

A RELAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DO DIREITO E DA MORAL

Donner Rodrigues Queiroz¹

Vasco Fernandes Alvarenga Mamede²

RESUMO:

O presente trabalho visa discorrer a respeito do Direito e da Moral, buscando traçar, por meio de análise conceitual e doutrinária – com destaque às teorias apresentadas por Hebert Hart e Ronald Dworkin –, os aspectos e as características que os aproximam e os distanciam, contrapondo-os e revelando, ao final, a importância de ambos para a conformação da ciência jurídica hodierna.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Moral.

ABSTRACT:

The present work aims to argue about Law and Moral, in order to describe, by conceptual and doctrinaire analysis – with emphasis on the theories presented by Hebert Hart and Ronald Dworkin -, the aspects and particulars that approach and diverge them, putting them in opposition and revealing, in the end, the significance of both to frame modern juridic science.

KEYWORDS: Law; Morality

INTRODUÇÃO

Importante esclarecer, desde logo, em que pese os múltiplos conceitos aplicáveis ao termo, que a palavra “Direito” será abordada no sentido de ordenamento jurídico (direito positivo), ou seja, conjunto de normas e princípios. Logo, diferente de

¹ Bacharel em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Licenciado em Letras pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Fundação Carmelitana Mário Palmério (FUCAMP) e Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e bolsista de iniciação científica PIBIC/FAPEMIG, sob orientação do Professor Doutor Carlos José Cordeiro.

“ciência jurídica”, que visa, de forma racional e sistemática, conhecer os fenômenos jurídicos.

A ciência jurídica, há tempos, se debruça no objetivo de traçar um paralelo entre os institutos do Direito e da Moral, havendo informações, inclusive, de que as primeiras discussões sobre o tema surgiram na Grécia antiga.

Atualmente, a temática acerca da dicotomia direito-moral revela-se recorrente no âmbito da Filosofia Jurídica, cujas análises apontam que referidos institutos se entrelaçam de diversas maneiras, sendo que, no contexto das relações humanas, são responsáveis por estabelecer as normas de conduta socialmente aceitas.

Contudo, apesar da grande proximidade existente entre Direito e Moral, verifica-se que o ponto de diferença entre os institutos instala-se no fato de que a Moral caracteriza-se pela espontaneidade e autonomia, decorrente da consciência coletiva, enquanto o Direito emerge de uma ordem obrigatória, conforme restará demonstrado neste estudo.

1 NOÇÃO DE MORAL

O instituto da Moral possui regras que serão cumpridas voluntariamente devido a regramentos sociais previamente estabelecidos, encontrando-se, assim, vinculada aos costumes de determinada sociedade.

O regramento instituído pela Moral, portanto, não se encontra codificado, sendo algo aceito, meramente, pela existência de valores intrínsecos a determinado nicho social, fazendo parte do cotidiano imediato das pessoas.

Assim, não há que se confundir a norma Moral com o regramento legislativo, pois, apesar de algumas confluências, ela não se encontra escrita e é relativa aos costumes firmados pela própria sociedade.

Apenas para elucidar o que foi apresentado, vejam-se alguns conceitos:

A relação entre os institutos do direito e da moral

A Moral originou-se da própria conveniência dos homens, como imperativo para a disciplina da sua conduta perante si mesmo, ou, mais claramente, diante da sua própria consciência.³

A Moral se identifica com a noção de bem, a fonte de conhecimento do bem há de ser a ordem natural das coisas, aquilo que a natureza revela e ensina aos homens e a via cognoscitiva deve ser a experiência combinada com a razão.⁴

As normas morais são, portanto, guias para as ações humanas, regras de convivência social, na medida em que estabelecem normas de conduta histórica e culturalmente aceitas em determinada sociedade.

Desta feita, estando o ser-humano inserido em sociedade, incondicionalmente, ele se encontrará atrelado às normas morais.

