

## Sistemas Normativos x Sistemas Valorativos

Alexandre Araújo Costa, mestrando em Direito na UnB

*“Porque os pensamentos são para os desejos escoteiros e espiões que partem para longe e encontram caminhos que levam às coisas desejadas: toda a firmeza da noção da mente e sua rapidez provindo daí.”*

HOBBS, *Leviatã*

*“Reason is calculative; it can assess truths of fact and mathematical relations and nothing more. In the realm of practice, it can speak only of means. About ends it must be silent.”<sup>8</sup>*

MACINTYRE, *After Virtue*

A partir dessas idéias, propomos a diferenciação entre Moral e Direito, tendo como critério de distinção os seus objetos.

Normalmente, as diversas teorias que buscam diferenciar o Direito da Moral concluem pela identidade — ao menos parcial — dos objetos das normas jurídicas e morais, ou seja, das situações de fato a que essas normas se referem. A norma “é proibido matar”, por exemplo, participaria tanto do sistema moral como do jurídico. Dessa forma, buscam-se diferenciações fundadas em outros aspectos, como a origem da norma e/ou a espécie de sanção ligada ao seu descumprimento.

Sustentamos, contudo, que as normas jurídicas e morais podem ser distinguidas a partir do seu objeto. Proporemos, nesse texto, uma diferenciação entre diversos sistemas — conjuntos harmônicos de enunciados — que chamaremos de Direito, Direito Positivo, Moral, Ética, Justiça e Licitude. A partir dessa diferenciação, analisaremos as relações entre esses sistemas, com o objetivo de promover um entendimento mais adequado sobre como a Ciência do Direito deve encarar o seu objeto: o Direito.

### *Objeto da Moral*

Admitamos, inicialmente, que apenas pode ser considerado moral o ato praticado por escolha do agente. Assim, a ação praticada sem influência da vontade será amoral — não passível de qualificação mo-

ral. Nesse caso enquadram-se, por exemplo, os atos praticados por coação ou necessidade.

Admitamos, também, que uma conduta será moral apenas quando a vontade de praticá-la — seja uma ação ou omissão — envolva um juízo sobre a moralidade do ato. Não se afirma aqui que a moralidade deve ser o único fundamento para a prática do ato, mas apenas que a moralidade é ligada ao desejo, ao sentimento que faz com que a pessoa escolha se conduzir de um certo modo. Portanto, afirmar que um ato é moral implica reconhecer que ele é fundado em motivações éticas.

Teríamos, assim, que quando o predicado *ser moral* fosse ligado a um desejo, designaria diretamente uma qualidade da motivação — por exemplo: *querer matar alguém é imoral*. Porém, quando essa característica fosse atribuída a um ato — p.ex: *matar alguém é imoral* —, não se referiria à conduta em si, mas à volição que lhe deu origem, sendo equivalente a *matar alguém é realizar um desejo imoral*. Percebemos, assim, que a qualidade ser moral pode ser utilizada em dois níveis diferentes: no primeiro caso, temos uma referência direta à motivação, enquanto no segundo ocorre uma referência indireta à volição.

É preciso reconhecer que a Moral, embora disponha apenas sobre desejos, relaciona-se também com os fatos, na medida em que a conduta humana é um agir orientado por motivações. Todavia, a sua influência sobre os fatos é indireta, mediada pela sua influência sobre a vontade.

<sup>8</sup> “A razão é calculativa. Ela pode avaliar verdades de fato e relações matemáticas e nada mais. No âmbito da prática, só pode falar de meios. Sobre os fins, ela tem que se calar.”

### **Objeto do Direito**

Admitido que o Direito relaciona-se apenas com fatos, a possibilidade de classificar um ato como ilícito deveria ser independente da motivação? Se respondêssemos afirmativamente, poderíamos ser objetadados pelo argumento de que a vontade é um critério essencial para qualificar certos atos como ilícitos — p.ex: a necessidade da existência de dolo para que se configure um fato típico, na área penal, ou uma obrigação de indenizar, na área cível.

