# A DIMENSÃO ÉTICO-MORAL E O DIREITO

**RUBENS BEÇAK***

**Resumo:** A importância da identificação de um plano ético-moral que exerça influência no Direito é uma das características da visão pós-positivista, sobretudo no que diz respeito à interpretação constitucional. A verificação da coexistência, em uma Constituição, de normas que exsurgem originalmente do campo ético-moral a par de outras que o fazem do campo jurídico é tarefa previa à discussão da existência de normas-princípio e normas-regra. Só uma exegese extensiva, que não prescinda desta constatação, inclusive com a possibilidade de aplicação da ponderação de interesses às normas principiológicas, possibilita um real primado constitucional.

**Palavras chave:** Dimensão ético-moral e o Direito, visão pós-positivista, normas ético-jurídicas e normas jurídico-éticas, normas-princípio e normas-regra, exegese

**Summary:** The importance of the identification of an ethical-moral dimension putting influence on Law is one of the characteristics of the post-positivism moreover whether it respects to the constitutional interpretation. The verification of the coexistence in a Constitution of norms that originally come from the ethical-moral field along with others that come from the legal one, it is a task foresaw to the discussion of the existence of norms-principle and norms-rule. Only an extensive exegesis that does not put away this statement also with the possibility of application of the balance of interests to the norms-principle will provide a real constitutional rule.

**Key words:** Ethical-moral dimension and The Law, post-positivism, norms ethical-legal and norms legal-ethical, norms-principle and norms-rule, exegesis.

## Introdução

À guisa de palavras introdutórias ao artigo, lembramos as considerações do Professor Miguel Reale no seu já clássico *Lições Preliminares de Direito* (REALE. 1977, p. 41):

> Encontramo-nos, agora, diante de um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia Jurídica, o da diferença entre a Moral e o Direito (...) Nesta matéria devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las (...) Muitas são as teorias sobre as relações entre o Direito e a Moral, mas é possível limitar-nos a alguns pontos de referência essenciais, inclusive pelo papel que desempenharam no processo histórico.

As ponderações do ilustre Professor deixam clara a importância do tratamento do tema, objeto de muitas áreas do Direito, inclusive da introdução ao estudo do Direito.

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Professor dos Cursos de graduação da Universidade Paulista – UNIP e da Universidade de Mogi das Cruzes – UMC. Professor do Programa de pós-graduação da Universidade Estadual de Maringá – UEM. Advogado e consultor em São Paulo.

Qual é a relação, se é que existe, entre a Ética, a Moral e o Direito? Existe, não existe? São ciências que estão em paralelo? Imbricadas? Ocupam o mesmo campo?

Para demonstrar estas questões, dentre outras que o tema demanda, buscando estabelecer nossa visão sobre o assunto, julgamos oportuno — ao invés de relembrar uma série de conceitos ou mesmo historiar as diversas fases por que evolveu o tratamento da questão[1], o que, certamente, poderia cansar ou subestimar o conhecimento do leitor — trazer uma série de aflições e problematizações que estão acontecendo hodiernamente.

Quando, estes dias, nos meios de informação se noticia que determinado fulano, vindo à luz fruto de doação — em tese, anônima — de sêmen, recorre à engenharia genética e, devido aos avanços dessa especialidade, consegue vir a saber quem é seu pai, pergunta-se: sua atitude é ética? Em sendo ou não positiva a resposta, qual sua implicação para o Direito? E, afinal, a resposta que o Direito dará — por exemplo no que diz respeito ao eventual estabelecimento de direitos sucessórios — é suficiente, no sentido mesmo de justa?

Ou, ainda, quando no estabelecimento de políticas públicas educacionais, a União e alguns estados brasileiros passam a se valer do sistema de quotas baseados na raça, visando o preenchimento de vagas em suas universidades, é isto ético?

