da morte de uma pessoa amada não se trata simplesmente de tomar nota de um fato com o intelecto ou o juízo. Se alguém percebeu o fato, mas foi desprovido de reação passional, nós estaremos inclinados a dizer que ele não viu realmente, interiorizou, ou reconheceu, o que aconteceu; que ele não constatou o que ocorreu na situação.*<sup>29</sup> (tradução minha)

<sup>24</sup> Ibid, p. 363. “*Here two philosophical conceptions reach out towards each other and, in a hazy region, seem to meet. On the one hand, there is no inner life, and moral concepts too must have meaning through definite external criteria. On the other hand, morality is choice, and moral language guides choice through factual specification.*”

<sup>25</sup> Ibid, p. 377. Tradução minha: metáforas podem ser formas de compreensão e de agir de acordo com as nossas condições. Filósofos, simplesmente, fazem de maneira explícita e sistemática aquilo que a pessoa comum faz por instinto.

<sup>26</sup> MURDOCH, Iris. Op. cit., p. 85-86. “*Parables of widely religions, which have the concreteness of personal fables, may have universalisable implications for similar reasons.*”

<sup>27</sup> MURDOCH, Iris. Op. cit., p. 87. “*I have in mind moral attitudes which emphasise the inexhaustible detail of the world, the endlessness of the task of understanding, the importance of not assuming that one has got individuals and situations ‘taped’, the connection of knowledge with love and of spiritual insight with apprehension of the unique.*”

<sup>28</sup> DANCY, J. *Moral particularism*: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/moral-particularism/>>. “*Moral Particularism, at its most trenchant, is the claim that there are no defensible moral principles, that moral thought does not consist in the application of moral principles to cases, and that the morally perfect person should not be conceived as the person of principles. (...) The particularist’s opponent is the generalist. Ethical generalism is the view that rationality of moral thought and judgement depends on a suitable provision of moral principles.*”

<sup>29</sup> NUSSBAUM, Martha. *The fragility of goodness: luck and ethics in greek tragedy and philosophy*. Cambridge: UP, 1986, p. 309. “*Perception is a complex response of the entire personality, an appropriate acknowledgment of the features of the situation on which action is to be based, a recognition of the particular. As such, it has in itself non-intellectual components. To have correct perception of the death of*

Argumentar, agora imprescindível nesta perspectiva ética, implica fugir da tônica monista dos princípios que antes retiravam, como num corte, a ponderação de razões presentes na realidade dos conflitos existentes. A dimensão holística vai conferindo a “forma” ético-circunstanciada da análise. A prática evidencia a dificuldade dos generalistas na aplicação categórica e absoluta, uma vez que os casos nunca são idênticos um ao outro. Além disso, mesmo em casos assemelhados, sempre é possível que peculiaridades venham a suscitar razões não uniformes em importância, como afirma Dancy:

*O núcleo do particularismo é sua insistência na variabilidade [...] Uma característica pode fazer um sentido moral num determinado caso, e um outro senso numa situação diferente. Características possuem relevância variável. Se uma característica é relevante ou não num caso novo, e se o for qual o verdadeiro sentido que possui (a “forma” que ali adquire), somente será perceptível conforme as demais características do caso. Esta pretensão decorre do núcleo da doutrina particularista, que pode ser chamada de holismo das razões. Esta é a doutrina que diz: ‘o que é uma razão num caso, pode não ser razão alguma em outro, ou mesmo ser uma contra-razão.’<sup>30</sup> (tradução minha)*

Assim, há uma variabilidade das razões e no espaço argumentativo, que somente com a análise casuística vai se revelando. É imprescindível a visão do agente moral ordenando as razões de maneira adequada, isto é, com a sensibilidade para ver as “saliências” de cada caso: *“The relevant notion of salience, cannot be understood except in terms of seeing something as a reason for acting that silences all others<sup>31</sup>.”*

McDowell também tece suas objeções no mesmo sentido particularista. Segundo ele, os princípios agem como restrições ao juízo ético-valorativo, representando, portanto, padrões de reflexão moral desatentos às particularidades do caso concreto, como um mecanicismo moral fazendo-se depender de princípios ou, como em suas palavras, uma ética “princípio-dependente”<sup>32 33</sup>.

---

*a loved one is not simply to take note of this fact with intellect or judgment. If someone noted the fact but was devoid of passionate response, we would be inclined to say that he did not really see, take in, recognize, what had happened; that he did not acknowledge the situation for what it was.”*

<sup>30</sup> DANCY, J, op. cit. *“The core of particularism is its insistence on variability. [...] A feature can make one moral difference in one case, and a different difference in another. Features have, as we might put it, variable relevance. Whether a feature is relevant or not in a new case, and if so what exact role it is playing there (the ‘form’ that is relevance takes there) will be sensitive to other features of the case. This claim emerges as the consequence of the core particularist doctrine, which we can call the holism of reasons. This is the doctrine that what is a reason in one case may be no reason at all in another, or even a reason on the other side.”*

<sup>31</sup> MCDOWELL, John. *Greek Ethics: Virtue and Reason*. [S.I.:s.n.], [1995?], p. 70. *“A relevante noção de saliência não pode ser entendida exceto em termo de ver algo como uma razão para agir que silencie todas as demais razões.”* (tradução minha)

<sup>32</sup> *Ibid*, p. 61-63. *“What is wrong is to take that fact to indicate that the explanation lays bare the inexorable workings of machine (...) The illusion is the misconception of the deductive paradigm: the idea that deductive explicability compelling, without dependence on our*

O particularismo oferece uma nova forma de desenvolver o pensamento moral, para além da dinâmica fático-legislativa. Isso é muito valioso para uma reavaliação do Direito que passa a insurgir-se ante as injustiças das leis. Se antes o pensamento generalista-categórico, de índole formal, estava adequado para o positivismo jurídico que se propunha, inclusive, a uma neutralidade e distinção entre direito e moral, contemporaneamente, contudo, a filosofia particularista tem muito a oferecer neste resgate argumentativo da racionalidade, que se envolve e posiciona casuisticamente e por meio da argumentação do princípio da dignidade da pessoa humana que inicialmente é ralo e vai se densificando, e assim pretende lançar-se, para além da lei, na investigação da própria “justiça”.

Pelo que foi apresentado nesta seção, uma abordagem do direito que qualifique suas decisões na dimensão ética terá maior riqueza se, ao invés de conformar-se com uma característica formal-legalista, permita-se considerar a percepção do agente particularisticamente.

---

*partially characterizes an exercise of reason in which it is, as it were, automatically compelling, without dependence on our partially shared 'whirl of organism'.*

<sup>33</sup> Wallace questiona o pensamento de McDowell por este último afirmar a análise kantiana fora das práticas morais. MCDOWELL, John. *Ibid*, p. 63. “*The cure for the vertigo, then, is to give up the idea that philosophical thought, about the sorts of practice in question, should be undertaken at some external standpoint, outside our immersion in our familiar forms of life.*” WALLACE, Jay. *Normativity and the will: selected essays on moral psychology and practical reason: Virtue, Reason, and Principle*. Oxford: university press, 2006, p. 242-243. “*Here I maintain that Humean and Kantian account share a common commitment to the idea that the requirements of virtue can be formulated in terms of general principles or procedures for practical reflection, and I suggest that McDowell’s alternative account is distinctive in rejecting this idea; but I conclude that McDowell’s stated objections to principle-dependent account of practical reason are not compelling.*” O que realmente importa em raciocinar de “dentro” ou “fora” é o agente moral. Ele, imerso em fatos às vezes nem tão facilmente especificáveis para contrapô-los a princípios gerais, tem a sua sensibilidade moral aguçada. E nisso o particularismo destaca ao dar relevo às riquezas das circunstâncias envolvidas e à variabilidade das razões.

### 3.2) A CARACTERÍSTICA “UNIVERSALISTA” DA MORALIDADE KANTIANA

Melhor que um formalismo é a percepção moral e a sensibilidade humana no raciocínio ético. A proposta de Kant representa um modelo de racionalidade que preserva uma esfera lógica, configurada num “teste de máximas” generalista. Por sua vez, e em sentido contrário, alguns particularistas procuram encontrar a racionalidade ética igualmente na dimensão lógica, no entanto, propondo-se a investigar o caso concreto e recorrendo-se, para isso, a uma releitura da filosofia aristotélica, não comprometida exclusivamente com o generalismo.

Analisando filosofias diferentes, pode-se conceber que Aristóteles aponta para baixo ao ficar atento à mediania da conduta do caso concreto, enquanto Kant para cima ao partir em busca de uma ética da universalização para todos os seres racionais de modo incondicional e necessário. De um lado, o silogismo aristotélico constitui-se numa razão instrumental para casos particulares e, de outro, o teste de máximas kantiano funda-se no imperativo categórico geral. Ambos apresentam sistemas lógicos de racionalidade, um através de uma regra prática pura, o outro transitando tanto por regras como pela particularidade do caso e da percepção do agente moral.

Nesta característica da universalidade kantiana a crítica apresentada por Hegel foi pelo caráter monológico e inflexível. Não apenas analisa o caso concreto como desconsidera a pluralidade e os valores dos agentes envolvidos no conflito ético. A abordagem da presente seção tentará ver outras possibilidades neste setor do raciocínio ético, considerando, inclusive, o sistema aristotélico do juízo moral.

Inicia-se a presente exposição com Aristóteles, que possui elasticidade se comparado com o modelo kantiano. A moralidade revela-se na “práxis” do agente moral, sendo conduzida por uma “deliberação” racional do agente. Por este pensamento ocorre uma mediação da razão-instrumental casuística para a adoção de uma conduta. Nesta concepção, a ética funda-se a partir da “ação”<sup>34</sup>. Tal racionalidade, “deliberada”, segue as linhas traçadas em sua lógica formal. É feita por premissas que se conectam dedutivamente, de modo que temos, de um lado, a premissa maior genérica e, de outro, a premissa menor concreta, que são explicadas por McDowell ao analisar Wiggins:

---

<sup>34</sup> AUDI, Robert. *Practical Reasoning*: Aristotle on practical reasoning and the structure of action. London: routledge, 1989, p. 18-19. “(...) both functions. The cognitive function is appropriate to its playing the role of emerging from (and even expressing the conclusion of) reasoning; the behavioral function makes it practical, either in the direct sense that it is itself action or in the sense that it provides at once a reason for acting and some degree of motivation to act. If this reading is correct, then the kind of reasoning that normally instantiates a practical syllogism is practical reasoning in the broad sense of reasoning that concludes with an answer to a practical question, such as, paradigmatically, ‘What am I to do’, asked in the context of a felt problem.”

*David Wiggins levou em consideração a forma geral do silogismo prático: 'Na primeira, ou a premissa maior, figura algo que pode ser o objeto do desejo ('orexis'), transmissível para alguma conclusão prática (por exemplo, um desejo convertido via alguma premissa menor utilizada na ação). A segunda premissa detalha uma circunstância pertencente ao aspecto prático no qual a situação particular do silogismo invocará o que precisa ser feito conforme a demanda da premissa maior. Francamente, este esquema funcionará quando as razões forem técnicas em sentido amplo: a premissa maior especifica um determinado fim, e a premissa menor delinea algumas ações como meios.'*<sup>35</sup> (tradução minha)

A partir deste raciocínio, pensa-se a moralidade de modo instrumental com a premissa maior direcionando o “fim” a ser atingido, e a premissa menor contendo “os meios” para tanto. Percebem-se duas características marcantes neste esquema. Em primeiro lugar, o conteúdo principiológico-generalista, ínsito na premissa maior, para a correção de condutas concretas e servindo de guias de orientação, como notado por Robert Audi:

*Claramente, quanto às razões práticas, como eu havia sugerido, Aristóteles considera que fornecem um caminho de compreender e explicar as ações. Torna a ação baseada no razão prática inteligível e conduzida conforme o juízo prático do sujeito; tais ações, por sua vez, são baseadas em pelo menos uma proposição (a premissa maior) que é tomada como um princípio-guia de uma pessoa razoável, agindo corretamente ao menos “prima facie”. A concepção aristotélica de razão prática produz, ainda, uma consideração causal das ações baseadas nesta racionalidade. Há pelo menos dois pontos interessantes aqui. Primeiro, o agente raciocina no contexto de um fim desejado, ao menos de modo típico que implique na realização de algum princípio; isso fornece motivação para a ação concluindo a partir de razões. Segundo, a premissa menor expressa a compreensão perceptiva do agente, aqui e agora, daquilo que considera como um meio para atingir determinado fim (ou agir de acordo com um princípio); isto fornece um guia para a ação.*<sup>36</sup>(tradução minha)

Segundo, há uma abordagem de viés conseqüencialista, no sentido de uma persecução de fins “corretos”. Isto é, em detrimento de uma conduta desordenada e que se

---

<sup>35</sup> MCDOWELL, John. *Greek Ethics: Virtue and Reason*. [S.I.:s.n.], [1995?], p. 66. “David Wiggins has given this account of the general shape of a practical syllogism: ‘The first or major premise mentions something that can be the subject of desire, ‘orexis’, transmissible to some practical conclusion (i.e., a desire convertible via some available minor premise into action). The second premise details a circumstance pertaining to the feasibility, in the particular situation to which the syllogism is applied, of what must be done if the claim of the major premise is to be heeded. This schema fits most straightforwardly when reasons are (in a broad sense) technical: the major premise specifies a determinate goal, and the minor premise marks out some action as a means to it.’”

