

OS FUNDAMENTOS ÉTICOS DO DIREITO

THE ETHICAL FOUNDATIONS OF LAW

João A. Mac Dowell, S.J.¹

RESUMO: A questão dos direitos humanos permanece viva no processo político e na discussão filosófica. Distanciando-se do positivismo jurídico, o artigo, inspirado nas ideias de Henrique de Lima Vaz, defende que só uma Ética universal, fundada no caráter transcendente do bem, é capaz de fundamentar os direitos básicos da pessoa humana e toda a ordem jurídica. Com efeito, as normas vigentes nas diversas culturas históricas, enquanto encarnação dos princípios éticos, decorrem da estrutura essencial da natureza humana. Ainda que diferenciadas e imperfeitas, elas mantêm o seu caráter moralmente obrigatório, na medida em que são expressão das exigências da razão prática na sua adesão ao bem em cada contexto social. A lei ou o direito (positivo) não é senão a manifestação social dessas normas, mediatizada pela autoridade legítima, e delas recebe a validade normativa e o poder de obrigar em consciência, desde que não conflitem com elas.

ABSTRACT: The human rights issue remains alive in both the political process and philosophical discussion. This article, inspired by the ideas of Henrique de Lima Vaz, distances itself from legal positivism and argues that only a universal ethic, founded in the transcendent character of the Good, is able to ground the basic rights of human beings and the whole legal order. Indeed, the norms in force in different historical cultures, considered as embodiment of the ethical principles derive from the very structure of human nature. Even if they are imperfect and differentiated, they retain their character of a moral obligation in so far as they are an expression of the requirements of practical reason in its attachment to the good in every social context. The law or the (positive) right is nothing but the social manifestation of those norms, enacted by a legitimate authority. It is from them that the Law receives its normative validity and the power to oblige in conscience, provided that they do not come into conflict with them.

1. Introdução: Problemática

A propósito dos **direitos humanos** a humanidade contemporânea encontra-se diante de uma **situação paradoxal**. Por um lado, cresce em todos os âmbitos a **consciência da dignidade da pessoa**, expressa na afirmação do caráter inalienável de seus direitos fundamentais. Tal afirmação, de um modo ou de outro, encontra guarida praticamente em todas as Constituições atuais.² É próprio, com efeito, do Estado de direito, instituído

¹ Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Gregoriana, Roma, Itália. Professor do Departamento de Filosofia da Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE), Belo Horizonte, Minas Gerais

² P. ex.: Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, Título II, Cap. I-II, art.5-11.

precisamente pela norma constitucional, a **garantia dos direitos** dos cidadãos face ao **arbitrio do poder público** e à **prepotência de indivíduos** e grupos sociais.

Entretanto, à medida que se consolida em toda humanidade a **afirmação formal** destes valores universais, deparamo-nos com um **duplo paradoxo**. Por um lado, torna-se cada vez mais problemática a tarefa de **justificá-los e fundamentá-los**. Por outro, salta aos olhos como tais direitos são **abertamente violados** das maneiras mais diversas e repugnantes em todos os quadrantes da terra.³

A **explicação** destes fenômenos não é menos paradoxal. A **consciência da dignidade** da pessoa humana, expressa paradigmaticamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem da Revolução Francesa, surgiu na **idade moderna** com a ênfase na **autonomia do indivíduo** frente ao poder estatal e, na verdade, a qualquer autoridade humana ou divina.

Mas é exatamente a **absolutização** progressiva do próprio **indivíduo** que leva contraditoriamente à **impossibilidade de fundamentar** de maneira objetiva o caráter absoluto de **seus direitos básicos**, que, no entanto, permanecem na percepção do homem moderno como algo inalienável. Na verdade, o **individualismo**, característico da época pós-moderna, é radicalmente **infenso à afirmação de algo absoluto** e universal, remetendo a **adesão a valores** exclusivamente ao **critério** e ao **interesse de cada um**.⁴

O individualismo **relativista e subjetivista** é justamente o **novo ethos libertário** que tende a ocupar o **vazio normativo** resultante da crise dos valores tradicionais. O **indivíduo** torna-se o **único absoluto** e a satisfação de seus desejos e interesses a norma suprema de conduta. A impressão de que já não há normas morais, vem justamente do fato que a **norma** se torna puramente **subjetiva**. Não há por que discutir sobre o que está certo ou errado. Cada um tem o direito de seguir sua opinião ou sentimento. Daí a completa **relativização** dos valores.

³ Veja-se TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights Between Idealism and Realism*. Oxford: Oxford University Press, ²2008; HAFNER-BURTON, Emilie M. & TSUTSUI, Kiyoteru. Human Rights in a Globalizing World. The Paradox of Empty Promises. *American Journal of Sociology* v.110 n.5 (2005) p.1373-1411; STEINER, Henry J., ALSTON, Philip, GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals. Text and Material*. New York: Oxford University Press, ³2008; Amnesty International. Annual Report 2014-2015, <https://www.amnesty.org/en/latest/research/2015/02/annual-report-201415/>

⁴ Cf. LIMA VAZ, Henrique C. Escritos de Filosofia III. *Filosofia e Cultura*. São Paulo: Loyola, 1997, p.147-151. Noutra perspectiva, veja-se: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Cortez, 2014, especialmente Introdução e Capítulo 5.

O caráter libertário desse *ethos* consiste na **remoção das barreiras** que, em todos os sistemas éticos do passado, cerceavam de um modo ou de outro os impulsos de **autoafirmação ilimitada** dos indivíduos. Tudo se torna **lícito** em certos campos da vida humana. “É proibido proibir” foi, como se sabe, o lema da **revolução estudantil** de maio de 68 em Paris. Sem dúvida uma antecipação certa da mentalidade das novas gerações. Sendo a **liberdade** do indivíduo a **norma suprema**, fica ele em princípio dispensado de submeter-se no seu agir a qualquer outro valor. Poderá até respeitar o direito dos outros, mas tão somente à medida que corresponda ao seu próprio interesse. Reivindica seus **direitos**, mas é incapaz de reconhecer seus **deveres** para com os outros.

Diante desse quadro, que corresponde, pelo menos, à tendência da mentalidade contemporânea, o grande **desafio**, que se apresenta a quantos se preocupam com a dignidade da pessoa humana e o respeito a seus direitos, é como formular uma **ordem ética e jurídica** capaz de **fundamentar o valor absoluto e universal** de tais direitos, ou seja, um conjunto de valores normativos geralmente admitidos e respeitados. Tal é também a problemática que pretendemos abordar neste artigo.

2. Noção de *ethos*

Ao falarmos de Ética e Direito, – diga-se de passagem – não visamos diretamente o **saber ético ou jurídico**, mas examinar nas suas **relações** mútuas as **realidades** estudadas respectivamente pela Ética e pelo Direito, enquanto ramos da ciência ou da filosofia.