2 NOÇÃO DE DIREITO

Segundo Jürgen Habermas, filósofo e sociólogo alemão, o Direito encontra-se vinculado diretamente a “direitos humanos”, pelo que se deve entender dignidade humana, e, em consequência, ao caráter político social da moralidade atrelada à própria sociedade.

Acerca do tema, veja-se o que discorreu Georg Lohmann:

(...) E novamente ele corrige o conteúdo universal, moral, implícito no conceito de dignidade humana, de certa estreiteza do princípio jurídico. (...) Não se deve acusar Habermas de permanecer confiante em seu princípio. Suas várias tentativas para mostrar, a partir da perspectiva do direito, o universalismo igualitário dos direitos humanos como imanente às esferas do direito e da política refletem as íntimas convicções de esboços puramente morais superadas pelo realismo e a complexidade. Só poderíamos acusá-lo por deixar abertos os problemas de fundamentação e de identificação dos direitos humanos universais, se quiséssemos aceitar soluções autoritárias ou metafísicas.⁵

³ JACQUES, Paulino. Curso de Introdução ao Estudo do Direito. 5ª Edição atualizada e prefaciada por Agassiz Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.19.

⁴ NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. In: Instrumentos de controle social. 12º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 41.

⁵ Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/trans/v36nspe/07.pdf>>
Cadernos da Fucamp, v.14, n.20, p. 1-15/2015

O Direito, assim, mesmo possuindo caráter de absolutismo e coercibilidade, encontra-se intimamente ligado e fundado em postulados morais. Entretanto, o Direito, na busca incessante da justiça, consoante exposto anteriormente, e por meio de órgãos próprios, em diversas ocasiões, necessita mitigar os dogmas morais para impor normas codificadas de conduta, a fim de possibilitar o estabelecimento de igualdade material e não meramente formal das relações sociais.

No intuito de clarear a ideia apresentada, tal qual se realizou no item anterior, vejam-se alguns conceitos sobre o instituto do Direito:

O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela.⁶

O Direito originou-se da própria conveniência dos homens, como imperativo de disciplinação de sua conduta perante o outro grupo social.⁷

O professor alemão, Otfried Höffe, por seu turno, delineando os ensinamentos de Emanuel Kant, ensina, sobre a conceituação do Direito, que:

O critério kantiano de direito implica um critério pelo qual todas as leis positivas são julgadas a respeito de sua legitimidade. São racionais ou inteiramente legítimas apenas aquelas prescrições jurídicas que garantem, conforme leis estritamente universais, a compatibilidade da liberdade de um com a liberdade de todos os outros.⁸

Diante do que foi apresentado, tem-se, portanto, que o Direito encontra-se, desde sua formulação até o seu desenvolvimento e consolidação, intimamente vinculado às normas morais. No entanto, ele possui, como norma de conduta, referência de solidificação da paz social e busca incessante de aplicação da justiça, características próprias que, se necessárias, devem, inclusive, mitigar e alterar as normas morais.

3 PARALELO ENTRE A MORAL E O DIREITO

⁶ REALE, Miguel. Lições Preliminares de direito. In: Direito e Moral. 22º ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 54.

⁷ JACQUES, Paulino. Curso de Introdução ao Estudo do Direito. 5ª Edição atualizada e prefaciada por Agassiz Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 20.

⁸ HÖFFE, O. Immanuel Kant. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rodhen. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Inicialmente, cumpre destacar ser sabido que os institutos da Moral e do Direito possuem como ponto de confluência o fato de se basearem em regras que condicionam as ações humanas.

No entanto, apesar da relação de reciprocidade dos aludidos institutos, insta observar que a Moral se utiliza, precipuamente, da coação psíquica para, diante da expectativa social vinculada à própria estrutura histórica e cultural de determinada sociedade, possibilitar que as pessoas se adequem ao padrão de comportamento socialmente estabelecido. O Direito, por seu turno, por meio de normas de condutas ou regramentos instituídos e codificados pelo Estado, visa, sobretudo, a efetivação da justiça.