<sup>36</sup> AUDI, Robert. *Practical Reasoning: Aristotle on practical reasoning and the structure of action*. London: routledge, 1989, p.9. “Clearly, practical reasoning as I have suggested Aristotle conceived it provides a way to understand and explain actions. It makes action that are based on practical reasoning intelligible as conduct in accordance with one’s practical judgement; these actions, in turn, are based on at least one proposition (the major premise) which is held as a guiding principle and is, in a reasonable person, at least prima facie correct. Aristotle’s conception of practical reasoning also yields a causal account of actions based on such reasoning. There are at least two important points here. First, the agent is reasoning in the context of a desired end, at least typically in a way that includes a commitment to some principle; this provides motivation for the action issuing from the reasoning. Second, the minor premise expresses a perceptual grasp here and now of what the agent takes to be a means to the end (or to acting in accord with the principle); this provides guidance for the action.” (grifo meu)

satisfaz com o atingimento de vontades não calculadas. Aristóteles apresenta o silogismo como uma intermediação necessária a fim de satisfazer os interesses humanos. Assim, objetiva-se alcançar o ideal de felicidade (“eudaimonia”).

*Pode-se principiar a análise pela diferenciação já lançada entre o desejo (proaíresis) e a deliberação (bouleusis). Aquela, como norte da ação, elege fins, atingíveis ou inatingíveis, mais ou menos reprováveis, mais ou menos louváveis, de acordo ou em desacordo com a reta razão (orthótés).[...] A ação voltada para um fim, um fim entre vários, o mais fácil e o melhor, ou o fim único, vale-se de meios, e estes meios são objeto da ‘bouleusis’. [...] A deliberação, portanto, não é nem opinião, nem sensibilidade, nem mero ‘logismós’, é a opção racional acerca de meios para a realização (atualização) de fins concebidos pela vontade<sup>37</sup>.*

A tônica deste modelo é, justamente, a atenção à resolução de problemas práticos e reais. Compartilhando esta visão, é muito interessante a colocação de Martha Nussbaum, que apresenta uma objeção ao generalismo, quando destaca a fragilidade das regras fixas e univalentes. Afinal, muito raramente, ou mesmo nenhum caso é idêntico a outro em completude, havendo algo irrepetível na experiência da “práxis”<sup>38</sup>. Este aspecto, inalienável na análise moral, considera justamente a maturidade, ou vivência do agente que, com sua percepção moral, vê-se diante de um conflito ético e o enfrenta, aprimorando sua convicção moral cada vez mais claramente ao longo da vida.

*A visão prática (‘insight’) é como uma percepção não-dedutiva; significa, basicamente, a habilidade de reconhecer, responder, selecionar algumas características salientes de uma situação complexa. Assim como o teórico “nous” somente é extraível após uma longa experiência com os primeiros princípios, que se adquire gradualmente, o papel de tais princípios no discurso e na explicação, assim como na percepção prática, é fundamental, e é adquirida apenas após um longo processo de vida e escolhas, que aprimora o agente tornando-o ‘despachado’ e ‘sensível’: ‘Pessoas jovens podem tornar-se matemáticos e geômetras e sábios em coisas deste gênero; mas eles não podem ser pessoas de razão prática. A racionalidade é esta prática da sabedoria do particular, que confere compreensão através da experiência, mas pessoas jovens não são experientes. Algum tempo é necessário para adquirir experiência.’<sup>39</sup>*

<sup>37</sup> BITTAR, Eduardo. *Curso de Filosofia Aristotélica: leitura interpretação do pensamento aristotélico*. Barueri, SP: manole, 2003, p. 1036.

<sup>38</sup> NUSSBAUM, Martha. *The fragility of goodness: luck and ethics in greek tragedy and philosophy*. Cambridge: UP, 1986, p. 304. “Finally, Aristotle suggests that the concrete ethical case may simply contain some ultimately particular and non-repeatable elements. He says that such cases do not fall under any ‘techné’ or precept, implying that in their very nature they are not, or not simply, repeatable. This is in part a function of the complexity and variety already mentioned: the occurrence of properties that are, taken singly, repeatable in an endless variety of combinations makes the complex whole situation a non-repeatable particular. But Aristotle also thinks, in speaking of correct choice, of the ethical relevance of particular non-repeatable components of the situation.”

<sup>39</sup> *Ibid*, p.305. “Practical insight is like perceiving in the sense that it is non-inferential, non-deductive; it is, centrally, the ability to recognize, acknowledge, respond to, pick out certain salient features of a complex situation. And just as the theoretical ‘nous’ comes only out of a long experience with first principles and a sense, gained gradually in a through experience, of the fundamental role played by these principles in discourse and explanation, so too practical perception, which Aristotle also calls ‘nous’, is gained only through a long process of living and choosing that develops the agent’s resourcefulness and responsiveness: ‘Young people can become mathematicians and geometers and wise in things of that sort; but they do not appear to become people of practical wisdom. The reason is that practical wisdom is

A maturidade revela-se como um fator de aprimoramento da percepção ética, o que permite uma deliberação mais abalizada, afinal há um acúmulo de vivências. Todavia, isso gera um inconveniente, pois se o agente “experiente” não perseguir o ideal virtuoso, que em Aristóteles está na premissa maior e em Kant na boa vontade, isto é, se se orientar pela dignidade humana ainda que “rala”(thin), de nada valerá a experiência. Ao contrário, ela estará a serviço da própria maldade egoística e poderá ampliar proveitos indevidos. Tão só a condição de ‘ancião’ não será suficiente na filosofia aristotélica, sendo o raciocínio ético dependente do ideal de virtude, que orienta o silogismo tendo a felicidade enquanto finalismo (télos).

É oportuno trazer o modelo kantiano neste momento expositivo. Em sua filosofia, ao contrário, traduz a análise casuística nos imperativos hipotéticos excluídos do raciocínio moral, e distintos do imperativo categórico. Aqueles direcionam a razão mediante meios para atingir fins da vontade, anteriormente demonstrada como sujeita às inclinações.

*Os imperativos hipotéticos ‘representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível querer-se). Kant divide os imperativos hipotéticos nos de habilidade e de prudência. Os imperativos de habilidade apontam um curso de ação que alcançará um objetivo possível e são de natureza ‘técnica’(pertencentes à arte), enquanto os de prudência apontam os meios para alcançar um determinado fim e são ‘pragmáticos’ (pertencentes ao bem-estar). Distintamente dos imperativos categóricos, os hipotéticos estão interessados ‘na matéria da ação e seu pretendido resultado’ e são, portanto, determinados de modo heteronômico<sup>40</sup>.*

Em Kant, a vontade só é autônoma e impõe-se como dever se desprendida da casuística (heterônoma), somente atingível na lei univalente e absoluta do imperativo categórico; isto é, na universalização. A percepção do agente moral não seria capaz de enxergar o dever categórico existente na conduta, o que só é possível através da razão pura. Nisso estão fora da moral as considerações concretas que, enquanto meios e inclinações, pertencem ao domínio dos “imperativos hipotéticos”.

*Uma vontade perfeita determinar-se-ia sempre pela razão, conformando-se de imediato às leis racionais. Mas, no homem, a vontade não é perfeita: está sujeita, não só à razão, como também a condições subjetivas, isto é, à influência das inclinações da sensibilidade. Há, assim, um conflito entre a razão e a sensibilidade na*

---

*of the particular, which becomes graspable through experience, but a young person is not experienced. For a quantity of time is required for experience’. (1142<sup>a</sup>12-16)”.*

<sup>40</sup> CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Trad: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 170. verbete: hipotético.

*determinação da vontade.[...]Ora, podem distinguir-se duas classes de imperativos: os imperativos hipotéticos e os imperativos categóricos. Aqueles nos apresentam uma ação como necessária para alcançar um certo fim. Estes nos propõem uma ação como necessária em si mesma, incondicionalmente. [...] O imperativo de moralidade [...] nos prescreve uma certa conduta, independentemente de outro fim.*<sup>41</sup> (grifo meu)

Este pensamento categórico da ética, que se julga suficiente no racional-universal, impede uma maior riqueza do juízo moral. Vale ressaltar que os filósofos do direito que ainda tentam filiar-se à tradição kantiana enfrentam igualmente da dificuldade de lidar com as situações concretas. Em Albrecht Wellmer, que fundamenta o pensamento de Habermas e está na linha do pensamento “pós-metafísico”, por exemplo, tenta-se conciliar a universalização com o concreto.

*A intenção de Wellmer é entender, como máxima universal, o ‘poder querer’ de uma máxima, que Kant acredita implícito no imperativo categórico, em um sentido que não o obrigue a dissociar o metaprincípio de potencial universalização do respectivo conteúdo concreto e da referência contextual de uma máxima fática de ação.*<sup>42</sup>

Radicalizando contra esta “suficiência” universalista, inserida num contexto maior iluminista da razão pura “salvadora” que pretende encontrar uma ética de razão absoluta expressa através de regras monisticamente seguras, MacIntyre encerra esta pretensão como inatingível. Ele encara o debate da moralidade como se houvesse uma série de linguagens que não chegam a um acordo entre si<sup>43</sup>.

Diante disso, ele defende que isso resulta num emotivismo, em que as preferências, paixões e sentimentos têm precedência em relação à razão<sup>44</sup>. Aquilo que alguns chamam de universal são apenas preferências e paixões de antemão eleitas por alguns<sup>45</sup>.

Além disso, esses “conjuntos de normas só passam a existir em determinados períodos históricos, em determinadas circunstâncias sociais<sup>46</sup>”. Assim, após considerando o projeto

<sup>41</sup> PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*. 8ª ed. Petrópolis, RJ: vozes, 2003, p. 119-120.

<sup>42</sup> GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 83. Ibid, p. 301. No mesmo sentido Klaus Günther, que desenvolve o princípio da imparcialidade, numa tentativa de repartição do discurso jurídico de maneira dúplice: de um lado, a fundamentação e, de outro, a aplicação das normas. *O debate trouxe até agora, sobretudo, dois resultados: sob condições de um princípio moral universal, do tipo do princípio de universalização (U), a idéia da imparcialidade se subdivide em um discurso de fundamentação situacionalmente dependente e em discursos de aplicação que examina todos os sinais característicos de uma situação. Esta separação mostrou-se inevitável devido ao desenvolvimento da consciência moral, porque, na passagem do nível convencional para o pós-convencional, a validade e a adequação de normas, entrecruzadas em um contexto particular de perspectivas comuns, não conseguem mais obter sustentação.*

<sup>43</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Bauru, SP:edusc, 2001, p. 21. “A característica mais marcante da linguagem moral contemporânea é ser muito utilizada para expressar discordâncias; e a característica mais marcante dos debates que expressam essa discordância é de caráter interminável. (...) Parece que não existe meio racional de garantir acordo moral em nossa cultura.”