O *ethos*, objeto da Ética filosófica, apresenta, já do ponto de vista fenomenológico, uma **polaridade estrutural** entre uma dimensão objetiva e outra subjetiva.⁵ Por um lado, trata-se dos **costumes, normas e leis** que regem o **agir humano**, individual e social. Deste ponto de vista **objetivo**, o *ethos* é interpretado p. ex. através das categorias de bem, fim, obrigação e valor.

Mas o *ethos* refere-se também necessariamente ao **agir humano**, à práxis, enquanto subordinada a um determinado tipo de **norma**, ou seja, enquanto se exerce no horizonte do

⁵ Cf. LIMA VAZ, Henrique C de. Escritos de Filosofia IV. *Introdução à Ética Filosófica 1*. São Paulo: Loyola, 1999, p.37-45.

bem. Trata-se da **ação humana**, consciente e livre, que pode ser caracterizada como moralmente **boa ou má**. Sob este aspecto **subjutivo**, relacionam-se com o *ethos* as noções de liberdade, responsabilidade, consciência (moral), virtudes e vícios. Subjutivo aqui, não tem o significado de algo arbitrário, sem base na realidade, mas se refere à práxis, enquanto pertence ao sujeito que age.

A breve análise do fenômeno do *ethos*, que vem de ser feita, mostra que os **dois polos** que o estruturam são estritamente **correlativos**, a ponto de não ser possível definir o aspecto objetivo da noção, sem referir-se ao seu aspecto subjutivo e vice-versa. As **normas** e costumes vigentes em um grupo social não existem senão enquanto **resultam da práxis** de seus membros. Por outro lado, o **agir ético** de cada indivíduo implica a **assimilação das normas** correspondentes. Trata-se, na verdade, de duas dimensões, dialeticamente condicionadas da mesma realidade, mediadas pelas relações intersubjetivas.

Com esta abordagem, excluimos de antemão as posições que propugnam a **separação** entre uma **moralidade**, puramente individual e subjetiva, referente aos fins últimos da existência, e uma **eticidade**, constituída pela esfera objetiva das normas e instituições sociais.⁶ Por isso também empregamos indiferentemente as duas famílias de termos para designar ambos os aspectos, subjutivo e objetivo, do *ethos* ou da moralidade, tanto o substantivo *Ética* e o adjetivo ético, derivados do grego, como a sua tradução latina, que deu origem ao nosso termo moral, usado quer como substantivo quer como adjetivo.

3. Noção de direito

Depois desta rápida caracterização do *ethos*, cabe circunscrever preliminarmente a **noção de direito**, a fim de comparar essas duas grandezas. O direito constitui uma **esfera específica** da realidade humana, que se contrapõe aos **fatos empíricos** e a suas relações naturais. Assinar um contrato ou prestar falso testemunho no tribunal são fatos empiricamente constatáveis. Não, porém, a **valência jurídica** destas ações, bem como os direitos ou deveres delas resultantes. O direito, portanto, do mesmo modo que os valores éticos e a qualidade

⁶ Posição assumida, sob formas diversas, por vários autores contemporâneos, como p.ex. HABERMAS, Jürgen: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

moral de uma ação, **não** é uma **realidade palpável**, sensível, não tem cor, nem tamanho, nem peso, como os objetos do mundo. Trata-se, porém, de **algo mais humano** e mais essencial do que tudo o que é apenas corpóreo.

Os estudiosos da ciência do direito estão continuamente em contato com o direito, na sua **realidade concreta**, sob a forma das leis, p.ex. do Estado brasileiro, contidas na Constituição, nos códigos e outros instrumentos jurídico-normativos: estudam a sua interpretação e aplicação. **Menos frequente**, contudo, é a atenção à **pergunta radical**, própria da Filosofia do Direito, que pretendemos focalizar agora ainda que rapidamente: **que é direito e qual a sua relevância** no conjunto da existência humana?

O direito refere-se propriamente a um **grupo humano**, implica uma **relação entre pessoas**. Embora tenha as suas raízes na natureza do ser humano enquanto tal, como veremos, ele é algo **essencialmente instituído**, ou seja, de caráter **histórico e cultural**. Implica, portanto, a **ordenação das relações** dos seres humanos, enquanto autônomos e livres, seja **entre si**, seja **com a comunidade**, garantindo a sua autorrealização.

O conceito de direito é **correlativo** ao conceito de **lei**. Ela é a regra do direito, a ideia diretiva e normativa à qual se deve conformar o agir nas relações intersubjetivas. Trata-se de um **conjunto de normas** especificamente qualificadas e de **exigências de comportamento** a elas correspondentes.⁷ Direito originalmente é aquilo que é **devido a outro**, segundo uma **relação de equidade** da maneira que a lei o determina. O direito é constituído por uma **realidade objetiva** (coisa, pessoa, ato), enquanto, ao ser submetida à **medida da lei**, implica uma relação dialética específica entre **sujeitos humanos**. A realidade objetiva, ao ser assumida na **esfera do direito**, é negada no seu significado meramente empírico e recebe pela mediação da lei a qualificação universal de regra das **relações entre seres humanos**.⁸

A regra que informa tais relações, elevando-as à esfera do direito é a **regra da justiça**. O termo “justiça” é usado em múltiplas acepções. De um ponto de vista **formal**, a justiça de um ato consiste na **igualdade de tratamento** que ele reserva aos **membros de uma mesma categoria** essencial. Neste sentido a única exigência da regra justa é que não seja arbitrária,

⁷ Cf. HOMMES, Ulrich. Recht, in: KRINGS, Hermann, BAUMGARTNER, Hans M., WILD, Christopher (Hrsg.). *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*. München: Kösel, v.4, 1973, p.1188.

⁸ Cf. LIMA VAZ, Henrique C. de. *Escritos de Filosofia V. Introdução à Ética Filosófica 2*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p.110s.

i.e. **possa justificar-se** a partir de determinado **sistema normativo**.⁹ A regra da justiça determina, portanto, o que é **justo** nas relações humanas. P. ex. o trabalho feito por alguém em benefício de outro dá ao primeiro, sob certas condições, o direito de exigir do outro uma determinada remuneração justa. O trabalho e a remuneração são realidades empíricas, como os sujeitos envolvidos na relação jurídica. Mas o direito de um e o dever do outro, criados nesta situação específica, no âmbito da determinação legal, são realidades de outra ordem, universal e vinculante. A **essência da relação jurídica** é, portanto, a **equivalência** entre a **obrigação** de um e a **pretensão** (justa) do outro. A pretensão a um direito funda-se proximamente em um **título**, i.e. uma realidade objetiva, pela qual o sujeito cai sob a abrangência da norma jurídica. Em última análise, porém, o fundamento da relação jurídica é a própria **pessoa humana** como autodeterminação e fim em si mesma.

