

ÉTICA, DIREITO E MORAL

Thadeu Weber

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Resumo: A discussão em torno do conceito de justiça nos leva a definir claramente o âmbito do ético, do jurídico e do moral. O texto pretende mostrar como Perelman, Dworkin e Rawls se posicionaram sobre essas relações. Estabelece o critério da justificação pública como fundamental para a diferenciação desses âmbitos e propõe uma verticalidade entre eles, colocando o ético na base e como o mais restrito e o moral como o mais abrangente.

Palavras-chave: Justiça, ética, direito, moral.

Abstract: The discussion about the concept of justice begs for a clear definition of the realms of ethic, right, and moral. This paper aims to show how Perelman, Dworkin, and Rawls are located within this discussion. It establishes the criterion of public justification as fundamental for pointing the difference between those realms and proposes a vertical interpretation of them, placing ethics as a basis and as the most restrict one and moral as the broadest one.

Keywords: Justice, ethic, right, moral.

1. Introdução

“Como podem ser justificadas as normas - e quais são elas? - que legitimam as relações jurídicas, políticas e sociais no interior de uma comunidade política?” (FORST, 2010, p. 09). Com essa pergunta, Forst introduz seu livro “Contextos da Justiça”. É a questão central que envolve as discussões em torno do problema da fundamentação de normas de ação. O que, afinal, se entende por filosofia prática? Qual é o campo de abrangência do ético, do jurídico e do moral? Como se relacionam os diferentes “contextos da justiça”? O direito pode ser fundamentado moralmente? Deve ser eticamente neutro?

Falar em ética, direito e moral significa enfrentar expressamente essas questões. A controvérsia entre liberais e comunitaristas passa por esse debate. Kant, em sua *Doutrina do Direito*, ao fazer uma distinção entre leis da liberdade e leis naturais, dá um encaminhamento significativo às questões propostas. As primeiras são efetivamente as leis da razão prática, entendidas como sendo as leis morais. Estas se referem à autolegislação da razão e enunciam um “dever-ser”. Falar em leis morais significa referir-se a toda legislação prática. Dividem-se, segundo o autor, em leis éticas e leis jurídicas. O que as distingue é sua diferente motivação. As primeiras têm como fundamento de determinação o respeito às leis, enquanto as segundas (as leis jurídicas) dizem respeito às ações externas, cuja motivação pode ser pura e simplesmente o temor das penalidades. Caracterizam-se, pois, pela coercibilidade.

Essa distinção kantiana nos dá uma chave de leitura para estabelecer um acordo semântico entre ética, direito e moral, no contexto contemporâneo, embora haja muita divergência quanto a sua conceituação. Estamos tratando de diferentes “contextos normativos”, para usar a expressão de Forst. Uma teoria da justiça deve, hoje, considerar esses contextos. Kant nos ajuda nessa distinção: “Na medida em que incidem apenas sobre as ações meramente externas e sua legalidade, elas se chamam jurídicas, mas, se exigem também que (as leis) sejam mesmo os fundamentos de determinação das ações, elas são éticas” (KANT, 1982, p 318). As leis jurídicas são identificadas pela sua coercibilidade; as leis éticas, pela sua motivação interna. Os valores éticos envolvem as distintas concepções de bem e visam respeito à individualidade e identidade das pessoas; as regras jurídicas são originárias de um sistema legislativo e valem para determinada comunidade política; as normas morais são universalíssimas e valem para todos os seres humanos, independentemente de suas concepções de bem e valores pessoais. A necessidade de justificação pública é comum às leis jurídicas e às normas morais.

A vinculação maior ou menor entre esses três contextos normativos está presente nos grandes autores da filosofia política contemporânea. Merecem destaque Rawls, Perelman, Dworkin e Habermas. O último não será objeto de análise neste texto.