<sup>44</sup> Ibid, p. 30. “Emotivismo é a doutrina segundo a qual todos os juízos morais valorativos e, mais especificamente, todos os juízos morais não passam de expressões de preferências, expressões de sentimento ou atitudes, na medida que são de caráter moral ou valorativo.”

<sup>45</sup> Ibid, p. 46. “A declaração de qualquer princípio universal é, no fim das contas, uma expressão das preferências da vontade do indivíduo e, para essa vontade, seus princípios têm e só podem ter autoridade que ele escolheu lhes conferir ao adota-los.”

iluminista como “falido”, o argumento construtivo que poderia ser aproveitado é no sentido de que não se pode afastar a moralidade da cultura.

*MacIntyre se tornou um dos mais eminentes teóricos morais contemporâneos quando publicou ‘After Virtue’, em 1981, produzindo um giro significativo na filosofia moral e política anglo-saxã, ao articular uma crítica geral da filosofia moral e política moderna com a tese de que conceitos morais são ligados a tradições culturais e sociais.<sup>47</sup>(grifo meu)*

Em tal linha de pensamento, o pragmatismo aparece como uma alternativa interessante, novamente ficando no “meio do caminho” entre uma razão-universal, de cunho monovalente, e um emotivismo que radicaliza num irracionalismo de raízes nietzscheanas, demonstrando forte afinidade com o particularismo ético. Fixa-se, então, na força da percepção do ser humano, porém com sua existência considerada em um contexto cultural, apta a notar as especificidades de cada caso, distanciando-se de uma análise simplista de princípios logicamente concatenados e preocupados em friamente aplicar regras generalisticamente<sup>48</sup>.

Para melhor compreender esta distinção, é oportuno distinguir três passos.

O primeiro ocorre ao MacIntyre afirmar que um juízo correto de moralidade insere-se num contexto de tradições, onde moral e cultura vinculam-se. É um passo pragmatista-particularista. Indagar o conteúdo do conceito de Bem (*thin*), por exemplo, demanda, inevitavelmente, reconhecer a sociedade e as instituições que o desenvolvem (*thick*).

O segundo passo, muito mais largo, é realizado pelo emotivismo, que concluir por considerar esta vinculação tão forte a ponto de descartar a racionalidade, e resumindo a análise aquilo que existir historicamente na cultura, com as preferências e vontades definindo a ética determinada de um povo e restrita aos costumes.

<sup>46</sup> Ibid, p. 123.

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Manfredo. (Org.) *Filosofia Política Contemporânea*. CARVALHO, Herder Bueno Aires de. *Comunitarismo, liberalismo e tradições morais em Alasdair MacIntyre*. Petrópolis, RJ: vozes, 2003, p. 292.

<sup>48</sup> Não se chega, aqui, a adotar uma versão radical de particularismo adotada por DANCY, para quem qualquer coisa pode valer como importante numa análise moral, já que alguns aspectos culturais possuem uma peso inicial na análise, numa versão aproximada de Ross, MacIntyre, Nussbaum e Íris Murdoch. Mas em certa medida anui-se às suas considerações gerais particularistas, uma vez que insiste que não se deve reduzir a moralidade simplificadamente, de modo que se firma o generalismo como arquiinimigo. DANCY, J. *Moral particularism*. Stanford Encyclopedia of Philosophy: <http://plato.stanford.edu/entries/moral-particularism/>. “*Moral Particularism, at its most trenchant, is the claim that there are no defensible moral principles, that moral thought does not consist in the application of moral principles to cases, and that the morally perfect person should not be conceived as the person of principles. (...) The particularist’s opponent is the generalist. Ethical generalism is the view that rationality of moral thought and judgement depends on a suitable provision of moral principles.*”. Dessa maneira, os princípios morais não seriam suficientes para conferir consistência e segurança para a visão do agente. DANCY, J. *Moral particularism*: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/moral-particularism/>> “*The first conception, the ‘absolute’ conceptin, takes a moral principle to be a universal claim to the effect that all actions of a certain type are overall wrong (or right). (...) The answer, I think, is that we suppose that without moral principles there could be no such thing as the difference between right and wrong. Rightness and wrongness are peculiar properties, and the only way that an action can get them is by being related to a principle in one way or another.*”

Finalmente, o terceiro passo, iluminista, e distinto dos anteriores, afasta-se do contexto cultural. A moral é universal, isto é, serve em qualquer sociedade de modo absoluto, conferindo autonomia ao sujeito, porque a razão, em sua pureza, deve submeter nossa vontade e com ela a sensibilidade moral, rumo a uma frieza calculada da razão.

O ser humano, em sua integralidade ética, não se limita à razão-universalista e nem, muito menos, o fato de inserir sua percepção moral na dimensão cultural pode ser considerado uma “falha”, mas, ao contrário, constitui-se numa riqueza explorável pelo juízo particularista, não restrito a uma verdade generalista pura, mas sim contextualmente ponderada. Esta abordagem pragmatista-particularista, que considera tradições culturais, não implica em arbitrariedade, ao revés, possibilita maior controle racional nos usos e costumes. Mormente no discurso jurídico em que a argumentação pretende a função justificadora da “visão moral” centrada no princípio da dignidade da pessoa humana (*thin*).

Assim, a sensibilidade moral-racional serve para conferir sentido a uma avaliação cultural, hipotético-circunstanciada, do agente ético. Este passo dado por MacIntyre afina-se tanto com o particularismo como com o pragmatismo, destacando o juízo do sujeito inserido num contexto cultural, vinculado não só com a moral como também com a política.

*Não deve haver duas histórias, uma da ação política e moral e outra da teoria política e moral, pois não existiram dois passados, um populado somente por atos e outro somente por teorias. Todo ato é portador e expressão de conceitos e crenças mais ou menos carregados de teoria; toda teoria e toda expressão de crenças é um ato político e moral.*<sup>49</sup>

Um exemplo envolvendo a aderência entre as matérias culturais, políticas e morais é importante para refletir o quão essencialmente distintas estas dimensões de juízos, universal vs. particular-cultural se apresentam. Imagine-se a questão tormentosa do conflito Ocidente vs. Oriente. Nele é possível sentir o quanto o juízo moral é diversificado, ante uma distinção de propostas filosóficas tendo o cultural-hipotético vs. o racional-universal bem delineados.

Em primeiro lugar, como dito acima, antes do Iluminismo romper com o pensamento metafísico-religioso, este, por ser de índole cultural, deparou-se com duas realidades antagônicas em sentido emotivista puro. Com isso, entre os opostos do globo, havia choque de tradições propício para um conflito. O Ocidente, assim, pretendia levar sua verdade

---

<sup>49</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Bauru, SP: edusc, 2001, p. 113.

cultural, de religiosidade metafísica e monista, uniformemente para todo o planeta, a partir da conquista de Jerusalém.

Sem sucesso, o Ocidente, após, ingressou no pensamento moderno do iluminismo, ocasionando a ruptura com a tradição de religiosidade. Passou para um segundo momento, da racionalidade “salvadora”. A secularização procura esvaziar as questões culturais, vendo estas como inclinações da vontade que precisavam ser submetidas e caladas diante de uma verdade maior universal. Deste modo, não compreendeu como os Orientais não conseguiriam “enxergar” a religião-metafísica racionalmente excluída do contexto de discussão político-moral. Este novo embate atualmente denomina-se “Globalização”. Não é de outra forma que os historiadores vêm interpretando o nosso contexto contemporâneo.

*Inteiramente secular, a globalização é uma afronta para estados e outras instituições baseados na religião. Por exemplo, o Corão, o livro sagrado do Islã, proíbe a participação de nações islâmicas nas finanças mundiais, sobretudo daquelas dominadas por clérigos fundamentalistas<sup>50</sup>.*

Ao adotar-se o particularismo “mais largo”, haveria uma terceira perspectiva possível de clarear os horizontes das relações Ocidente-Oriente. Trata-se de admitir como pressuposto que há culturas distintas. O Ocidente fincou-se de tal modo na razão-universal, que se tornou incapaz de enxergar no Oriente a não desvinculação de uma cultura ético-religiosa em prol de uma “racionalidade-universal” que senta friamente numa mesa de discussão. Para esse entendimento, é preciso preservar os conceitos de dignidade moral que particularisticamente são “vistos” dentro de cada cultura. Não há como pensar num acordo que “deixe de lado” a religiosidade e pense na questão calculadamente através da razão. Não há respostas univalentes e racionais puras como se insiste. Só há esperança de paz se se fixarem as bases casuisticamente, alinhando pontualmente aspectos de mútuo respeito cultural. Por exemplo, considerando as civilizações árabes e israelenses, a tradição kantiana é estéril para afirmar que, de modo categórico-racional, seja possível haver um acordo ético sobre o que seja o Bem e a conduta correta a ser adotada em relação a Jerusalém. Que uma máxima iluminista, racional-universal, e portanto descontextualizada, permita-os dirigir-se a um entendimento de condutas, como o Ocidente ainda acredita ser possível. Se for por esse caminho, a posição de MacIntyre está correta no sentido da interminabilidade do conflito. Ao contrário, um particularista-pragmatista admitiria aquilo que sociologicamente teria como inegociável em

---

<sup>50</sup> Ibid, p.3258.

cada cultura, além de respeitar o politicamente negociável nas respectivas civilizações, e, com apoio no pensamento filosófico de percepção moral, procuraria “enxergar” aqueles pontos que se afastam de um choque ideológico e possibilitam um entendimento ético-político do correto agir. Do Bem para ambos: Oriente e Ocidente. Um particularismo-pragmatista, em harmonia com MacIntyre, possui uma vantagem na condução adequada de um acordo.

Considerado, portanto, o vínculo entre a moralidade e a cultura, retoma-se a análise do modelo de racionalidade aristotélica proposta para esta seção, que analisa o monismo kantiano em detrimento do pluralismo cultural e axiológico ínsitos ao juízo moral. No sentido apresentado até aqui, o silogismo de Aristóteles teria vantagem em relação ao pensamento kantiano, uma vez que aqui se pode dar ênfase à premissa menor atenta à “práxis” e à experiência moral do agente, como acentua McDowell que dá ênfase à **premissa menor** aristotélica:

*A visão a que se chega de uma situação por exercício da sensibilidade do sujeito, é aquela na qual alguns aspectos da situação são vistos como constituindo uma razão para agir de determinado modo; tal razão é apreendida, não pelo “maior peso” ou “preponderância” de alguma razão para agir de outra maneira, que por sua vez será constituída de outros aspectos de uma situação (um perigo imediato, suponha-se), mas, ao contrário, silenciando as razões. [...] Aquilo que uma pessoa virtuosa realmente percebe é apenas o estabelecido na premissa menor do silogismo: um fato direto a respeito da situação analisada, o que é incapaz de extrair da situação por si mesma. [...]. Racionalmente requer consistência; uma concepção especificada de racionalidade numa análise em particular determina **uma forma específica** na demanda abstrata por consistência. Uma visão específica do que importa ao agir de um mesmo modo. **O preconceito é a idéia de que agir sob as luzes de uma concepção racional em específico deva ser explicado em termos de ser guiado por uma fórmula principiológica universal.**<sup>51</sup> (tradução minha) (grifo meu)*

Em McDowell há um rearranjo do aristotelismo numa perspectiva mais próxima do particularismo, ao destaca que se trata menos de uma situação racional-deliberativa, do que de uma especificação e de um silenciamento do agente que “enxerga” o correto. Dessa forma, a premissa menor seria reveladora no julgamento ético, prescindindo do raciocínio lógico-silogístico em completude. Assim, não são necessárias regras-universais, mas sim uma racionalidade reflexiva, holística e situacional. O ser humano, no juízo da dignidade de sua

<sup>51</sup> MCDOWELL, John. *Greek Ethics: Virtue and Reason*. [S.I.:s.n.], [1995?], p. 55-58. “*The view of a situation that he arrives at by exercising his sensitivity is one in which some aspect of the situation is seen as constituting a reason for acting in some way; this reason is apprehended, not as a outweighing or overriding any reasons for acting in other ways, which would otherwise be constituted by other aspects of the situation (the present danger, say) but as silencing them. [...] What a virtuous person really perceives is only what is stated in the minor premise of the syllogism: that is, a straightforward fact about the situation at hand, which – as the objection requires – would be incapable of eliciting action on its own. (...) Rationality requires consistency; a specific conception of rationality in a particular area imposes a specific form on the abstract requirement of consistency – a specific view of what counts as going on doing the same thing here. The prejudice is the idea that acting in the light of a specific conception of rationality must be explicable in terms of being guided by a formulable universal principle.*” (grifo meu)

ação, terá como foco a visibilidade do adequado agir. Não se restringe mais à procura de uma resposta única e monovalente, mas, ao contrário, com inspiração wittgensteinsiana e pluralista, admite que há diversas “formas de vida”<sup>52</sup> dentro de usos culturais<sup>53</sup>.

