

O DIREITO COMO MÍNIMO ÉTICO E COMO *MAXIMUM* ÉTICO

Mariá BROCHADO*

RESUMO

O texto em questão visa a expor dois momentos de reflexão de evidente relevância no percurso do pensamento Ético ocidental. Um deles, clássico, aponta para uma compreensão da ordenação jurídica como uma espécie de estabilizador ético do meio social. Para realizar tal desiderato, traz em sua normatividade coerciva um “mínimo ético” necessário e suficiente para que a sociedade mantenha-se em ordem dentro de um padrão minimamente digno. Trata-se da tese do *Direito como mínimo ético* de Georg Jellinek. A segunda reflexão está presente na obra de maturidade de Joaquim Carlos Salgado, que após incursões pelas obras de Kant e Hegel, em busca de um ideário de justiça peculiares ao momento histórico de cada autor, e ainda pela Teoria dos Direitos Fundamentais (em suas várias matrizes), consolida sua própria versão de *idéia de justiça no mundo contemporâneo*. Segundo sua tese, trata-se de um equívoco entender o direito *quantitativamente* como um mínimo ético. Pelo contrário, ele é, sim, um *maximum* ético, dada a sua natureza regulatória *qualitativamente* diferenciada de valores *os mais essenciais e caros* à experiência jurídica Ocidental. Nesse sentido, as normas jurídicas são realizadores não apenas de um mínimo, mas de um máximo ético na vida em sociedade, porque são *o ponto de chegada* da dialética do *reconhecimento*, manifestação apurada da *Razão Prática*.

* Professora Adjunta do Departamento de Introdução ao Estudo do Direito e Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre e Doutora em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da UFMG.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Ética. Fundamento do Direito. Valores. Justiça. Dignidade da pessoa humana. Estado de Direito.

SUMÁRIO: 1- Considerações iniciais. 2- O direito como mínimo ético. 3- O direito como maximum ético.

1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma discussão sobre o fundamento do direito aponta para o problema da *justificação* do sistema jurídico histórico-positivo a partir de uma idéia ou projeto de justiça que o transcenda e o legitime. Neokantianos e axiólogos movimentam-se nesse penoso marnel a procura de *algo* que esteja *além* dessas regras *heterônomas* do agir, e que torne aceitável sua intrínseca *imposição coerciva*. Certo é que a *eficácia* desse rol normativo - dito “jurídico”-, da coerção depende e da *legitimação* imprescinde racionalmente, como exigência da própria *razão prática* de se auto-fundamentar, o que, no caso, implica na busca de um *sentido de justiça* para tal normatividade, seja na forma de justiça-*virtude*, seja na forma de justiça-*valor*. Não é diversa a preocupação do jusfilósofo mineiro, Joaquim Carlos Salgado (1939-), que, após incursões sobre o fundamento do direito nos sistemas de Kant e Hegel, alcança em seu pensamento de maturidade, o momento de afirmação radical de que o direito desse tempo, do nosso tempo, está inevitavelmente destinado a realizar o *máximo ético* possível dessa sociedade construída sobre os *pilares jurídicos* da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e dos Direitos Fundamentais Declarados, realizáveis no contexto do Estado Democrático de Direito. O mestre Miguel Reale (1910-2006) chegou a declarar, numa metáfora bastante inspirada, que “... o Direito é como o Rei Midas. Se na lenda grega esse monarca convertia em ouro tudo aquilo em que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo em que toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais.” Clara a posição de Reale

sobre o *comprometimento ético* do direito. Mas a exposição que aqui se desenvolverá pretende mais que afirmar a “destinação ética do direito”; quer, sim, registrar a radicalização desse desiderato, que é a destinação ética *máxima* dessa *vis a tergo* própria do *jurídico*.

Para chegarmos a esse ponto de exaltação do comprometimento ético do direito com a realização da *máxima* eticidade, não podemos omitir uma tese anterior, mais acanhada talvez, e que tentou chamar a atenção da jurística do seu tempo - já seduzida irremediavelmente pelo discurso positivista- para o *comprometimento* do direito não ainda com um máximo ético a ser realizado por sua normatividade peculiar, mas com um *mínimo ético*: trata-se da conhecida tese do Professor de Teoria do Estado de Heidelberg, Georg Jellinek (1851-1911). É sobre esses dois momentos de fundamentação do direito (na verdade, um sucessor e atualizador do outro), que esta exposição versa: da clássica fundamentação do direito como *mínimo ético* no pensamento *analítico* de Jellinek à moderna fundamentação do direito como *máximo ético* no pensamento *dialético* de Joaquim Salgado.

Veremos que Salgado não restringe a análise do direito como regramento imposto coercitivamente pelo Estado. Jamais. Para o eminente jurista, o *direito posto* é o termo final de um processo que envolve a atividade política, e que *decorre* de valores jurídicos universalmente construídos pela cultura (*universalidade material*) que desemboca na declaração universal de direitos (*universalidade formal*), referida a todas as *pessoas*, iguais e livres, portanto (enquanto *pessoas*). O paradigma universal do direito positivo constitui para o autor o *ideal de justiça* de cada momento histórico considerado. Daí seus trabalhos anteriores voltarem-se para a investigação da idéia de justiça em Kant como *igualdade e liberdade*, e em Hegel, como realização da dignidade humana pela *atribuição* de direitos *sociais*, que visam a tutela da *projeção* do espírito humano na forma de *trabalho*.