2. Perelman e o auditório universal.

Perelman, em seu livro *Ética e Direito*, apresenta uma lista de diferentes concepções de justiça, entre às quais cabe referir: dar a cada um a

mesma coisa; dar a cada um segundo seus méritos; dar a cada um segundo suas necessidades; dar a cada um o que a lei lhe atribui (PERELMAN, 2005, p. 9). Seu esforço vai no sentido de verificar a possibilidade de estabelecer um elemento comum a todas elas. É o que chama de justiça formal. Casos semelhantes devem ter tratamento semelhante. Ou: “Seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” (PERELMAN, 2005, p. 19). Esta constitui o princípio do precedente. A questão que se impõe é a de saber se ela pode ser considerada a regra da justiça. Ao mostrar sua insuficiência, o autor indica claramente argumentos morais. Não se deve seguir a regra do precedente se as consequências de sua aplicação forem injustas. Mas toda mudança deve ser fundamentada, e por boas razões, ou seja, a não aplicação da regra do precedente requer uma boa justificação. Quaisquer leis não justificadas tornam-se arbitrárias. É sempre possível evitar uma injustiça por meio da modificação de uma regra.

Ora, considerando que todas as regras se fundamentam em princípios, justificá-las significa indicar o princípio que lhes dê validade e legitimidade. E os princípios? Os princípios são fundamentados pelos valores que os constituem e que são justificados pelos argumentos que podem receber o acordo do “auditório universal” (PERELMAN, 2005, p. 94). Ou seja: regras reportam a princípios e estes a valores que, por sua vez, requerem a aprovação do auditório universal, constituído por “homens razoáveis e bem informados” (PERELMAN, 2005, p. 202). É a esse auditório que o filósofo, que quer justificar os princípios, através do convencimento, deve se dirigir.

É, evidentemente, nos casos difíceis que o problema da fundamentação se impõe de forma mais veemente. O apelo aos recursos da argumentação é o caminho apontado por Perelman, Habermas, Apel e outros. Praticar a justiça recorrendo aos princípios e valores concordantes com o auditório universal e endossáveis por ele é o intuito de um sistema normativo. Dessa forma, fica claramente configurada uma fundamentação moral do direito e das leis jurídicas. As regras valem, mas podem não valer. Consequências injustas requerem o recurso a princípios cujos valores sejam universalizáveis ou endossáveis pelo auditório universal. A justificação dos valores sempre inclui um aspecto arbitrário, isto é, exigem-se escolhas. Se as leis morais fundamentam as leis jurídicas, é a elas que se deve recorrer, sobretudo nos casos difíceis. Como o Direito é uma ciência normativa, não é possível desvencilhar-se de certa arbitrariedade na escolha de valores. Com isso, a necessidade do recurso a estes e sua fundamentação amplia a concepção de justiça para além da justiça formal. A regra do precedente vale enquanto não houver fortes razões para mudá-la. O

apelo aos recursos da argumentação na justificação dessa mudança pode incluir valores morais ou de outra ordem, na tentativa de convencer o auditório universal. São as boas razões que importam, sejam elas de ordem ética, jurídica, política ou moral.

No entanto, é em torno dessa justificação que repousam as maiores divergências. Podem valores éticos fundamentar leis jurídicas? Para alguns (Rawls), a resposta é não, pois os valores éticos são de ordem pessoal e referem-se às distintas concepções do bem e, via de regra, não passíveis de justificação pública. Ora, o que caracteriza as regras jurídicas e as normas morais é precisamente a sua capacidade de serem justificáveis publicamente.

3. Dworkin e a crítica ao positivismo.

A distinção entre regras e princípios é de fundamental importância na discussão em torno da fundamentação moral do direito. Mais uma vez é preciso reportar-se aos *hard cases*, tendo em vista que é em virtude da solução deles que essa distinção é decisiva. A questão central é: Os princípios são parte do direito, assim como as regras, ou são extralegais e não cabe recurso a eles no caso de leis duvidosas ou inexistentes? Razões de consciência podem justificar a desobediência às leis de validade duvidosa?