Assim, o pluralismo, adequado numa postura particularista-pragmatista, e refratária à denominada por Íris Murdoch como “moral-corrente” da univalência. O juízo ético, ao ficar atento às circunstâncias, molda seu objeto para a realidade de vivermos em sociedades hiper-complexas, e admite as “formas de vida” da alteridade, que demandam reconhecimento e uma convivência comum, e que são desvalorizadas numa mecânica generalista<sup>54</sup>.

Desta forma, a racionalidade centraliza-se na visão do indivíduo e de sua sensibilidade moral, ao analisar efetivamente as condutas, e preocupar-se em traçar um perfil de seu comportamento. A questão do juízo ético envolve-se com a própria personalidade do agente. No que consiste a visão de ser humano especificamente considerado? Talvez, por isso, justifique-se uma valorização da literatura, por vezes tendo mais a dizer sobre ética do que a própria filosofia, ao traçar descritivamente o perfil psicológico dos personagens. O particularismo coloca como fulcral para a ética a reformulação de suas bases para abranger estes questionamentos e oferecer novas respostas<sup>55</sup>.

Por outro lado, a **premissa maior** de Aristóteles, além de comprometer-se com um modelo lógico-dedutivo de racionalidade, procura apoiar-se no conceito de virtude, que estaria contido o ideal de “felicidade” perseguido. Revela, nele, a sua filosofia da mediania.

*A virtude é, então, uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria*

<sup>52</sup> GLOCK, Hans-Johanan. *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 174. “O termo ‘jogo de linguagem’ pretende salientar a idéia de que ‘falar uma língua é parte de uma atividade, de uma forma de vida.’ (PI §23) (...) ‘Imaginar uma linguagem é imaginar uma forma de vida’ (PI §§ 7, 19). (...) Por conseguinte, uma forma de vida é uma formação cultural ou social, a totalidade das atividades comunitárias em que estão imersos nossos jogos de linguagem. Ao mesmo tempo, Wittgenstein fala também em forma de vida. ‘Em lugar do inalisável, do específico, do indefinível: o fato de que agimos desta ou daquela maneira; (...) O que deve necessariamente ser aceito, o que é dado – poder-se-ia dizer – são fatos da vida // formas de vida’ (RPPI §630; MS 13354). Essa passagem tem sido invocada para mostrar que uma forma de vida é um jogo de linguagem, e que, assim como há inúmeros jogos de linguagem, há também incontáveis formas de vida. (...) São ... padrões específicos de comportamento que juntos, constituem uma forma de vida.”<sup>52</sup>”

<sup>53</sup> MCDOWELL, John. *Greek Ethics: Virtue and Reason*. [S.I.:s.n.], [1995?], p. 73. “If the question ‘How should one live?’ could be given a direct answer in universal terms, the concept of virtue would have only a secondary place in moral philosophy. But the thesis of uncodifiability excludes a heard-on approach to the question whose urgency gives ethics its interest. Occasion by occasion, one knows what to do, if one does, not by applying universal principles but by being a certain kind of person: one who sees situations in a certain distinctive way.”

<sup>54</sup> NAGEL, Thomas. *Ética: visão a partir de lugar nenhum*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 312-314. “Os diferentes indivíduos continuam sendo os clientes da ética, e sua variedade garante que o pluralismo será um aspecto essencial de qualquer moral adequada, por mais avançada que seja. (...) Trata-se de uma inconveniência: pode dar a impressão de que a teoria deve basear-se numa natureza humana universal e que, se não pudermos descobrir tal coisa, teremos de inventá-la, pois a teoria política deve existir.”

<sup>55</sup> Esse vem sendo o esforço do particularismo ao reabilitar Aristóteles no contexto contemporâneo da moralidade. NUSSBAUM, Martha. *The fragility of goodness: luck and ethics in greek tragedy and philosophy*. Cambridge: UP, 1986, p. 292-293. “First of all, Aristotle emphasizes that the goal of his ethical discourse is not theoretical but practical. (...) Then too, the life we choose must be one that is possible for us in a different and stronger sense. It must be a life that we, as we deliberate, can choose for ourselves as a life that is really a life for us, a life in which there will be enough of what makes us the beings we are for us to be said to survive in such a life. (...) We begin an ethical treatise by looking at the characteristic functioning of humans – both its shared and its distinctive elements – because we want a life which includes whatever it is that makes us us.”

*prática. É um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, pois nos vícios ou há falta ou há excesso daquilo que é conveniente no que concerne às ações e às paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio-termo. Portanto, acerca do que ela é, isto é, qual é a definição da sua essência, a virtude é uma mediania, porém com referência ao sumo bem e ao mais justo, ela é um extremo.<sup>56</sup>*

Ocorre que seres virtuosos são escassos, como quer Rorty são “orquídeas selvagens”, e pensar numa ética a partir deles é um tanto quanto problemático e pouco concreto, para não dizer fictício se se pretende uma racionalidade “prática”. Mais interessante é admitir o pluralismo. De modo que, ao invés de jogar luzes para um conceito de virtude, ainda universal e de perfeição mediana, torna-se mais interessante reparar no que há de convergente a partir das laterais. Paga-se um preço muito alto no conceito de virtude. Ou seja, há um leque de opções válidas entre o excesso e a falta, e nisso consistem as possibilidades de “formas de vida” com diversos “homens médios” de igual dignidade humana. Ora, o “excesso” aflora o egoísmo humano na persecução de fins instrumentais que ultrapassam a percepção do moral para um agente reflexivo, e a “falta” evidencia a fraqueza do indivíduo que deixa de ter a convicção moral necessária para o exercício de sua dignidade enquanto pessoa humana. Bastaria refletir estes extremos para raciocinar o pluralismo entre eles e, assim, admitir um lastro permissivo do ético. Isto é, pretende-se uma moralidade não para santos, mas para indivíduos mais ou menos virtuosos, plurais e diferentes e que se manifestam em contextos culturais específicos.

Pensar num modelo de razão humana, que nos auxilie na elaboração argumentativa de um conceito de justiça, não passa exclusivamente por um ideal de perfeição virtuosa, seja contido numa premissa maior aristotélica, seja universal e monotônica no sentido kantiano. Dentro de um debate jurídico é uma abordagem que pouco enriquece na qualificação das decisões.

Assim, se é verdade que cada cultura oferece suas preferências e escolhas, o agente moral ao deparar-se num questionamento ético terá de sair da indefinição da continuidade cultural e posicionar sua atitude, através de um juízo ético particularista. Valendo-se de sua percepção, e ir construindo, a partir dos fatos concretos e dos usos culturais, uma coerência racional e holística de sua visão, de modo a, circunstanciadamente, modelar a sua própria personalidade a partir de tais posicionamentos e justificar a correção de suas condutas.

---

<sup>56</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad: Pietro Nasseti. São Paulo: martin claret, 2000, p. 49.

Revela-se, então, como mais adequada uma ética cultural pragmatista-particularista, ao invés do universalismo, a fim de densificar a argumentação do princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.3) A CARACTERÍSTICA “DEONTOLÓGICA” DA MORALIDADE KANTIANA

A maior objeção hegeliana à proposta kantiana trata de não estar atenta ao conteúdo e ao objeto do que seja devido. Esta apresenta a noção de modo categórico e, com isso, pretende assegurar a autonomia do sujeito com uma legislação “a priori” pura, novamente esvaziando-se da percepção do agente, numa proposta atomista<sup>57</sup>.

*O princípio autônomo do imperativo categórico comanda a sua própria autonomia e nada mais. [...] Isso significa que a vontade deve querer a sua própria autonomia e que a sua liberdade reside em ser, portanto, uma lei para si mesma. Essa liberdade é ‘inteligível’, quer dizer, ‘independentemente de qualquer determinação por causas alheias’, e formal / universal na medida em que não está em qualquer relação com o objeto. A purificação de Kant da vontade, eximindo-a da influência de qualquer princípio ou objeto heterônomo, tem sido sistematicamente criticada desde Hegel, em particular por Nietzsche (1887) e Scheler (1973). Uma tal autonomia foi vista, na melhor das hipóteses, como vazia, formalista e irrelevante, e na pior como tirânica.<sup>58</sup>*

Em contraposição, reflexiva e holística, pode-se trazer o filósofo David Ross, que possui um modelo de racionalidade prática bastante interessante. Dessa forma, não adota este caráter de aceitação ou rejeição, no sentido iluminista, de uma conduta que é ou não é moral tão somente por estar ou não contida em padrões categóricos de razão pura. Ao contrário, apresenta uma estrutura deontológica que observa situações especiais, com certas condutas exigíveis ‘prima facie’, com o contexto podendo, ou não, racionalmente afastá-las<sup>59</sup>. Assim, conforme as relações sociais travadas e assumidas, e dentro de usos e costumes culturais, bem como atento à percepção do agente moral, tende-se a reagir a de uma maneira específica (‘prima facie’)<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: lúmen júris, 2004, p. 16. A transcrição contém trechos de *Metafísica da Moral e de Crítica da Razão Prática*. “Um ser racional é aquele que, independentemente de sua experiência histórica, tem motivo para fazer moralmente o que faz. Daí segue a tese de que os princípios morais ‘devem ser dados a priori pela razão pura sozinha’, ou seja, de que o sujeito moral não leva em conta as suas inclinações, meramente porque e na medida em que ele é livre e tem ‘razão prática’. O filósofo alemão pretende mostrar que ‘não somente a razão pura pode ser prática, mas também que somente ela pode ser incondicionalmente prática, e não empiricamente limitada’.”

<sup>58</sup> CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Trad: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 43.

<sup>59</sup> ROSS, D.W. *The Right and the Good*. Indianapolis, Cambridge: Hackett publishing, 1988. p. 17/44-46. “When a plain man fulfils a promise because he thinks he ought to do so, it seems clear that he does so with no thought of its total consequences, still less with any opinion that these are likely to be the best possible. He thinks in fact much more of the past than of the future. What makes him think is right to act in a certain way is the fact that he has promised to do so – that and, usually, nothing more.” Assim, é pela natureza da situação e não, como prega o utilitarismo, pelas conseqüências, que se age moralmente [...]: “This we consider obligatory in its own nature, just because it is a fulfillment of promise, and not because of its consequences.(...)” “Our duty, then, is not to do certain things which will produce certain results. Our acts, at any rate our acts of special obligation, are not right because they will produce certain results”.

<sup>60</sup> *Ibid*, p. 46. “(...) the relation of promisee to promiser, of creditor to debtor, of wife to husband, of child to parent, of friend to friend, of fellow countryman to fellow countryman, and the like; and each of these relations is the foundation of a ‘prima facie duty’, which is more or less incumbent on me according to the circumstances of the case. When I am in a situation, as perhaps I always am, in which more than one of these ‘prima facie’ duties is incumbent on me, what I have to do is to study the situation as fully as I can until I form the considered opinion (it is never more) that in the circumstances one of them is more incumbent than any other; then I am bound to think that to do this ‘prima facie’ duty is my duty ‘sans phrase’ in the situation.”