Com efeito, segundo Aristóteles, ao tratar de justiça judicial que, por seu turno, é aquela diretamente vinculada ao Direito, como apresentado no parágrafo anterior, afirma que:

O juiz comparece, então, para tentar restabelecer a igualdade, por meio da penalidade, retirando do infrator o "ganho", depois de apurada a "perda" da vítima, e procurando um meio-termo entre a perda e o ganho - que é o igual, o justo (...) As pessoas quando buscam o juiz (ou o mediador, em determinados casos), buscam a justiça, para solução das disputas, eis que elas querem "que o juiz seja como se fosse a justiça viva", partindo do pressuposto de que ele é uma pessoa "equidistante", que lhes dará o justo, o meio-termo, restabelecendo a igualdade.⁹

Dessa forma, o Direito, evidenciado pelas normas jurídicas e na qualidade de ciência representativa do próprio poder-dever do Estado em solucionar demandas advindas de conflitos individuais ou coletivos existentes em determinada sociedade, ao contrário da Moral, possibilita que a pessoa que se sentir lesada em determinada relação possa exigir e, havendo a devida previsão no ordenamento jurídico, ser reparada pelo dano que lhe foi causado.

O instituto da Moral, por sua vez, não possui a referida característica, na medida em que, p. ex., apesar de social e culturalmente determinado que se deva auxiliar certa pessoa, com dificuldades físicas, a atravessar uma rua, referida conduta, a princípio, não se revela juridicamente estabelecida.

⁹ Ética a Nicômaco, Livro V, 1132a
Cadernos da Fucamp, v.14, n.20, p. 1-15/2015

Merece destaque, ainda sobre a diferença entre Direto e Moral, o apontamento realizado pelo mestre Norberto Bobbio em sua obra Teoria da Norma Jurídica¹⁰, onde ressalta a previsão de sanções jurídicas àquele que transgredir postulado normativo, sanção esta que não necessariamente se fará presente quando da violação de um padrão moral social que não é proibido normativamente.

4 TEORIA DO MÍNIMO ÉTICO

O tema em debate exige, como corolário lógico, que se proceda, também, o levantamento da discussão da “Teoria do Mínimo Ético”.

Referida teoria foi desenvolvida, sobretudo, pelo jurista alemão Georg Jellinek, que sustenta sua tese em especial na concepção social da ética, sendo o direito, portanto, definido de acordo com sua função de conservação.

Para o aludido autor, caberá ao Direito a conservação da comunidade por intermédio do cumprimento das normas jurídicas previamente estabelecidas. Referido respeito às normas Estatais possibilitará, assim, a permanência/conservação de determinada situação histórica já consolidada em uma sociedade.

Sobre o tema, Maria Brochado, professora da Universidade Federal de Minas Gerais, informa que:

A concepção de Jellinek toma o direito positivo tal como os demais jusnaturalistas, mas dá um passo ao acoplar a ele um substrato social, construído a partir de um ideal de direito natural, mas que aponta para uma análise do direito como realidade mais ampla que o ideal. Saindo pela via da análise psicológica, preocupa-se menos com a metafísica jusnaturalista, e influenciado também pelas propostas organicistas da época, elabora uma doutrina do direito independente do imperativo categórico kantiano. De qualquer forma, o direito ainda é tido como parte da ética, mas ontologicamente distinto da moral, e ainda uma espécie de formalizador do conteúdo dado pelas morais individuais em recíproca influência na totalidade social. Sob o ponto de vista da Ética, esse

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Bauru, SP: EDIPRO, 2005, p. 159-162.