É ético para todos, no sentido de alavancar uma inclusão racial que não se processa no Brasil? Mas, por outro lado, não poderá estar-se agindo com falta de eticidade para com aquele outro postulante que, tendo obtido sua vaga em um determinado processo seletivo, não a pode ocupar, pois a mesma já foi destinada a outrem?

Por derradeiro, a ação norte-americana no Iraque, que já vai a completar três anos. Atende aos mandamentos éticos? De quem? Da comunidade internacional? Das pretensões éticas da população iraquiana? Ou da norte-americana talvez? E como esta intervenção-invasão é vista pelo Direito Internacional? Uma ilegalidade que vai se convalidando na medida em que o tempo passa?

Veja-se que com esses três exemplos trazidos — e podíamos vir a citar muitos e muitos outros — quer-se demonstrar a atualidade do debate em saber dos campos ocupados pela Ética-Moral e pelo Direito e sua eventual inter-relação.

[1] Para uma boa e concisa descrição da evolução histórica da Ética, bem como suas correntes, consultar: BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica*: Ética Geral e Profissional. 2ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

Neste artigo procuramos demonstrar como, na evolução do pensamento filosófico e jurídico, não há como, hoje, desprezar a influência do campo ético-moral no Direito.

Talvez um dos elementos mais importantes neste período, que a doutrina tem denominado pós-positivismo, seja exatamente o entendimento que o Direito — mormente o constitucional — não pode ser visto de uma perspectiva isolada da ética-moral, sob pena de formalismo exacerbado e, obviamente, permissividade de, sob este manto, acobertar injustiças.

Com esta intenção, apresentamos argumentação que procura trazer a discussão sobre a existência no corpo constitucional de normas essencialmente éticas a par daquelas essencialmente jurídicas. Esta não pode prescindir da colocação da problemática das normas-princípio e das normas-regra, já bastante explorada pela doutrina.

É com este espírito que procuramos demonstrar como aquilo que denominamos dimensão ético-moral é algo indissociável do entendimento do Direito e, sobretudo, da interpretação constitucional contemporânea.

## 1. Breve escorço histórico

De certa forma, a preocupação com a delimitação dos campos da ética-moral e do Direito e suas interações vem por praticamente toda a história.

Garzón Valdés (1993, p. 317) diz textualmente:

> El debate acerca de la relación entre derecho y moral tiene, como todos sabemos, una tradición milenaria (…) No existe practicamente ningún jurista con un mínimo de interés por cuestiones filosóficas, que no haya intervenido en esta polémica (…)

Se para Aristóteles — e aqui nos valemos de Eduardo C. B. Bittar[2] (2003, p. 1058-1059) — a questão era de certa forma clara, na medida em que enquanto a Ética dizia respeito ao cumprimento da virtude, do caminho do reto, o Direito ia pelo caminho do cumprimento da norma, ocupando campos muitas vezes excludentes, outras vezes não, vamos observar que na

[2] Em Bittar (2003, p. 1058-1059) trazendo o ensinamento de Paulo Bicudo encontramos:

"(...) A assunção de tal diferenciação é válida na medida em que o primeiro (o direito) se contenta com o cumprimento do ato justo, e o segundo (a justiça) exige, além do cumprimento das coisas justas, pleno conhecimento e adesão de vontade, como toda virtude (...)."

evolução do pensamento universal, a produção de teorias a respeito do tema, com enfoques os mais diversos, demonstrou-se pródiga.

Dimitri Dimoulis (2003, p. 107-109, e citação, 107) sintetiza o assunto, mostrando como existem cinco teses sobre esta relação.

São estas:

> a) os mandamentos jurídicos e morais coincidem (*tese da identidade*);
>
> b) as regras jurídicas constituem o núcleo das regras morais (*o direito como mínimo ético*);
>
> c) as regras morais constituem o núcleo do direito que compreende muitas normas moralmente indiferentes (*a moral como mínimo jurídico*);
>
> d) as regras jurídicas são aparentadas com as morais, sendo impossível criar e interpretar o direito sem levar em consideração a moral (*tese da conexão*);
>
> e) entre ambos os ordenamentos há plena e absoluta separação (*tese da separação*) .