O próprio filósofo já define situações que se apresentam como moralmente exigíveis, fazendo surgir estes “deveres”. Estes seriam os seguintes: 1) relativos a atos anteriores próprios: 1.1) fidelidade no cumprimento de uma promessa, 1.2) reparação de um erro cometido; 2) relativos a atos anteriores de outra pessoa: retribuição com gratidão; 3) justiça distributiva, com retribuição conforme o mérito; 4) beneficência aos outros; 5) desenvolvimento pessoal; 6) não causar malefícios aos outros<sup>61</sup>. Repita-se não serem deveres generalistas de tipo kantiano. Por tal razão fala em deveres ‘prima facie’, que configuram uma tendência (‘parte-resultante’) da análise ética, que somente holisticamente poderá ser compreendida com maior segurança.

*É preciso esclarecer a relação entre os deveres “prima facie” e o dever propriamente dito de agir de uma forma em particular e numa circunstância em particular. [...] Qualquer ação que nós fazemos possui diversos elementos que se classificam em inúmeras categorias. Quebrar uma promessa, por exemplo, tende a ser errado; mas se for para aliviar um peso (“relieving distress”) tende a ser correto. A tendência de um dever poder ser chamado de um atributo “resultante-parcial”, por exemplo, um dever que componha um ato em razão de algum aspecto de sua natureza. O dever “resultante-total” de agir decorrerá de sua natureza completa e nada menos que isso.<sup>62</sup> (tradução minha)*

Nesta perspectiva, então, surge o modelo da balança<sup>63</sup>, em que somente a partir do caso concreto o agente “pesa” as circunstâncias de que tem conhecimento e pode ver com clareza a natureza da situação. Na riqueza do juízo particular, verifica se a tendência ético-obrigacional se confirma ou não. Dessa forma, situações do convívio social, por suas convenções culturais e costumes, com o que MacIntyre e o 2º Wittgenstein concordariam, nos informam determinados tratos para reagir e nos impelem a obedecê-los e cumpri-los, de modo que, nesta balança dimensionada em “pesos”, exceções são permitidas para retirar ou aliviar o incômodo e impulsiona-nos ao agir (*relieving distress*) em conformidade com a percepção moral do sujeito no caso concreto.

---

<sup>61</sup> Ibid, p. 20/21.

<sup>62</sup> Ibid, p. 28. “It is necessary to say something by way of clearing up the relation between ‘prima facie’ duties and the actual or absolute duty to do one particular act in particular circumstances. [...] Any act that we do contains various elements in virtue of which it falls under various categories. In virtue of being the breaking of a promise, for instance, it tends to be wrong; in virtue of being an instance of relieving distress it tends to be right. Tendency to be one’s duty may be called parti-resultant attribute, i.e. one which belongs to an act in virtue of some one component in its nature. Being one’s duty is toti-resultant attribute, one which belongs to an act in virtue of its whole nature and of nothing less than this.”

<sup>63</sup> Ibid, p. 41. “Every act therefore, viewed in some aspects, will be ‘prima facie’ right, and viewed in others, ‘prima facie’ wrong, and right acts can be distinguished from wrong acts only as being those which, of all those possible for the agent in circumstances, have the greatest balance of ‘prima facie’ rightness (...) For the estimation of the comparative stringency of these ‘prima facie’ obligations no general rules can, so far as I can see, be laid down.”

*Pode-se conceber que, apesar do dever de cumprir uma promessa eu tenha reconhecido um dever de aliviar o peso (“relieving distress”), e então eu considere correto agir conforme este outro dever ao ônus de não cumprir o prometido. Não se trata de considerar que diante das circunstâncias este seja mais devido. Ao contrário, corresponde mais propriamente ao que seja mais adequado ao caso concreto.* <sup>64</sup>  
(tradução minha)

Assim, somente a análise holística do agente nos dirá se um determinado dever ‘prima facie’ deverá, ou não, ser concretamente cumprido. Isso ocorrerá na dimensão reflexiva e ‘a posteriori’, conferindo o “peso” que se afigure devido, reajustando a balança e excepcionando, racional e justificadamente, aquelas estipulações ‘prima facie’. Vale dizer, se não agirmos de maneira “x”, há um maior peso deontológico. E é em razão deste tipo de “peso justificado” que a razão reagirá. Por exemplo, caso não cumprir uma promessa é nitidamente exigível por vários usos culturais, “pesa” na visão e sensibilidade moral do agente, mas em virtude de ter prestado socorro alguém o sujeito fica impossibilitado no cumprimento do prometido.

Prosseguindo na análise do pensamento de Ross, David McNaughton o situa como um “intuicionista moral” e tece interessantes considerações diante das opiniões dos críticos ao sistema proposto. De um lado, é feita a acusação de não ser racionalista, porém não aceita esta objeção uma vez que se realiza uma análise não puramente intuitiva do caso concreto, mas ‘conduzida’ por princípios “prima facie”<sup>65</sup>; e, de outro, concorda com os críticos, no sentido de que a teoria de Ross seria insuficiente como um guia de orientação moral pleno e apto a dizer a respeito do que seja o moralmente correto para agir. Não obstante admita esta objeção, McNaughton não considera essa insuficiência rossiana propriamente uma falha, uma vez que sua teoria responde àquilo que se propõe em termos éticos, de modo que analisa o “peso” dos deveres efetivamente envolvidos que somente se revelam diante do caso em particular: *“Somos abandonados, diante de um conflito moral, no sentido de que tudo o que podemos fazer é apenas olhar atentamente para o caso em particular, com todas as suas complexidades, e formar um juízo razoável de qual o dever (ou deveres) carrega o maior peso.”* (tradução minha)<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Ibid, p.18. *“It may be said that besides the duty of fulfilling promises I have and recognize a duty of relieving distress, and that when I think it right to do the latter at the cost of not doing the former, it is not because I think it the duty which is in the circumstances more of a duty. This account surely corresponds much more closely with what we really think in such a situation.”* (grifo meu)

<sup>65</sup> McNAUGHTON. *An Unconnected Heap of Duties?* [S.I.:s.n.], [1995?], p. 84. *“To this Ross might reply that he also offers a single test. The difference between his test and the Kantian one is that the latter is atomistic, generating each principle independently of the others, whereas his is holistic testing each principle by seeing whether it can be derived from the others.”*

<sup>66</sup> Ibid, p. 90. *“We are left, then, with the claim that all we can do, when faced with a moral conflict, is to look carefully at the particular case in all its complexity and form a reasonable judgement as to which duty (or duties) carry the most weight.”*

Assim, McNaughton admite que haja deveres “prima facie” que nos impõem um determinado agir em situações especiais como quer Ross. No entanto, não como uma resolução definitiva da análise, mas como um começo da reflexão do agente moral ao conferir um peso inicial, com maior segurança da percepção moral<sup>67</sup>.

Estes deveres “prima facie” poderiam ser avaliados sociologicamente, como feito por Marcel Mauss no desenvolvimento da categoria de “pessoa”. No caso do direito podem partir da construção do princípio da dignidade humana “ralo” (*thin*) e que vai sendo densificado (*thick*) na argumentação. Dessa forma, estes princípios “prima facie” podem ser extraídos mais de uma reflexão empírica, cultural-sociológica, e no direito argumentativa, do que de uma intuição como se estipula de Ross. Assim também pode ser pensado a respeito do imperativo categórico kantiano, que seria mais um produto sócio-cultural de um projeto maior, de pano de fundo iluminista, do que simplesmente uma moral autônoma como se supunha, ou seja, mais afeta a história do que à razão pura.

Vê-se, na dimensão particularista aqui empreendida, estes deveres “prima facie” enquanto “portas de entrada” para a dimensão cultural-axiológica, que incute seu sistema de deveres na percepção moral do agente, conferindo uma “primeira visão”, e maior segurança na reflexão ética. Seria o que Gadamer denomina diálogo com a tradição. Isso possui maior destaque no direito, em que na análise casuística tem-se tanto o ordenamento jurídico com a jurisprudência e a dogmática, como todo um sistema sociológico-valorativo de deveres culturais, e que podem ser racionalmente dispostos no discurso jurídico. Na perspectiva de Ross, o contexto descritivo é capaz de “ver”, por uma justificação racional, o moralmente exigível. Por esta racionalidade particularista “narrativa”, alguns “conceitos” culturais vão sendo trabalhados e refletidos (densificados), para servir como uma espécie de “pontos de apoio” ou “ilhas de segurança” ao agente moral em sua análise, segundo Íris Murdoch:

*Há, todavia, ocasiões em que as situações não são claras e torna-se necessária uma renovada tentativa de especificar os fatos, mas uma visão fresca pode decorrer de uma ‘história’ ou de alguns conceitos básicos capazes de se relacionar com aquilo que está obscuro, representando, então, uma ‘forma de compreensão’ alternativa. Certamente, estes conceitos não precisam ser misteriosos ou sofisticados: ‘esperança’ ou ‘amor’ são o nome de dois deles.*<sup>68</sup> (tradução minha)

<sup>67</sup> Ele afirma que Ross coloca-se numa posição intermediária entre um absolutismo e um intuicionismo de sentidos puros. Ibid, p. 87. “*That midway position is intended to allow us to say something about the ranking of duties in general which falls short of absolutism: namely, that some kinds of basic duty might be thought to be, in their intrinsic nature, more weighty than others. This does not mean that the less weighty duty will never win out, only that it starts with an initial handicap which it will have to work hard to overcome.*”

<sup>68</sup> MURDOCH, Iris. *Existentialists and Mystics: Vision and Choice in Morality*. [S.l.]: pengrin books, 1997, p. 91. “*There are, however, moments when situations are unclear and what is needed is not a renewed attempt to specify the facts, but a fresh vision which may be derived from a ‘story’ or from some sustaining concept which is able to deal with what is obstinately obscure, and represents a ‘mode of*

Neste vasto plexo “conceitual”, não limitado a “construção” de fatos, mas narrativo e denso dentro de uma cultura na persecução de algo maior, que se denomina “visão”, Íris Murdoch lança-se para a força dos conceitos e destaca, então, o conceito platônico de Bem<sup>69</sup>. Através dele seria possível ver o mundo adequadamente acima dos demais conceitos<sup>70</sup>, falando na “soberania” do conceito de Bem.

Ambas propostas particularistas, tanto de Ross como de Murdoch, centralizam-se na percepção do agente moral e o auxiliam. No primeiro, ajuda diretamente para a revelação de deveres ‘prima facie’; já para a segunda, os ‘conceitos’ aparecem como forma de facilitar a visão moral e, em conjunto com o até agora visto, inserem-se em sistemas culturais. Apresentam em comum o fato de serem propostas não generalistas, mas abertas para a reflexão hipotética.

Assim, tanto os “deveres prima facie” como os “conceitos”, culturalmente revelados, oferecem o ponto de partida valorativo-deontológico de avaliação do juízo moral. De modo que estes deveres “prima facie” ou “conceitos” poderão ser confirmado na percepção moral do agente ou, ainda, poderão ser argumentativamente negados dando lugar a novos deveres mais adequados. Esta negação, em termos argumentativos, poderá servir inclusive de “anti-modelo” a ser rejeitado e reavaliado em termos racionais, para produzir uma nova visão a respeito do juízo moral<sup>71</sup>.

É oportuno apresentar esta noção de “ponto de partida”, que é cara em teoria da argumentação. Perelman evidencia que um orador pretende a adesão de um auditório para a sua tese. Assim, o que Ross e Murdoch estão a demonstrar é o conteúdo cultural que será fornecido como pano de fundo (*back-ground*), representando o acordo inicial deste auditório, a partir do qual irão partir e desenvolver os argumentos, acompanhando os costumes ou tomando-os como “anti-modelo” para uma nova visão.

*understanding’ of an alternative type. Such concepts are, of course, not necessarily recondite or sophisticated; ‘hope’ and ‘love’ are the names of two of them.”*

<sup>69</sup> MURDOCH, Iris. *Existentialists and Mystics: The Sovereignty of Good Over Other Concepts*. [S.I.]: penguin books, 1997, p.376. “Goodness is connected with the attempt to see the unself, to see and to respond to the real world in the light of a virtuous consciousness. (...) ‘Good is a transcendent reality’ ”

<sup>70</sup> *Ibid*, p. 378. “The mind which has ascended to the vision of the Good can subsequently see the concepts through which it has ascended (art, work, nature, people, ideas, institutions, situations, etc., etc.) in their true nature and in their proper relationship to each other. (...) seeing the order of the world in the light of the Good and revisiting the true, or more true, conceptions of that which we formerly misconceived.”