Como se depreende das explicações dadas, o direito pode ser considerado sob **dois aspectos**. Trata-se, em suma, de uma **relação triádica**, que se estabelece entre dois termos, o **sujeito do direito** e o **sujeito do dever**, pela mediação da “*res justa*”, i.e. do **objeto**, que mede a pretensão de um e o dever do outro. Ele corresponde, em primeiro lugar, ao **conjunto das realidades medidas pela lei**, enquanto tais, abrangendo assim as várias áreas da atividade humana, que são objeto do direito civil, criminal, processual, direito da família, do trabalho, da empresa, etc. Trata-se do **direito objetivo**, constituído pelas normas que **regulamentam a vida social** em determinado espaço geográfico ou histórico.¹⁰ Em outras palavras, pode ser definido como o sistema de princípios e regras dotados de sanção que disciplinam as relações humanas em uma determinada sociedade.¹¹

Mas a regra do direito gera, por sua vez, nos seres humanos por ela afetados a **capacidade jurídica de possuir e reclamar o que lhes é devido** de acordo com esta mesma lei. Este **direito subjetivo** consiste na faculdade ou **poder moral**, atribuído permanentemente ao ser humano inteligente e livre, de **beneficiar-se da regra do direito**, ao reclamar o que lhe é devido. Esta dimensão subjetiva do direito pode ser expressa ainda nos seguintes termos: **prerrogativa** que uma pessoa tem de **exigir** de outra pessoa **prestações e abstenções** ou o

⁹ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.66.

¹⁰ Cf. HOMMES, ob. cit. p.1188.

¹¹ Cf. GRAU, Eros Roberto. Direito, in: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p.225.

respeito a uma situação de que ela seja beneficiária.¹² Um direito, nesta acepção, é uma pretensão que emana da pessoa humana em relação a uma coisa como algo que lhe é devido e que os outros agentes humanos são obrigados em consciência a não frustrar. Neste sentido subjetivo, o direito implica, conforme o caso, não só **permissão** (direito de expressão, etc.), mas também **exigência** (direito a educação, etc.) de uma prestação correspondente por parte de outro sujeito, individual ou público.

O direito como **organização normativa da convivência no espaço público** é uma expressão do caráter radicalmente **relacional** do ser humano. Por isso, sua essência não pode ser definida unilateralmente, seja a partir da **individualidade**, seja da **socialidade**, mas radica na **estrutura fundamental** da realidade humana. Entretanto, a ordem jurídica não pode ser simplesmente deduzida desta estrutura. É a **comunidade histórica** que deve por si mesma **criar o seu direito** como a ordenação vinculante das relações humanas à luz daquela estrutura fundamental, que é pressuposta à ordem jurídica.¹³ Esta **ordenação da vida social** depende da realidade de um **poder**, que a configura e garante. Esta vontade soberana em um determinado todo espaço-temporal não corresponde nem à soma das vontades individuais, nem a uma vontade geral fictícia, mas à realidade daquele poder que efetivamente determina a ordem existente. Na época moderna este poder é o **Estado**.

O direito é, portanto, mediante a outorga estatal, a ordenação da existência no Estado, ou seja, a **própria realidade da comunidade política**, enquanto tal. A comunidade, por meio dos órgãos do poder constituído, **fixa e impõe como direito** o que percebe como o **comportamento adequado** e correto dos **indivíduos entre si** e com o **todo social**. Desta forma, o direito delimita o campo de liberdade de cada um em relação aos outros, permite e proíbe determinadas formas de conduta, regula os processos litigiosos, organiza o Estado e determina a relação entre o poder soberano e seus subordinados.¹⁴ Esta regulamentação do poder político se expressa nas **normas básicas** que estruturam as relações sociais, i.e. na **Constituição**, seja ela simplesmente consuetudinária ou formalizada em documento escrito. Ao regular o poder, a Constituição estabelece as bases do direito objetivo, como as **normas da convivência** entre os membros da comunidade, enquanto permite, ordena ou proíbe

¹² Cf. GRAU, *ibidem*.

¹³ Cf. HOMMES, *ob. cit.* p.1190.

¹⁴ *Ibid.* p.1191.

determinados atos. Mas, ao mesmo tempo, ela define o âmbito da **autonomia e liberdade dos membros** da comunidade, garantindo o respeito a tais prerrogativas por parte dos poderes constituídos.

4. Problema da fundamentação do direito (positivo)

Do exposto depreende-se que identificamos o direito, em sentido estrito, com o **direito positivo**, instituído numa sociedade pela **autoridade competente**. Neste sentido, a positividade pertence essencialmente à noção de direito. Trata-se de uma opção terminológica que exclui o termo “**direito natural**”, mas não necessariamente a **realidade**, que foi tradicionalmente assim denominada.¹⁵ A **questão** daí resultante é justamente essa: é necessário recorrer a um **fundamento suprapositivo** e transempírico do direito positivo, ou ele se basta a si mesmo? Caso optemos pela primeira parte da alternativa, surge uma segunda questão: como determinar esse fundamento transempírico do direito?

Ora, se o direito positivo requer um fundamento anterior à sua formulação pelo legislador humano, a **justiça de uma lei** não dependerá simplesmente da **vontade do legislador** mesmo legítimo. Para ser justa a norma jurídica deverá conformar-se com **valores de ordem superior**, que decorrem da constituição essencial do ser humano na sua existência social. Estes valores, enquanto se impõem ao ser humano como um **dever-ser**, possuem um **caráter ético**. Portanto, a questão das **relações entre Ética e Direito**, objeto final de nosso estudo, resume-se à pergunta sobre a **subordinação da esfera jurídica a princípios éticos**. Trata-se de saber se direito se identifica com **legalidade** ou se tem uma **base anterior** à sua instituição por comunidades históricas. Esta problemática pode ser abordada sob um duplo aspecto. Ela se refere, por um lado, ao fundamento da normatividade jurídica (**aspecto formal**) e, por outro, à determinação do conteúdo das prescrições jurídicas positivas (**aspecto material**). O aspecto formal da questão pode ser ulteriormente especificado na indagação acerca dos deveres que derivam das normas jurídicas. Implicam elas uma obrigação de caráter

¹⁵ De fato, a posição aqui assumida opõe-se frontalmente ao chamado “direito natural moderno”, muitas vezes identificado simplesmente com o “direito natural”, inspirando-se, ao invés na concepção clássica das relações entre Ética e Direito. Cf. STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. São Paulo: Martins Fontes, 2014 (original inglês 1950, 1953).

moral, que vincula a consciência, ou impõem apenas uma coação externa, fundada na sanção que penaliza a sua desobediência?

