

Breve Nota Sobre a Moralidade e o Direito Moderno

Eros Roberto Grau¹

A evolução do pensamento sobre o direito nos últimos 20 anos é notável. Na última década do século passado, apreendemos a importância dos princípios e, em seguida – a partir da que se convencionou chamar *nova hermenêutica* –, que o momento da produção normativa é posterior ao da redação dos textos normativos. Somos agora capazes de distinguir a *dimensão legislativa* da *dimensão normativa* do direito, o processo legislativo, de um lado, e o processo de produção normativa (= produção da norma pelo intérprete), do outro.²

Nesse sentido, mais do que apenas evolução, o pensamento jurídico foi cam-
po, nos últimos anos, de uma revolução.

Discernimos, entre tantas outras coisas, a distinção entre o direito posto pelo Estado e o que tenho designado *direito pressuposto*, uma das linguagens do social. Poucos a perceberam. A grande maioria dos que participam das práticas sociais expressivas da produção das normas jurídicas o faz sem se dar conta dessa enorme revolução.

Daí suportarmos paradoxos e contradições. A superada *subsunção* convive, nas abstrações dos que carecem de vocação para as abstrações, com sua mais completa negação hermenêutica. Como faltam pensadores capazes de um salto à frente e

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da USP – Professor Convidado na Université Paris 1 (Panthéon – Sorbonne) – 2003/2004 – Ministro do STF.

² Note-se bem que esses dois momentos – o *momento do texto* e o *momento da norma* – não são expressivos de uma cisão na dinâmica jurídica, como se ela fosse divisível, como se a pudéssemos partir em distintos pedaços. Pois o texto é desdobrado pelo intérprete no momento da interpretação, de modo que o processo que o direito é enquanto totalidade aí não se interrompe; ao contrário, esse processo nesse ponto se completa.

hoje livros repetitivos são publicados aos borbotões, o simples compreender resulta enigmático.

São muitos os aspectos dignos de alguma reflexão por quem se disponha a praticar esse hábito (o antigo hábito da reflexão) sem arrogância intelectual. Nesse passo me disponho a considerar um deles.

Este diz com a circunstância de que há no ar uma vontade de superação da cisão entre o direito e moral. O que se deseja é trazer valores éticos para dentro do horizonte do jurídico. Isso permitiria qualificar como tal, como jurídico, somente um sistema normativo, ou uma norma singular, dotado de certo conteúdo de justiça. O que permitiria caracterizar como válida a norma ou o sistema de normas seria esse conteúdo de justiça.

Mesmo em certas decisões judiciais de quando em quando surge, em discursos que desbordam da racionalidade para tons de folhetim, o apelo à moralidade como razão de decidir. Tal e qual texto normativo estariam a violar o ordenamento, ou seriam mesmo inconstitucionais, por comprometerem a moralidade ou princípio da moralidade. Bem a propósito, alguém já disse que a demagogia e os clichês, para os que não conseguem produzir mais do que tanto, são irrefreáveis. Algumas citações repetitivas são reproduzidas como se bastassem para suprir formação intelectual incompleta e/ou inacabada e tolices são proclamadas à larga.

É certo que a Constituição do Brasil define a *moralidade* como um dos princípios da Administração. Não a podemos contudo tomar de modo a colocar em risco a substância do sistema de direito. O fato de o princípio da moralidade ter sido consagrado no art. 37 da Constituição não significa abertura do sistema jurídico para introdução, nele, de preceitos morais.

Daí que o conteúdo desse princípio há de ser encontrado no interior do próprio direito. A sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. O exercício da judicatura está fundado no direito positivo (= a *eticidade* de Hegel). Cada litígio há de ser solucionado de acordo com os critérios do direito positivo, que se não podem substituir por quaisquer outros. A solução de cada problema judicial estará necessariamente fundada na *eticidade* (= ética da legalidade), não na moralidade. Como a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade, a admissão de que o Poder Judiciário possa decidir com fundamento na moralidade entroniza o arbítrio, nega o direito positivo, sacrifica a legitimidade de que se devem nutrir os magistrados. Instalaria a desordem. Eis então porque resulta plenamente confinado o questionamento da *moralidade da Administração* – e dos atos legislativos – nos lindes do *desvio de poder* ou de *finalidade*. Qualquer questionamento para além desses limites apenas poderá ser postulado no quadro da *legalidade* pura e simples. Essa circunstância é que explica e justifica a menção, a um e a outro princípio, na Constituição e na legislação infraconstitucional. A *moralidade da Administração* – e da atividade legislativa, se a tanto chegarmos – apenas pode ser concebida por referência à *legalidade*, nada mais.