Entretanto, na tentativa de reforço do tema abordado, há que se verificar previamente a evolução da ética-moral e do Direito.

Com relação à primeira e considerando a concisão desejável em se tratando de um artigo, preferimos centrar a discussão já na transição do século XIX, o "século da moral", no dizer de Henrique de Lima Vaz (2002, p. 69), para o século XX.

Vamos observar, ainda segundo este pensador, a Ética sendo tratada por três grandes correntes, a saber: as naturalistas, derivando do positivismo, sem esquecer Bergson e sua *Lebensphilosophie*; as historicistas, derivando do culturalismo, aí incluídas suas vertentes hermenêutica (Dilthey, Heidegger, Gadamer e Paul Ricoeur), fenomenológica (Husserl e Max Scheler) e existencialista (Kierkegaard, Jaspers e Sartre); e, finalmente, a desconstrutivista, em grande parte advindo de Nietzsche e do niilismo em geral, bem como de Freud e sua psicologia (VAZ. 2002, p. 143-159).[3]

### 1.1. E o Direito?

Bem, este, no dizer de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 71-72), passa, "até o final do séc. XVIII" e "em apertada síntese", por três fases muito precisas.

[3] Estas correntes todas são posteriores ao hegelianismo, talvez a mais importante tentativa de estabelecer a síntese Ética-Direito através de sua Filosofia do Direito (VAZ. 2002, p. 236).

A primeira delas, que corresponde à Antiguidade Clássica, "era um fenômeno de ordem sagrada, imanente à vida e à tradição romana".

Já, na segunda fase, ocorrida na Idade Média, continua a ter o Direito seu caráter sagrado, mas este caráter vai sendo assumido pelo processo de cristianização em curso.

Por derradeiro, com o Renascimento, inaugura-se a terceira fase. Esta diz respeito ao processo de dessacralização do Direito. As regras de convivência passam a ser ditadas pela razão. Este fenômeno, no dizer ainda do jurisfilósofo, passa a ser assimilado pelo Estado Nacional, então em formação.

Posteriormente, a crise da racionalidade levará a um impasse no início do século XIX, "pelo aparecimento de formulações românticas sobre o direito, visto como fenômeno histórico, sujeito à contingências da cultura de cada povo".

Enfim, o constitucionalismo, movimento observado em toda (e na seqüência) a Era das Revoluções, vai provocar as condições para o franco desenvolvimento do positivismo, na medida em que vai fixar a subordinação dos sistemas jurídicos nacionais às Constituições, primado da existência do próprio Estado.

1.2. O aparecimento das idéias de Kelsen e a denominada "Escola de Viena" são corolário e ápice deste processo. Ao propor "isolamento" do Direito, acabam por provocar sua verdadeira "imunização" para com os influxos da Ética.

Kelsen acentua, por exemplo, que (apud LAPORTA. 2000: 14)

> la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, o su falta de correspondencia, con cierto sistema moral (...) la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral[4]

Para a Teoria Pura do Direito, a norma jurídica — e o comentário é de Francisco Laporta (2000, p. 15) — só existe se é válida e se seus pressupostos de validade decorrem de ter sido

[4] Preferimos a citação de Kelsen constante no livro de Laporta, da qual julgamos desnecessária a tradução, por entendê-la mais clara do que aquela que conta da edição portuguesa de 1979 (cf. Bibliografia: 104), *verbis:*

"(...) a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a* Moral. (...) Ora isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral (...)."

de acordo com a estrutura da pirâmide hipotética de normas, encimada esta pela Constituição. Os pressupostos ético-morais nada influem, estão em outra seara.