4.1. Insuficiência do positivismo jurídico

A **negação** de qualquer **dependência** do direito em relação à moral, ou seja, de sua **fundamentação em uma ordem anterior** à própria norma jurídica é o que propõe o **Positivismo Jurídico**. Segundo H. Kelsen, “entende-se por Positivismo *Jurídico* a teoria do direito que concebe apenas o direito positivo como ‘direito’ e recusa esta designação a qualquer outra ordem social, ainda que seja assim denominada na linguagem corrente, como é o caso do ‘direito natural’”.¹⁶ Sua teoria da normatividade do direito tenta fundamentar absolutamente a norma jurídica na sua positividade. Na sua opinião, o direito constitui a **ordem coativa de normas que regulam a sua própria criação**.¹⁷ De acordo com seu conceito dinâmico do direito, o **elemento constitutivo** da ordem jurídica é o **caráter vinculante de suas normas**. Afirmar que uma norma jurídica é válida equivale a dizer que é **obrigatória**, i.e. que aqueles aos quais ela se refere devem comportar-se como a norma estabelece. Em outras palavras, a norma jurídica **prescreve uma conduta** àqueles aos quais se aplica, ou seja, impõe-lhes o dever de realizar o que ela manda.¹⁸

Evidentemente, não se pretende desenvolver aqui uma **refutação** em forma da teoria pura do direito de Kelsen. Nem nos deteremos na crítica de certas **consequências práticas inaceitáveis** que são atribuídas à sua posição: o positivismo jurídico implicaria a obediência incondicional à lei positiva e, além disso, para ele, a interpretação e aplicação do direito se dão através de processos argumentativos puramente lógicos sem qualquer consideração de

¹⁶ “Unter *juristischem* Positivismus versteht man jene Rechtstheorie, die nur positives Recht als ‘Recht’ begreift und jede andere soziale Ordnung, auch wenn sie im Sprachgebrauch als ‘Recht’ bezeichnet wird, wie insbesondere das ‘Naturrecht’, nicht als ‘Recht’ gelten lässt.” (KELSEN, Hans. Was ist juristisches Positivismus? In: *Juristenzeitung*, v. 20, n.15/16, 1965, p.465).

¹⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.35-38.

¹⁸ Cf. *Ibidem*, p.219-224.

valores. Com efeito, estas imputações são consideradas injustas e falsas por seus intérpretes.¹⁹ O calcanhar de Aquiles da teoria de Kelsen, já apontado inúmeras vezes, está, porém, na **justificação da normatividade jurídica**.²⁰ Segundo ele, algo que pretende ser uma norma jurídica pode considerar-se como tal, se o **processo de sua produção** for definido por uma **norma anterior** como apto para a criação de normas. Destarte, o fundamento da validade de uma norma encontra-se em uma norma anterior. Recuando de norma em norma chega-se a uma **última norma jurídica positiva**, que fundamenta todas as demais. Tal é no âmbito do Estado a Constituição.²¹

A **racionalidade argumentativa** exige, contudo, uma explicação cabal da **validade da Constituição** como norma jurídica fundamental. Donde vem o seu caráter normativo? A esta pergunta Kelsen não foi capaz de dar uma resposta satisfatória. Enquanto positivista, não pode derivar a validade da ordem jurídica positiva de uma ordem moral, sendo incapaz de escapar ao círculo vicioso no qual se emaranha seu pensamento. O recurso ao poder como norma fundamental é incongruente, enquanto mera constatação ou pressuposição gratuita de que a norma jurídica tem validade.²² Com efeito, aquilo que culmina o **processo de fundamentação** da ordem jurídica não poderá ser uma realidade jurídica, que por sua própria natureza precisa ser fundamentada, mas sim uma **norma moral**.

4.2. Necessidade de um fundamento prévio ao direito

¹⁹ Cf. DREIER, Horst. Zerrbild Rechtspositivismus. Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden. In: Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag. JABELONER, Clemens et alii (Hrsg.). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2011, p.61-91.

²⁰ Vejam-se as críticas pertinentes, mas feitas a partir de pontos de vista que nem sempre coincidem com os aqui assumidos, p.ex.: E. VOEGELIN (Reine Rechtslehre und Staatslehre, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, v.IV, n.1/2, 1924, p.80-131; *Neue Wissenschaft der Politik: Eine Einführung* (1952). München: Wilhelm Fink Verlag, 2004, especialmente p.21-29), G. RADBRUCH (Gezetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, in: *Süddeutsche Juristenzeitung*, v.1, n.5. 1946, p.105-108; Die Erneuerung des Rechts (1947), in: RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie III*, Gesamtausgabe, v.3.. Heidelberg: C. F. Müller, 1990, p.107-114)., R. DWORKIN (*Taking Rights Seriously*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1977). A crítica de Dworkin é dirigida diretamente contra outro nome proeminente do Positivismo jurídico Herbert L. A. Hart (*The Concept of Law*, 1961).

²¹ Cf. KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, p.223s.

²² “Uma ciência jurídica positivista apenas pode constatar que esta norma é pressuposta como norma fundamental – no sentido que acabamos de patentear – na fundamentação da validade objetiva das normas jurídicas (...)” (KELSEN, ob. cit. p.227). Daí a conclusão: “E, então, a solução aqui tentada é apenas a formulação cientificamente exata da antiga verdade de que o Direito não pode existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela. É – no sentido da teoria aqui desenvolvida – uma determinada ordem (ou ordenação) do poder.” (ibid. p.238).

Fica, assim, patente, a **necessidade lógica** de estabelecer uma **conexão** entre Ética e Direito, entendido meramente como Direito positivo. Não se trata, porém, simplesmente de uma relação de fato, no sentido de que o legislador ou o juiz invoque ou não um princípio ético para justificar a imposição ou aplicação da norma. A conexão entre a ordem jurídica e a moral refere-se ao **plano lógico do raciocínio prático**. A argumentação que funda a decisão de impor um dever, se é correta e completa, deverá partir de uma **premissa moral**, que, ao fundamentar o caráter normativo da Constituição, como norma jurídica suprema, justifica a conclusão de que as **normas jurídicas válidas** devem ser obedecidas e aplicadas.

A **impossibilidade lógica** de admitir a autofundamentação do direito, na perspectiva de um **positivismo estrito**, demonstra, portanto, a necessidade de pressupor um **fundamento prévio** à própria ordem jurídica. A existência de tais **normas pré-jurídicas** é confirmada **empiricamente** pelo fato de que certos princípios de caráter jurídico são geralmente aceitos, anterior e independentemente de sua definição legal. Assim p. ex. não são normalmente contestados princípios como “a cada um o seu” (*unicuique suum*), “não se pode exigir de ninguém o que está acima de suas forças”, “não faças ao outro o que não queres que te faça a ti”, “a miséria deve ser evitada e eliminada”, ou ainda, no campo processual, “ouça-se a outra parte” (*audiatur et altera pars*), “ninguém é bom juiz em causa própria” (*nemo iudex in causa sua*). Igualmente objeto de consenso são hoje certos **direitos humanos fundamentais** como o direito à vida, a liberdade de expressão e assim por diante.