Digo-o com ênfase porque o que caracteriza o surgimento do chamado direito moderno – esse direito que chamo direito *posto* pelo Estado, opondo-o ao direito *pressuposto* – é precisamente a substituição do subjetivismo da equidade pela objetividade da lei. Isso significa a substituição dos *valores* pelos *princípios*. Não significa que os valores não sejam considerados no âmbito do jurídico. Não significa o abandono da ética. Significa, sim, que a ética do direito moderno é a ética da legalidade.

A legalidade supõe a consideração dos valores no quadro do direito, sem que, no entanto, isso conduza a uma concepção substitutiva do direito pela moral. O sistema jurídico deve por força recusar a invasão de si mesmo por regras estranhas a sua eticidade própria, regras advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil. E – repito-o – ainda que isto não signifique o sacrifício de valorações éticas. O fato é que o direito posto pelo Estado é por ele posto de modo a constituir-se a si próprio, enquanto suprassume³ a sociedade civil, conferindo concomitantemente a esta a forma que a constitui.

Os valores, teleológicos, alcançam o direito pelo caminho deontológico dos princípios. Porém, isso assim se dá sem que seja esquecida a distinção *hegeliana* entre *moralidade* e *eticidade*. A *moralidade* respeita as virtudes do homem na sua subjetividade, ao passo que a *eticidade* repousa sobre as instituições e as leis – o *nomos*. Homem virtuoso será, em ambos os casos, o que exerce de modo adequado o seu predicado essencial, o ser racional; virtuoso é o homem que usa a razão (*logos*) exercitando a prudência (*phronesis*). No plano da *eticidade*, o homem já não é visto isoladamente, porém inserido no social, logo sujeito às instituições e às leis. Virtuoso então, desde a perspectiva da tradição que vai de Platão a Hegel, no plano da *eticidade*, é o homem que respeita as instituições e cumpre as leis.

Daí por que cumpre nos precavermos em relação aos que afirmam o antipositivismo sem limites, desavisados de que a ética da legalidade não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Certo conteúdo de justiça por certo se impõe na afirmação do direito, mas conteúdo de justiça interno a ele, quer dizer, conteúdo de justiça positivado.⁴

³ *Suprassumir* como “desaparecer conservante”, para traduzir *Aufheben*, no sentido apontado por Paulo Meneses, tradutor de Hegel na *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio* (Edições Loyola, São Paulo, 1995, nota do tradutor, p. 10). Vide Michael Inwood, *Dicionário HEGEL*, trad. de Álvaro Cabral, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1997, p. 303-304), em especial o seguinte trecho: “*Aufheben* é semelhante à NEGAÇÃO determinada que tem um resultado positivo. O que resulta da suprassunção de algo, por exemplo, o todo em que ele e seu oposto sobrevivem como momentos, é invariavelmente superior ao item, ou à VERDADE do item suprassumido.”

⁴ Um último argumento de que se valem os que pretendem substituir a racionalidade do direito moderno pelo subjetivismo da moralidade repousa na alusão a uma *ética pública*. Como são muitas as morais e os sistemas éticos aos quais nos podemos vincular, o que nos deixaria sem rumo e sem padrões de comportamento, recorrem à moralidade como expressão dessa *ética pública*. Mas essa *moralidade pública* não pode operar como critério de juízos praticáveis no âmbito do direito, pois compromete a segurança e certeza jurídicas na medida em que, como observa José Arthur Gianotti, compreende a aprender a conviver com os outros, um reconhecimento da unilateralidade do ponto de vista de cada qual, que não impõe conduta alguma. Anoto, por fim, a circunstância bizarra de esse tipo de raciocínio ordinariamente coexistir com o sentimento de tédio e cansaço que as nossas elites nos dias de hoje nutrem em relação a sua própria mediocridade.