Todavia, o que qualificamos como lícito ou ilícito é o ato, não a motivação. O simples desejo de matar — que é imoral — não é ilícito, embora o homicídio o seja. Além disso, a inexistência da vontade de matar não torna lícito o fato de matar alguém. Dessa forma, embora a motivação possa fazer com que um ato não seja considerado ilícito — p.ex: legítima defesa putativa —, é a conduta que é qualificada como lícita/ilícita. Ocorre, portanto, o inverso do que acontece com a Moral: o Direito refere-se diretamente ao ato e apenas indiretamente à vontade subjacente.

### **Moral e Direito**

Formulemos, então, a seguinte hipótese: a Moral liga conseqüências normativas a desejos enquanto o Direito as liga a condutas. Quanto ao Direito, essa proposição está de acordo com o senso comum teórico dos juristas, na medida em que é assente a idéia de que o sistema jurídico é composto por normas que têm como objeto o agir humano. Todavia, o mesmo não ocorre no tocante à ética, tendo em vista que o predicado moral/imoral é comumente aplicado a atos.

Passaremos a desenvolver as conseqüências dessa hipótese para verificar se ela explica satisfatoriamente a diferença proposta.

### **Ética e Moral**

Admitir a Moral como um sistema normativo implica considerá-la um conjunto de regras, e não de afirmações sobre fatos. Assim sendo, devemos reconhecer que a dicotomia básica sobre a qual assenta a ética — valoração moral/imoral aplicada sobre objetos, ou seja, proposições e não normas — não pode estar dentro da própria Moral. Deve haver, portanto, um sistema de asserções sobre fatos que atribua a esses a qualificação moral/imoral — devendo os fatos não abrangidos por esse sistema serem considerados amorais.

Estabeleceremos aqui, para evitar confusões conceituais, que no âmbito desse trabalho chamaremos o sistema de normas de *Ética* e o sistema de proposições de *Moral*. A Moral seria, assim, um sistema de afirmações que atribui às diversas espécies de fatos um *valor de moralidade (moral ou imoral)* — abstraindo-se da questão de se é possível ou não uma gradação. Já a ética seria o sistema de normas referente à Moral.

Como as normas da ética têm como objeto desejos, imoral não é praticar certo ato, mas desejar que esse ato se concretize. Assim, a regra referente ao homicídio seria algo como *não desejarás matar* ou *desejarás não-matar*. Por seu turno, o Direito prescreveria a regra geral *não matarás, ainda que desejes*.

Observe-se que reconhecemos a impossibilidade de derivar normas de fatos. Admitida a diferença kantiana entre *ser* e *dever-ser*, não se pode considerar possível que alguma coisa *deva ser* simplesmente porque outra *é*. Todavia, formulamos a hipótese de que existe uma norma ética fundamental que promova a mediação entre o âmbito dos fenômenos e o das normas morais. Essa norma admitiria tanto uma enunciação positiva — *deves desejar o que é moral* — quanto uma negativa — *deves não-desejar o que é imoral* —, sendo que ambas possuem o mesmo sentido normativo.

### **Direito e Justiça**

Submeteremos o Direito à mesma diferenciação proposta quanto à moral. Sendo um sistema normativo, não cabem no Direito afirmações sobre fatos. Como bem assevera LARENZ, mesmo quando uma norma jurídica tem o aspecto de uma asserção — p.ex: estabelecendo um conceito —, devemos entender que ela não busca descrever a realidade, mas vincular o jurista a uma certa interpretação.

Dessa forma, uma afirmação como *matar é ilícito* não pode fazer parte do Direito, na medida em que não é uma norma. Deve haver, portanto, um sistema de proposições que liguem às diversas condutas a qualificação lícita/ilícita. Esse sistema de asserções deve-se relacionar com o Direito fornecendo-lhe as valorações necessária para a construção das normas jurídicas, mediante a norma fundamental — *o que é jurídico deve ser e/ou o que é não-jurídico não deve ser*.