Chegava-se a pensar a Justiça como algo emocional, como é o caso de Alf Ross, que, tendo desenvolvido estudos com Kelsen, e, a despeito de ter sido um crítico de vários pontos da teoria do intelectual austríaco, não deixou de contribuir para a visão do Direito enquanto ciência isolada da ética-Moral (LAPORTA. 2000, p. 31).

Mas se a Teoria Pura do Direito exerceu fascínio, ela também foi colocada em cheque pela constatação de que, mesmo com sistemas legais produzidos de acordo com os cânones kelsenianos, se produziam fatos no dia-a-dia não tratados pelo Direito. O fenômeno pôde ser observado em grande parte com o advento dos totalitarismos e da segunda grande guerra, quando ficou evidente que apesar da existência, em tese, de Estados legais, horrores foram perpetrados, deixando claro que o homem necessitava de proteção contra o próprio homem, e os Estados, apesar de seu ordenamento legal, necessitavam repensar o lugar dos preceitos morais e sua relação com o Direito.

E é nesse diapasão que vai se produzindo acentuado "descrédito" da teoria kelseniana, que, em que pese ter dado contribuição expressiva ao entendimento do Direito, acabou percebida como tendo resvalado para uma acidez excessiva e, talvez, um certo artificialismo, formalismo.

Assim, após este momento de visão de separação absoluta entre ética-moral e Direito, vai-se retornar às teorias que procuram verificar não só a importância das questões ético-morais no Direito, como, sobretudo, sua influência.

Inaugura-se o período que a doutrina tem denominado "pós-positivismo".

## 2. O "pós-positivismo"

Já Hart, em 1963, após uma primeira (e controvertida) afirmação da inexistência de nexo conceitual entre Direito e Moral, ataca com mais minudência a problemática (LAPORTA. 2000, p. 45-46). A questão era saber, primeiramente sob o ponto de vista histórico, se os critérios e convicções morais influíram de fato no Direito ou mesmo, inversamente, se o desenvolvimento do Direito deixara sua influência na moral. Em segundo lugar, a questão analítica de se saber se o Direito pode ser definido sem a inclusão de um componente moral.Depois, a possibilidade e a eventual forma da crítica moral ao Direito. Em último lugar, a grande polêmica do

*enforcement*, ou seja, de saber se é aceitável o reforço de valores morais pela sua "jurisdicização" (LAPORTA. 2000, p. 45).

2.1 Na crítica da concepção formal kelseniana vai se observar o franco desenvolvimento de novas teorias, as quais vão ver o Direito por novas facetas. Aí, mencione-se a importante contribuição de Jürgen Habermas e Karl-Oto Ápel e sua "ética do discurso" (VAZ. 2002, p. 162-165).

Como é acentuado por Simone Goyard-Fabre (2002, p. 480-490, especialmente 484), a norma jurídica — e ética — só é aceita se aqueles a quem diz respeito "consentem" em reconhecê-la. Este consentimento, obtido no espaço público, dá uma nova dimensão à liberdade, entendida como comunitária e positiva, e não mais individual e negativa (GOYARD-FABRE. 2002, p. 485).

É claro que a teoria habermasiana há que ser relativizada em alguns aspectos, o que nos faz pensar em como, por exemplo, será que não haveria uma supervalorização das manifestações públicas em detrimento de um possível confronto com o Estado Constitucional de Direito. Mas esta discussão descabe no presente artigo.

Importantíssima ainda a contribuição de Robert Alexy e sua "pretensão de correção" (GARZÓN VALDÉS. 1993, p. 327-328). Para este famoso pensador, existe uma vinculação conceitual entre Direito e Moralidade, estabelecida exatamente por esta "pretensão".

Por outro lado, Ernesto Garzón Valdéz (1993, p. 330), comentando o tema e mostrando esta "pretensão de legitimidade" ou "de autoridade", diz que um argumento forte a sustentar a separação entre Ética e Direito é a de que a Ética não deveria desempenhar papel algum no Direito, exatamente, segundo alguns, por razões éticas.