movimento é da consciência moral individual no seu trânsito para o momento intersubjetivo (possibilitado pelo reconhecimento), na construção do consenso, que produz o momento da objetividade das instituições sociais, entre as quais está situado o direito, pressuposto nesse diálogo social, que o legitima como expressão da vontade popular (Habermas). Nada obstante, a teoria do mínimo ético sinaliza para uma certa autonomia na análise do direito como realizador da ética social, como uma parcela da moral individual, referido ao todo ético, ocupando papel destacadamente ético na sua composição, o que será totalmente negligenciado pelas doutrinas posteriores, que se fixarão na proposta científica do direito segundo o modelo verificabilista positivista.¹¹

Dessa forma, segundo os preceitos estabelecidos por Jellinek, os institutos do Direito e da Moral encontram-se intimamente ligados, na medida em que a elaboração de normas jurídicas deve, necessariamente, vincular-se a um fundamento ético, razão pela qual o legislador deverá, ao criar uma norma de conduta, considerar preceitos sociais devidamente consolidados como sendo aquilo que, até então, se revela o mais coerente com a moral/ética de determinado meio social.

A “teoria do mínimo ético” revela, assim, que todas as normas jurídicas contêm, em si, um mínimo de preceitos morais da sociedade, observando, dessa forma, a indissociabilidade entre o Direito e a Moral.

5 CONCEPÇÃO DE HEBERT HART E RONALD DWORKIN

O tema em debate exige análise, mesmo que sucinta, das teorias apresentadas por Hebert Hart e Ronald Dworkin, sobretudo na busca incessante do questionamento acerca do que é Direito.

Hart é favorável à separação dos institutos do Direito e da Moral, de forma a aceitar a presença de princípios invocados pelo Juiz na ocasião da sua decisão que, por sua vez, decorram de uma moral convencional, enquanto Dworkin, em contraposição com a referida ideia, entende que o Direito deve ser interpretado de forma construtiva, entrelaçando as referidas proposições.

Hart defende a separação entre Direito e Moral, alegando, inclusive, que normas moralmente inaceitáveis podem ser Direito e que normas jurídicas não devem ser entendidas como ordens supremas.

¹¹ Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/70/66>>
Cadernos da Fucamp, v.14, n.20, p. 1-15/2015

O Direito, portanto, segundo Hart, advém de fontes sociais como legislação, atos jurídicos, costumes, sem, no entanto, qualquer vínculo com a Moral; excetuando, como corolário lógico, o fato da Moral ser o próprio objeto de criação do Direito.

Hart sustenta, ainda, que o ser social sempre recorrerá ao Direito, independente de ele ser moralmente aceitável ou não, na busca do exercício de sua liberdade. Nesse sentido, portanto, conforme exposto alhures, o magistrado deverá, de acordo com seu embasamento intelectual, criar o Direito, ilimitadamente, para resolver os casos que lhe forem confiados.

Entretanto, observa-se que referida teoria, em algumas ocasiões, poderá ensejar em julgamentos injustos e dissociados da concepção jurídica, uma vez que os juízes interpretariam as regras, discricionariamente, de acordo com aquilo que entendessem moralmente relevantes, sem qualquer parâmetro objetivo em seu julgamento.

Exemplo conhecido no âmbito jurídico de decisão pautada em discricionariiedade extrema de valores é do MM. Juiz de Direito, Edílson Rumbelsperger Rodrigues, da Comarca de Sete Lagoas, Minas Gerais, em que decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha (11.340/06), fundamentando da seguinte forma, veja-se:

A Lei Maria da Penha — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta. Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.” Concluiu que “Ora! Para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas desta lei absurda o homem terá de se manter tolo, mole — no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões — dependente, longe portanto de ser um homem de verdade, másculo (contudo gentil), como certamente toda mulher quer que seja o homem que escolheu amar.

Em contraposição à teoria apresentada, Ronald Dworkin entende que o Direito representa um fenômeno social exteriorizado pela prática argumentativa. O Direito, portanto, é, por si só, integralmente conclusivo.