<sup>71</sup> EMANUELE, Pietro; PLEBE, Armando. *Manual de Retórica*. São Paulo: martins fontes, 1992, p. 36. “São as inevitáveis Cila e Carídis de quem se baseia na invenção: se parte de um modelo, corre o risco de não ser original; se renuncia a todo e qualquer modelo, corre o risco de conceber coisas estúpidas ou banais. Foi por isso que a retórica gorgiana idealizou, como técnica de invenção, uma terceira via: partir de uma antimodelo, e não de um modelo. Ou seja, postamo-nos diante de um produto, um autor, ou uma tendência que se considera inaceitável, de maneira que o esforço para dele nos afastarmos estimule pensamentos e problemas artísticos antitéticos àqueles precedentes negativos.”

*Nossa análise da argumentação versará primeiro sobre o que é aceito como ponto de partida de raciocínios e, depois, sobre a maneira pela qual estes se desenvolvem, graças a um conjunto de processos de ligação e de dissociação. Essa divisão, indispensável para a exposição, não deve ser mal compreendida. Com efeito, tanto o desenvolvimento como o ponto de partida da argumentação pressupõem acordo do auditório. Esse acordo tem por objeto ora o conteúdo das premissas explícitas, ora as ligações particulares utilizadas, ora a forma de servir-se dessas ligações; do princípio ao fim, a análise da argumentação versa sobre o que é presumidamente admitido pelos ouvintes<sup>72</sup>.*

Ambos fornecem subsídios “deontológicos” ao agente, numa análise que certamente é fluida e demanda teorias que auxiliem na racionalização da percepção moral, sem com isso cair no categórico incondicional, mas que construam o juízo ético.

Este sentido de construção é apresentado por Hannah Arendt no âmbito da ‘*vita activa*’<sup>73</sup>. Tal construção argumentativa é frágil e decorre da vida política, que relaciona a “ação” com o “discurso”, e faz-se por meio de uma teia de relações de imensa fragilidade nos negócios humanos, cujas características são de imprevisibilidade e ilimitação<sup>74</sup>, destacando que “*o menor dos atos, nas circunstâncias mais limitadas, traz em si a semente da mesma ilimitação, pois basta um ato e, às vezes, uma palavra para mudar todo um conjunto.*”<sup>75</sup>.

Contra esta insegurança da esfera pública da ‘ação’, o recurso buscado foi no sentido de procurar resposta na ‘fabricação’ cujo domínio encontrava-se, sobretudo, nos artesãos. A filósofa destaca, porém, haver um preconceito contra estes indivíduos em sua inserção da esfera pública, e que somente foi rompido com o desenvolvimento do “homo faber” na idade moderna<sup>76</sup>. É interessante como ela analisa a filosofia de Platão uma vez que esta foi de procurar refúgio no campo das idéias enquanto representação, muito embora sua atitude fosse de fabricação:

*Platão fora buscar na esfera da fabricação a palavra chave de sua filosofia, a ‘idéia’; [...] O desejo platônico de substituir a ação pela fabricação, visando conferir à esfera dos negócios humanos a solidez inerente à fabricação e ao trabalho, tornou-se mais evidente quando atinge o próprio cerne de sua filosofia, a ‘doutrina das idéias’. [...]*

<sup>72</sup> PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. São Paulo: martins fontes, 1996, p. 73.

<sup>73</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: forense universitária, 2005, p. 196-197. “É em virtude desta teia preexistente de relações humanas, com suas inúmeras vontades e intenções conflitantes, que a ação quase sempre deixa de atingir seu objetivo; mas é também graças a esse meio, onde somente a ação é real, que ela ‘produz’ histórias, intencionalmente ou não, com a mesma naturalidade com que a fabricação produz coisas tangíveis.”

<sup>74</sup> Ibid, p. 197/198. “É por isto que Platão julgava que os negócios humanos (ta ton anthropon pragmata), resultantes da ação (praxis), não mereciam ser tratado com muita seriedade; as ações dos homens parecem-lhe movimentos de títeres acionados por mão invisível, oculta nos bastidores, de sorte que o homem se assemelha a um brinquedo de um deus.”

<sup>75</sup> Ibid, p. 203.

<sup>76</sup> Ibid, p. 242. “É verdade que somente a era moderna definiu o homem como, basicamente, ‘homo faber’, um produtor de coisas e ferramentas, e pôde assim vencer o profundo desprezo e a suspeita que a tradição via toda a esfera da fabricação.”

*Somente quando volta para a caverna escura dos negócios humanos, para conviver novamente com seus semelhantes, é que ele necessita das idéias como normas e padrões que lhe permitam julgar e classificar a multiplicidade vária de ações e palavras humanas com a mesma certeza absoluta e 'objetiva' com que o artesão se orienta na fabricação e o leigo no julgamento de cada cama pela idéia invariável e eterna da 'cama' em geral.<sup>77</sup>*

Essa resolução metafisicizada por Platão<sup>78</sup>, segundo Hannah Arendt, decorreu de uma resposta à fragilidade do discurso político. Fragilidade esta que é igualmente encontrada na avaliação do juízo moral e da argumentação ética no direito. De modo que ambos demandam uma 'fabricação', que aqui se desenvolve através do princípio da dignidade da pessoa humana no sentido ralo (*thin*) para o denso (*thick*). O imperativo categórico foi, também, um construto iluminista que, contudo, minimiza e restringe a percepção do agente moral como forma de pagamento de uma razão prática pura. Já a noção dos "conceitos" em Murdoch e dos deveres "prima facie" em Ross, que na leitura aqui realizada se constroem nos valores culturais, são ferramentas úteis, pragmatistas, para ajudar o agente moral na construção casuística de sua visão de descoberta deontológica de sua dignidade humana.

Por tudo o que foi exposto, a reflexão da dignidade humana clama pela percepção moral do agente, deflacionando o projeto iluminista kantiano de "razão prática pura". Ao contrário, importa mais uma moralidade com características: particularista, em detrimento do formalismo; culturalistas, ao invés de universalistas; e deontológicas não categóricas, mas 'prima facie' numa dimensão holística. Estes aspectos permitirão "qualificar" e densificar decisões judiciais rumo a uma maior justiça.

---

<sup>77</sup> Ibid, p. 237-238.

<sup>78</sup> Ibid, p. 238. "É somente na 'República' que as idéias se convertem em padrões, medidas e normas de comportamento, todos eles variações ou derivações da idéia do 'bem' na acepção grega da palavra, isto é, do que é 'bom para' ou adequado a alguma coisa."

## CONCLUSÃO

Realizado o presente estudo, é possível apresentar alguns dos resultados a que se chegou da investigação aqui proposta:

1) A insuficiência do positivismo para aplicação do direito é revelada por diversas maneiras, destacando-se o conceito de “homem-médio” na jurisprudência, e nas normas existentes pelo Artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e pelo Artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil. Elas demandam pela fundamentação filosófica do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto uma abertura ética para o ordenamento jurídico.

2) Diante da “assistematicidade” do conceito de dignidade da pessoa humana, revela-se impróprio considerar que há uma natureza “em si” sobre este tema. Porém, foi uma noção que evoluiu sociologicamente como apresentado nos estudos de Marcel Mauss.

3) Analisando-se três argumentos centrais utilizados por Kelsen para afastar o direito da moralidade. Primeiro, no sentido de que o direito é valor tão só pelo aspecto formal de ser norma, o que não procede porque a moralidade dependerá também do empírico e do juízo moral do agente. Segundo, que somente poderiam coexistir moral e direito se houvesse uma moral absoluta consentânea com o direito “puro”, argumento igualmente inadequado tendo em vista ser o direito uma manifestação cultural e variável conforme o ordenamento. Por fim, para evitar conflito normativo entre o jurídico e o ético, o que é de todo repudiável pois se a norma for injusta o melhor proceder é reformular o dever num sentido moral e não afastá-la para cientificizar o saber jurídico.

4) Além do positivismo jurídico é possível encontrar: (a) o neo-positivismo (Hart), onde os *hard cases* expõe situações de sair de uma análise puramente técnica da linguagem jurídica; (b) a filosofia do direito hegeliana, que consolida o universal e o concreto na consciência do ético e do jurídico; (c) a própria argumentação (Perelman), feita pelos intérpretes, demonstra que a retórica insere uma dimensão vivencial no discurso jurídico.

5) Hoje o direito brasileiro demonstra tendência de alinhar-se ao “pós-positivismo” que possui uma carga axiológica inflacionada, assim considerando o princípio da dignidade da pessoa humana e a argumentação. Esta abertura, ao invés de representar uma moralização jurídica, é melhor vislumbrada enquanto fissura do positivismo clássico.

6) No positivismo jurídico as normas são válidas por buscarem seu fundamento de validade nas normas hierarquicamente superiores e, assim, alcançam a coercibilidade.

7) Após a norma constitucional, a justificativa filosófica para o conceito de validade encontra-se na Norma Hipotética Fundamental. Ela é o pressuposto lógico-transcendental de interpretação que confere validade “objetiva” para qualquer que seja o ordenamento jurídico “subjeto”.

8) Contemporaneamente, Jürgen Habermas realiza a leitura procedimental do imperativo categórico kantiano, de modo que por meio de sua ética do discurso seria possível a transcendência da validade no sentido moral-universalista.

9) Este pensamento habermasiano é reproduzido por Klaus Günther que pretende realizar a transcendência procedimental no direito, que se encontraria no princípio da imparcialidade ampara o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação.

10) Se, por um lado, Kelsen entende que o direito encontra-se válido positivamente através da Norma Hipotética Fundamental, por outro lado, na sua aplicação existe apenas uma moldura de possibilidades interpretativas, sendo a decisão única um critério de política legislativa, razão pela qual a interpretação autêntica dos tribunais será a única correta apta, inclusive, a sair de tal moldura.

11) Segundo Richard Rorty, não é possível sair o âmbito discurso, sem possibilidade de se cogitar em condições ideais do discurso que permitam a transcendência de sua validade, mas, ao contrário, somente há o pragmatismo contextual do discurso.

12) A moralidade no direito, considerando-se sua natureza argumentativa, dá-se na base na “construção” e não da “descoberta” de valores axiológicos “em si”. O discurso do princípio da dignidade da pessoa humana ocorrerá através da densificação enquanto conceito

ralo (“*thin*”) até o seu robustecimento enquanto conceito denso (“*thick*”), como nos ensinamento de Michael Walzer, sendo a forma de cognoscibilidade ética do princípio.

13) O “formalismo” kantiano, centrado na noção de racionalidade prática pura, é uma proposta iluminista e universalista da moral, incapaz de congregar a percepção do agente moral e o conteúdo fático das circunstâncias envolvidas.

14) A análise particularista da moral considera a necessidade de estabelecer uma “visão”, como se nota em Íris Murdoch, e de uma sensibilidade em notar as circunstâncias salientes aptas a conferir uma forma ao contexto ético analisado.

15) Quanto ao “universalismo” kantiano, este, por sua perspectiva monovalente e generalista, não é suficientemente rico para o reconhecimento da pluralidade de formas de vida. Inclusive, a atenção aos valores culturais e tradições é uma consideração feita por Alasdair MacIntyre, e que não pode ser prescindida da análise argumentativo-moral.

16) O estabelecimento “deontológico” do direito poderá ocorrer, ao invés de modo categórico e universal na moralidade, através de deveres “*prima facie*” (David Ross), ou por conceitos morais (Íris Murdoch) do qual é destacado o princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo a argumentação a consideração aos valores sociológicos e culturais (Alasdair MacIntyre).