## 3. O problema proposto – uma outra perspectiva

O que a nós nos parece claro é que as preocupações ético-morais passaram a exigir do Direito uma efetiva conexão. Veja-se, por exemplo, os direitos que constam da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 25[5] (GARZÓN VALDÉS. 1993, p. 339).

[5] "Artigo XXV 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à

Preocupações como a necessidade do combate à fome, proteção do meio ambiente, em todas as suas manifestações, ou ainda, a questão, por exemplo, de se evitar a fibulação (a chamada circuncisão feminina) na África Subsaariana, a fim de permitir o livre gozo de uma vida sexual plena. Aliás, acentua-se que vai se observando uma tendência, cada vez maior, no sentido da afirmação de mais e mais direitos, todos na verdadeira cornucópia que é a 3ª geração de direitos, os de solidariedade.[6]

Ferreira Filho (2004, p. 67-69) chega a criticar o que chama de vulgarização e desvalorização da idéia e, citando Philip Alston, entende que se produziu "inflação" destes direitos.

Sem pretendermos entrar nessa polêmica, preferimos nos ater ao fato de que a realidade é inconteste. Cada vez mais são declarados direitos fundamentais, sempre no campo dos chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade, o que leva a um vívido interesse na discussão destes assuntos no campo das ciências humanas. O aumento expressivo das publicações especializadas na área — fenômeno igualmente observado na literatura nacional — assim o demonstra.

A própria essência destes direitos, completamente estranha à estrutura dos direitos outros (os denominadas de 1ª e 2ª gerações), faz com que se estabeleça a necessidade da construção de "pontes" do Direito com as ciências afins, notadamente a ética-moral.

Sobre a estrutura diferenciada dos direitos de solidariedade, recorramos novamente a Ferreira Filho (2004, p. 66), *verbis*:

> É extremamente heterogêneo e complexo o objeto desses direitos. Na verdade, esses novos direitos não se ajustam à estrutura 'clássica' dos direitos subjetivos, o que torna difícil caracterizar nítida e seguramente seus elementos, no caso, o seu objeto.
>
> De modo geral, pode-se dizer que esse objeto é uma *conduta.* Essa conduta, porém, envolve, na maioria dos casos, várias facetas.
>
> Assim, do direito à paz essa conduta é o *exigir* uma situação, ou estado, que redunda em reclamar um *não fazer* (não romper a paz).
>
> Do direito ao desenvolvimento é ela um *exigir,* mas também um *fazer.*

segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social." (In: FERREIRA FILHO. 2004, p. 188).

[6] A conhecida teoria da geração de direitos, desenvolvida por Karel Vasak, aponta a terceira e última "leva" de direitos como os de solidariedade (cf. FERREIRA FILHO. 2004, p. 57).

> Do direito ao patrimônio comum não é uma conduta, mas determinados *bens.*
>
> Do direito ao meio ambiente (ecologicamente equilibrado ou sadio) é ela o *exigir* uma situação. Mas importa em *não fazer,* em determinados casos, e um *fazer,* noutros (a recuperação do ambiente poluído, por exemplo).
>
> Do direito à comunicação, do ângulo do comunicador, é um *fazer;* do ângulo do comunicado, um *exigir.*
>
> Do direito à autodeterminação, um *agir* (*fazer*).

3.1. Talvez como conseqüência direta desta "explosão" de direitos fundamentais de solidariedade, veio a aparecer nova tipicidade nos ordenamentos constitucionais mais modernos, especialmente aqueles surgidos do último quartel do século passado para cá. É o surgimento de um número grande de "princípios" nos ordenamentos constitucionais, ao lado dos outros, denominemos mais tradicionais, as chamadas "regras". Estes "princípios", os quais a doutrina tem se dedicado a entender e explicar, é que, na nossa visão, mais demonstram a importância da dimensão ético-moral no Direito.