Estes princípios são admitidos como **evidentes** por qualquer pessoa que reflete honestamente sobre eles, e, de fato, são aceitos espontaneamente, ainda que de maneira implícita ou sob distintas formulações, em **todas as culturas** ao longo da história da humanidade. Na verdade, eles não são senão expressões da **atividade própria da razão** humana no campo do agir consciente e livre. Todo ser humano percebe espontaneamente que o **bem deve ser feito** e o mal deve ser evitado. Percebe também que alguns tipos de ação são válidas em si mesmas, como p.ex. ajudar uma pessoa em necessidade, ao passo que outras são por si mesmas condenáveis como matar o inocente, enganar o outro, etc. Há, pois, ações que, por sua própria natureza, são moralmente boas ou más.

5. Justificação do caráter universal do valor moral: **Ética do Bem**

Compete justamente à reflexão filosófica **explicitar os fundamentos dessas experiências** constitutivas da própria estrutura da mente humana. Esta reflexão foi desenvolvida originalmente por **Platão**, ao estabelecer a **ideia de Bem** como fundamento e critério da moralidade e da justiça das ações humanas. É enquanto se exerce no horizonte universal e absoluto do ser, entendido e desejado como o verdadeiro bem, que a razão humana percebe intuitivamente a verdade dos primeiros princípios há pouco mencionados.

A intuição platônica foi reelaborada por **Aristóteles** com a introdução da noção de **razão prática**, enquanto atuação conjunta da inteligência e da vontade, e com a concepção da **Ética**, como saber teórico-prático, imanente ao próprio agir humano, enquanto auto-reflexivo. Aristóteles percebeu com perspicácia que qualquer **ação humana**, p.ex. a defesa de uma causa no tribunal, pode ser avaliada segundo uma **dupla perspectiva**. Por um lado, há o **critério** imediato e particular, que podemos chamar **técnico**. Neste sentido, a defesa é boa, bem feita, em função de sua **eficácia**, se consegue persuadir o júri ou o juiz e assim ganhar a causa. Mas a mesma ação tem outra dimensão, a **ética**. Ela será boa se estiver de acordo com a **norma absoluta do bem**, i.e. com o verdadeiro sentido da existência humana. Se se basear em alegações conscientemente mentirosas, a defesa será moralmente má. Assim, uma coisa é ser **competente na sua profissão**, outra, **respeitar os princípios éticos** na sua atuação profissional e, em geral, na sua vida.

E este último é o **valor definitivo**, que qualifica a pessoa, não sob um aspecto particular, mas radicalmente. É o **valor absoluto**, que não pode ser sacrificado por nenhum outro bem, nem pelo dinheiro, nem pela boa reputação, nem pela saúde, nem mesmo pela própria vida. Neste caso, o valor moral é um valor original e **irreduzível** a outra espécie de valor. Este bem absoluto consiste na **relação da ação com o fim último do ser humano**. É moralmente boa a ação que conduz à plena **realização** da pessoa. Não se trata, porém, de orientar minhas ações para a minha realização, enquanto meu **bem particular**, mas enquanto isso constitui o **bem em si mesmo** e, por isso, a minha **obrigação**.²³ Uma **Ética** assim

²³ Cf. LIMA VAZ, Henrique C. de. *Escritos de Filosofia V. Introdução à Ética Filosófica 2*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p.25-38.

concebida tem um caráter metafísico. Ela corresponde à experiência da **transcendência do ser humano**, que supera na sua abertura para a totalidade do ser, no conhecimento e no desejo, todos os limites de sua situação no mundo e na história em busca de sempre mais.

Ela se contrapõe às **Éticas naturalistas** e convencionalistas.²⁴ As primeiras medem o valor moral de uma ação em função de uma realidade empírica, intramundana. É o caso do Utilitarismo, segundo o qual, o critério da moralidade é a contribuição positiva ou negativa da ação humana para o bem-estar da humanidade. Já as **Éticas convencionalistas** afirmam que o fundamento do valor moral é o **acordo**, normalmente tácito e implícito, dos membros de uma sociedade. Nada é **bom ou mau por si mesmo**, nem ajudar um necessitado, nem matar um inocente. A qualidade ética de uma ação é **criada pelo consenso** entre os indivíduos. São eles que, buscando o seu **interesse**, chegam à conclusão que é melhor **renunciar** parcialmente à sua **liberdade**, p.ex. de matar o outro, desde que todos também o façam. Portanto, matar torna-se algo proibido e imoral, não pela natureza intrínseca desta ação confrontada com o sentido da existência humana, mas simplesmente porque os membros da sociedade assim o quiseram tendo em vista seus próprios interesses. De acordo com esta posição, os **valores** e normas morais são algo **meramente histórico**, variável, relativo a cada sociedade e cultura.

6. A encarnação do Bem nas normas de cada *ethos* histórico

Também uma Ética de **cunho metafísico**, como a que aqui apresentamos, fundada no caráter universal da razão prática, admite a **diversidade** e mesmo a **oposição** entre as normas e valores que constituem cada *ethos* histórico. P. ex. a escravidão aceita por muitos povos e culturas, ao longo da história, é hoje considerada injusta e imoral. Nem por isso somos forçados a esposar uma **visão relativista ou subjetivista** do bem moral. Mantemos que a **orientação do espírito humano para o Bem** e os princípios fundamentais que exprimem a sua normatividade são **transcendentes**, supra-históricos e **transculturais**. Tais princípios devem ser ulteriormente determinados na diversidade das situações e, por conseguinte, estão apenas implícitos nos valores propostos em cada *ethos* histórico.

²⁴ Cf. LIMA VAZ, Henrique C. de. Escritos de Filosofia IV. *Introdução à Ética Filosófica 1*. São Paulo: Edições Loyola, 1999, p.61s.

A **ideia de bem**, enquanto orienta como fim e determina como dever a ação humana, está **encarnada na particularidade** das normas vigentes em cada cultura. Com efeito, o *ethos* se manifesta concretamente no corpo histórico de cada sociedade com sua organização, sua tradição cultural e estrutura jurídico-política, que lhe conferem uma fisionomia própria.²⁵ Nas suas diversas **formas históricas**, ele se apresenta, porém, “como expressão socialmente instituída da **tendência profunda dos seres humanos**, agindo como seres racionais e livres, para o melhor e o mais conveniente, em suma **para o Bem**, como causa final da sua auto-realização como indivíduos e como comunidade.”²⁶ Sem referência a esse bem seria inexplicável seja a constituição de um *ethos* em todas as culturas humanas, seja os traços comuns detectáveis em todos eles.

Entretanto, em virtude da corporeidade essencial do ser humano, que o insere na natureza e na história, **nenhum ethos concreto** pode traduzir perfeitamente as exigências do bem como tal. Seus valores e normas constituem **expressões duplamente limitadas do ideal da razão prática**. Por um lado, eles respondem à **diversidade própria das situações** nas quais o ser humano se encontra e que exigem concreções diferenciadas dos mesmos valores fundamentais. P. ex. o **respeito à pessoa**, especificamente, dos mais idosos, pode significar, para uma tribo nômade, **abandonar os anciãos**, incapazes de acompanhar os seus deslocamentos, à sombra de uma árvore, provendo-os de uma porção de água e alimentos, para que morram em paz.