Em “Levando os Direitos a Sério”, Dworkin estabelece uma íntima relação entre questões morais e questões jurídicas. Mostra isso concretamente por ocasião do debate em torno do recrutamento militar americano para a Guerra do Vietnã. “Pelo menos nos Estados Unidos, quase todas as leis a que um número significativo de pessoas seria tentada a desobedecer por razões morais são também duvidosas – quando não claramente inválidas – por razões constitucionais. A constituição torna nossa moral política convencional relevante para a questão da validade” (p. 318). O que são propriamente “razões morais”? Incluem valores éticos? Na referida obra, a distinção entre o ético e o moral não parece clara. De qualquer sorte, o autor dá sinais nítidos de que tanto um quanto outro são relevantes para a questão da validade das leis, ou seja, as razões morais incluem também valores éticos. Isso fica claro quando o autor se refere às “razões de consciência” para justificar a desobediência às leis de validade duvidosa. Essas razões foram em parte acatadas para justificar a negativa ao recrutamento militar por ocasião da guerra do Vietnã.

Os protestos contrários ao recrutamento têm claro conteúdo moral, o que mostra a nítida ligação entre questões morais e questões jurídicas.

Dworkin enumera várias “objeções morais” que foram reconhecidas pelos juristas como sendo a base para “argumentos constitucionais” (DWORKIN, 1997, p. 319). Tomemos como exemplo de objeção moral: “se um exército deve ser recrutado para lutar nessa guerra, é imoral fazê-lo através de um recrutamento que adie a apresentação ou isente da apresentação os estudantes universitários, discriminando assim os menos favorecidos economicamente” (DWORKIN, 1997, p. 319). Essa objeção foi a base do seguinte argumento constitucional: “de qualquer modo, a discriminação em favor dos estudantes universitários negava aos pobres a igual proteção da lei, que é assegurada pela Constituição”. Esse exemplo mostra a força das objeções morais na consolidação das leis jurídicas. Uma “objeção moral” foi aceita como argumento constitucional. As implicações disso para a justificação da desobediência civil são notórias.

Dworkin, ao iniciar sua abordagem desse assunto, pergunta: “De que forma o governo deveria proceder com aqueles que desobedecem, por razões de consciência, às leis referentes ao recrutamento militar?” (DWORKIN, 1997, p. 314). A validade da lei pode ser duvidosa. Afinal, neste caso, cabe ou não desobediência a ela? Para o referido autor, o problema não é o da lei injusta, mas o da lei cuja validade é duvidosa. Razões morais são suficientes para isso. Dworkin questiona: “O que deve fazer um cidadão quando a lei não for clara e ele pensar que ela permite algo que, na opinião de outros, não é permitido?” (DWORKIN, 1997, p. 321). Aponta três possibilidades: a) o “cidadão deve obedecer às ordens das autoridades responsáveis”, mesmo considerando-as erradas; b) “deve seguir seu próprio discernimento somente até o ponto em que uma instituição autorizada decida o contrário”; c) deve levar em conta a decisão contrária, mas mesmo assim pode ele acreditar que o direito está do seu lado. Dworkin rejeita o primeiro e o segundo modelo e, a propósito deste, cita o exemplo da lei da saudação à bandeira de 1940, da Suprema Corte do estado da West Virgínia. Ocorre que em 1943 essa lei foi abolida. A questão que se coloca é esta: e as pessoas que, por razões de consciência, se recusaram a saudar a bandeira em 1941 e 1942? Poder-se-ia sustentar que enquanto a lei estava em vigor devia ser respeitada. Medidas poderiam ser tomadas nesse período para tentar mudá-la ou derrubá-la junto ao poder legislativo. Para Dworkin, esta seria uma “recomendação plausível” se não envolvesse razões de consciência.

Isso mostra que valores éticos podem determinar a não obediência a uma lei de validade duvidosa. A terceira alternativa confirma isso. “Não conheço nenhuma prova genuína de que a tolerância de uma certa

desobediência civil, por respeito à posição moral de seus praticantes, contribua para aumentar essa desobediência, e muito menos o crime em geral” (DWORKIN, 1997, p. 300). O respeito às convicções mais íntimas dos cidadãos é a base do liberalismo dworkiano.

A distinção e a ligação entre regras e princípios confirmam ainda mais a relação entre questões morais e questões jurídicas. O princípio é um padrão que deve ser observado em vista da “exigência de justiça e equidade”. Por outro lado, “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada” (DWORKIN, 1997, p. 39). A distinção refere-se à “natureza da orientação que oferecem” (*Ibid.*). Que ninguém possa beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio; que sejam necessárias três testemunhas para validade de um testamento é uma regra.