Entretanto, preliminarmente, julgamos oportuno uma mera perspectiva de como o tema vem sendo tratado.

David Diniz Dantas (2005, p. 69 e ss.) traz explicação, a qual, considerada a concisão, preferimos transcrever *ipsis litteris:*

> O tema não é novo; entretanto, mantém a atualidade, já que de enorme utilidade ao jurista no discurso jurídico. Existe uma grande variedade de critérios de distinção, podendo ser destacadas *três posições básicas*: a) a primeira pode ser chamada *tese forte da separação*, que diz que as normas podem dividir-se em regras e princípios e que entre esses dois conceitos existe não apenas uma diferença de grau, mas uma diferença qualitativa. É a tese defendida por Dworkin e por Alexy e por M. Atienza e por R. Manero; b) a segunda concepção entende que toda tentativa de separar as normas em duas classes (princípios e regras) é vã em face das similitudes e diferenças, analogias e dessemelhanças que se encontram na classe das normas; c) a terceira posição, a *tese da separação fraca* entre regras e princípios, afirma que a distinção entre esses dois conceitos é apenas de grau, não qualitativa.

Daniel Sarmento (2003, p. 42) complementa:

> Para a doutrina mais autorizada, as normas jurídicas que compõem o ordenamento positivo podem assumir duas configurações básicas: regras (ou disposições) e princípios. Neste sentido, parece estar superada a concepção que negava força normativa aos princípios, em razão do seu caráter fluido e indeterminado.

> Os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por conseqüência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.

Parece não haver dúvidas hoje, e isto é fulcral, que faltem elementos de normatividade aos princípios constitucionais. Eles são tão normas jurídico-constitucionais quanto as regras, e assim são exigíveis, sob pena de inconstitucionalidade na sua falta.

Concordamos com Bonavides (2005, p. 257), que, criticando uma série de conceitos definidores de princípios, assevera:

> Observa-se um defeito capital em todos esses conceitos de princípio: a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade.

Aliás, o jurista cearense, estabelecendo no seu Curso a evolução dos Princípios Gerais de Direito aos Princípios Constitucionais, não deixa de gizar o caráter positivo dos princípios (BONAVIDES. 2005, Cap. 8, p. 255-295, e citação, 258-259):

> O exame teórico da juridicidade dos princípios constitucionais é indissociável de uma prévia indagação acerca da eficácia normativa dos princípios gerais de Direito cujo ingresso nas Constituições se faz com força positiva incontrastável, perdendo, desde já, grande parte daquela clássica e alegada indeterminação, habitualmente invocada para retirar-lhes o sentido normativo de cláusulas operacionais.

E, adiante, demonstrado como este fenômeno se produziu com o pós-positivismo (BONAVIDES. 2005, p. 264):

> A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Com visão peculiar acerca do assunto, Alexy estabelece possibilidade de gradação fática na realização dos princípios.

Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 32) comenta:

> Segundo Alexy, *princípios* são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Definidos dessa forma, os princípios se distinguem das regras de forma clara, pois estas, se válidas, devem sempre ser realizadas sempre por completo. O grau de realização dos princípios, ao contrário, poderá sempre variar, especialmente diante da existência de outros princípios que imponham a realização de outro direito ou dever que colida com aquele exigido pelo primeiro.

3.2. Na medida em que, no nível constitucional, existem normas que estabelecem padrões éticos de comportamento na exata proporção em que estabelecem padrões exigidos *da* e *para a* sociedade (se tal não fosse, como pensar a imanência da Constituição?), vemos as normas principiológicas como muito mais próximas daquele padrão aberto para a Ética, onde, inclusive, deve prevalecer a ponderação de interesses,[7] do que as normas-regra, constitucionais, sem sombra de dúvidas, mas muito mais fechadas à interpretação e, portanto, da ponderação.