## APÊNDICE:

### “NATURALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA”

#### 1) COGÊNCIA DO DIREITO

A compreensão do direito remete à noção de força. Com este pensamento, Derrida apresenta duas palavras que possibilitem a desconstrução da noção de direito. São elas: “*enforceability*” e “*Gewalt*”<sup>1</sup>. Esta, vinda do alemão, é traduzida por violência. Tanto aquela exercida de maneira arbitrária, como a exercida de modo legítimo. Cita como exemplos os termos “*Gesetzgebende*” (poder legislativo), “*geistliche Gewalt*” (poder espiritual de Igreja) e “*Saatgewalt*” (poder do Estado). Já o termo em inglês evoca a sua “aplicabilidade” representando “*to enforce the law*” sendo o direito uma força autorizada ou justificada<sup>2</sup>.

Apresentado o conceito de direito enquanto força<sup>3</sup>, Derrida lança-se para a abordagem da justiça. Palavra esta que atrela à noção de direito, muito embora dele se distinga<sup>4</sup>.

*Para ser justa, a decisão de um juiz, por exemplo, deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso.*<sup>5</sup>

Perceba-se a distinção de conotação que os termos atraem. O direito apóia-se na força e na violência para fazer valer sua autoridade, enquanto a justiça, casuisticamente, exige uma flexibilidade e atenção às particularidades apresentadas em análise<sup>6</sup>. Esta fragilização da norma, para ser devidamente justificada enquanto justa, compromete-se com a moralidade.

<sup>1</sup> DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: wmf martins fontes. 2007. (Tópicos)

<sup>2</sup> Segundo Roberto Lyra Filho, ocorre uma imposição pela força através de normas elaboradas pela classe dominante dos meios de produção e atuantes na esfera estatal: “*A lei sempre emana do Estado e permanece, em última análise, ligada a classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção.*” LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?*. Disponível em: <<http://www.nplyriana.adv.br/lyrafilho/estudardireito.doc>>.

<sup>3</sup> Derrida, aqui, busca apoio em Montaigne, que entende um caráter místico de obediência e autoridade da lei: “*As leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade.*” DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: wmf martins fontes. 2007. (Tópicos). P. 21.

<sup>4</sup> “*(...) não se pode falar diretamente da justiça, tematizar ou objetivar a justiça, dizer ‘isto é justo’ e, ainda menos, ‘eu sou justo’, sem trair imediatamente a justiça, senão o direito.*” DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: wmf martins fontes. 2007. (Tópicos). P. 17.

<sup>5</sup> DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: wmf martins fontes. 2007. (Tópicos). P. 44.

<sup>6</sup> “*É preciso também saber que essa justiça se endereça sempre a singularidades, à singularidade do outro, apesar ou mesmo em razão de sua pretensão à universalidade.*” DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: wmf martins fontes. 2007. (Tópicos). P. 37;

Estabelecidos estes conceitos, neste passo inicial, vê-se como necessário dar atenção a uma questão nem sempre notada em filosofia do direito. Pensar no direito e na justiça não pode prescindir, em certo sentido, de uma abordagem da própria natureza humana. O sistema jurídico-normativo, que dá guarida a ambas concepções, surge como respostas à necessidade humana de composição de conflitos. Direito e justiça servem, assim, ao atendimento de uma demanda natural, em razão da natureza humana ser atritiva. Busca-se, então, uma pacificação social de conflitos de interesses.

A partir destes pressupostos, será possível pensar a ética de maneira mais adequada e, assim, pensar em sua interconexão com o direito.

## 2) FUNDAMENTAÇÃO NATURAL DA MORAL E ÉTICA NEGATIVA

A filosofia moral do Professor Júlio Cabrera é atenta a este enfoque, ao fundamentar a ética no que de fato consiste a natureza humana, isto é: essencialmente negativa. Enraíza sua filosofia ética após uma crítica das moralidades que intitula “afirmativas”.

*A crítica contra as morais afirmativas em geral é sempre feita neste quádruplo sentido: ocultação da condição humana; conservação de uma idéia positiva de ‘dignidade’; caráter excepcional da desconsideração e formulação de uma moral de indefinida ‘auto-estima’.*<sup>7</sup>

Um enfoque assim proposto, sem falsas ilusões ou aparências, estará mais apto à compreensão de uma autêntica formulação moral centrada na condição humana. Segundo o Professor, podem ser enumeradas cinco características: (1) facticidade: “*é simplesmente aquilo que faturalmente determina todas as suas possibilidades*”; (2) terminalidade: está em processo de decaimento, razão pela qual “*nascer e morrer são apenas dois aspectos do mesmo processo*” e, pode-se dizer, acentua ainda mais a sua ansiedade em perseguição de seus próprios interesses; (3) atritividade: encontra-se em “*inevitável conflito com outros seres naturais*” todos em busca de seus próprios objetivos; (4) invariabilidade: pela impossibilidade de alterar esta condição, de modo que não há escolha ou fuga de sua natureza; (5) conscientização: é um ser com compreensão suficiente para saber de sua condição negativa.

Firmados os pressupostos da condição natural humana, são estabelecidos quatro passos para a fundamentação natural da ética negativa.

O primeiro passo é o mais elementar, dado o caráter da “trivialidade” da condição humana, facilmente percebida pela sua índole negativa, é de mister a des-ocultação de toda afirmação moral.

No segundo, é preciso estar atento que neste processo de ocultação da condição humana estabelece-se alguma desigualdade que vela a situação original. Como estabelece o Professor, para desconsiderar o outro “*devo lançar mão de algum tipo de desigualdade ôntico-intramundana (sociopolítica, administrativa, policial, jurídica, médica, militar, etc.). [...] Devo dar a mim mesmo algum ‘direito’ ou suposto ‘privilégio’ que ultrapasse o nível da condição humana*”<sup>8</sup>. Ao contrário disso, estamos todos em uma igualdade estrutural de “*limitação e miséria, de desamparo e indignidade*” e que, por isso, nos conduz a um imperativo de respeito universal.

<sup>7</sup> BRITO, Adriano Naves (Org.). *Ética: questão de fundamentação*. CABRERA, Júlio. *Ética e condição humana: notas para uma fundamentação natural da moral*: contendo uma crítica da fundamentação da moral de Ernst Tungendhat. Brasília: universidade de Brasília, 2007, p. 82.

<sup>8</sup> Ibid, p. 63-64.

A terceira consideração remete à imperatividade kantiana da “normalidade” do mal e da desconsideração. Cuida-se de uma igualdade negativa que, de maneira não narcisístico-afirmativista, nos impele à “inviolabilidade pela indignidade”<sup>9</sup>.

*Os seres humanos comportam-se sistematicamente com desconsideração uns com os outros, tanto nas minúcias de suas vidas cotidianas quanto nas questões mais decisivas da vida. [...] Curiosa e paradoxalmente, [...] todos estão em luta [...] apenas tenta obter o máximo das muitas coisas que lhe fazem falta por meio da sistemática desconsideração de seus semelhantes estruturais. [...] A condição humana em particular, é estruturalmente ‘desconsiderante’.*<sup>10</sup>

Finalmente, o quarto e último passo, chega-se ao que é denominado de tragicidade e minimalismo ético. Conforme as lições do Professor, “a condição humana não fornece argumentos para obrigar-me a ter consideração. Não obstante isso, deixa-me sem argumentos para habilitar-me a ser legitimamente sem consideração.”<sup>11</sup>. Nota-se, aqui, uma situação de “empate”. A condição humana, em seu sentido mais profundo, não traz nenhuma força dignista ou afirmativa seja para consideração ou desconsideração. Chega-se a um ponto de inflexão. A solução desenhada é minimalista, enquanto uma concessão ou renúncia.

*Parece que a moralidade deveria caminhar na direção de um ser capaz de ‘abrir mão’, recuar, deixar espaço para os outros, não concorrer fervorosamente, não ter tanto ‘amor pela vida’, não achar que as coisas são assim tão apreciáveis e, nas situações-limite, permitir que a observância da exigência de consideração pelos outros possa levar à própria morte.*<sup>12</sup>

Como se pode constatar, este se constitui num tratamento da ética completamente diferente da moral tradicional e apresentando-se, ainda, por meio de bases muito mais sólidas de fundamentação.

Esta filosofia moral insta para que a moral não se perca em afirmativismos não condizentes com a condição humana, mas que mantenha o enfoque em sua natureza verdadeira. De tal maneira que, o raciocínio ético no discurso jurídico não pode fugir a estes pressupostos, com uma insistência de ocultação.

---

<sup>9</sup> Ibid, p. 67. “Certamente, essa ‘igualdade negativa’, essa ‘inviolabilidade pela indignidade’, em lugar das igualdades dignas e enaltecedoras das morais afirmativas habituais, irá ofender o narcisismo humano.”

<sup>10</sup> Ibid, p. 66.

<sup>11</sup> Ibid, p. 70.

<sup>12</sup> Ibid, p. 71.

Ora, em sendo o direito uma força imposta pela autoridade da lei, e a justiça um tratamento do caso particular com algum respaldo moral, como fundamentar o princípio da dignidade da pessoa humana zeloso por todos estes aspectos dúplices de cogência e moralidade, face a uma natureza humana negativa? É o que se pretende investigar na próxima e última seção.

### 3) O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme visto anteriormente, Gustav Radbruch acentua que, apesar do direito ser estabelecido para a finalidade da justiça, nem sempre esta de fato acontece e, não obstante isso, a decisão jurídica impõe-se por sua autoridade<sup>13</sup>.

A maior dificuldade nesta articulação do debate da ética, ao que se concebe, decorre menos do direito conceitualmente do que de uma noção de justiça moral. A influência kantiana é fortemente sentida em Gustav Radbruch e impotencializa, em termos práticos, a sua doutrina do justo enquanto finalidade do direito, como uma mera possibilidade do direito ser moral<sup>14</sup>.

Nestes termos, surge a questão da deontologia jurídica. O direito, para ser justo, necessitaria em sua imposição do “dever ser”. O raciocínio jurídico, dentro de uma ótica kantiano-radbruchiana é, ainda, iminentemente privatístico. Do agente do direito privado que, pleno de liberdade, persegue com suas condutas determinados efeitos jurídicos (“querer”-“dever”). É, portanto, uma ótica puramente contratualista. De tal sorte, retira da argumentação jurídica o aspecto moral do justo, ou, simplesmente, lhe é indiferente.

*Um querer (Wollen) pode produzir um dever (Müssen), quando a força do coagir o acompanha, mas jamais um dever ser (Sollen) – não um querer estranho, nem sequer um querer próprio: a expressão ‘autonomia’ só é compreendida quando não se compreende como obrigante dessa relação de obrigar-se por si mesmo um querer qualquer, mesmo que também seja a exigência da consciência, de uma maneira geral, não uma realidade qualquer empírico-psicológica, mas uma personalidade moral, um produto meramente normativo, ideal e irreal, em resumo, a própria norma obrigante: não é a consciência que obriga, mas a norma que nela fala.<sup>15</sup>*

A este pensamento no direito, remetemos agora àquilo que Hume, em filosofia, enfrenta com a falácia naturalística. Em síntese, afirma este filósofo incorrer em falácia o pensamento descritivo (“ser”) que tente derivar qualquer outra assertiva que não tenha este mesmo caráter descritivo<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: martins fontes, 2004, p. 263. “Tal como o direito tem vigência sem considerar se satisfaz ou não aos fins em razão dos quais foi criado, e tal como o direito processual tem vigência sem considerar se serve ou não ao direito material a que deve servir, assim também a sentença, que deve simultaneamente fixar a situação jurídica material e a correção do procedimento, alcança a força de coisa julgada sem considerar que talvez tanto possa contradizer ao direito material quanto chegar à formação incorreta processual.”

<sup>14</sup> Ibid, p. 69. “O direito é, pois, tão-somente a possibilidade da moral, e, exatamente por isso, também a possibilidade do imoral. O direito só pode possibilitar a moral, não forçá-la, pois o ato moral, por necessidade conceptual, só pode ser um ato da liberdade; mas uma vez que só pode possibilitar a moral, precisa também inevitavelmente possibilitar o imoral.”

<sup>15</sup> Ibid, p. 64-65.