Assim sendo, Dworkin afasta o positivismo jurídico, na medida em que não admite que indivíduos atrelados a determinado meio social possuam direitos variados

que, por seu turno, não se encontrem previstos por instituições sociais previamente aceitas como produtoras do Direito.

Além disso, também em confronto com a teoria desenvolvida por Hart, Dworkin defende que o Direito deve ser entendido em meio à junção de princípios e regras pré-estabelecidas, de forma que ambos sobressaltem o mesmo caminho a ser seguido em direção às obrigações jurídicas socialmente firmadas.

Neste caso, os princípios revelam-se essenciais, uma vez que permitem aclarar a real justificativa do Direito, pois não direcionam-se à perspectiva de nenhuma instituição.

Arrimado na perspectiva principiológica supramencionada, Dworkin avalia, ainda, no âmbito da aplicação do Direito, que o julgador deverá considerar a integridade moral, política e valores sociais diferentes de cada meio, para que possa alcançar a real efetividade do Direito. Desta feita, o filósofo revela que o Juiz, ao julgar determinado caso que esteja sob sua análise, ao contrário de Hart, poderá revelar suas preferências de forma mitigada, inviabilizando, assim, a separação positivista dos institutos do Direito e da Moral.

Diante da aludida concepção apresentada por Dworkin, o Direito consiste, portanto, em um fenômeno social complexo e referida característica, em conjunto com a sua função e consequências, passa a exigir uma delimitação especial de sua estrutura, a que Dworkin vai atribuir ao caráter argumentativo do Direito que, por sua vez, se atrela, diretamente, ao julgador.¹²

Essa compreensão leva Dworkin a se opor ao positivismo, especialmente aquele preconizado por Hart, pois, para este, conforme exposto alhures, a lei possui caráter meramente descritivo, sem qualquer valoração moral ou ética.¹³

Neste ponto, nota-se alcance imensurável da teoria de Dworkin que, por sua vez, se revela, nos dias atuais, em diversas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, na medida em que defende a necessidade de se concretizar uma interpretação

¹² Dworkin, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

¹³ HART, Herbert L.A. O conceito de direito. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 321.

construtiva do Direito para se atingir a integridade do referido instituto, seja no âmbito legislativo ou da própria aplicação.

A título de elucidação da efetivação da teoria de Dworkin, veja-se parte do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio na “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF” em que se debate a possibilidade ou não de criminalização de aborto de fetos anencéfalos, *in verbis*:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Padre Antônio Vieira disse-nos: “E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre” – Sermão da Primeira Domingo do Advento. A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem. Para não haver dúvida, faz-se imprescindível que se delimite o objeto sob exame. Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal[1] (Decreto-Lei nº 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme à Constituição. Dessa maneira, mostra-se

inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia. Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. (...) Constata-se que, para parcela significativa de renomados especialistas, há diagnóstico de certeza, estando a rede pública de saúde capacitada a realizá-lo, o que, por óbvio, não impede que órgãos e entidades competentes estabeleçam protocolos e cuidados a serem tomados para torná-lo ainda mais seguro. Tal medida será salutar. Expostas as balizas da anencefalia, passemos aos possíveis argumentos favoráveis à proteção do anencéfalo, sempre tendo presente a laicidade do Estado.(...) A solidariedade não pode, assim, ser utilizada para fundamentar a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo, seja porque violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque os órgãos dos anencéfalos não são passíveis de doação. (...) Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro. (...) O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É assim que voto, ressaltando a valia maior da audiência pública realizada e do fato de ter colocado intencionalmente na prateleira o processo, já que não envolvia interesses subjetivos, sendo um processo objetivo, no que, em janeiro de 2004, em uma página – continuo convencido – repleta da maior tristeza, este Tribunal lançou as mulheres brasileiras em geral em uma verdadeira via crucis para, caso a caso, pleitearem em Juízo o que