Normas constitucionais são de ser entendidas como o conjunto de normas que, independentemente de *prima facie* serem atinentes ao mundo jurídico, o constituinte quis colocar como primado do Estado a organizar. Assim, entendemos que uma constituição origina não só uma pirâmide de normas jurídicas como também uma, chamemos, pirâmide de valores ético-morais a serem protegidos, no âmbito daquele Estado, como valores primeiros. Em outras palavras, o estabelecimento de valores como primados constitucionais agrega uma força de devir àquilo que, talvez originalmente, remanescesse meramente no campo da ética-moral.

Como entender de outro modo valores "completamente novos" que foram colocados no corpo da Constituição brasileira de 1988? São exemplos, dentre muitos, grande parte dos princípios colocados nos arts. 1º a 4º da Constituição, ou, mais adiante, os que contam no art. 225.[8]

Melhor explicando, e apropriando-nos do conceito de *zona de mediación* a que Elías Díaz alude no seu *Ética contra Política* (1998, p. 31) ao tratar de legitimidade e justiça,[9]

[7] O tema da ponderação de interesses vem sendo abordado pela doutrina pátria, como o demonstra o livro de SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

[8] Os arts. 1º a 4º da Constituição são aqueles constantes do Título I, que trata dos Princípios Fundamentais. O art. 225, por sua vez, é o que está agasalhado no Capítulo VI (Do Meio Ambiente) do Título VIII (Da Ordem Social).

[9] Para uma boa compreensão da idéia do autor citado, trazemos o trecho de seu livro com a colocação original:

pensamos que, previamente ao estabelecimento da distinção (já tradicional na doutrina) entre princípios e regras, há que se imaginar que numa Constituição convergem normas ÉTICO-jurídicas e normas JURÍDICO-éticas.

As primeiras, o constituinte entende como valores do mundo ético-moral, que devido a fatores os mais variados, podemos mesmo dizer sua relevância naquele determinado momento histórico, entende por bem elevar ao patamar da Constituição. Adquirem assim, por extensão, força vinculante normativa, na medida em que os princípios constitucionais possuem esta característica.

As outras, tão importantes quanto as primeiras, pois também participantes do prisma constitucional, têm a característica de advirem *a priori* da ordem jurídica (a qual não é *necessariamente* ético-moral v.g. a regra do art. 14, I da Constituição Federal, que fixa a obrigatoriedade do voto aos maiores de 18 anos de idade) e, destarte, adquirem a força, também, de mandamentos éticos, na exata medida em que o cumprimento da Constituição, além de ser mandamento jurídico, é atitude ética por excelência. Em outras palavras, as primeiras alcançam o seu valor jurídico na mesma medida em que, elevadas ao patamar constitucional por vontade de seus artífices, adquirem força jurídica necessária à sua implementação. E as segundas, podemos dizer, adquirem o seu valor ético na direta razão de que normas jurídicas que são, desde que alçadas ao valor constitucional, passam a ter indubitável valor ético, decorrente da necessidade de seu cumprimento, à vista da força imperativa da Constituição.

Perceba-se que o recorte que estamos a propor, o qual certamente merecerá críticas e terá que ser lapidado, entendemos como prévio à distinção entre normas-principiológicas e normas-regra.

Ambos os tipos de normas, tanto os que denominamos ÉTICO-jurídicas como as JURÍDICO-éticas, são constitucionais e ambas podem vir a se exprimir por meio de princípios ou de regras. Entretanto, julgamos, haverá uma tendência maior na expressão de normas ÉTICO-jurídicas através de princípios, em razão mesmo das peculiaridades a que Ferreira Filho alude (cf. retro).

---

*"(...) Desde esta perspectiva es desde la que me refiero yo aquí — en este casi 'excursus' — a la Constitución precisamente como zona más o menos segura de mediación, aparte de la habitual entre legalidad y legitimación, también — más radicalmente y vinculado a todo ello — entre legitimidad y justicia*."