<sup>16</sup> O mesmo valendo para moralidades que se fundamentem em práticas e costumes, como as de Tungendhat, rendendo a preciosa formulação de falácia socialística do Professor Júlio Cabrera. “Quando se traz à tona o famoso texto de Hume introduzindo-o no contexto das discussões em torno da FN, creio que se comete uma confusão entre duas teses bem diferentes: a tese da FN de que não se pode derivar

Assim, na formulação oferecida por Gustav Radbruch no direito (inclusive e principalmente aos positivistas) escapa-se da falácia naturalística ao expulsar o caráter ético-deontológico, além de centrar-se nas relações genuinamente liberais de direito civil que giram ao redor da vontade (“querer”) para daí extrair a cogência (“dever”), deslocando o debate do raciocínio moral (“dever-ser”) ou mesmo as premissas naturais ou científicas ou empírico-sociológicas (“ser”).

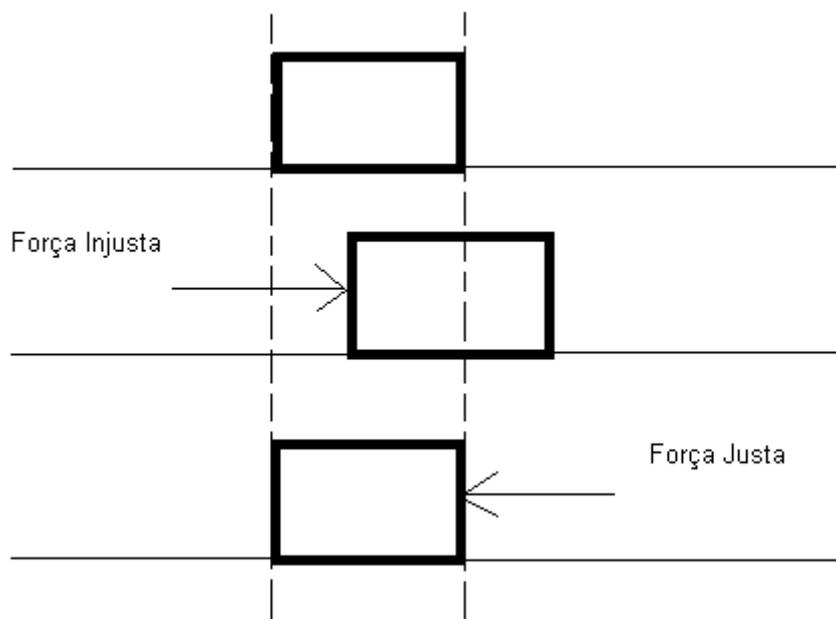
Conceber o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do ordenamento jurídico implica abolir, em certa medida, a distinção clássica do direito entre público e privado. Mais precisamente, tal distinção perde a razão de ser. Uma leitura da ética negativa, a partir da condição humana, é capaz de fornecer uma outra dimensão não liberalizante, mas sim naturalizante do direito.

Consoante as lições do Professor Júlio Cabrera, o segundo passo da fundamentação natural da ética negativa nos ensina que estamos numa situação de igualdade estrutural negativa. Por sua vez, no quarto passo, informa-se que nada há que nos legitime para uma atuação ético-deontológica (dever-ser) nem considerante (ser +), nem desconsiderante (ser -). Diante disso, observa-se aqui haver uma faculdade (“querer”) entre duas alternativas potenciais de ação (“querer” -“Wollen”- que deriva dois possíveis deveres -Müssen-, aqui situados na esfera ética do “ser” + ou -).

O problema que aqui se coloca é no campo do direito, no sentido de pensar uma ética natural que forneça bases para o ordenamento jurídico. Como visto anteriormente, o direito situa-se no conflito entre interesses decorrentes de uma condição humana atritiva e impõe-se por sua autoridade. Diante disto, a finalidade justa do direito será atingida quando pretender reequilibrar as relações humanas anteriormente desequilibradas por forças desconsiderantes (ser -). Para que o sistema jurídico possa ser justo, portanto, terá como escopo ou finalidade o seguinte “querer” de atuação: “considerante” (dever-ser +), como resultado de se desfazer uma atuação desconsiderante (ser-). O esquema abaixo esclarece como se deve orientar a atuação jurídica justa.

---

*um dever-ser do ser na base de razões fatuais (práticas, hábitos, direito consuetudinário) – a isso podemos chamar aqui ‘falácia socialística’ (FS). A FN diz: ‘De proposições puramente descritivas não podes derivar logicamente outra coisa que proposições descritivas. Para poder derivar um dever-ser, debes acrescentar alguma premissa normativa’. A FS diz algo bem diferente: ‘De hábitos e práticas que efetivamente são praticados, não podes sustentar que eles devam ser observados e praticados’.* BRITO, Adriano Naves (Org.). *Ética: questão de fundamentação*. CABRERA, Júlio. *Ética e condição humana: notas para uma fundamentação natural da moral*: contendo uma crítica da fundamentação da moral de Ernst Tungendhat. Brasília: universidade de Brasília, 2007, p. 79.



Dessa forma, a primeira premissa da fundamentação do princípio da dignidade humana é essencialmente negativa. O direito origina-se de uma conduta desconsiderante e natural da condição humana (ser -).

Por sua vez, a segunda premissa será de caráter normativo de um “dever”, destinado a contrabalançar este ser desconsiderante, como um não-ser, ou um cálculo nesta equação que represente uma negação (-) da anterior premissa (ser -).

O resultado que permitirá fundamentar o princípio da dignidade da pessoa humana no direito será somente afirmativo em virtude da negação da ação feita em desconsideração (- . - = +). Depura-se, assim, o resíduo narcisístico de morais ilusoriamente enaltecidas do ser humano.

É importante ficar esclarecido que este raciocínio presta-se limitadamente à fundamentação ético-natural no direito. De modo que, se para a ética negativa há um situação de empate do agente (quarto passo da fundamentação natural), ao direito, ainda que se adentre na esfera do justo (dentro de um raciocínio ético da dignidade da pessoa humana afirmativo em sentido deflacionado), o que importa é a preservação da situação de igualdade estrutural de respeito mútuo (segundo passo da fundamentação natural).

Não se estende, aqui, para uma orientação moral de um fundamento do fundamento para a existência do sistema jurídico. Isto é, uma razão de segunda ordem que nos explique o por que de se pretender o justo, ou mesmo o ordenamento do direito, com as razões de preservação de tal igualdade estrutural. Parte-se do pressuposto, neste aspecto restrito, que o direito justo é válido ao ter por fim uma pacificação social das relações humanas atritivas. Em síntese, de que o ordenamento vale enquanto instituição social que preserva e tutela a sociedade e os cidadãos.

É importante ressaltar que o que se quer aqui é pensar o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto conceito naturalizado no ordenamento jurídico, de modo francamente deflacionado, pretendendo o raciocínio ético no direito, para a aplicação justa das normas.

**REFERÊNCIAS**

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. *História da Filosofia*. 6ª ed. São Paulo: Paulus, 2003. 2 v.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- AUDI, Robert. *Practical Reasoning: Aristotle on practical reasoning and the structure of action*. London: Routledge, 1989.
- BITTAR, Eduardo. *Curso de Filosofia Aristotélica: leitura interpretação do pensamento aristotélico*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 1036.
- BRASIL. Código Civil (2002). *Lei nº 10.406*: promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 39284-SC. Ministra Relatora: Laurita Vaz. Acórdão: 17/11/2005. DJ, 19/10/2005.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 697141-MG. Relator Ministro: Luiz Fuz. Acórdão: 18/05/2006. DJ, 29.05.2006.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 324886-PR. Relator Ministro: José Delgado. Acórdão: 21/06/2001. DJ, 03.09.2001.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 18534. Ministro Relator: Aliomar Baleeiro. Acórdão: 01/10/1968. DOU: [s.n.] 1968.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71408. Ministro Relator: Marco Aurélio. Acórdão: 16/08/1999. DJ: 29/10/1999.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 47.335-3. Acórdão: 18/05/87. Relatora Desembargadora: Silva Lemos. RT 619/267.

BRITO, Adriano Naves (Org.). *Ética: questão de fundamentação*. CABRERA, Júlio. *Ética e condição humana: notas para uma fundamentação natural da moral: contendo uma crítica da fundamentação da moral de Ernst Tungendhat*. Brasília: universidade de brasília, 2007.

CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: jorge zahar, 2000.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. 4ª ed. São Paulo: saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: companhia das letras, 2006.

DANCY, J. *Moral particularism*: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/moral-particularism/>>

DANIELS, S. Patrícia; HYSLOP, Stephen G. *Atlas da História do Mundo*. São Paulo: abril, 2005, p.210 (National Geographic Brasil).

EMANUELE, Pietro; PLEBE, Armando. *Manual de Retórica*. São Paulo: martins fontes, 1992.

FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: lúmen júris, 2004.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: edições loyola. 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 8ª ed. Bragança Paulista, SP: editora universitária São Francisco, 2007.

GLOCK, Hans-Johanan. *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: jorge zahar, 1998.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*. Lisboa: instituto piaget, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2002.

HEGEL, G. W. F. *Princípios de Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: ícone, 1997.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 3ª ed. São Paulo: atlas, 2001.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: edipro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: martins fontes, 1999.

KIERKEGAARD, Sören. *O Conceito de Ironia: constantemente referido a Sócrates*. São Paulo: loyola. [ano]

LEITE, George. (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. BARCELLOS, Ana; BARROSO, Luis. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Bauru, SP: edusc, 2001.

MARCONDES, Danilo. *Textos básicos de ética*. Rio de Janeiro: jorge zahar, 2007.

MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: cosac naify, 2003.

MC DOWELL, John. *Greek Ethics: Virtue and Reason*. [S.I.:s.n.], [1995?].

McNAUGHTON. *An Unconnected Heap of Duties?* [S.I.:s.n.], [1995?].

MENEZES. Paulo. *Abordagens Hegelianas*. 1ª ed. Editora: Vieira & Lent, 2006.

MURDOCH, Iris. *Existentialists and Mystics: Vision and Choice in Morality*. [S.I.]: pengrin books, 1997.

MURDOCH, Iris. *Existentialists and Mystics: The Sovereignty of Good Over Other Concepts*. [S.I.]: pengrin books, 1997.

NAGEL, Thomas. *Ética: visão a partir de lugar nenhum*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: martins fontes, 2004.

NUSSBAUM, Martha. *The fragility of goodness: luck and ethics in greek tragedy and philosophy*. Cambridge: UP, 1986.

OLIVEIRA, Manfredo. (Org.) *Filosofia Política Contemporânea*. ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, Direito e Política: sobre a teoria do discurso de Habermas*. Herder Bueno Aires de. *Comunitarismo, liberalismo e tradições morais em Alasdair MacIntyre*. Petrópolis, RJ: vozes, 2003.

PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*. 8ª ed. Petrópolis, RJ: vozes, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. São Paulo: martins fontes, 1996.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: martins fontes, 2004.

ROSS, D.W. *The Right and the Good*. Indianapolis, Cambridge: hackett publishing, 1988.

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: martins, 2007.

\_\_\_\_\_. *Pragmatismo e Política*. São Paulo: martins, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2006.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão*. Rio de Janeiro: topbooks. 2003.

SOUZA, José (Org.). *Filosofia, Racionalidade, Democracia: os debates Rorty & Habermas*. Richard Rorty. *Verdade, universalidade e política democrática*. Jürgen Habermas. *A virada pragmática de Richard Rorty*. Richard Rorty. *Resposta a Jürgen Habermas*. São Paulo: unesp, 2005.

STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação no direito*. Rio de Janeiro: renovar, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: saraiva, 2002, p. 426/429.

TOLSTOI, Leon Nikolaievitch. *A morte de Ivan Ilich*. Tradução de Vera Karam. Porto Alegre: L & PM, 2007.

WALLACE, Jay. *Normativity and the will: selectd essays on moral psychology and practical reason: Virtue, Reason, and Principle*. Oxford: university press, 2006.

WALZER, Michael. *Thick and Thin: moral argument at home and abroad*. Indiana: university of notre dame, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: abril cultural, 1975, §244.