Para evitar consequências injustas, o autor em pauta descreve situações em que não foi aplicada uma regra, mas sim um princípio. O sobrinho que matou seu tio para beneficiar-se do testamento no qual era contemplado é um caso clássico. Para evitar uma grande injustiça, a regra do testamento não foi aplicada e o recurso a um princípio do direito costumeiro foi a solução encontrada. Que ninguém possa beneficiar-se de seus próprios atos ilícitos foi o princípio escolhido. Não há dúvida de que ocorre, nesta escolha, certa arbitrariedade. Mas certamente ela é passível de justificação pública.

O fundamental para Dworkin é que os princípios não são extralegais, como querem os positivistas. São parte do Direito, assim como as regras, e os juízes devem considerá-los em suas decisões no referente às obrigações jurídicas. Nos casos difíceis, aplicar uma regra pode ter consequências injustas. Criar leis no caso de ausência delas é assumir a função de legislador *ex post facto*. O recurso a um princípio é a solução apontada, e estes têm conteúdo moral. Leis e contratos podem ser limitados, na sua execução, pelo direito costumeiro. Na ausência de regras, o juiz não está livre de “padrões jurídicos e morais”, que são parte do Direito. “A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens” (DWORKIN, 1997, p. 285). Exemplos dados por Dworkin ilustram essa tese: o lutador americano Kassius Clay se negou ao recrutamento para a guerra do Vietnã alegando razões de consciência e foi atendido, embora tenha perdido o título de campeão.

4. Rawls e a concepção política de justiça

Diferente de Dworkin, Rawls vincula-se ao contratualismo moderno. Ao defender uma concepção política de justiça, visa tão-somente à estrutura base da sociedade, isto é, suas principais instituições políticas e sociais. Admitindo o pluralismo razoável, o desafio é encontrar princípios de justiça objeto de um acordo das partes na “posição original”. Em outras palavras, considerando a diversidade de convicções éticas, filosóficas e religiosas, como chegar a um consenso em torno de uma concepção de justiça? Como compatibilizar princípios de justiça com distintas concepções do bem? Quais são os elementos constitucionais essenciais, sobre os quais um acordo se faz necessário.

Sem entrar no mérito do procedimento mediante o qual os princípios de justiça são construídos, há que se entendê-los como políticos, isto é, como parte da moral. Significa dizer que há uma fundamentação moral do justo em Rawls, mas não ética. Doutrinas éticas abrangentes fazem parte de uma sociedade democrática, mas não podem ser usadas para justificar princípios de justiça. Estes devem ser distinguidos das concepções éticas da vida boa. Fundam-se em valores políticos; podem contar com o endosso de distintas concepções éticas abrangentes e seus respectivos valores, mas não depender deles. Há uma separação entre Direito e Ética, no sentido de que esta não pode fundamentar aquele, ou seja, o direito não pode ter por base concepções de bem. É a precedência do justo sobre o bem. O limite deste é o respeito ao justo. Em *O Liberalismo Político*, Rawls diz que “o justo e o bem são complementares: uma concepção política deve basear-se em várias ideias do bem” (RAWLS, 2005, p. 175). Mas essas ideias do bem são restritivas: são políticas. “Devem fazer parte de uma concepção política razoável de justiça”, isto é, devem ser compartilháveis pelos cidadãos (RAWLS, 2005, p. 176).

Que as ideias do bem admissíveis sejam ideias políticas fica mais explícito com a ideia do bem como racionalidade e da ideia dos bens primários. Para chegar a eles é preciso voltar à formulação do primeiro princípio de justiça, sobretudo quando o autor se reporta a um “princípio lexicamente anterior” ao dos direitos e liberdades básicos iguais. Refere-se à exigência da “satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e sejam capazes de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades” (RAWLS, 2005, p.7). Poderíamos chamar essas necessidades básicas de “mínimo existencial”. Trata-se da satisfação de

necessidades básicas materiais mínimas para uma vida digna. Sem isso, sequer é possível efetivar os direitos fundamentais. Para o autor, isso está pressuposto na formulação do primeiro princípio.