Por outro lado, a **atração** exercida sobre a vontade pelos **bens imediatos** e a prevalência de **interesses individuais e grupais** na elaboração social das normas éticas inquinam mais ou menos a sua pureza racional. P. ex. o **caráter machista** da família patriarcal fez parte do *ethos* brasileiro, bem como de outros povos, sendo vivido, em princípio, como algo natural e normal. Entretanto, ainda que possa ter resultado parcialmente de certos condicionamentos de ordem econômica, não há dúvida que exprimia também a **institucionalização da prepotência** do homem sobre a mulher e, portanto, o desrespeito de sua dignidade.

²⁵ Cf. LIMA VAZ, Henrique C. de. Escritos de Filosofia V. *Introdução à Ética Filosófica 2*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p.95-112, 214-218, 226-229.

²⁶ Ibid. p.215.

Apesar de suas **imperfeições**, o horizonte de valores que constitui o *ethos* histórico de cada cultura **não perde o seu caráter ético e normativo** e o seu papel essencial no desenvolvimento da vida ética do indivíduo e da sociedade. Com efeito, é pela assimilação das normas vigentes no **processo educativo** que o indivíduo se torna **propriamente humano**. Estes padrões de conduta constituem um referencial indispensável para a ordenação dos impulsos espontâneos de cada um. Por outro lado, nenhuma sociedade pode subsistir sem projetar-se em um **universo simbólico** de valores, mais ou menos definidos, que garante a sua ordem e **unidade**, ao regulamentar a **convivência** entre os seus membros.

Todavia, a vida ética das pessoas não se deixa **enclausurar** necessariamente nos **limites de cada ethos histórico**. A **transcendência para o bem**, como tal, constitutiva da razão humana, permite **avaliar**, criticar e transformar as suas expressões contingentes à luz de tal ideia. Portanto, o bem em si mesmo, embora tenha um caráter **meramente formal** e **não** possa exprimir-se **positivamente** em **normas absolutamente universais**, devido à historicidade essencial da razão humana, exerce uma **função negativa** essencial em relação a qualquer *ethos* particular, possibilitando o seu **aperfeiçoamento** e impedindo a sua absolutização.

A **natureza ética da práxis** é assegurada, portanto, na variedade das tradições e situações, por um **sistema de normas**, que prolongam no nível da particularidade o influxo determinante da razão prática. A norma constitui o **princípio regulador** do modo como o ser humano, como sujeito ético, interpreta, ordena e conforma o seu agir. Trata-se da forma objetiva segundo a qual a **universalidade do bem** e do valor é **contextualizada** na particularidade das situações. Enquanto horizonte imediato e objetivo do agir, a norma ética, ao mesmo tempo, **indica e prescreve** para o sujeito, em termos gerais, o bem que deve ser feito, orientando o finalismo do agir e traduzindo as exigências do valor nas circunstâncias concretas da ação.

7. Norma ética e lei jurídica: caráter ético da lei

É preciso **distinguir** a noção de **norma ética** da noção de **lei** propriamente dita. Na norma a razão prática regula o agir enquanto **orientado intrinsecamente à perfeição** do

agente. Ela tem um **caráter estritamente ético**. Por isso, para ser tal, deve ser **conhecida e aceita internamente**. Sua obrigatoriedade deriva imediatamente da consciência do valor moral daquilo que ela prescreve. Na **lei**, ao contrário, a regulação do agir dá-se a partir de uma **instância extrínseca ao sujeito**. Ela se constitui em elemento do *ethos*, na medida em que se apresenta **formalmente** como **autoritativa, prescritiva e coativa**. A lei é, portanto, a **manifestação social da norma**, i.e. uma norma fixada ou codificada na sua objetividade, ao se impor como regra do agir e ao fundamentar a obrigatoriedade do bem, mediatizado socialmente por uma **autoridade legisladora reconhecida como tal**. Nesta acepção, o termo lei aplica-se propriamente, como se vê, apenas à **lei positiva** e, portanto, ao **âmbito do direito**. O uso análogo do termo para designar a lei natural presta-se hoje a mal-entendidos.²⁷

Podem distinguir-se dois **modelos conceituais de lei**.²⁸ Por um lado, o modelo **nomotético** de lei – o termo é de Lima Vaz – que acabamos de expor, fundado na primazia do bem, próprio da *Ética clássica*. A posição (*thesis*) da lei (*nomos*) tem como fundamento imediato a ordem ou hierarquia dos bens objetivos mais convenientes à comunidade, conhecidos, apreciados e formalizados como lei pelo legislador. A lei é entendida como **expressão de uma ordem objetiva de bens**.

Em muitas *Éticas modernas* prevalece o modelo **hipotético** de lei, derivado da primazia do sujeito. A lei **atende às necessidades subjetivas dos indivíduos** reunidos contratualmente no corpo social. A posição da lei decorre da **suposição** (*hypothesis*) que faz depender a **estabilidade do corpo social** e a **satisfação das necessidades dos indivíduos** do exercício do poder capaz de ditar a lei. A autoridade do legislador e da lei funda-se, assim, na hipótese de um “**estado de natureza**”, que exige a instituição do **poder político**. A lei é concebida à luz do **problema da origem da sociedade**, de acordo com um modelo “politônico”, que a compreende unicamente no interior da esfera política, ou como “lei natural”, recebida do “estado de natureza”, ou como “lei positiva”, promulgada pelo poder reconhecido no “estado de sociedade”. Fica patente que este conceito de “lei natural” é

²⁷ Ibid. p.113-117.

²⁸ Ibid. p.118-121. Veja-se também LIMA VAZ, Henrique C. de. *Escritos de Filosofia II. Ética e Cultura*. São Paulo: Edições Loyola, 1988, p.135-180.

totalmente distinto da noção aqui exposta de um fundamento transcendente do direito positivo.²⁹

Entendida como a **definição das condições racionais para a autopreservação do indivíduo**, a lei, de acordo com o modelo hipotético, resulta do **cálculo racional ditado pelo interesse**. A intenção de satisfazer da melhor maneira aos próprios impulsos naturais, leva os indivíduos a **renunciar à liberdade na satisfação de tais impulsos** pela submissão a uma **autoridade política**. Em virtude de seu caráter **convencional** e do **voluntarismo** na explicação de sua gênese, a lei assim concebida carece de qualquer caráter ético, não obrigando em consciência. Sua **força obrigatória** funda-se no seu **caráter coercitivo**, que lhe vem das sanções e da sua aplicação pelo poder político.³⁰ Neste caso, a **relação entre norma moral e lei jurídica é puramente extrínseca**.