Saliente-se de antemão que essa suposta *dignificação jurídica* propiciada pela valorização do trabalho e conseqüente atribuição de direitos *sociais* não consta do sistema hegeliano, não é objeto de análise específico da *Filosofia do Direito* de Hegel. É já uma tese

de Joaquim Salgado formulada a partir do pensamento de Hegel, com visível inspiração no pensamento de Henrique Cláudio de Lima Vaz (1921-2002), com o qual há um diálogo constante nos textos de Joaquim Carlos Salgado, especialmente em sua mais recente obra *A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético* (Del Rey, 2006), onde o jusfilósofo visa a um encontro da categoria do *sujeito universal de direito* com a concepção vaziana de *pessoa moral*, categoria conclusiva para a qual converge toda a *Ética Sistemática* de Lima Vaz.¹

Para trilharmos a senda do *maximum ético*, vejamos o seu precursor imediato, o conceito de direito como *mínimo ético*. Afirmamos ser um “precursor imediato” porque acreditamos que entre Jellinek e Salgado não houve na história da Filosofia do Direito uma proposta realmente *jus-filosófica* de análise e compreensão do fenômeno jurídico. As tentativas de fuga ao *normativismo lógico* de Kelsen (1881-1973) ou seguem na linha de uma *Teoria dos Valores* aplicada ao Direito nas suas várias versões, ou para análises da Politologia que bitolam a complexidade do fenômeno jurídico na simplicidade da “modalização dogmática”, isto é, considerando o direito um simples formalizador *final de regras consentidas* em instância política, predileção do pensamento *comunitarista*, como podemos encontrar, por exemplo, nas teses de dois grandes representantes dessas propostas, respectivamente, Nicolai Hartmann (1882-1950) e Jürgen Habermas (1929-). Evidentemente que o velho e seguro kantismo comparece em várias releituras e adaptações.

2. O DIREITO COMO MÍNIMO ÉTICO

A conhecida doutrina do *minimum ético*, angariada por vários autores do final do século XIX, fora sempre referida ao teórico do Estado e Jurista alemão Georg Jellinek, não obstante vários outros pensadores da época já terem caminhado em similar direção, como, por exemplo, o filósofo britânico Jeremy Bentham.

¹ Ver sua obra exemplar de *Ética contemporânea, Escritos de filosofia V. Introdução à ética filosófica 2*, São Paulo: Loyola, 2000, especialmente as pp. 237- 239.

A tese de Jellinek se sustenta na concepção *social* da Ética, que define o direito por sua *função de conservação*. O autor inspira-se na *teoria orgânica*² para apresentar seu conceito de Estado, mas ressalta que uma teoria que assinala o Estado como *organismo* coletivo, espiritual, à semelhança do organismo humano natural, só se justifica pela idéia de que o organismo é de *natureza teleológica*, de modo tal que “todas las funciones orgánicas tienen un fin en relación con el todo, y el todo, a su vez, tiene relaciones de finalidad con sus partes”.³

Declara o tradutor de Jellinek, Fernando de Los Rios, que no pensamento do referido autor não se verifica qualquer distinção *qualitativa* entre moral e direito,

“se ofrece el último como concreción indispensable: primero, para la conservación de la comunidad: segundo, para la obtención de los fines éticos. (...) ‘Es incuestionable que la protección y la conservación (y aun dentro de límites estrechos, el auxilio) de los bienes e intereses humanos mediante acciones u omisiones, son fines que corresponden al Derecho’”⁴

Para Jellinek, compete ao Direito *conservar* a comunidade por intermédio da preservação do *mínimo ético* que ela precisa em cada momento da sua vida para continuar vivendo. Decorre disso que o cumprimento das normas jurídicas pelos *membros* do corpo social é que torna possível a permanência de uma determinada situação histórica da sociedade, ou desse *organismo* histórico.

Sob o ponto de vista objetivo, o Direito representa as condições de conservação da sociedade, na medida em que essas condições possam depender da vontade humana. Por consequência,

² De grande influência no final do séc. XIX, essa tendência *organicista* na Filosofia fora seguida por vários outros autores de expressão como Adolf Friedrich Trendelenburg, Karl Christian Krause, Henri Ahrens, entre outros.

³ JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 111-112.

⁴ LOS RIOS, Fernando de. Prólogo. In: JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. XXVII.

o *minimum* de existência das normas éticas demanda dos indivíduos (subjetivamente, como *membros* que são do corpo social) o *minimum* de atos morais que a sociedade exige de seus membros, considerados *deveres* jurídicos.⁵

Tanto quanto a moral, o direito tem por finalidade a conservação social, mas se diferencia por tutelar, conservar e, dentro de limites estreitos, acrescer bens e interesses humanos, a partir de ações e abstenções dos indivíduos.⁶ Mas, como a conservação também é visada pela moral, ou por quaisquer regras aplicáveis à atividade humana, como a religião e os costumes, o que diferencia o direito é *manifestação* das suas normas.

Uma nota peculiar do pensamento de Jellinek é que ele considera o direito *fenômeno psicológico*, observável no íntimo da vida interior; daí a sua preocupação em “estabelecer que *parte do conteúdo de nossa consciência* deve ser designada como direito”.⁷ Para tanto, discrimina dois elementos psicológicos, de implicações recíprocas, que possibilitam a existência da ordem jurídica e do Estado.