Podemos afirmar que Direito visa a proibir condutas ilícitas e promover condutas lícitas. Todavia, o critério justo/injusto é muitas vezes retirado das normas dadas, e não reconhecido como um padrão que determina a própria formação das normas. Para contornar essa dificuldade — que consideramos ape-

nas aparente — identificaremos o sistema de asserções lícito/ilícito com o sistema da Justiça, que atribui às diversas ações o predicado justo/injusto.

Não há impedimentos a essa identificação, na medida em que admitamos que Direito tem a pretensão de garantir entre as pessoas uma convivência harmoniosa e, portanto, justa. Observe-se que estamos falando aqui do Direito enquanto conjunto de todas as normas, e não simplesmente do Direito positivo. Dessa forma, o Direito — no sentido aqui tratado — é justamente o sistema de normas derivado dos valores de justiça reconhecidos dentro de um grupo social.

Porém, não seria essa divisão entre sistema normativo e sistema de asserções demasiadamente artificial? Cremos que não. A valoração sobre a conduta deve preceder a normatização e, portanto, a existência de um sistema de asserções valorativas não é uma criação artificiosa. Ademais, a formulação das normas fundamentais apontadas não pretende afirmar que elas realmente existem, mas que são uma forma útil de explicar o modo como se relacionam o sistema assertivo e o normativo correspondente.

Uma objeção poderia surgir: se um fato é proibido pelo Direito, então ele é ilícito. Ora, admitido que o Direito é um conjunto de normas construído socialmente — portanto, um objeto dado — e que a normatização é necessariamente precedida pela valoração, deveríamos admitir também que nem tudo o que se considera justo é prescrito pelo direito. A formulação aqui exposta recairia, assim, no mesmo erro cometido pela *jurisprudência dos conceitos*. Todavia, SAVIGNY, e principalmente PUCHTA, defendiam que se poderia derivar uma proposição jurídica de outra, por pura inferência lógica. Ocorre que, com esse método, apontavam apenas proposições juridicamente compatíveis com o sistema, e não normas juridicamente válidas.

Porém, o que se propõe aqui não é a possibilidade de derivar uma proposição jurídica de outra, mas a possibilidade de construí-las a partir da Justiça, que também é um sistema fundado nos valores sociais. Para que uma proposição adquira validade normativa, não basta a sua coerência com o Direito, é necessária a sua fundamentação nos valores sociais de tal forma que as pessoas a reconheçam como exigível — o que é proporcionado pelas sua derivação dos valores de justiça.

### *Justiça e Direito Positivo*

Resta, contudo, uma difícil questão a ser resolvida: como se pode identificar uma valoração como pertencendo ao sistema da Justiça?

Uma primeira resposta seria: como o Direito é derivado das valorações da Justiça, é válida a inferência em sentido inverso, para identificar os valores em que foi baseado. Assim, se o Código Civil prescreve que aquele que causar prejuízos a outrem deve indenizá-lo, infere-se que essa norma está fundada em uma valoração segundo a qual causar prejuízo a outrem é ilícito e, portanto, injusto.

Em um sistema ideal, essa inferência poderia mesmo ser válida. Todavia, as normas do Código Civil Brasileiro vigem não porque são derivadas da Justiça, mas porque são impostas pelo Estado, ainda que injustas. Dessa forma, como partimos do conjunto das normas positivas, e não do Direito, o processo de inferência proposto não nos levaria à Justiça, mas ao sistema que chamaremos de Legalidade. Esse sistema, portanto, é constituído a partir do Direito Positivo — conjunto das normas estatais e das admitidas pelo estado como válidas —, sendo a sua construção uma das funções da dogmática jurídica.

Todavia, é impossível delimitar a Justiça a partir de uma inferência dessa espécie em relação ao Direito, posto que ele está sempre em construção — a partir das valorações sociais — e não é formado apenas por normas enunciadas. Assim, o máximo que conseguiríamos por meio de tal processo seria uma descrição parcial da Justiça que nos possibilitaria afirmar que algumas proposições fazem parte desse sistema e que, conseqüentemente, as suas negações não fariam parte deste. Todavia, quanto a uma proposição valorativa qualquer — que não seja derivável de uma norma jurídica específica nem seja a sua negação — nada poderíamos afirmar.