Ao contrário, a **lei entendida como manifestação social de normas**, que constituem o horizonte objetivo do agir ético na particularidade das situações histórico-sociais, tem essencialmente um **caráter ético**. Corresponde, portanto, ao **estatuto normativo do bem objetivo**, que se manifesta ao sujeito como obrigação. Entretanto, o vínculo da lei com o bem objetivo, não é imediato como no caso da norma, enquanto tal, mas se comunica ao sujeito pela **mediação de uma instância exterior**, ou seja, do **poder socialmente legitimado**. A essa comunicação do bem corresponde a obrigação civil, que obriga em consciência. A **consciência cívica** procede, portanto, da **consciência moral**. Isso significa, ao mesmo tempo, que a obrigação moral da lei positiva cessa quanto o seu conteúdo contradiz uma exigência ética e conflita com a consciência moral.³¹

Assim concebida, a lei positiva tem, ao mesmo tempo, uma **dimensão ética** e uma **dimensão técnica**. Enquanto ética, ela deve conformar-se às exigências da norma moral,

²⁹ Cf. LIMA VAZ, Henrique C. de. *Escritos de Filosofia II. Ética e Cultura*. São Paulo: Edições Loyola, 1988, p.161-167.

³⁰ Cf. KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, p.33-65.

³¹ Não entramos aqui na discussão do problema resultante das consequências práticas do caráter ético do direito na aplicação da lei (imperfeita) seja pelo cidadão, seja pelo juiz. Referindo-se a este, Perelman fala da superação da concepção jurídica da justiça, mediante a equidade, que supre as lacunas da lei. Segundo ele, as regras do direito são indispensáveis, mas não bastam. Não se trata de aplicá-las mecanicamente, mas de estear nelas o próprio sentimento de equidade. Conclui, porém, com a opinião discutível, segundo a qual o juiz no exercício de suas funções não pode subordinar o direito positivo à sua consciência individual. Só o legislador pode legalmente modificar a lei, a não ser em circunstâncias excepcionais. (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.72s).

enquanto constitui o horizonte objetivo que determina, na situação particular da comunidade e do agente ético, a universalidade objetiva do bem e do fim. Ela exige p. ex. que seja pago um salário justo aos trabalhadores. Mas a determinação do valor justo do salário mínimo devido nas circunstâncias concretas de uma determinada sociedade depende de fatores econômicos e de outra ordem, que só um estudo técnico poderá fornecer. Trata-se de procurar a **solução mais justa** no contexto específico.

8. **Relação constitutiva entre Ética e Direito**

8.1. **Caráter absoluto e inalienável dos direitos humanos**

Com estas considerações já estamos em pleno terreno das **relações entre Ética e Direito**. Os chamados “Direitos Humanos”, na medida em que se baseiam na própria estrutura constitutiva do ser humano, enquanto apreendida pela razão, são **direitos subjetivos naturais**. Eles correspondem ao que se convencionou chamar, ainda que impropriamente, de “lei natural”, entendida como os **postulados ou normas do agir** que se seguem do reconhecimento espontâneo pela razão das **finalidades essenciais da natureza humana**. Não se trata, porém, de formulações precisas, mas de **exigências que fluem da própria natureza da razão prática**, ordenada ao bem, em confronto com a **experiência das relações humanas**. Neste sentido, é impossível circunscrever de maneira exaustiva e definitiva o conteúdo objetivo do chamado direito natural. Trata-se antes de uma “**ideia reguladora**” que se constitui, ao mesmo tempo, em fundamento indispensável e em instância crítica de toda a ordem jurídica positiva.

Fica assim demonstrado o caráter absoluto e inalienável dos Direitos Humanos, enquanto fundados na própria natureza racional do ser humano, bem como a **laço indissolúvel** que une **Ética e Direito**. Este vínculo se explicita através da **relação dialética** que vigora entre **norma, lei e direito**. A lei confere ao bem ordenado pela norma uma objetividade transcendente ao agir individual, tendo em vista sua participação no bem da comunidade.

Graças ao direito por ela constituído o bem comum pode ser partilhado segundo as regras da justiça.³²

A **separação** moderna entre Ética e Direito resulta, convém repetir, do abandono da teleologia do bem, em geral, e, especificamente, do bem comum, na compreensão da comunidade política. Trata-se da **renúncia à primazia do ser e do bem**, própria da Ética clássica, em favor do primado do sujeito e do útil. Daí se segue o desaparecimento da perspectiva da justiça como virtude, i.e. como perfeição imanente ao sujeito na sua relação com o outro. Assiste-se então à primazia dos interesses individuais sobre a comunidade ética e, por conseguinte, à hipertrofia da justiça legal e a um **legalismo** abstrato e muitas vezes injusto.

8.2. A virtude da justiça como condição de uma ordem justa

A justiça como **virtude consiste** num hábito ou disposição constante do indivíduo que o leva a seguir a reta razão na sua relação com o outro. Trata-se da **excelência do agir individual no espaço simbólico do viver-em-comum**.³³ Ela se apresenta como a **categoria ética fundamental** que permite pensar a vida ética na sua estrutura intersubjetiva na qual ela é concretamente vivida. Assim como a virtude, em geral, é a categoria que exprime a universalidade da **vida ética** em sua vivência subjetiva, assim a justiça exprime a mesma universalidade na sua dimensão intersubjetiva, como vida comunitária. Ela se exerce na reciprocidade da relação ética dos indivíduos tornados fundamentalmente iguais no espaço da comunidade ética pelo reconhecimento e acolhida de sua mesma condição de seres racionais e livres. A virtude da justiça consiste, portanto, na “vontade permanente de *reconhecer* o *outro* na esfera do *direito* que a ele compete e de *consentir* em respeitar esse direito”.³⁴

É precisamente da necessidade de regulação desta relação com o outro segundo o critério do bem de todos que nasce historicamente a justiça como lei, i.e. a **justiça legal**. Ela

³² É importante notar que toda uma corrente importante de pensadores contemporâneos opõe-se a esta concepção individualista e contratualista do direito e da justiça. Baste citar: Leo Strauss, H. Arendt, J. Ritter, E. Ascombe, A. MacIntyre, J. Finnis.

³³ Cf. LIMA VAZ, Henrique C. de. Escritos de Filosofia V. *Introdução à Ética Filosófica 2*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p.177-184.

³⁴ Ibid. p.180.

consiste na **regulação permanente** do **agir dos indivíduos** tendo em vista o **bem da comunidade**. Trata-se propriamente de um predicado das normas e leis vigentes numa comunidade, que fundamenta a extensão intersubjetiva da vida ética no plano de uma convivência universal, i.e. na sociedade política. A **lei** que regula a prática universal da justiça na sociedade política apresenta-se aos cidadãos como o **critério de seu agir** ética e politicamente **justo**.

O **Direito** consiste precisamente na **objetivação social** deste critério da justiça estabelecido pela lei. Como extensão intersubjetiva da vida ética na sociedade política, a lei regula a prática universal da justiça na comunidade. Desta exposição ressalta claramente o vínculo essencial que vigora entre a justiça como virtude e a justiça legal, ou seja, em termos atuais, entre **Ética e Direito**. Essa **relação essencial** tem como seu fundamento a própria **natureza da vida ética** ao desdobrar-se na **dimensão intersubjetiva**, i.e. no horizonte do bem comum. O agir do indivíduo na sua relação com o outro é virtuoso e justo na medida em que se pauta pelas relações objetivas de Direito estabelecidas pela lei. A lei justa por sua vez institui o Direito ao regular o viver e agir intersubjetivo de acordo com a norma objetiva do bem comum.