No entanto, a satisfação dessas necessidades é insuficiente para o exercício pleno da cidadania. Os princípios de justiça não podem assegurar apenas as condições mínimas para o exercício dos direitos fundamentais, pois isto não garante a realização do princípio da dignidade da pessoa enquanto exercício da cidadania. Para dar conta dessa exigência, Rawls introduz a ideia dos “bens primários”. Haveria, com isso, um conjunto de bens constitutivos dos princípios de justiça ou até uma justificação do justo a partir do bem? Complementares, sim, mas não fundamentadores do justo. Esses bens primários são valores políticos, passíveis de justificação pública. O liberalismo político rawlsiano, portanto, não está legitimado num conjunto de bens ou numa determinada concepção de bem. Como diz Forst, esses valores “pertencem ao conteúdo moral da teoria da justiça como equidade” (FORST, 2010, p.74). O autor fala em “valores substantivos”, referindo-se, além dos bens primários, também ao bem como racionalidade, que diz respeito à capacidade das pessoas de formar um “plano racional de vida” [*a rational plan of live*] (RAWLS, 2005, p. 177).

Rawls apresenta uma lista de bens primários. Além dos direitos e liberdades fundamentais, já indicados na formulação do primeiro princípio de justiça, acrescenta a “liberdade de movimento e livre escolha de ocupação”; “poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas”; “renda e riqueza” e, sobretudo, “as bases sociais do auto-respeito” (RAWLS, 2005, p.181). Admite, ainda, a possibilidade de que a esta lista se possa acrescentar o tempo para o lazer.

O fundamental é perceber que esses bens são admitidos como “ideias políticas”, isto é, “devem fazer parte de uma concepção política razoável de justiça” (RAWLS, 2005, p. 176). Isso significa que são compartilháveis por cidadãos livre e iguais e não pressupõem uma doutrina ética abrangente. As concepções do bem ou os valores éticos são aceitáveis na medida em que sua realização estiver de acordo com a concepção política de justiça e, portanto, não viole os seus princípios. Mas é preciso insistir na sua importância, tendo em vista que são “necessidades das pessoas em sua condição de cidadãos”. Forst diz serem meios para a “realização dos planos de vida” dos cidadãos (2010, p. 74) e mostra que, segundo Rawls, esses bens básicos não favorecem determinados planos de vida, mas “são compatíveis

com uma multiplicidade de diferentes projetos de vida éticos concretos” (*ibid*). Ou seja, a concepção de justiça de Rawls somente exclui da agenda política aquelas concepções éticas ou “doutrinas éticas abrangentes” que conflitam com os princípios morais (políticos). Doutrinas éticas que fornecem argumentos passíveis de justificação pública são compatíveis com os princípios de justiça.

A fundamentação moral do Direito fica, assim, claramente evidenciada. Os princípios de justiça, para terem estabilidade, precisam do endosso das diferentes concepções éticas abrangentes. A liberdade de consciência, como direito fundamental, é endossável pelas doutrinas religiosas, uma vez que lhes assegura livre profissão de suas crenças, na medida em que não entram em conflito com os direitos fundamentais.

A relação entre ética, direito e moral, dentro da concepção política de justiça de Rawls, fica ainda mais clara com a distinção entre desobediência civil e objeção de consciência e, mais especificamente, com a justificação da desobediência a uma lei injusta. Esta justificação não pode ser feita através de valores éticos. Sua discordância em relação a Dworkin é claramente manifestada na própria obra *Uma Teoria da Justiça*. Este admite “razões de consciência” para a justificação da não-obediência a certas leis, posição com a qual Rawls não compartilha.

5. Ética, direito e moral.

A controversa relação entre ética, direito e moral é objeto de intenso debate entre os autores referidos e muitos outros. A distinção entre regras e princípios é comum a eles e indica uma fundamentação moral do jurídico e do político. O recurso aos princípios, sobretudo nos *hard cases*, tem um objetivo comum: a busca da justiça. A justificação pública das leis e princípios, considerando o critério da reciprocidade e o da universalidade, é endossável, com diferentes ênfases, pelos grandes teóricos da justiça.