O *primeiro elemento* é por ele denominado *elemento conservador*, entendido como a capacidade humana de *converter* a ação real em norma. Essa potência humana é considerada pela psicologia social o fundamento da formação da convicção dos indivíduos sobre a existência de uma *ordem normativa*, sendo esta capacidade inata dos integrantes do grupo em transformar *realidade* em *normatividade* imprescindível à conservação do organismo social. Se somente o real enquanto tal fosse considerado normativo (ou seja, não houvesse uma elevação dele a essa condição pela atitude dos indivíduos), chegaríamos a um ponto em cada época histórica em que as transformação das relações sociais fariam desaparecer o caráter jurídico do real, sem que pudesse ser substituído por algo novo. A consequência disso seria a existência de grandes períodos de anarquia selvagem, o que não se verifica historicamente, em razão

⁵ *Op. cit.*, p. XXV.

⁶ Mata Machado, Edgar de Godói da. *Direito e coerção*. São Paulo: Unimarco, 1999, p. 75.

⁷ *Id. Ibidem*.

também do *segundo elemento*, por ele denominado *racional*. Este seria uma espécie de *pendor metafísico*, que engendra a *representação* de um direito *superior* ao direito positivo. Tal representação é referida a um direito ideal, ou o direito natural, que possibilita a evolução, o progresso das ordens jurídicas históricas, impulsionando a modificação das situações jurídicas já realizadas. A idéia de um direito natural ou racional colabora de maneira *enérgica* para a legalização ou juridicização das transformações operadas na vida jurídica e estatal;

Estabelecidos os pressupostos psicológicos da *experiência jurídica*, passa a caracterizar a *norma jurídica* por dimensões da sua aparição, que são quatro: seu direcionamento à conduta exterior *mútua* dos indivíduos; o fato de serem emanadas de uma autoridade exterior *reconhecida*; por gozarem de obrigatoriedade garantida pela *força*; e, por fim, e principalmente, por serem dotadas de um tipo de validade que ele chama *psicológica*. Esta última significa a *capacidade* que a norma jurídica tem de atuar como *motivo* determinante da vontade, a partir da *convicção* dos seus destinatários de que são obrigados a conformar suas condutas ao comando normativo. Implica dizer: o que valida a norma é a *convicção subjetiva* de cada destinatário sobre a sua obrigatoriedade, o que expressa a fundamentação psicologista do autor.

“La positividad del Derecho descansa, pues, en ultima instancia en la *convicción* de su obligatoriedad; sobre este elemento puramente subjetivo, se edifica todo el orden jurídico. Ésta es la consecuencia necesaria del reconocimiento de la comunidad humana y necesita, por tanto, descansar en elementos puramente psicológicos.”⁸

Este *subjetivismo* é amenizado, no entanto, quando Jellinek especifica que a *convicção* deve ser da *média* de uma população ou do povo, e não de indivíduos isoladamente,⁹ sempre atentando para o caráter orgânico-teleológico do corpo social e ressaltando que sede psicológica da ação não se deve confundir com capricho individual:

⁸ JELLINEK. *Teoria general del estado*, op. cit., p. 250.

⁹ MATA MACHADO. *Direito e coerção*, op. cit., p. 76. Quanto ao paradigma psicologista adotado, o próprio Jellinek adverte sobre sua limitação: “Ao se

“Es indudable que la obligatoriedad de los principios jurídicos particulares no puede entregarse de ninguna manera al arbitrio subjetivo, pues el hecho fundamental psicológico de sentirse obligado mediante una norma, no depende, en modo alguno, del capricho individual, sino que más bien, la norma sale al encuentro de aquel que se opone a sus exigencias y lo somete a la obligación.”¹⁰

E segue argumentando que o ladrão ou o assassino não contradizem a obrigatoriedade da norma jurídica infringida, pois ainda que não considerem, evidentemente, a punição *desejável*, não podem jamais considerá-la *injusta* ou descabida. Não *negam* a obrigatoriedade, apenas não querem *suportar* as conseqüências dela.

Nessa versão psicologista, o autor torna irrelevante a *externalidade coerciva* do direito que incide sobre os indivíduos, haja vista que na perspectiva estritamente do sujeito que sofre a incidência da força, ela é apenas uma forma de *compulsão*, que não é senão mais um meio de criar psicologicamente nos destinatários *motivação* para que o direito realize seus fins.¹¹ Mas resgata a importância da coerção na perspectiva da garantia de *possibilidades* aos indivíduos. A força no direito não é *força física*, ou *econômica*, mas propriamente *jurídica*. A essência dessa força reside no fato de que o Direito confere, por meio dela, uma *parte do poder social aos indivíduos* do grupo, de modo que ele possa exercer influência sobre a conduta dos demais. As forças individuais não autorizadas pelo direito podem *limitar* de várias maneiras a ordem jurídica, mas não podem servir de *guia* para o grupo social. Graças a esta *força jurídica* é que o Direito desempenha sua função organizadora das lutas sociais.¹²

A concepção de Jellinek toma o direito positivo tal como os demais jusnaturalistas, mas dá um passo ao acoplar a ele um substrato

fixar a psicologia das massas, deixa-se de ter em conta necessariamente os atos realizados por uma minoria de tendência oposta. Por isso podem existir conflitos para o indivíduo, que não podem ser resolvidos pelos conceitos jurídicos usuais.” (Tradução livre). (JELLINEK. *Op. cit.*, p. 250).