Admitida a impossibilidade da derivação acima discutida, deve-se partir para uma identificação dos valores sociais em si. Isso somente seria possível a partir de uma pesquisa que observasse métodos sociológicos para verificar qual é a concepção de justiça vigente em uma nação. Como estado democrático, o Estado brasileiro reconhece — ao menos na sua Constituição — que seu poder tem fundamento na concessão popular, positivando a teoria contratualista. Dessa forma, a Justiça a ser obedecida para a elaboração do direito estatal é a Justiça dominante em todo o corpo social.

Todavia, a sociedade atual é composta por uma série imensa de sub-grupos com interesses con-

flitantes, de forma que seria impossível construir um sistema único de Justiça. Se consultarmos o Governo, justas serão as normas do Direito Positivo, posto que elas são um reflexo da sua atuação. Se consultarmos outros estratos, com certeza as respostas seriam diversas.

Coloca-se, portanto, outra grande dificuldade: admitido que a complexidade dos interesses dos diversos grupos sociais impede a construção de um sistema homogêneo de Justiça — exceto, talvez, em alguns pontos fundamentais —, é necessário estabelecer um modo de escolher que valorações devem ser consideradas como integrantes do sistema global da Justiça.

Sob o ponto de vista jurídico, qualquer valor é defensável, na medida em que se pode derivar um sistema normativo de qualquer sistema de valores. Assim, os critérios para a confrontação entre diversos sistemas de valores não podem ser construídos juridicamente — posto que a definição do jurídico depende da valoração escolhida.

Se fizéssemos uma escolha primária de valores com base em outros valores, os valores primeiros sempre restariam carentes de fundamentação. Dessa forma, é necessário admitir que existe um valor fundamental que não necessitaria de fundamentação — e que deveria ser escolhido — ou deslocar a análise para um sistema que não é fundado em valores, mas em critérios objetivos. Entramos, portanto, em uma questão de escolhas mais ou menos arbitrárias, que constituem um problema político, muito mais que jurídico. É a política que define quais são os valores de justiça que serão refletidos no Direito Estatal.

Mas, observe-se, o poder somente é capaz de definir qual é a justiça que será utilizada para a edição do Direito Estatal, e não de todo o Direito. Existe também o direito de produção social, o qual escapa do controle do poder político central — como os costumes e as ordens jurídicas paralelas admitidas pelo pluralismo jurídico.

### **Conclusões**

Dessa forma, para ter uma visão correta do Direito, é necessário analisar uma série de sistemas, tanto normativos como valorativos. O sistema assertivo da Moral dá origem ao sistema normativo da Ética, assim como a Justiça dá origem ao Direito. O Direito Positivo tem origem no sistema valorativo que orienta o governo e dá origem ao sistema valorativo da Legalidade.

Idealmente, todos os sistemas valorativos deveriam ser harmônicos. Podemos admitir a harmonia entre a Moral e a Justiça como um postulado, na medida em que ambos derivam dos valores da mesma sociedade e, portanto, não pode ser considerada justa uma conduta que não pode resultar de um desejo moral.

Ocorre, todavia, que o sistema de valores que orienta o Direito Positivo não é o mesmo que fundamenta a Ética e o Direito — é o sistema valorativo de apenas parte da sociedade —, embora esses sejam compatíveis em diversos pontos. Dessa forma, a Legalidade não guarda a harmonia pretendida com a Justiça e a Moral.

Todavia, devido à concepção de que os princípios do Direito Positivo devem obedecer aos princípios da Justiça e da Moral — inerente ao atual conceito de democracia —, não se deve analisar o Direito Estatal apenas como a expressão dos valores de um grupo social dominante, mas como um sistema normativo que tem a pretensão de ser justo.

Portanto, deve-se reconhecer como não-pertinentes ao Direito todas as normas que contrariem os princípios da Justiça ou Moral, como uma forma de exigir do Direito — enquanto expressão valorativa — que cumpra os objetivos aos quais se propõe.