normalmente é deferido: a autorização para a interrupção da gravidez. Presidente, quando assentamos – em escorre apertado, é certo – a possibilidade de ter-se a pesquisa com células-tronco, vislumbrei sensibilidade do Colegiado para enfrentar a matéria. Então, retomei a direção do processo, realizando audiência pública, ouvindo os diversos segmentos da sociedade, como convém em um Estado Democrático de Direito, em uma República, verdadeiramente República, e, aparelhado o processo, trouxe-o a julgamento. Diria, Presidente, que, interpretado o próprio Código Penal, ter-se-ia na possibilidade do que se aponta no preceito como aborto, e aqui não se cogita sequer de aborto, mas de interrupção terapêutica da gravidez, base para a providência, considerada a preservação da saúde da mulher, no que a gestação de feto anencéfalo apresenta risco maior. Mas veio o Tribunal a ser convocado, a meu ver, em boa hora, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, nessa ação nobre que é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a emitir entendimento a respeito da matéria. Estou certo de que há de prevalecer a Carta da República, a figura do Supremo como guardião maior desse documento básico, que realmente precisa ser mais amado pelos brasileiros, deixando até mesmo de ser um simples periódico, tamanho é o número das emendas constitucionais. É como voto, Presidente. Peço a compreensão dos pares pela extensão do que veiculei, mas entendo importantíssimo o julgamento. Alfim, pela disciplina que adoto no Plenário, creio ser, até certo ponto, credor de tempo.

Outrossim, os ensinamentos de Dworkin já foram utilizados pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, senão veja-se:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - TEORIA DA ACEITAÇÃO RACIONAL. Segundo a moderna teoria de Dworkin, da 'aceitabilidade racional', o magistrado, ao julgar o caso concreto deve ter o espírito imbuído da certeza de que o ordenamento jurídico é mais complexo do que o simples conjunto hierarquizado de regras. Para Dworkin, o julgador, ao decidir o caso concreto, deve colocar-se no lugar de cada um dos envolvidos no processo, analisando a questão de todos os ângulos possíveis e proceder racional e fundamentadamente à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade que a situação apresenta para fazer justiça. Deve ele então, buscar uma norma mais adequada à situação concreta, empenhando-se no sentido de não deixar resíduos de injustiça. A política do Código de Defesa do Consumidor é estabelecer equilíbrio entre as partes na relação de consumo, evitando vantagem exagerada para qualquer um dos envolvidos no negócio jurídico. As condutas de ambas as partes na relação de consumo devem revestir-se de probidade e a boa-fé, pois o direito brasileiro não tolera e nem prestigia os negócios jurídicos conduzidos com esperteza e

oportunistas. (Apelação Cível 1.0024.04.370528-4/001, Relator Des. José Affonso da Costa Côrtes, 15ª Câmara Cível, julgamento em 12/07/2007, publicação da súmula em 13/08/2007).

Por fim, no que toca à ponderação de valores no ato de julgamento, insta observar, ainda, a lição de Dirley da Cunha Junior¹⁴, veja-se:

Por muito tempo prevaleceu na teoria jurídica tradicional a idéia de que os princípios desempenhavam uma função meramente auxiliar ou subsidiária na aplicação do Direito, servindo de meio de integração da ordem jurídica na hipótese de eventual lacuna. Nesse sentido, os princípios não eram vistos como normas jurídicas, mas apenas como ferramentas úteis para sua integração e aplicação. Eram uma categoria à parte, marginalizada e relegada à importância secundária. Esta posição reduzida dos princípios, entre nós, foi claramente adotada por nosso sistema jurídico positivado como se observa da leitura do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, Decreto-lei nº 4.657/42): 'Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito'. Deve-se ao pós-positivismo, como marco filosófico do novo Direito Constitucional do pós-guerra, a superação da distinção entre normas e princípios. Muitos foram os autores que proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas e metodológicas consistentes e irrefutáveis, destacando, entre eles, Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, Crisafulli, Canotilho, Jorge Miranda e Norberto Bobbio. No Brasil, a normatividade dos princípios já é uma realidade compartilhada por todos os constitucionalistas. De fato, fiel aos postulados básicos da epistemologia jurídica, só se pode estudar cientificamente o Direito quando se isola e demarca precisamente o seu objeto a ser investigado e confere a esse objeto um tratamento uniforme. Kelsen, por exemplo, logrou alcançar essa uniformidade, isolando uma só realidade: a realidade das normas jurídicas. Muito bem. Essa uniformidade do objeto da ciência do Direito ficaria totalmente comprometida se fôssemos tratar dos princípios ao lado das normas jurídicas, como se houvesse dois objetos (as normas jurídicas e os princípios). Assim, o compromisso científico com o estudo do Direito exige que se abandone essa distinção, entre normas e princípios, para, como faz Canotilho, 'em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas'.

Dessa forma, em que pese o vínculo ao positivismo da doutrina desenvolvida por Hebert Hart, tem-se que ela se revelou de extrema importância, na

¹⁴ - JÚNIOR, Dirley da Cunha. *In* Controle de Constitucionalidade Teoria e Prática. Bahia. Juspodivm, 2011, p. 150-151.

medida em que serviu como ponto de partida para o desenvolvimento da teoria de Ronald Dworkin que, por seu turno, se consolida, por sua precisão fática, em diversas decisões exaradas nos Tribunais espalhados pelo mundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apresentado, tem-se que a ciência jurídica não deve ser tida, apenas, como um conjunto de leis/normas regimentadas ou socialmente estabelecidas.

Referida ciência relaciona-se com a própria conduta humana e, como tal, encontra-se atrelada, direta e indiretamente, ao Direito (conjunto de normas legislativas estabelecidas pelo Estado) e à Moral (conjunto de regras sociais e culturais pré-determinadas) na busca incansável de aplicação efetiva de (a) “justiça”.

Ressalte-se, porém, que justiça não deve ser tida como um pacto realizado historicamente entre os homens, mas, por mais utópico que pareça, de acordo com as ideias defendidas por Platão em sua obra “A República”, como a aplicação de valores intrínsecos de cada cidadão.

Sendo assim, conforme apresentado por Ronald Dworkin, há que se verificar que Direito e Moral, seja na consolidação ou na aplicação, encontram-se intimamente ligados e pautam-se na escoreita efetivação da própria ciência jurídica, necessitando, apenas, da devida ponderação de valores, a fim de evitar a consolidação de extremismos conceituais na estabilização da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, tradução do grego para português, introdução e notas de Mário da Gama Kury, 3a ed., Brasília, Ed. UNB, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**, Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução

BROCHADO, Maria. In: **O direito como mínimo ético e como *maximum* ético**. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/70/66> de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. A virtude soberana. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 431-449.

_____. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 24-25.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. 1).

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HÖFFE, O. **Immanuel Kant**. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rodhen. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JACQUES, Paulino. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 5ª Edição atualizada e prefaciada por Agassiz Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **In Controle de Constitucionalidade Teoria e Prática**. Bahia: Juspodivm, 2011.

LOHMANN, Georg. In **As Definições Teóricas de Direitos Humanos de Jürgen Habermas – O Princípio Legal e as correções morais**. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/trans/v36nspe/07.pdf>>

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. In: Instrumentos de controle social. 12º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

O DEBATE ENTRE HERBERT L.A HART E RONALD DWORKIN. In: Seara Filosófica.N.4,Verão,2011,p.45-64.Tânia Schneider da Fonseca

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. In: Direito e Moral. 22º ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

VIDAL, Isabel Lifante. **La teoria de Ronald Dworkin: la reconstrucción del derecho a partir de los casos**. Jueces para la Democracia, Madrid, n. 36, p. 41-46, 1999.