¹⁰ JELLINEK. *Loc. cit.*

¹¹ *Id. Ibidem.*

¹² *Op. cit.*, p. 270.

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 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.

3- O DIREITO COMO *MAXIMUM* ÉTICO

Vejam, então, como a proposta de fundamentação do fenômeno jurídico como *maximum ético* na obra do Professor Joaquim Carlos Salgado, Catedrático da Cadeira de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, conecta-se com seu precedente, superando-o, e se desenvolve com intensa lucidez e atualidade, ao tomar o *direito contemporâneo* como manifestação mais elevada da *vida ética*. Isso porque a teoria do direito como *maximum ético*, bastante invulgar na clássica abordagem das relações entre *moral e direito*, quer ultrapassar a persistente colocação da ordem jurídica como uma normatividade de *mínimo ético*, como

um mero *realizador* da moralidade, jamais um sistema *em si mesmo* ético, visto que Jellinek segue na esteira jusnaturalista de *avaliação moral* do direito enquanto ordem posta.

Começamos ponderando que essa noção de direito como *máximo ético* distancia-se absolutamente da doutrina acima exposta, pois que é formulada numa perspectiva essencialmente *qualitativa*, quer dizer, como *momento diferenciado* de realização da totalidade ética da vida humana. Seu idealizador, inspirado na versão dialética da experiência da consciência humana (que interage historicamente) apresentada por Hegel, jamais tratou o direito analiticamente em termos de “ou direito positivo” “ou ideal de justiça”. Veja que, dialeticamente considerado, um fenômeno é apreendido em suas várias aparições, inclusive no plano das negações que o delimitam. Não seria diferente a análise do universo jurídico, ainda que recortado como *realidade* jurídica, dentro das inesgotáveis possibilidades cognoscíveis da infinitude ôntica. Assim, a ordem jurídica *ideal* também é componente do que compreendemos por *direito*. Não tem sentido histórico a Doutrina Jurídica permanecer insistindo num eterno discurso de desacoplamento do *fundamento* ético do *direito* do próprio direito dito *real* (*desse* direito *que esta aí*), que é (ou deve ser, ou caminha para ser) o ponto de chegada da mesma (e única) sociedade que postulou o *ideal* (de *justiça*) de um direito *positivo*, referido a ele (o ideal). *Este* direito posto deve realizar o tal ideal, mediado pela *faticidade* de uma autoridade que *atualiza* empiricamente esse projeto, e que representa (ou deve representar) *legitimamente* toda a sociedade. Nessa perspectiva,

“O ético tem um momento de imediatidade que não se mostra com plena racionalidade; é o sentimento ético a ser superado na universalidade racional do direito. Isso se deixa mostrar até mesmo numa sentença judicial, em que o juiz avança para além do mero sentimento de justiça para encontrá-la na fundamentação racional objetiva do direito. Deixada em si mesma, a moral alcança apenas uma universalidade ou racionalidade formal, como em Kant, ou um bem transcendente, embora se trate de momentos importantes do processo ético.”¹³

¹³ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça contemporânea: a interpretação*

Admitido o direito como *projeto e faticidade*, que irão se implicar dialeticamente no curso histórico, temos que o projeto de *todo o direito*¹⁴ (ou do direito como um fenômeno ético na sua inteireza) é a realização (efetiva) de um *maximum ethicum* e não apenas de um *minimum ethicum*, como acabam sugerindo Jellinek e seus sucessores. E essa efetivação pressupõe uma compreensão do direito do direito como ordem de *realização de direitos*, sendo a ordem jurídica o momento (objetivo) de realização do *máximo* que se pode estender a uma vida vivida *historico-socialmente*, e não como um sistema normativo coercivo apontado (para), guiado (por) um ideal *moral* solipsista.

O autor parte da *eticidade hegeliana*, que compreende o sujeito moral como *projeto* e como *experiência* histórica – ao contrário de Kant –, mas avança para um momento conceitual só possível num contexto que Hegel não experimentou historicamente: o do *Estado Democrático de Direito*. No momento atual, a partir da experiência desse Estado (ético por excelência, segundo o autor) há que se redefinir o próprio direito, definição esta refratária aos modelos positivistas inadequados a uma experiência democrática de alto nível como a que vivenciamos hoje, seja como direito de escolha política no plano da *elaboração* do direito (de se manifestar politicamente - em similitude com a *isegoria* grega), seja como debate em *contraditório* em sede de aplicação do direito (visando à decisão imparcial, tempestiva e adequada, ou seja, *eqüitativa* - semelhante à noção grega de *eunomia*). Ambas possibilitam a tão festejada - pelas doutrinas jurídicas e

e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

¹⁴ Em direção similar, significativas as palavras de Habermas: “Só poderemos avaliar a propagação dos conteúdos morais pelos canais das regulamentações jurídicas quando encararmos o sistema do direito como um todo” (...) e “esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo”. (HABERMAS, Jürgen. *Bestialidade e humanidade. Uma guerra no limite entre direito e moral*,. Uma guerra no limite entre Direito e moral. Trad. Luiz Repa. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 5. São Paulo: Departamento de Filosofia da USP, 1999, p. 154).

políticas de nosso tempo- *isonomia*¹⁵. Essa “redefinição” do direito no seio de um “Estado democrático *de direito*”, vem assim sendo proposta pelo Prof. Salgado:

“O direito é a forma de universalização dos valores éticos. Com efeito, enquanto tais valores permanecem regionalizados, isto é, como valores morais de um grupo e não como valores de toda a sociedade, e como tais reconhecidos, não podem ser elevados ao *status* jurídico. (...) Numa sociedade pluralista podem e devem conviver sistemas éticos dos mais diversos com as respectivas escalas de valores mais ou menos aproximadas, ou mesmo distanciadas umas das outras. Somente, porém, quando há valores éticos comuns a todos esses grupos ou sistemas, portanto quando se alcançam materialmente à categoria da universalidade, como valores de todos os membros da sociedade, e como tais reconhecidos, podem esses valores éticos ingressar na esfera do direito: primeiro, por serem considerados como universais na consciência jurídica de um povo, a exemplo dos direitos naturais, assim concebidos antes da Revolução Francesa; depois, formalmente positivados na Declaração de direito, ato de vontade que os normativiza universalmente, isto é, como de todos os membros da sociedade e por todos reconhecidos (universalidade formal decorrente da universalidade material). O direito é, nesse sentido, o *maximum* ético de uma cultura, tanto no plano da extensão – universal (reconhecido por todos) – como no plano axiológico – enquanto valores mais altos ou de cumeada, como tais formalizados. É o que marca a objetividade do direito no sentido kantiano (...) Então, quando certos valores, constituindo um núcleo da constelação axiológica de uma cultura, alcançam a universalidade material reconhecida na consciência ético-jurídica de um povo e a universalidade formal pela sua posição e normatização

¹⁵ Sobre as características da *justiça* no mundo grego, vejamos com Lima Vaz: “A experiência da vida na cidade democrática, tal como aparece por exemplo na lírica de Sólon, o legislador de Atenas, conduz à afirmação dos predicados da *justiça*, que conotam inequivocamente sua essência ética: a igualdade perante o *nomos* (*isonomia*) que aponta, de um lado, para a *universalidade* da norma ética e, de outro, para a *singularidade* do sujeito do *nomos*, participe da *justiça*; a *equidade* (*eunomia*) que exprime a *proporcionalidade* na participação da *justiça* segundo o *direito* (*dikaion, jus*) que compete a cada um: *unicuique suum*. (LIMA VAZ, H. C., *Escritos de filosofia IV*. Introdução à ética filosófica 1. São Paulo: Loyla, 1999, p. 90).

através da vontade política desse povo, é que adquirem a natureza de direitos.”¹⁶

O passo seguinte no desenvolvimento do fundamento do direito como *máximo ético* foi demarcar sua aparição histórica, implícita na cultura jurídica romana. Desse modo, Salgado acredita ser legítimo explicitar determinadas categorias universais de *pensabilidade* do fenômeno jurídico, encontradas pelo autor na jurística romana, a partir das quais reformula sua própria concepção de *justiça jurídica*. Ele migra de um conceito de justiça identificada como realização dos valores *igualdade e liberdade*, inspirada na Filosofia Clássica e no Kantismo e posteriormente do valor *trabalho* (de inspiração hegeliana) – donde conclui que a idéia de justiça se realiza com a formação de um estado *social* que promove a igualdade *positivamente*, ao garantir *direitos sociais* – para uma concepção da idéia de *justiça em si mesma*, e não em razão do valor *a ser* historicamente realizado.

No momento em que retrocede sua busca por um conceito de justiça na experiência jurídica romana, o autor vislumbra na segunda parte da máxima ulpinianéia do *neminem laedere* – um comando negativo de *não* lesão – já uma expressão da *máxima eticidade* do fenômeno jurídico, visto ser esse *mínimo* exigido do ponto de vista da *simplicidade* (a não lesão) um *maximum* do ponto de vista das *conseqüências e abrangência social*, pois é fundante da própria existência da sociedade, atingindo-a como um todo. Esse princípio manda realizar, pois, um *minimum* enquanto absoluta simplicidade, mas um *maximum* como postulado necessário da *existência* da sociedade e da sua ordenação.¹⁷ Daí o autor preferir grafar a palavra **máximo** em latim, ao considerar que o *maximum* representa essa idéia *qualitativamente* diferenciada, experimentada na versão pragmática do

¹⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Vol. 30, n° 1. Belo Horizonte: jan./mar. de 1999, pp. 97-98.

¹⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. Texto inédito concedido pelo autor, e que passou a integrar posteriormente a obra *A idéia de justiça contemporânea: a interpretação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, *op. cit.*, pp. 9-10.

direito romano. Não se trata de máximo como *quantidade* de tutelas, mas como *a tutela* mais expressiva e inafastável, que é a viabilizada pela experiência *jurídica* em seu sentido mais amplo, efetivada na forma da *actio*.

Esclarecida essa perspectiva *qualitativa* de fundamentação, o autor segue explicando que não faz sentido se contrapor à tese do *mínimo ético*, haja vista que ela mesma já traz em si (dialeticamente) sua própria *oposição*, a saber:

“Dizer que o direito é o *mínimo* ético naquilo que eticamente *não pode deixar* de ser regulamentado como denominador comum das variantes éticas ou das condutas que podem ficar fora da sua regulação por não perturbar a conservação da sociedade é dizer que o direito regula o que é *universalmente* aceito por todos ou com que todos concordam. Isso é dizer que os valores regulados pelo direito são os que não podem deixar de ser regulados ou protegidos por normas jurídicas por serem *necessários* (do ponto de vista da regulação). Significa tanto considerá-los como o máximo, no sentido de (estar) *acima* dos outros, e que dão unidade ao *ethos* de um povo, como no sentido de serem *mais abrangentes*, portanto universais.”¹⁸ (Grifos nossos).