8.3. Gênese do Direito a partir da Ética

A mesma relação constitutiva do Direito com a Ética pode ser definida a partir da análise da **gênese do direito**.³⁵ A ideia de sociedade política defronta-se inicialmente com o problema do **poder** como fato social inerente ao pacto implícito de associação que reúne os indivíduos em grupos estáveis. A sociedade política se apresenta exatamente como o intento de desvincular a **necessidade natural de associação** do exercício do poder **como força** ou como violência e assumi-lo na **esfera legitimadora da lei e do direito**. Neste processo da origem histórica do direito como norma da práxis comunitária constata-se um paralelismo com a constituição do *ethos*, como norma da práxis individual. Ambos são obra da razão na sua abertura para o bem. O direito, expresso em leis, regras, prescrições e sentenças, está para a comunidade assim como a razão reta está para o indivíduo.

³⁵ Cf. LIMA VAZ, Henrique C. de. Escritos de Filosofia II. *Ética e Cultura*, p.135-147.

Na linha dessas considerações, as **teorias políticas clássicas** atribuem à Constituição o objetivo de definir as melhores condições para a prática da justiça na comunidade política. Trata-se de estabelecer uma forma de **racionalidade** que vincule o livre agir do cidadão à necessidade intrínseca à própria **liberdade** de conformar-se com a **norma universal da justiça**. O poder é legitimado pela justiça na perspectiva de uma teleologia do bem. Uma vez que a **liberdade se realiza propriamente no bem**, na comunidade política assim constituída não haverá conflito entre liberdade e lei, indivíduo e poder. Só assim é concebível um autêntico Estado de direito.

Ao contrário, a **concepção moderna da Política** instaura a vontade do poder, como elemento fundamental da vida política, sem outra finalidade a não ser sua própria afirmação e sem outras razões legitimadoras senão as que podem ser deduzidas da força soberana que lhe é atribuída pelo pacto social. A Política converte-se numa **técnica de alcançar, manter e desenvolver o poder**. A hipótese inicial da primazia do indivíduo autônomo, que o leva ao contrato social em vista da satisfação de seus interesses, é paradoxalmente revertida pela “concepção e a efetivação histórica do Estado como sistema exterior de força, cuja hipertrofia torna-se diretamente proporcional à multiplicação e à complexidade das relações sociais”.³⁶ Uma vez que se assume a **satisfação das necessidades naturais** como horizonte último da organização do Estado e princípio diretor de sua atuação, o fazer e produzir em função deste objetivo tornam-se fins em si mesmos, rejeitando os fins propriamente éticos na esfera das convicções subjetivas.

9. Conclusão

A posição aqui desenvolvida atribui um caráter ético ao Direito, enquanto **explicitação pública e normativa do ethos** vigente em cada cultura. De fato, a história mostra que as civilizações do passado se caracterizam por uma **visão do mundo relativamente uniforme**, de inspiração religiosa e caráter transcendente, traduzida nas respectivas normas de conduta e expressa nas suas estruturas jurídicas. A própria modernidade ocidental, ainda que recusando o seu fundamento transcendente, manteve o **caráter absoluto dos valores** herdados da

³⁶ VAZ, Henrique C. de Lima. Escritos de Filosofia II. *Ética e Cultura*. São Paulo: Edições Loyola, 1988, p.261.

civilização cristã, enquanto esteados na própria razão humana. No entanto, o pensamento pós-moderno, ao decretar a fragmentação e a inconsistência da razão, dissemina a **relativização** de todos os valores e o **pluralismo** das formas de vida no mundo contemporâneo. Na cultura, assim forjada, que tende a tornar-se global, se há ainda um valor universal, este não é senão o individualismo, conjugado ao predomínio do econômico. Numa sociedade na qual a consciência moral é soterrada com a asfixia das próprias noções de bem e mal, reina efetivamente o **nilismo ético**. Como então recorrer a um *ethos* que fundamente as normas jurídicas? Não seria mais consentâneo com a situação modelar a legislação e as decisões judiciais segundo a **vontade da maioria**, expressa em estatísticas e condicionada por argumentações frequentemente demagógicas, pseudo-científicas e ideológicas, divulgadas pelos meios de comunicação social? Tal é realmente a tendência que se vai implantando, apesar de valiosas resistências, em função das regras de um sistema democrático, amputado, porém, de suas raízes autênticas. Evidentemente, a resposta a esta situação não é simplesmente política, menos ainda com recurso a qualquer laivo totalitário. No entanto, não encarado lúcida e corajosamente esse **processo histórico** desembocará fatalmente na **plena desumanização**, na perversão da dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais.

A crise ética contemporânea foi o *leitmotiv* dos últimos anos de produção acadêmica de Lima Vaz.³⁷ Nas suas palavras:

“Nossa civilização é impelida pelo mais gigantesco dinamismo de progresso material conhecido até hoje pela humanidade. (...). Mas, se Bergson já reclamava para ela um *supplément d`âme*, hoje torna-se mais clara e mais dramaticamente vivida a certeza de que lhe falta uma *alma ética*. Todos os meios vão-se tornando acessíveis para o *uso* da liberdade, enquanto vão se obscurecendo, uma a uma, as *razões* de ser livre. (...) *Usar* ilimitadamente da liberdade sem conhecer os *fins* da liberdade: tal a prática social que se difunde universalmente como sucedâneo aéctico do que deveria ser o *ethos* da primeira civilização universal.”³⁸

³⁷ Cf. LIMA VAZ, Henrique C. de. Escritos de Filosofia III: Filosofia e Cultura. São Paulo: Loyola, 1997, p.121-176.

³⁸ Id. p.137s.

Para enfrentar as “ameaças nunca antes pressentidas [que] pairam sobre a tradição do autêntico humanismo”,³⁹ requer-se certamente uma conversão do pensamento antropocêntrico “para o reencontro da fonte transcendente de *sentido* ou para descobrir uma nova estrutura da experiência da Transcendência que se torne princípio inspirador de uma realização mais autenticamente humana dos grandes ideais da modernidade.”⁴⁰ Com efeito, só a restauração da **comunidade ética** como **anterior de direito** aos problemas da relação entre indivíduo e poder e ao imperativo da satisfação das necessidades e carências permitirá superar os impasses da vida política contemporânea. A atividade prática da razão manifesta, portanto, a correlação entre a gênese histórica da lei e do Direito e a essência moral do ser humano. **Há lei e Direito porque o ser humano é um ser moral.**

³⁹ Id. p.175.

⁴⁰ Id. p.174s.