Partindo da distinção kantiana entre leis éticas e leis jurídicas a partir das leis morais, considerando os “contextos da justiça” de Forst e o debate entre liberais e comunitaristas, pode-se estabelecer uma relação entre esses três níveis que envolvem uma teoria da justiça.

O ponto de partida para clarear esse debate é a concepção de pessoa. Este é o ponto de partida de Kant, da justiça como equidade de Rawls, da Filosofia do Direito de Hegel e muitos outros, embora com diferenças. Forst fala em pessoa ética, pessoa do direito, pessoa política e pessoa moral. São quatro níveis de discussão: o ético, o jurídico, o político e o moral. O jurídico e o político de

modo geral coincidem, uma vez que as leis jurídicas têm sua vigência em determinada comunidade política. Dos diferentes conceitos de pessoa resultam diferentes contextos de justiça. É claro que eles não são excludentes. Trata-se da mesma pessoa enquanto faz parte de uma comunidade ética, de uma comunidade jurídica, de uma comunidade política e da comunidade dos seres humanos (a comunidade moral). As regras jurídicas podem não coincidir com os valores éticos, pois estes não exigem uma justificação pública e podem não ser universalizáveis. Neste sentido pode-se falar em neutralidade ética do Direito. No entanto, os valores éticos precisam da proteção das leis jurídicas, na medida em que caracterizam a identidade das pessoas. O jurídico é, pois, a “capa protetora” do ético. Mas as pessoas que não tem a proteção de uma comunidade jurídica ou não tem pátria? Não deixam de fazer parte da comunidade dos seres humanos e como tais devem ser protegidas pelos organismos internacionais. Os direitos humanos são o exemplo disso. Não ser pessoa de direito, por não pertencer a uma determinada comunidade jurídica, não significa deixar de ser “ser humano”.

O jurídico e o moral têm em comum a justificação pública e obedecem ao critério da universalidade. No dizer de Forst, a justificação pública de normas que devem valer para todos deve dar-se no discurso público (cf. Forst, 2010, p. 53). Ou seja: O que confere legitimidade às normas é a sua capacidade de serem justificadas universalmente. Forst adota o critério de T. Nagel: a reciprocidade e a universalidade, e comenta: “O argumento da reciprocidade insiste que é imoral forçar alguém a compartilhar um fim sobre o qual não está convencido, mesmo quando a pessoa que exerce a coerção esteja convicta de que isso seria vantajoso para o outro” (FORST, 2010, p. 52). Forst considera este um argumento kantiano. O da universalidade considera um argumento epistemológico e assim o explicita: “Tal argumento pretende mostrar que é ilegítimo recorrer à verdade de uma concepção ética para justificar a coerção jurídica” (FORST, 2010, p. 53). Quando o assunto é a justificação pública de normas, o autor se vale desses dois argumentos em toda a sua obra “Contextos da Justiça”. A “justificação de normas válidas universalmente” deve vincular-se, pois, à reciprocidade e a universalidade (FORST, 2010, p. 55). Esse critério é fundamental quando membros de uma determinada comunidade ética (religiosa, por exemplo) querem impor seus valores aos de outra comunidade ética, ou mesmo de uma comunidade jurídica. Os valores éticos não estão sujeitos a esses critérios, pois são pessoais. Logo, não podem ser impostos a ninguém. É claro que um valor ético que não passa pelo teste da universalidade e da reciprocidade não deixa de ser um valor para determinada comunidade ética. Não tem, porém, validade jurídica e moral. O que distingue as leis jurídicas das normas morais é a sua diferente pretensão de validade: as leis jurídicas valem para determinada comunidade política; as normas morais para todos os seres humanos.