Entendemos que Salgado separa do conceito de justiça os *valores* que ela deve realizar, e propõe uma redefinição de justiça como *valor jurídico formalmente* configurado e desdobrado em subconceitos universais, que já estavam presentes na experiência do Direito Romano, e que vêm encontrar explicitação na *consciência jurídica* do nosso tempo, como expressão maior da essência do direito, para além da *vontade* do legislador *empírico*. O passo seguinte dado pelo autor é a descrição da formação de uma *idéia de justiça autônoma*, concebida em elementos estruturais da própria essência da justiça (*jurídica*) e não do que ela, por meio do *direito* (tomado normalmente como o *direito positivo* pela Jurística), vem a realizar. O direito é abordado como *componente ético* formador da sociedade, por ser o único capaz de apresentar-se como a *ordem* exigida por essa sociedade, ordem esta que se aparelha segundo alguns *requisitos*, quais sejam:

¹⁸ *Id. Ibidem.*

“regras universais postas *para todos* e idealmente *por todos* postas, quer empiricamente por atos de vontade, quer por prática coletiva, capazes de gerar conseqüências idealmente previstas a partir de fatos relevantes para essa *ordem*, conseqüências que se traduzem em sanção, deveres e direitos, cujo elemento formal é a *exigibilidade* assentada no reconhecimento ideal ou formal da *bi-universalidade* da norma jurídica, e garantida pela *irresistibilidade*, vez que sustentada pela sociedade com um *todo ordenado*, por meio da *força* aparelhada, e posta em execução segundo o critério da neutralidade da decisão *objetive e universalmente* justificada.”¹⁹ (Grifamos).

Concluindo o autor que:

“Esses são os elementos que integram a estrutura *formal* da justiça e realizam objetivamente a idéia ou o projeto de justiça *material*, segundo o momento histórico em que se efetiva. Trata-se de uma idéia de justiça no âmbito das categorias próprias do direito, que o diferenciam da moral cõo seu momento.”²⁰ (Grifamos).

O pensamento do Prof. Salgado é marcado por duas fases diversas e complementares, em moldes típicos de autores que seguem o método dialético. Na primeira fase investiga o conceito de justiça sem diferenciar ainda justiça como *virtude moral* – enquanto tal, expressão da *subjetividade* da razão prática, e que deve também ser realizada no plano da *objetividade* jurídica-, e justiça como manifestação *própria* do fenômeno *jurídico* (que se diferencia da realização subjetiva, moral portanto, dessa idéia). Num segundo momento, o autor passa à estruturação de uma *idéia de justiça contemporânea*, propondo-se a dissecar os contornos da compreensão romana da justiça real (e não a de ideal moral), atualizada como direito, buscando explicitar algo que já estava contido como vivência no *Direito romano*: a autonomização da idéia de justiça propriamente *jurídica*, já diferenciada da justiça *virtude moral*.

¹⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça contemporânea.*, op. cit., p. 29.

²⁰ *Id. Ibidem.*

Trata-se, segundo nossa interpretação²¹, de uma tentativa de resgate da essência do direito como um projeto *em si mesmo* de justiça, afastando a compreensão já consolidada de que o direito nada mais é que mero *meio* ou caminho formal de realização de um ideal *não jurídico* de justiça (um *justo moral*). Nada mais jurídico que um ideal de sociedade justa, e nada mais idealmente justo que a Declaração dos *direitos* do homem. *Justiça e Direito* enfim se encontram. Nas palavras de Joaquim Salgado,

“a verdade do ser é a essência; a verdade da essência é o conceito; logo, a verdade de todo o processo (ser e essência) é o conceito. A verdade não é parcial, ela é concreta, ela é a totalidade do processo, o ponto de chegada que assume todo o momento anterior. *A declaração de direitos* é toda a verdade do processo ético, é o termo real da totalidade ética”.²² E “O direito é a forma avançada e *mais elaborada* de universalização dos valores éticos, pois se tais valores permanecem regionalizados como valores morais de *um grupo*, embora a aspirem, não têm a objetividade de valores de *toda a sociedade*, não são valores como tais (universais) *reconhecidos*... por fim, efetivados na *fruição* de todos.”²³ (Grifamos).

Tal nos autoriza a concluir que a concepção de direito como *mínimo ético* não sobrevive aos paradigmas jurídicos do século XXI. Aqui o direito deve se tornar o realizador do *máximo ético*, porque a vida jurídica acompanhou os progressos da liberdade humana, de tal modo que, se não se tem, em princípio, um direito de todos e para todos, tal será alcançado quando (e juntamente com) a consciência humana torna-se em-si e para-si, o que se reflete, evidentemente, sobre a *idéia* de direito. Nos Estados totalitários, a sociedade não se identifica com a figura do *sujeito de direitos*. Com a virada na *idéia* de detenção do poder experimentada na transição política do final do século XVIII, os destinatários das regras de direito são os legítimos detentores do poder conferido a elas, e a coerção passa a ser

²¹ Nesse sentido, ver nossa tese sobre a *eticidade do direito*, em: BROCHADO, Mariá. *Direito e ética*. A eticidade do fenômeno jurídico. São Paulo: Landy, 2006.

²² SALGADO, Joaquim Carlos. *Entrevista*. Belo Horizonte: julho de 2003.