Aqui é que, no conflito possível (e, diga-se, não raro) entre normas-princípio (o que Alexy denomina conflito princípio x princípio), e talvez mesmo no eventual conflito norma-princípio x norma-regra, o exegeta deve se utilizar de valores não necessariamente jurídicos na fixação de qual norma deva imperar.

Dantas (2005, p. 52) vai à mesma direção:

> Em outras palavras, orientamo-nos por ver a *perspectiva interna do Direito como indissoluvelmente ligada à moral* e, em especial, a perspectiva interna da prática discursiva que a modernidade acoplou à moralidade positiva. Conseqüentemente, a perspectiva externa do Direito, em que este é observado como prática social, ficará distorcida se não se vincular explicitamente essas *praxis* com a prática social do discurso moral.

## Considerações finais

Neste artigo, tivemos por escopo demonstrar como, na evolução da humanidade e no campo da discussão das idéias, a própria experiência histórica acabou por demonstrar que não sobrou espaço para os defensores do isolamento do campo ético-moral do Direito.

A evolução da civilização provocou maré irreversível do reconhecimento cada vez maior de direitos, o que encontrou frondosa expressão no que é denominado sua terceira fase, qual seja, a dos direitos solidários.

Esta fase de expansão dos direitos fundamentais vai encontrar expressão constitucional no desenvolvimento de um número grande de princípios constitucionais, a par das "tradicionais" regras, o que se observa mais precipuamente no último quarto do século XX.

Também acabamos por concordar com a mais atual doutrina sobre o tema, que vê os princípios como normas jurídicas dotadas da mesma obrigatoriedade positiva das outras, entretanto "gradada" de acordo com sua possibilidade de execução, exatamente no eventual conflito com outras normas de igual valor (Alexy).

Entretanto, procuramos demonstrar, ainda de maneira inicial, o que exigirá, decerto, maior desenvolvimento e solidificação da idéia, a existência de um "recorte" prévio na composição da normatização constitucional, aquele que mostramos existir entre normas ÉTICO-jurídicas e normas JURÍDICO-éticas. As primeiras seriam normas que exsurgiriam do plano ético-moral e, por decorrência da vontade do legislador constituinte, ao serem levadas ao prisma constitucional, adquirem valor normativo. As outras, já tradicionalmente advindas

do plano jurídico, na medida em que compõem o panorama constitucional, adquirem inegável força ético-moral, decorrente da força primaz da Constituição.

Em nossa visão, as primeiras, as ÉTICO-jurídicas, tendem a compor muito mais o tipo de normas principiológicas do que as JURÍDICO-éticas, talvez muito mais do tipo normas-regra.

De qualquer forma, na nossa idéia, é algo totalmente indispensável, hodiernamente, a composição do pensar ético-moral no plano do Direito, sob pena de afastamento do mesmo do devir da humanidade.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de Ética Jurídica*: Ética Geral e Profissional. 2ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Filosofia Aristotélica:* leitura e interpretação do pensamento aristotélico. São Paulo: Manole, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo:* Teoria e Casos Práticos. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Madras, 2005.

DÍAZ, Elías. *Ética contra Política*. 2ª ed. México: Fontamara, 1998. (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 32.)

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: RT, 2003.

FERRAZ JR.; Tercio Sampaio. *Introdução do Estudo do Direito:* Técnica, Decisão, Dominação. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais.* 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, Ética y Política.* Introd. Manuel Atienza, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. (Colección El Derecho y la Justicia, 37.)

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno.* Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. (Colecção Stvdivm.)

LAPORTA, Francisco. *Entre el Derecho y la Moral.* 3ª ed. México: Fontamara, 2000. (Biblioteca de Ética, Filosofia del Derecho y Política, 26.)

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.* Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito:* Os direitos fundamentais... São Paulo: Malheiros, 2005. (teoria e direito público.)

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e Direito.* Org. e Intr. Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Landy; Loyola, 2002.