As leis éticas não têm a mesma pretensão das leis morais. São diferentes níveis de abrangência: as leis morais valem para todas as diferentes comunidades éticas e jurídicas. As leis jurídicas, por sua vez, valem para as diferentes comunidades éticas que compõem a comunidade jurídica. Violar um direito humano é violar, acima de tudo, um direito de um ser humano enquanto tal, independentemente de seus valores éticos e seu status jurídico. Um valor ético pode não ter, e via de regra não tem, a pretensão de passar pelo teste da universalização, pois se refere a uma identidade individual e a uma determinada concepção de vida boa. A condição de pessoa de direito implica na proteção de sua identidade ética. O fato de serem portadores de direitos subjetivos coloca todas as pessoas numa base comum, sejam quais forem suas convicções éticas. É por isso que se pode falar em neutralidade ética do Direito, embora este possa estar fundado em bases morais. A necessidade de estabelecer acordos, do ponto de vista jurídico, leva os cidadãos a excluir certos “argumentos éticos”, uma vez que não são passíveis de justificação pública. Daí a tese rawlsiana da necessidade de compartilhar princípios e acordar certos elementos constitucionais essenciais. Forst escreve: “Valores éticos controversos não podem ser fundamento de normas universais” (FORST, 2010, p. 65).

Em vista disso, tem razão Rawls em estabelecer a prioridade do justo sobre o bem. Os princípios de justiça são de justificação pública; as concepções do bem, não, a não ser que sejam ideias políticas, isto é, compartilháveis por todos os cidadãos. Contudo, o cidadão se vê protegido em sua identidade ética enquanto seus valores não conflitam com os princípios do justo. As pessoas precisam ser protegidas em seus valores éticos através das leis jurídicas e das leis morais. As liberdades de consciência religiosa e de expressão são bons exemplos disso. É por isso que procuramos proteção na comunidade jurídica e na comunidade internacional. A diferença é que as leis jurídicas valem para determinada comunidade política e as leis morais para a comunidade internacional, portanto, até mesmo para os apátridas. Se estes não se veem protegidos por uma comunidade ética nem por uma comunidade jurídica deverão sê-lo pela comunidade dos seres humanos.

A neutralidade ética do Direito visa assegurar a realização dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos dentro de seus diferentes valores éticos. Uma comunidade política congrega e convive com diferentes comunidades éticas e deve sua estabilidade a elas. Ser pessoa de direito significa ter assegurada sua condição de pessoa ética. A condição de ser humano, por sua vez, significa proteção das leis morais, situadas acima das leis jurídicas e dos valores éticos. Do ponto de vista do seu grau de abrangência há uma relação de verticalidade entre o ético, o jurídico, o político e o moral: o primeiro como o mais restrito e o último como o mais universalizável. A mulher sudanesa (2014) que negou sua tradição muçulmana e se tornou cristã ao se casar com um americano, não teve mais a

proteção de sua comunidade ética, nem da jurídico/política. Resta-lhe a proteção da comunidade internacional, na medida em que vê violados seus direitos mais fundamentais e humanos, tal como a liberdade de consciência religiosa. Portanto, sua dignidade de ser humano está sendo violada. A comunidade internacional está, portanto, justificada em estabelecer sanções de toda ordem visando respeito aos tratados e leis internacionais. Forst, comentando Walzer, insiste no fato de o “mundo moral” consistir de “normas que todas as comunidades devem reconhecer” (FORST, 2010, p.204). É o “código moral mínimo”. E salienta: “Essa concepção está fundamentada na intuição de que as pessoas não são apenas pessoas éticas em comunidades locais, pessoas de direitos em determinadas comunidades, cidadãos em determinadas comunidades políticas, mas também, e antes de tudo, ‘estrangeiros’, estranhos, que não são nada mais do que ‘seres humanos’” (FORST, 2010, p.204). É em nome disso que se podem justificar os tribunais internacionais e até mesmo os tribunais de exceção. A mulher sudanesa precisa de proteção como ser humano, uma vez que perdeu a proteção de seu Estado e, assim, perdeu sua condição de pessoa de direito (pois esta condição lhe foi negada por sua comunidade jurídica).

Referências

- FORST, R. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.
- KANT, I. *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.
- _____. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013 (Tradução de Clélia Aparecida Martins).
- PERELMAN, C. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.
- _____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.
- _____. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997

Email:weberth@puccs.br

Recebido: 01/2015
Aprovado: 05/2015