²³ SALGADO. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo...*, *op. cit.*, p. 9.

compreendida como uma necessidade de manutenção da ordem, em virtude da viabilização dos *exercícios de direitos do todo*, que almeja seja essa ordem garantida para si mesmos. É dizer:

“O sujeito de direito, *centralizando* a relação de justiça e do justo *concreto*, torna possível a concepção de justiça como idéia, ou processualidade, que se desenvolve a partir do momento subjetivo da moral, enquanto devido pelo sujeito moral, e se realiza plenamente, uma vez exteriorizado no direito através da norma posta, no sujeito de direito. O comando da realização da justiça concentra-se não mais na pura espontaneidade do sujeito do dever moral, mas se desloca para força irresistível do sujeito de direito universal, aparelhada pela *actio* ou *ação do sujeito de direito universal*, exerce o comando da relação bilateral de justiça pela faculdade de exigir o que lhe é outorgado na universalidade abstrata da lei; por isso, o *dever de justiça* no direito passa a ser *dever exigível*.”²⁴ (Grifamos).

Resta desatualizada qualquer idéia que suponha um indivíduo fadado eticamente ao recôndito espaço moral, sua consciência moral, com toda a carga de responsabilidade que ela traz, o que deve, sim, ser “*aliviado*” pelo direito, como sugere Habermas, como componente inafastável da experiência ética. A idéia de *autolegislação* habermasiana expressa essa virada de concepção do direito, oposta à tradição kantiana, ainda que Habermas proceda analiticamente nessa observação, não se preocupando com o processo de realização ética como um todo. Como registra Jorge Atilio Iulianelli:

“Na perspectiva kantiana o direito deve se submeter à ética (...) Na formulação kantiana do princípio do direito, é a *lei universal* que é o pano de fundo, vale dizer, o *imperativo categórico*: a forma legítima da lei universal, da qual as liberdades de ação partilham, realizando um teste de universalização efetivo. Assim, em Kant, a subordinação do direito à ética implica uma impossibilidade de autonomia do direito. Nesse passo, Habermas introduz a idéia de autolegislação. A autolegislação necessita de um cidadão capaz de estabelecer as leis às quais ele se submete. As concepções kantianas de autonomia ética e de liberdade subjetiva impedem isso. E não é suficiente para a idéia de autolegislação a concepção do direito às liberdades de ação subjetiva

²⁴ *Op. cit.*, p. 55.

iguais para todos. Enquanto pessoas morais, podemos nos convencer da validade dos direitos humanos, por exemplo, mas, enquanto legisladores morais, não nos encontraríamos como destinatários desses direitos. Apenas uma perspectiva *politicamente autônoma* do direito permite aos autores-destinatários das leis compreenderem corretamente a ordem jurídica. A fim de estabelecer a autolegislação como algo comunicativo, e mutuamente vinculante (vincula os cidadãos como promotores e submissos à lei)...²⁵

A *autolegislação* é impronunciada por Kant. A experiência do direito do seu tempo não o permitiu qualificar o *cidadão* como promotor *efetivo* da lei, como co-autor de um sistema de normas *consensualmente* estabelecido, como o é o direito. Os Estados Democráticos contemporâneos são o termo de chegada do processo dialético de todo o ético,

“pois é o momento em que se cumpre a auto-inteligibilidade do espírito do Ocidente na sua vertente ética, desenvolvido no tempo histórico, no qual o homem se revela: a) como animal racional na cultura grega; b) como pessoa de direito na cultura romana e pessoa moral na cultura cristã; c) como indivíduo livre ou cidadão e sujeito de direito universal na declaração de direitos das constituições pós-revolucionárias”.²⁶

Por outro lado, Salgado ressalta que Hegel refletiu sobre o que era possível refletir no seu tempo histórico: partiu da polis grega e chegou na encruzilhada do Estado *racional* de sua época. E o autor segue afirmando que é necessário dar um passo para além do direito privado sem cair estaticamente num “estadismo da razão”, como fora possível a Hegel (posição de vanguarda para o seu momento histórico). Para Salgado, o direito privado vivido em Roma tem seu desenvolvimento máximo e ponto de chegada numa forma jurídica totalmente evoluída que são os nossos atuais *direitos públicos fundamentais*. Aqui, o Estado reaparece no cenário jurídico como mero meio instrumental de realização do Direito, na forma de *direitos*.

²⁵ IULIANELLI, Jorge Atilio Silva. Ética do discurso, direitos humanos e democracia: cidadania universal contra o mercado total. *Revista Síntese*. Vol. 30, n. 96. Belo Horizonte: Loyola, 2003, p. 18.

²⁶ SALGADO. *Texto inédito concedido pelo autor, op. cit.*

Nessa linha de argumentações, os procedimentos políticos são meros *mecanismos* de realização do direito. Não têm, segundo Salgado, expressão em si mesmos, após termos alcançado o momento histórico da consideração do valor *realização de direitos* como valor supremo da vida coletiva, o que torna o Estado e seus procedimentos políticos servos desse ideário. Eis a leitura conclusiva do autor sobre a conjuntura atual:

“A idéia de justiça no mundo contemporâneo é, pois, entendida como a processualidade histórica da inteligibilidade do direito, o resultado dessa processualidade que se acumula no presente histórico do nosso tempo, e se expressa na efetividade do direito na ordem social justa com sentido universal, vale dizer, que efetiva a legitimidade do poder através da procedimentalidade democrática, enquanto esse poder tem origem na vontade popular e se estrutura na divisão da competência para o exercício do poder, com vistas ao seu núcleo (a declaração de direitos) e conteúdo axiológico, como processo historicamente revelado, constituído dos valores fundamentais da cultura, então formalizados conscientemente na declaração dos direitos fundamentais, na constituição, com vistas à sua plena efetivação.”²⁷

Já em sede de conclusão, acrescentemos que Salgado coloca em questão concepções políticas que habilitam a política a funcionar como uma espécie de *mediador* entre moral e direito. John Rawls (1921-2002), por exemplo, em sua *Teoria da justiça*, ressalta a característica *procedimental* das instituições políticas estabelecidas em sociedade, alertando que o próprio proceder *da maioria* (superestimado por Habermas) é questionável como realização de justiça social:

“Mesmo que na vida prática o eleitorado tenha a última palavra na escolha do regime, isso só acontece porque esse eleitorado tem mais probabilidades de estar correto do que um governo dotado do poder de se sobrepor a seus desejos. Como, entretanto, uma constituição justa, mesmo em condições favoráveis, é um caso de justiça procedimental imperfeita, o povo pode, não obstante, decidir de forma errada. Causando danos irreversíveis, por exemplo, ele pode perpetuar graves danos contra outras gerações que, em outra forma

²⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. Globalização e justiça universal concreta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. N. 89. Belo Horizonte: jan./jun. de 2004, p. 51.

de governo, poderiam ter sido evitadas. Além disso, a injustiça pode ser perfeitamente evidente e demonstrável como tal pela mesma concepção da justiça que subjaz ao próprio regime democrático.”²⁸

Segundo Salgado, concepções políticas desse tipo são insensíveis à evidente relevância de um vetor inafastável em sede de análise do direito nos dias de hoje: o princípio peculiarmente jurídico da *realizabilidade - em si- de direitos declarados*. Esclarece que o político sempre fora tomado como *mediação* entre o ético e o jurídico, nos modelos tradicionais da Filosofia Prática. No estágio de desenvolvimento que nossa civilização se encontra, o “político” não há o que mediar no “plano ético”, como o fez até o momento da conquista e instauração de um *Estado Democrático de Direito*. Nesse Estado *essencialmente* jurídico, o político torna-se instrumento de um direito em si *justo*, portanto, em-si e para-si *ético*; aqui, o político é instrumento de realização do jurídico, e não o contrário. E conclui que estes pensadores (que não são juristas!) fazem, na verdade, uma Filosofia Política ou do Estado, e não do Direito, e negam-se a admitir, portanto, que

“o político já está *juridicizado* nos direitos políticos e no núcleo constitucional dos direitos fundamentais. O político permanece na pura procedimentalidade, mesmo quando se trata da legitimidade do poder fundada na vontade popular. A legitimidade fundamenta-se *juridicamente* numa norma que rege o procedimento da vontade geradora do poder político. E a *primeira* norma em que se fundamenta o Estado Democrático é a da *participação* igualitária na formação da vontade estatal. Assim, o direito é o começo e o fim, isto é, dá fundamento *ao* e se põe *como* finalidade do Estado Democrático de Direito.”²⁹

Esta recolocação da atividade política é o alcance *pragmático* mais expressivo da tese jurídico-especulativa do *maximum ético*, mas que extrapola os limites dessa exposição. Em linhas gerais objetivamos trazer para esta coletânea uma proposta de fundamentação do direito a partir “do direito mesmo”, compreendido como fenômeno jurídico

²⁸ RAWLS, JOHN. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 327.

²⁹ SALGADO. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*, *op. cit.*, p. 7.

(concepção mais ampla que a de mero *direito posto*), aqui considerado como um *máximo ético*, tese que não se socorre das tradicionais instâncias de fundamentação do direito, seja no plano da *moralidade*, seja nos reducionismos *positivistas*, que tem como legado mais expressivo a auto-fundamentação “jurídico-positivante” de Kelsen.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BROCHADO, Mariá. *Direito e ética*. A eticidade do fenômeno jurídico. São Paulo: Landy, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Bestialidade e humanidade*. Uma guerra no limite entre Direito e moral. Trad. Luiz Repa. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 5. São Paulo: Departamento de Filosofia da USP, 1999.

IULIANELLI, Jorge Atilio Silva. Ética do discurso, direitos humanos e democracia: cidadania universal contra o mercado total. *Revista Síntese*. Vol. 30, n. 96. Belo Horizonte: Loyola, 2003.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954

LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Escritos de filosofia IV*. Introdução à ética filosófica 1. São Paulo: Loyla, 1999.

_____ *Escritos de filosofia V*. Introdução à ética filosófica 2. São Paulo: Loyola, 2000.

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. *Direito e coerção*. São Paulo: Unimarco, 1999.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça contemporânea*, texto inédito cedido pelo autor, hoje inserido no livro de sua autoria *A idéia de justiça no mundo contemporâneo: a interpretação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____ *A idéia de justiça no mundo contemporâneo: a interpretação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____ *Contas e ética*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Vol. 30, n° 1. Belo Horizonte: jan./mar. de 1999, p. 97-98.

Entrevista. Belo Horizonte: julho de 2003.

Globalização e justiça universal concreta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. N. 89. Belo Horizonte: jan./jun. de 2004, p. 51.

RAWS, JOHN. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 327.